ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2006

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2006

fundación

fundación

Universitat Autònoma de Barcelona

Marcial Pons

Incluye CD-Rom con los índices acumulados del Anuario de 1996 a 2006

El **Anuario de la Competencia 2006** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2005).

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 2006, 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 2006, 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
2006

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2006

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 2006

Luis Berenguer
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Joan-Ramón Borrell
Departamento de Política Económica e Instituto de Economía Aplicada (IREA) de la Universitat de Barcelona

Michele Carpagnano
Doctorando en Studi Giuridici Comparati ed Europei *en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento (Italia) y en* Derecho Mercantil *en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

Diego Castro-Villacañas Pérez
Asesor del Gabinete de Presidencia
Tribunal de Defensa de la Competencia

Borja Castromil Lassala
Jefe de Área de Asuntos Jurídicos
Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales
Servicio de Defensa de la Competencia

Miguel Comenge Puig
Consejero Técnico D. G. Política Económica
Ex Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Ex Director General de Defensa de la Competencia

Antonio Creus
Abogado

Miguel Cuerdo Mir
Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

Fernando Díez Estella
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

María Fernández Pérez
Economista. SG de Estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia

Víctor Fernández-Blanco
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

Jordi Fornells de Frutos
Subdirección General de Concentraciones
Servicio de Defensa de la Competencia

Jordi Gual
IESE Business School y «La Caixa»

Carmen Lence Reija
Asesora en el Gabinete del Presidente
Tribunal de Defensa de la Competencia

Isabel López Sanz
Inspector de Competencia
Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia

Dr. Francisco Marcos
Director del Servicio de Defensa de la Competencia
Tribunal de Defensa de la Competencia
Comunidad de Madrid

María Jesús Mazo Venero
Subdirectora Adjunta
Subdirección General de Concentraciones

Anna Merino-Castelló
Direcció General de Defensa de la Competència, Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya y Universitat Pompeu Fabra (CRES-UPF)

Elvira Muñoz
Economista, LECG Europe

Luis Orea
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

Carlos Pascual
Director General de Defensa de la Competencia

Amadeo Petitbò
Economista

Juan Prieto
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

Emilia Pérez de Castro Antolín
Técnico de apoyo del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

Inmaculada Sanz Sanz
Técnico de apoyo del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

Alberto Soler Vera
Economista. SG de Estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia

Elena Zoido
Economista, LECG Europe

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2006

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

FUNDACIÓN ICO
Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2007

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: 978-84-9768-493-4
Depósito legal: M-50065-2007
Diseño de la cubierta: De García Diseño
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: TOP PRINTER PLUS
Pol. Industrial Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
MADRID, 2007

SUMARIO

Pág.

Presentación (Presidente ICO) 11

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS

Génesis y retos del nuevo sistema de defensa de la competencia (Luis BERENGUER y Carlos PASCUAL) 17

La red española de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia (Isabel LÓPEZ SANZ) 39

Economía de red y defensa de la competencia en España (Miguel CUERDO MIR) 59

¿Es hora de replantearse la política de fusiones? (Jordi GUAL) 83

La promoción de la competencia (Alberto SOLER VERA y María FERNÁNDEZ PÉREZ) 101

No deduzcamos ingenuamente el abuso en supuestos de descuentos por una empresa en posición dominante (Amadeo PETITBÒ y Antonio CREUS) 129

Los beneficios de una competencia incipiente: descuentos y bonificaciones a oficinas de farmacia (Joan-Ramón BORRELL y Anna MERINO-CASTELLÓ) 153

El control de concentraciones como defensa frente a las OPAS hostiles: reflexiones sobre el caso Oracle/Peoplesoft (Francisco MARCOS) 173

Concentraciones en el sector energético: Gas Natural/Endesa *vs* Gaz de France/Suez. Algunos apuntes comparativos (Jordi FORNELLS DE FRUTOS). 193

El sector cinematográfico ante las autoridades españolas de defensa de la competencia (María Jesús MAZO VENERO) 219

Mejor regulación de los servicios profesionales (Borja CASTROMIL LASSALA). 243

El abuso de posición dominante en los derechos de propiedad intelectual: las licencias obligatorias como remedio (Carmen LENCE REIJA) 265

Los derechos de retransmisión de partidos de fútbol desde la perspectiva *antitrust* (Fernando DÍEZ ESTELLA) 289

Pág.

SEGUNDA PARTE. COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

¿Se coordinan (más) las grandes distribuidoras de cine en España? (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, Expte. 588/05, «Distribuidores de cine») (Luis Orea, Víctor Fernández-Blanco y Juan Prieto) 329

La doctrina *in house providing* y el derecho de defensa de la competencia. Algunos comentarios sobre el caso Tragsa (Diego Castro-Villacañas Pérez) 351

Cuantificar el daño *antitrust*. Estudio empírico sobre la aplicación de las reglas de competencia por los jueces italianos (Michele Carpagnano) ... 379

Precios excesivos y discriminatorios en el Expediente Televisiones: un enfoque económico (Elvira Muñoz y Elena Zoido) 401

Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006. Anulación de la sanción impuesta por el TDC por falta de elemento subjetivo de culpabilidad (Emilia Pérez de Castro e Inmaculada Sanz Sanz) 419

Los *planes claros* y los abusos consentidos (Miguel Comenge Puig) 447

TERCERA PARTE. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

Servicio de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía Hacienda y Consejo de Ministros 481

Tribunal de Defensa de la Competencia 489

Autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas 509

Audiencia Nacional 511

Tribunal Supremo 517

Comisión Europea 525

Tribunal de Primera Instancia 529

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 543

CUARTA PARTE. NOVEDADES NORMATIVAS

España 561

Unión Europea 565

Pág.

QUINTA PARTE. DOCUMENTACIÓN

Proyecto de Ley de defensa de la competencia remitido por el Gobierno de España a las Cortes Generales 573

Debate del Parlamento de Andalucía sobre la Ley de promoción y defensa de la competencia de Andalucía 635

Competition issues in retail banking and payments systems markets in the EU 661

SEXTA PARTE. BIBLIOGRAFÍA

España 669

Unión Europea 675

SÉPTIMA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea 719

Europa no comunitaria 721

América 722

Asia y Australia 723

África 723

Organizaciones internacionales 723

Otras direcciones de interés 724

PRESENTACIÓN

La Fundación ICO inició hace ahora once años la edición del ya imprescindible y valioso Anuario de la Competencia, *en el que un año más destaca la labor del profesor Lluís Cases, seleccionando y coordinando aportaciones de muy alta calidad articuladas por reconocidos profesionales del Derecho y la Economía. Este elenco de profesores e investigadores, que firman los trabajos agrupados en esta obra, constituye por sí mismo garantía de rigor y seriedad de su contenido, pretendiendo que esta mención represente, cuando menos, un justo reconocimiento a su trabajo.*

Con esta nueva edición se consigue, un año más, poner de manifiesto las muestras activas del debate y grado de madurez alcanzado por esta disciplina de defensa de la competencia, a la vez que sirve de apoyo a la labor de investigación, análisis y reflexión continuada, pues su larga andadura lo ha convertido, no sólo en herramienta de trabajo, sino además en referencia ya obligada de los estudiosos de la historia de la defensa de la competencia.

Este Anuario se divide en las secciones ya habituales, siendo el orden de presentación similar a las ediciones de años anteriores: estudios de especialistas, legislación y jurisprudencia, incluyendo una sección con comentarios a las resoluciones y sentencias del ejercicio, novedades normativas, documentación, bibliografía y direcciones de internet relacionadas con la defensa de la competencia.

El ejercicio 2006 se puede catalogar como un año en el que se ha desarrollado un importante trabajo normativo, con la elaboración y remisión al Congreso, para su tramitación parlamentaria, del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. La gestación de esta importante reforma del sistema español de defensa de la competencia comenzó a producirse, como ya sabemos, tras la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1/2003, coincidiendo con el inicio de una legislatura en la que el Ministerio de Economía y Hacienda afrontó la modernización y adaptación al entorno normativo comunitario de una Ley nacida en 1989, a la que, con un espíritu continuista, debía dotarse de las herramientas necesarias que favorecieran la posibilidad de superación de aquellas debilidades que la experiencia y evolución del mercado desde 1989 habían puesto de mani-

fiesto. Ya en el ejercicio 2005, con la elaboración del «Libro Blanco para la reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia», se inició un proceso abierto y participativo en el que han quedado reflejadas las inquietudes y necesidades reveladas, tanto por los agentes económicos, como por la autoridad reguladora ejercida desde el Gobierno. Desde este diálogo, y con la seguridad del trabajo realizado pausada, reflexiva y ordenadamente, el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales el 25 de agosto de 2006 el Proyecto de Ley que, tras su paso por el Congreso y el Senado, y habiendo recogido las aportaciones, calificadas de constructivas en todo caso, a través de las correspondientes enmiendas, derivaron, como ya sabemos en el momento en que se redactan estas líneas, en la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

No quiero dejar de destacar el amplio consenso y apoyo que en todo momento ha acompañado la elaboración de esta Ley, que finalmente puede presumir de haber sido respaldada por la unanimidad del arco parlamentario español. Entiendo que debemos valorar este consenso de los partidos políticos como una muestra de la importancia de la problemática tratada y de la propia madurez del sistema español de Defensa de la Competencia, del que podemos decir se encuentra a la altura de las necesidades de la economía, ayudando a velar por el cumplimiento de los principios que inspiran la pervivencia y consolidación del sistema de Defensa de la Competencia, con absoluto respeto de los cánones internacionales más exigentes.

Uno de los principales aspectos de la reforma, como no podría ser de otro modo tras la acogida de las propuestas planteadas por el ya citado Libro Blanco, es la creación de la Comisión Nacional de la Competencia, una institución única e independiente del Gobierno, que integrará el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que desaparecen. Es indudable que una reforma como la abordada y con tan elevado grado de participación, debía manifestar su responsabilidad frente a la sociedad garantizando unos principios claros de independencia, transparencia, seguridad jurídica y eficacia, que tienen su máximo exponente con el refuerzo de funciones y obligaciones que reviste la creación de esta nueva Comisión Nacional de la Competencia, que se encargará de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como vigilar la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Con independencia de la novedad legislativa propia de la materia, la evolución de las actuaciones en esta disciplina favorece inequívocamente que las distintas recetas liberalizadoras marcadas en las primeras etapas, hayan ido necesariamente convergiendo en normativas y regulaciones en apoyo del proceso de reestructuración del mapa económico-empresarial español. De ahí que las medidas que veíamos reflejadas en las distintas actuaciones del Tribunal de Defensa de la competencia vinieran centradas principalmente en la vigilancia de las conductas prohibidas, tanto en los procesos expansivos como en los de liberalización, siendo cada vez

mayor la necesidad de análisis de las operaciones de concentración. Entendiendo estas nuevas necesidades como posibles debilidades del sistema existente, se producirá un importante refuerzo del papel de la autoridad de competencia en materia de control de concentraciones con la naciente Comisión Nacional de la Competencia, llevando a esta Comisión competencias que hasta este momento lo eran en exclusiva del Gobierno.

Ya en la presentación del volumen del pasado año, se apuntaron algunas observaciones en torno a la visión de las ayudas públicas en nuestro sistema de Defensa de la Competencia. En aquel momento advertíamos, en relación a estas ayudas, que el Anteproyecto debatido en ese momento no contenía revisión alguna de su definición, atreviéndome a interpretar como definición válida a estos efectos la incluida en el artículo 19 de la, en este momento, anterior Ley de Defensa de la Competencia. En esta línea, el artículo 11 del Proyecto remitido a las Cortes atribuye a la Comisión Nacional de Competencia la capacidad para «analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva de los mercados». Se trata por tanto de un acto administrativo de juicio en el que la Comisión Nacional de Competencia actúa como órgano consultivo debiendo emitir dictamen sobre «los criterios de concesión de las Ayudas públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de esta Ley» que, mediante la «emisión de un informe anual sobre ayudas públicas concedidas en España», cumpla su función de transparencia y sirva para que, mediante este procedimiento, se vean identificados los posibles excesos en que pudieran incurrir los poderes públicos. Una vez más, la madurez alcanzada por el sistema y la transparencia pretendida y exigida por la norma sirven de cerco de control y permiten cumplir una antigua aspiración, tal y como ya apuntábamos el año pasado, de «tener un conocimiento completo, sistemático y permanente de todo lo relacionado con las ayudas públicas».

Ha sido mucho el recorrido en materia de defensa de la competencia desde aquella Sherman Act americana *que supuso los orígenes de esta política, y es precisamente esta evolución de las bases económicas la que fundamenta el esfuerzo público por promover y defender la competencia en los mercados. Precisamente por su importancia tuvo lugar el nacimiento de esta obra, que con espíritu continuista pretende colaborar en la investigación y aplicación de un área de conocimiento fundamental para el crecimiento económico, y vemos validadas con satisfacción las aspiraciones año a año renovadas, con la utilidad y reconocimiento de este* Anuario de la Competencia 2006.

Madrid, 24 de octubre de 2007

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ

Presidente del Instituto de Crédito Oficial

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

GÉNESIS Y RETOS DEL NUEVO SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER
Presidente TDC *

Carlos PASCUAL
Director General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En los momentos de redactar este trabajo, el Congreso de los Diputados acaba de aprobar, por práctica unanimidad, el texto definitivo de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, que antes de la conclusión de la redacción se ha convertido en la Ley 15/2007, al haberse publicado en el *BOE* del 4 de julio, Ley que ha de entrar en vigor el 1 de septiembre de 2007. Y por ello es un momento adecuado para recordar que la nueva Ley es el resultado final de un proceso de reforma que se extiende en el tiempo prácticamente desde los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Ley de 1989, es decir desde inicios de los años noventa [1]. Precisamente esa sucesión continuada de modificaciones parciales de la norma de defensa de la competencia comenzaba a evidenciar la necesidad de abordar un proceso de reforma global. Esta reforma ha respondido a un número amplio de estímulos tanto internos como externos.

Los impulsos externos tienen varios orígenes. Por un lado, la aparición de nuevos modelos empresariales hace necesario reflexionar sobre cómo evaluar, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, los nuevos comportamientos estratégicos de las empresas, sin introducir obstáculos a la innovación y al progreso.

---

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

[1] Las numerosas modificaciones sobre temas puntuales, de mayor o menor calado, en casi ningún caso han afectado sustancialmente las bases del modelo. Entre ellas destacan las llevadas a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre; el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio; la Ley 9/2001, de 4 de junio; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Quizás la introducción de la notificación obligatoria de las operaciones de concentración empresarial que cumplan los requisitos establecidos por el art. 14 de la Ley de 1989, puede considerarse la reforma con mayores efectos sustanciales sobre el modelo español.

Al mismo tiempo, la experiencia compartida de más de 90 países aplicando legislaciones de defensa de la competencia e introduciendo nuevos instrumentos jurídicos de gran eficacia en la lucha contra ciertas conductas anticompetitivas, está permitiendo identificar aquellos modelos institucionales que garantizan un mejor cumplimiento de los objetivos de eficacia, eficiencia e independencia. Esta variada experiencia internacional ofrece lecciones de gran interés para identificar el modelo de éxito que a su vez se adapte mejor a las especificidades y tradiciones de la Administración Pública española.

También desde un punto de vista general es interesante recordar lo que señalaba el documento aprobado por el Consejo Europeo el 6 de julio de 1998 titulado «Orientaciones generales para las políticas comunitarias de los Estados miembros y de la Comunidad» en el que se reconocía «la necesidad de simplificar y descentralizar la aplicación de las normas de defensa de la competencia para aumentar su eficacia y reducir los costes que supone para las empresas. Los Estados miembros también deberían contribuir a lograr una aplicación más eficaz de estas normas modificando su legislación para permitir la aplicación efectiva de aquéllas por parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia»[2]. Se trata de un llamamiento general a favor de una modernización de las normas nacionales de competencia en línea con el proceso de modernización que estaba a punto de iniciarse a nivel comunitario, y que culminó con la aprobación del Reglamento 1/2003.

Igualmente, y con referencias concretas al caso español, documentos del FMI, de la OCDE y de la Comisión Europea, contenían recomendaciones específicas respecto a la necesidad de modificar la legislación y el sistema de defensa de la competencia con el objetivo de dotarle de mayores niveles de independencia y mayores instrumentos y recursos que garantizaran una lucha eficaz contra las conductas anticompetitivas.

Dentro de España, este proceso de reforma también ha sido animado por diversos analistas y expertos en Derecho de la competencia e incluso cabe encontrar iniciativas gubernamentales en este sentido, si bien bastante embrionarias, en la segunda mitad de los noventa. Así, el Consejo de Ministros aprobó el 21 de febrero de 1997 un Plan de Liberalización para la economía española en el que se incluía una propuesta de reforma del modelo español de defensa de la competencia para lo que se constituyó una Comisión de Expertos formada por diversos miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia[3].

Esta Comisión elaboró un informe titulado «Bases de la reforma del sistema de defensa de la competencia español» en el que se incluían reflexio-

---

[2] Este documento puede encontrarse en el *Boletín UE* 7/8-1998, «Orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad». El documento está accesible en la siguiente página de Internet: http://europa.eu/bulletin/es/9807/p203001.htm.

[3] En concreto, formaban parte de esa Comisión: Ricardo Alonso Soto, Julio Pascual y Vicente, Juan Zabía de la Mata, Cristina Alcalde Guindo e Inmaculada Gutiérrez Carrizo.

nes generales respecto a la necesidad y los objetivos de la reforma y recomendaciones concretas que, por ejemplo, ya incluían el paso hacia un modelo de institución única[4] con una naturaleza jurídica muy parecida a la de la nueva Comisión Nacional de la Competencia. El informe final incluía otras propuestas de reforma que también han tenido eco en la nueva Ley como, por ejemplo, una mejor regulación de las conductas *de minimis,* un impulso a la figura de la terminación convencional o un mejor control de las ayudas públicas.

Pero las conclusiones de este documento sólo fueron parcialmente tenidas en cuenta. A tal fin, se tramitó una reforma parcial de la Ley de Defensa de la Competencia, que culminó en la aprobación de la Ley de 28 de diciembre de 1999. Esta reforma, si bien introducía algunas mejoras para corregir algunas de las deficiencias detectadas en el sistema español de la competencia, desoía las recomendaciones encaminadas a la creación de una autoridad única y dejaba inalterado el esquema institucional de la Ley, es decir el sistema de autoridad doble con la existencia del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, con ocasión de la tramitación parlamentaria de esta Ley, se presentó por parte del Grupo Parlamentario Socialista una enmienda a la totalidad con texto alternativo[5], en donde se contenían algunas propuestas que fueron posteriormente incorporadas al Proyecto que culminó en la Ley de 2007, tales como:

— la desaparición del sistema de doble autoridad y la unificación del Servicio y el Tribunal,
— la legitimación de la autoridad de la competencia para interponer recurso contencioso-administrativo contra las normas reglamentarias y actos administrativos que contuvieran restricciones a la competencia, y
— la aprobación de los expedientes de control de concentraciones por la autoridad de competencia, con una competencia residual para el Gobierno cuando la concentración fuera indispensable para la consecución de un objetivo de interés general o sus efectos en la competencia fueran superados por ventajas reales para la economía general.

Tras la aprobación de la Ley de 1999, el debate siguió presente. Por vía de ejemplo la Fundación Alternativas[6] encargó la elaboración de varios informes en los que se hacía hincapié en la necesidad de emprender una reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia, cuyo contenido vino a poner de manifiesto el contenido del debate sobre la necesidad de reforma del sistema mediante algunas propuestas tales como las de:

---

[4] Al que incluso se le asignaba un nombre: Instituto de Defensa de la Competencia.

[5] *Boletín del Congreso de los Diputados* de 14 de octubre de 1999, Serie A. Núm. 175-8.

[6] *Sistema de defensa de la competencia*, Luis BERENGUER, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 54/2004.

— adoptar un sistema institucional de un único órgano en el que se diferenciaran las fases de instrucción y resolución garantizando su necesaria separación,
— reforzar la independencia de la autoridad encargada de la competencia,
— incentivar la realización de estudios e informes en materia de competencia,
— garantizar un mayor control de la actividad administrativa por parte de la autoridad de competencia,
— emprender algunas reformas en el sistema de concentraciones en aras a lograr un modelo más flexible y eficaz,
— mejorar el sistema de control de ayudas públicas, y
— diseñar mecanismos que facilitaran la coordinación con los reguladores sectoriales y con los organismos autonómicos de competencia.

El sistema de control de concentraciones también ha sido objeto de propuestas de reformas [7]. Las directrices defendidas contenían algunas propuestas, que en cierta medida han podido influir en el texto definitivamente aprobado en la nueva Ley, tales como las de:

— concentrar en un único órgano el análisis de las operaciones de concentración empresarial,
— adoptar el criterio de modificación de control a efectos de determinar la existencia de una concentración,
— introducir un sistema de participación de las Comunidades Autónomas y los reguladores sectoriales en este tipo de expedientes,
— mantener la obligación de suspensión pero «mejorando el filtro» para aquellas operaciones que carecieran de problemas,
— establecer procedimientos que agilizaran la tramitación de expedientes, e
— incluir un sistema de negociación de remedios.

2. EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Si a los cambios legislativos, a las propuestas tanto internas como externas y a las enseñanzas prácticas de nuestro entorno añadimos las lecciones que se pueden extraer de los diecisiete años de aplicación de la Ley española de Defensa de la Competencia, es indudable que había llegado el momento de abordar con garantías una reforma integral del modelo.

Como consecuencia de este movimiento a favor de la reforma del sistema, desde el Ministerio de Economía y Hacienda se puso en marcha en 2004 la discusión de la nueva Ley ampliando el debate para escuchar la opi-

[7] *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*, José María Jiménez Laiglesia, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 56/2004.

nión de todos los sectores interesados en realizar aportaciones al respecto. Ese proceso de discusión, que ha merecido una generalizada aprobación, culminó en enero de 2005, con la publicación del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

No se trata ahora de reflexionar sobre la indudable importancia de ese documento y las aportaciones realizadas al mismo, que sirvieron de base para la redacción del Proyecto de Ley, sino simplemente de insistir en lo acertado del sistema de elaboración elegido, que promovió un amplio debate y se tradujo en la publicación de numerosos artículos en revistas especializadas y en la celebración de un buen número de jornadas y seminarios en los que se expusieron diversos criterios acerca de los extremos de la reforma. Y fundamentalmente cabe señalar que el resultado del debate, tanto en las respuestas al proceso de información pública como en los trabajos publicados o en las intervenciones en los seminarios, puede resumirse en una afirmación: se expresaron opiniones diferentes sobre el contenido de la reforma, pero nadie puso en duda la oportunidad, incluso la necesidad, de tal reforma.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DEL MODELO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA IMPLANTADO EN 1989

Todas estas afirmaciones podrían dar lugar a una interpretación, que desde este momento ha de ser calificada como errónea, según la cual el funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia podría haber sido insatisfactorio. Nada más alejado de la realidad. Aun con evidentes limitaciones, buena parte de ellas motivadas por la insuficiencia de medios materiales y personales, las autoridades encargadas de la defensa de la competencia han jugado un papel considerable en la evolución de la economía española en las últimas dos décadas y, en buena medida, han contribuido a identificar adecuadamente sus fortalezas y debilidades en distintos sectores de actividad económica.

Respecto a la evolución de la defensa de la competencia en estos últimos años, la valoración global debe ser necesariamente positiva en base a diversos argumentos. En primer lugar, es necesario reconocer el relevante papel que la defensa de la competencia ha desempeñado en el proceso de apertura, desregulación y liberalización de la economía española.

La Ley de 1989, como la mayoría de Leyes de competencia, ha dotado a las autoridades españolas de diversos instrumentos para velar por el mantenimiento de las condiciones de competencia en los mercados, entre los que destacan la posibilidad de sancionar las conductas prohibidas por la Ley, analizar las operaciones de concentración empresarial que superen los umbrales establecidos a tal efecto y elaborar un abanico amplio de informes relacionados con esta materia.

Cada uno de estos instrumentos posee características propias y su fin es satisfacer objetivos diferentes. Las autoridades españolas de competencia han ido adaptando sus actuaciones a estos distintos instrumentos y a las cambiantes necesidades de la economía desde comienzos de los años noventa.

En una primera etapa las actuaciones más relevantes del Tribunal se centraron en el diseño de las líneas maestras a seguir en los procesos de liberalización que se comenzaban a acometer a fin de garantizar que dichos procesos se encaminaran correctamente hacia la creación de estructuras de mercado basadas en los principios de la libre competencia.

A este respecto, el informe elaborado por el Tribunal en 1993 con el título *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* tuvo especial trascendencia porque, además de sentar las bases doctrinales que explican el traslado de los beneficios de la libre competencia al conjunto de la sociedad[8], abordaba directamente el diseño de recomendaciones concretas para emprender procesos exitosos de liberalización en sectores tales como los de telecomunicaciones[9], suelo o transporte.

Estas recetas liberalizadoras se han venido completando en años posteriores mediante la elaboración en 1995 del Informe titulado *La competencia en España: balance y nuevas propuestas* y algunos otros informes de carácter sectorial como el dedicado al sector del libro de 1997, a la legislación autonómica de distribución comercial de 2003, a la situación del mercado de servicios de inspección técnica de vehículos (ITV) de 2004 o a la regulación de las importaciones de cemento de 2006[10].

La lectura detenida de estos informes permite identificar numerosas recomendaciones concretas que se han venido traduciendo, con el paso de los años, en pilares importantes de los procesos de liberalización y desregulación acometidos en la gran mayoría de sectores de la economía española desde mediados de la década pasada.

A esta etapa, que podríamos llamar de «impulso» a los procesos de liberalización de la economía española, ha sucedido otra en la que las actua-

---

[8] La siguiente frase condensa el argumento principal que subyace en el Informe: «aquellos países que sometieron su industria a la libertad durante la Revolución Industrial son hoy los que gozan de empresas multinacionales capaces de competir internacionalmente, mientras que aquellos países que protegieron su industria y la abrigaron de la competencia se encontraron con industrias incapaces de competir en los mercados internacionales. La política de proteger hoy para competir mañana resultó nefasta para esos países.»

[9] En el caso del sector de las telecomunicaciones se incluían algunas recomendaciones que luego se han convertido en presupuestos básicos de la regulación, como la necesidad de separar los organismos reguladores de los agentes regulados; de mantener el servicio universal; de diseñar un sistema de tarifas que, al mismo tiempo que garantiza la rentabilidad del antiguo monopolio, permita la llegada de nuevos operadores; o de mantener un ritmo de liberalización congruente con las directivas comunitarias.

[10] En el momento de escribir estas líneas se encuentran en elaboración otros estudios de estas características relativos a sectores como el libro, el cine, las profesiones liberales o el transporte aéreo.

ciones de las autoridades de defensa de la competencia se han centrado fundamentalmente en dos aspectos: *a)* la persecución de conductas prohibidas, en particular en aquellos sectores que estaban siendo objeto de procesos de liberalización que, tradicionalmente, habían estado controlados por monopolios públicos y en los que las dificultades a la entrada de nuevos competidores eran relevantes, y *b)* la contribución a la ordenación del mapa empresarial que estaba surgiendo del proceso de reestructuración de la economía española, por medio del análisis de las operaciones de concentración.

En el primer caso, el principal objetivo de las actuaciones de las autoridades de competencia ha sido asegurar que los procesos de liberalización y desregulación con origen en situaciones de monopolios públicos pudieran culminar en estructuras de mercado basadas en la libre competencia en las que pudieran participar sin obstáculos todos aquellos competidores que lo desearan y el mercado admitiera. En el segundo caso, el análisis de las operaciones de concentración empresarial, se ha orientado a garantizar que, respetando las libres decisiones estratégicas de las empresas para ganar el tamaño necesario para competir en el nuevo escenario marcado por la globalización, no se distorsionara la situación de competencia en el mercado español. Es decir, que la creación de grandes multinacionales de nuestro país no mermara la calidad de los servicios y productos ofrecidos a los consumidores españoles.

De esta forma, los principales sectores de la actividad económica de nuestra economía han sido objeto de análisis detallado por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta última década, bien desde la óptica del control de concentraciones o desde la de la persecución de conductas prohibidas. Entre ellos destacan sectores como telecomunicaciones, servicios postales, banca, seguros, alimentación y bebidas, transporte, energía, medios de comunicación o colegios profesionales.

Otro motivo por el que la valoración global del modelo de defensa de la competencia que viene funcionando en nuestro país desde comienzos de los años noventa debe ser positiva es el elevado nivel de ratificación de las actuaciones de las autoridades administrativas por parte de los órganos judiciales.

Desde el 1 de enero de 1992 hasta el 22 de junio de 2007 el Tribunal de Defensa de la Competencia había resuelto 1.519 expedientes relativos a conductas anticompetitivas. De éstos, 304 se referían a expedientes sancionadores, 32 a expedientes relativos a medidas cautelares, 515 a autorizaciones singulares, y 668 a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia que ponían fin al procedimiento o causaban indefensión a las partes interesadas.

Un buen número de decisiones del Tribunal, cerca de un 30 %, han sido recurridas ante la Audiencia Nacional y, en su caso, ante el Tribunal Supremo como posibilita el art. 49 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales sólo han revisado las decisiones del Tribunal en 50 ocasiones de un total de 456 casos. Es decir, en un 89 % de los casos los órganos jurisdiccionales han confirmado las decisiones del Tribunal que habían sido recurridas.

La mayoría de revisiones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se refieren a los expedientes sancionadores (es decir, aquellos en los que se declaran infracciones a las normas de la competencia y se imponen las correspondientes multas). En el periodo analizado el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto 304 expedientes de este tipo. Tres cuartas partes de los mismos, esto es 225 expedientes, han sido recurridos ante los órganos jurisdiccionales que han revisado la decisión del Tribunal en 40 ocasiones. Estas cifras indican que las resoluciones del Tribunal recurridas que declaraban infracción a las normas de la competencia, e imponían las correspondientes sanciones, han sido confirmadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en un 82 % de los casos. De las 40 ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales revisaron decisiones del Tribunal en expedientes sancionadores, en 25 casos se anuló la sanción impuesta por el Tribunal y en otros 11 casos la sanción fue reducida.

NIVELES DE CONFIRMACIÓN DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN VÍA JUDICIAL

(1 de enero de 1992 a 22 de junio de 2007)

Tipo de expediente	*Decisiones TDC (núm.)*	*Decisiones recurridas*	*Confirmadas en vía judicial*	*Revisadas en vía judicial*
Sancionadores	304	225	185	40
Autorizaciones singulares	515	31	31	0
Recursos contra actos del Servicio	668	185	178	7
Medidas cautelares	32	15	12	3
TOTAL	1.519	456	406	50

Fuente: Tribunal de Defensa de la Competencia.

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

Por último, esta valoración global positiva de la evolución de la defensa de la competencia en España en esta última década y media se debe relacionar necesariamente con el nivel de madurez que esta materia ha alcanzado en nuestra sociedad. Hay muchos síntomas que corroboran la progresiva extensión del reconocimiento de la sociedad española al papel

jugado por la defensa de la competencia en el progreso económico, pero quizás algunos de ellos deberían ser puestos de manifiesto. Uno de los síntomas posiblemente más intangible pero, al mismo tiempo, más relevante es el que tiene que ver con la propia actitud de los agentes económicos respecto a sus responsabilidades y obligaciones en esta materia.

En este sentido, hace no demasiado tiempo era habitual escuchar declaraciones públicas de directivos de empresas alardeando «de lo bien que se lleva su empresa con sus competidores» o «de que los problemas del sector se solucionan reuniéndonos y repartiendo la parte del mercado que le corresponde a cada uno». Se consideraba normal la convivencia pacífica entre los distintos agentes de un mismo sector y la competencia se identificaba con un elemento de distorsión que daba pie a comportamientos comerciales agresivos, incompatibles con la «vida tranquila» a la que aspiraban numerosos directivos y empresarios.

Sin embargo, hoy día no es tan sencillo encontrar comentarios de ese tipo. Eso no quiere decir, por supuesto, que no existan situaciones de colusión entre competidores, pero lo más importante es que la percepción ha cambiado notablemente. Mientras hace un par de décadas lo normal era aspirar y alardear de esa «vida tranquila», hoy día prevalecen los criterios de competencia en los mercados. Y la sociedad, además de la Ley, sanciona el comportamiento colusorio como contrario al bienestar general y, por tanto, éste no sólo se ve penalizado según las normas vigentes sino también socialmente rechazado.

Podríamos decir que con la defensa de la competencia ha acontecido algo similar a lo ocurrido con las cuestiones fiscales y tributarias en décadas anteriores. Es indudable que se ha incrementado notablemente la responsabilidad y el grado de cumplimiento de la sociedad (tanto en lo relativo a las personas físicas como las jurídicas) con sus obligaciones fiscales. Del mismo modo, aunque por supuesto aún queda camino por recorrer, la defensa de la competencia ha ido ganando terreno en valoración y respeto y, entre todos, deseamos que el nuevo modelo que está en vigor desde el 1 de septiembre contribuya positivamente a recorrer ese camino con éxito.

Al hilo de esta mayor conciencia social favorable a la defensa de la competencia aparece el segundo de los síntomas definitorios de su nivel de madurez. En las pasadas elecciones generales españolas los dos partidos políticos mayoritarios incluyeron en sus respectivos programas la necesidad de potenciar el sistema de defensa de la competencia a través de reformas legislativas y de fortalecer las instituciones encargadas de aplicar la Ley.

Esta realidad pone de manifiesto que el debate en la arena política puede surgir respecto a la manera de fortalecer el sistema pero no sobre su necesidad. Esta situación, especialmente llamativa en el caso de los dos partidos citados, se extiende al resto del arco parlamentario español dado que ningún otro partido se manifestó en su momento en contra de la puesta en

marcha del proceso de reforzamiento del modelo tras la publicación del Libro Blanco para la reforma por parte del Ministerio de Economía y Hacienda. El elevado grado de consenso parlamentario se ha mantenido durante toda la tramitación de la reforma, alcanzando la tramitación para la aprobación de la nueva Ley tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, lo que confirma la apuesta generalizada de nuestros representantes políticos por fortalecer el modelo español de defensa de la competencia y, al mismo tiempo, el reconocimiento del papel que ésta juega para la competitividad de la economía española y, por ende, el bienestar de la sociedad.

Esta amplia aceptación viene también confirmada por las decisiones de algunas Comunidades Autónomas gobernadas por partidos políticos distintos a los dos principales a nivel estatal (como, por ejemplo, los casos de Euskadi y Cataluña)[11] de crear instituciones de defensa de la competencia de ámbito autonómico en virtud de las competencias reconocidas por la Ley 1/2002.

De esta creciente relevancia se hacen eco también otros ámbitos de la sociedad como el universitario. El interés del mundo académico por la defensa de la competencia, habitual en la mayor parte de países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Reino Unido o EE. UU.), en España era prácticamente inexistente. En contraste, ahora es cada vez más frecuente encontrar departamentos especializados de Universidades o escuelas de negocios que organizan cursos, desarrollan investigaciones o informes y promueven eventos que se ocupan de estos asuntos[12].

En todo caso, un análisis riguroso del funcionamiento del modelo y de la evolución del papel que la defensa de la competencia ha jugado en la sociedad debe necesariamente tratar de identificar también las debilidades que se han puesto de manifiesto con la experiencia acumulada desde 1989 y detallar los retos a los que se enfrenta.

4. EL FUTURO TRAS LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Suelen apuntarse como retos de todo cambio legal el cumplimiento de aquellos objetivos que propiciaron su reglamentación, por lo que en este caso bastaría con regresar a las líneas del Libro Blanco para la Reforma del

---

[11] En el caso de Cataluña, las autoridades de defensa de la competencia se crearon durante la etapa de Gobierno liderado por la formación política Convergència i Unió.

[12] A modo de ejemplo cabe citar iniciativas como el Observatorio de Competencia del Instituto de Empresa, la Cátedra de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación ICO y la Universidad Antonio de Nebrija o las del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, de la Universidad de Barcelona o de la Universidad de Vigo que han surgido en estos últimos años creando una base de profesores y catedráticos universitarios dedicados a estudiar en profundidad estas cuestiones.

Sistema Español de Defensa de la Competencia o a la propia exposición de motivos de la Ley para identificar dichos objetivos. Pero tras una pausada reflexión, estimamos que cabría agrupar los retos a los que se enfrenta el sistema en torno a los siguientes cuatro epígrafes: 1) modernizar y profesionalizar las instituciones; 2) orientar la actuación de las autoridades públicas a la persecución de las prácticas más graves sobre el bienestar; 3) coordinar adecuadamente a todos los agentes que están llamados a aplicar la defensa de la competencia; y 4) aumentar la promoción de la competencia en todas las esferas de la sociedad, especialmente en el ámbito público.

Junto a los retos futuros y en línea precisamente al primero de ellos —la modernización y profesionalización de las instituciones—, plantearemos también la necesidad de definir alguna fórmula a través de indicadores cuantitativos y cualitativos que permita con el transcurso del tiempo juzgar lo acertado de la gestión y facilitar, igualmente, la identificación de aquellas debilidades, legales o no, que deban corregirse.

A. Modernizar y profesionalizar las instituciones

Buena parte de las implicaciones que comporta este reto vienen determinadas por el nuevo marco normativo. Se podría afirmar que el principal elemento de profesionalización lo constituye la ganancia en independencia que conlleva la integración del Servicio y el Tribunal en la nueva Comisión Nacional de la Competencia (CNC). De este modo, toda la actividad instructora y la adopción de todas las decisiones, tanto en el ámbito de las conductas restrictivas como en el control de concentraciones, se desarrollará bajo una única dirección estratégica, completamente independiente del poder político. Dicha dirección estratégica deberá, por tanto, ser capaz de movilizar los recursos e instrumentos a su servicio para estar a la altura de las nuevas exigencias.

La Ley incorpora importantes elementos reforzados de transparencia y control de la actividad de la nueva Comisión[13], como la publicidad de todas sus resoluciones, recomendaciones e informes, y la elaboración de una memoria anual de actuaciones y una programación de actividades. Pero, además, un ejercicio deseable en este sentido y que alinearía la actuación de la futura CNC con la práctica de otras autoridades y, lo que resulta aún más deseable, con el mundo empresarial, consistiría en plasmar los objetivos de la Comisión en un plan estratégico, que estableciese, en la medida de lo posible, qué resultados se consideran satisfactorios a corto y medio plazo, facilitando el control público de esta institución como órgano independiente. Evidentemente, resultará complicado establecer indicadores fiables y robustos sobre el impacto cualitativo de la acción de defensa de la competencia en los mercados, como ocurre con otras muchas políticas públicas,

[13] Así, la nueva Ley dedica toda una sección, arts. 27 y 28, a los mecanismos de transparencia y responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia.

pero es cierto que empiezan a aparecer prometedores métodos de evaluación que persiguen estos fines, de manera paralela al creciente empleo de técnicas cuantitativas en la defensa de la competencia [14].

Precisamente otro elemento de profesionalización lo constituyen la incorporación y uso activo de técnicas de investigación más modernas en las distintas fases del procedimiento de control de las prácticas anticompetitivas —detección, procesamiento y sanción—, lo que también resulta extensible para el control de concentraciones. Se trata, fundamentalmente, de aumentar la utilización de todas las nuevas herramientas que el análisis económico, tanto lógico como empírico, está incorporando en los procesos *antitrust* en los principales sistemas de referencia. No se debe pasar por alto que el propio ejercicio de reforma de la Ley responde a este planteamiento, que se inicia en los EE.UU. y que la Comisión Europea ha venido impulsando e incorporando a las distintas figuras del Derecho de la Competencia. Es cierto que, por ejemplo, el uso de las técnicas empíricas no puede convertirse en un fin en sí mismo, ya que sólo en determinadas circunstancias y sólo con una gran disponibilidad de datos éstas constituyen un elemento claramente determinante como medio de prueba. No obstante, sí cabe afirmar que existe en la actual práctica de las autoridades y tribunales españoles un escaso uso de razonamientos, más o menos, complejos derivados de la teoría económica. Mientras, cabría apuntar que el tratamiento de los casos sigue estando dominado por la aplicación debidamente extrapolada de la doctrina y jurisprudencia pasada a los casos enjuiciados.

No se trata de pasar directamente a lo que se conoce como regla de razón pura, sino de aplicar los tests y reglas de decisión dimanantes del nuevo enfoque económico a la realidad concreta de cada caso, dándole a ésta y a la evidencia económica aportada más importancia, si cabe, que a los precedentes. Se trata, en definitiva, de ir adoptando enfoques basados en presunciones refutables y reglas de razón estructurada.

En la consecución de este objetivo las autoridades públicas contarán con el inestimable empuje de los agentes privados, aunque también deberán dar por sí solas determinados pasos, como la incorporación de unidades y recursos especializados capaces de asimilar y orientar dichos razonamientos. También deberán comenzar a realizar un uso extensivo de las nuevas técnicas en la fase de detección, explorando todo un mundo de posibilidades que las tecnologías de la información ponen a su disposición y que ya vienen utilizándose en otros campos de ejercicio de autoridad pública, como el tributario o el del mercado de valores.

Por último, cabe apuntar a otra meta adicional dentro de este reto, pero cuya responsabilidad recae en este caso sobre los poderes políticos. Se trata de lograr que los nuevos mecanismos previstos para reforzar la independencia y, sobre todo, la legitimación de la CNC, la obligatoria audiencia par-

[14] De hecho, algunas autoridades, Comisión Europea y OFT, están empezando a dedicar recursos en exclusiva para determinar cuál es el impacto de sus decisiones.

lamentaria de los nuevos miembros de la CNC, sea ejercida con responsabilidad y profesionalidad. La Ley establece el control parlamentario de los miembros de la CNC mediante una comparecencia que debe versar sobre los conocimientos técnicos y la ausencia de conflictos de interés de los comparecientes. Si las comparecencias se desarrollan bajo dichos parámetros adquirirán un gran potencial y dotarán a la CNC de una mayor legitimación.

B. Orientar la actuación de las autoridades hacia las prácticas más dañinas

Uno de los mecanismos reforzados por la Ley y que representa una oportunidad para mejorar la atención de las autoridades hacia las prácticas más dañinas lo configura el nuevo régimen de conductas de menor importancia y el mayor margen de discrecionalidad del que las autoridades pueden dotarse para asignar sus recursos hacia aquellas actuaciones que consideren prioritarias, que naturalmente deberían ser aquellas con un mayor impacto sobre el interés público.

La interacción de estos dos elementos puede contribuir a conseguir una acción más focalizada, sin que pueda argumentarse que ello redunde en un abandono de los deberes para con aquellos perjudicados por ofensas que no se consideren relevantes. Para evitar esta desprotección la Ley facilita la acción de otros actores, jueces y autoridades autonómicas, que permitirán contar con una red de acción más amplia y tupida, cuyo marco de actuación se abordará en el siguiente apartado. En efecto, la nueva delimitación de las conductas prohibidas en la que se excluyen aquellas que por su escasa dimensión (no necesariamente cuantitativa) no sean capaces de afectar significativamente a la competencia, abre un nuevo panorama para la acción investigadora con el inestimable escrutinio y tutelaje de la doctrina y jurisprudencia que emane de la interpretación de este nuevo artículo.

No puede esconderse que la idiosincrasia de nuestro sistema legal y el hecho de no poder contar con conceptos como «la falta de interés comunitario» empleado por la Comisión harán complicada la utilización de este instrumento. Por ello, resulta imprescindible que las autoridades lo complementen empleando su margen de discrecionalidad razonablemente, por supuesto siempre dentro de los límites que marca el ordenamiento. Pero para que las autoridades sean capaces de poder priorizar y asignar eficientemente sus recursos han de comenzar explicitando precisamente sus prioridades, imitando la práctica de otras autoridades de competencia, lo que evitará que la discrecionalidad se interprete como una actuación arbitraria.

Obviamente, el resultado de la política de defensa de la competencia se debe medir a través de su capacidad para combatir las prácticas más dañinas para el bienestar de los consumidores y una de las que indiscutiblemente es potencialmente más perjudicial es la de los cárteles horizontales. Es de sobra conocido que este tipo de prácticas son raramente denunciadas

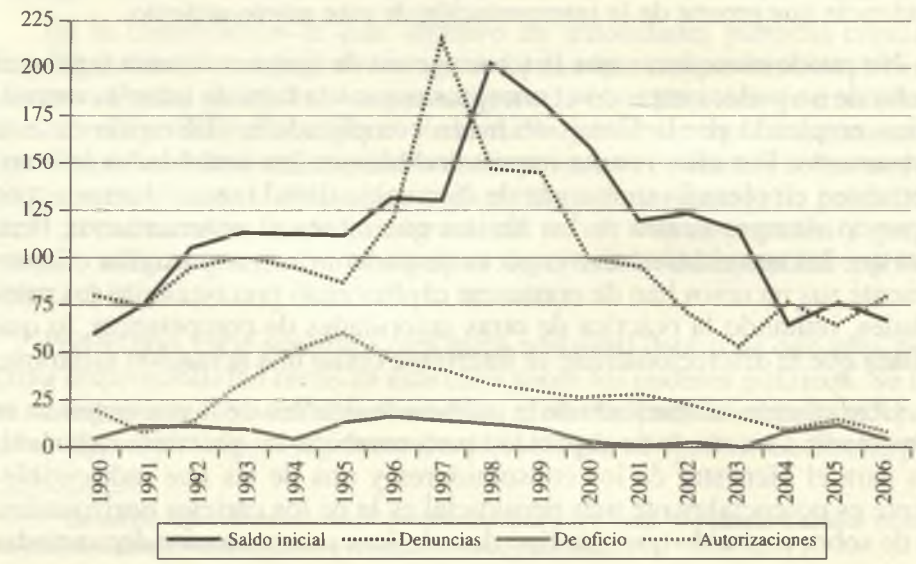
y suelen mantenerse en secreto, debiendo dotarse las autoridades de mecanismos de detección y prueba de las mismas. También suele argumentarse que la defensa de la competencia no debe erigirse como un instrumento de defensa de los competidores más débiles, pues frecuentemente se confunde la protección de la defensa de la competencia en el mercado con la defensa de los operadores contra la intensa competencia.

Pues bien, la mera contemplación de la actividad de las autoridades españolas en la última década y media permite constatar que ésta, precisamente, no se ha centrado en la lucha contra los cárteles y que, como consecuencia de ello, la búsqueda de soluciones para lograr una lucha más eficaz contra este tipo de prácticas se ha convertido en uno de los elementos más relevantes durante el proceso de elaboración de la nueva Ley.

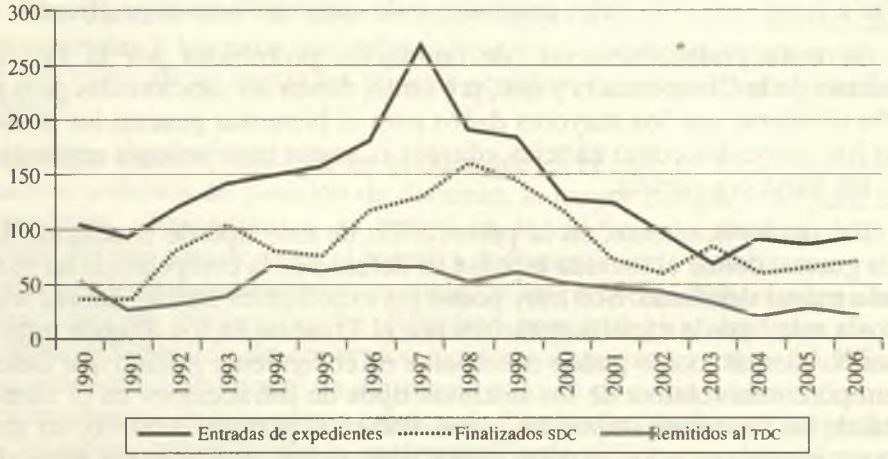
Son dos los principales rasgos característicos de la actuación de las autoridades a este respecto: 1) se mueven o actúan mayoritariamente a instancia de parte a través de denuncia, siendo pocos los expedientes iniciados de oficio, dedicando muchos recursos a rechazar quejas de competidores, y 2) son muy escasos los cárteles «duros» desmontados, dominando la actividad sancionadora los expedientes por infracciones de abuso de posición de dominio y otras infracciones no unilaterales.

Así, los dos siguientes gráficos ponen de manifiesto cómo en el número de expedientes iniciados predominan las denuncias y cómo la mayor parte de dichas denuncias terminan siendo cerradas por el Servicio. Es decir, la actuación investigadora viene promovida fundamentalmente por los competidores a través de quejas que, probablemente, escondan reproches de competidores menos eficientes y reflejen un desconocimiento de los objetivos de la defensa de la competencia, ya que en su mayoría son desestimadas.

ENTRADA DE EXPEDIENTES



ESTADÍSTICAS DE EXPEDIENTES EN MATERIA DE ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS



Desde 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto alrededor de sesenta expedientes relacionados con acuerdos horizontales prohibidos por el art. 1 de la Ley de 1989. Podría argumentarse que en sí misma la cifra no muestra una debilidad especial si se tiene en cuenta el tamaño de nuestro mercado en relación con el de otros países europeos. Sin embargo, la mayoría de expedientes se refieren a conductas localizadas en un ámbito geográfico provincial o autonómico [15] o, incluso, menor [16]. En otros casos, se trata de recomendaciones colectivas para la fijación de precios o condiciones comerciales iguales emanadas de acuerdos tomados en el marco de una asociación empresarial [17]. Existen también expedientes que se

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

[16] Las Resoluciones de 4 de marzo de 2003 (Expediente 532/02, Autoescuelas Coslada); de 21 de septiembre de 2000 (Expediente 474/99, Lonja Pescado Vigo); de 23 de mayo de 2000 (Expediente 462/99, Autoescuelas Tenerife); de 9 de marzo de 2000 (Expediente 461/99, Autoescuelas Alcalá); de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos); de 29 de diciembre de 1998 (Expediente 422/98, Arquitectos Andalucía); o de 14 de abril de 1998 (Expediente 374/96, Aparejadores Valencia y Alicante).

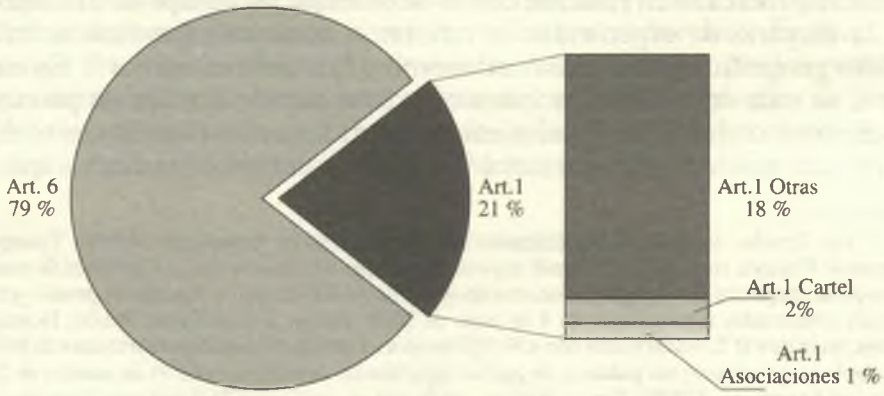
[17] Las Resoluciones de 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA), en la que se sancionó a la Unión Española de Entidades Aseguradoras con una multa de 480.809 euros por adoptar una recomendación colectiva de subida de la prima del seguro de automóvil dirigida a todas las empresas que formaban parte de la Asociación; o de 3 de junio de 1997 (Expediente 352/94, Industrias lácteas), en la que el Tribunal sancionó con multas globales de 7,1 millones de euros a un grupo de empresas fabricantes de productos lácteos por adoptar una política común de precios a través de una recomendación colectiva hecha desde la Federación Nacional de Industrias Lácteas.

refieren a acuerdos entre competidores para presentar ofertas homogéneas a concursos públicos [18]. En la misma línea se encuentran resoluciones relativas a conductas colusorias puntuales o de características específicas [19].

Se trata, indudablemente, de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas pero no debe olvidarse que los mayores daños para el bienestar general los provocan los conocidos como cárteles «duros» o, según terminología anglosajona, los *hardcore cartels*.

Es, paradójicamente, en la persecución de este tipo de conductas, las más graves, donde el sistema español de defensa de la competencia ha mostrado mayor debilidad. Son muy pocos los expedientes sancionadores relativos a este tipo de cárteles resueltos por el Tribunal en los últimos quince años [20]. Además, como puede constatarse en el siguiente gráfico que ilustra la importancia relativa de los distintos tipos de infracciones en el monto total de las sanciones impuestas por el TDC en el periodo 2004-06, las sanciones impuestas a los cárteles duros constituyen una mínima parte del total. Esto contrasta notoriamente con los montantes impuestos en los últimos años, por ejemplo, por la Comisión Europea.

ENTRADA DE EXPEDIENTES



Fuente: Elaboración propia.

[18] Las Resoluciones de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99, Agencias de Viaje), en la que el Tribunal impuso sanciones que totalizaron 4,5 millones de euros a un grupo de agencias de viaje que habían acordado presentar ofertas iguales a un concurso del INSERSO; o de 30 de septiembre de 1998 (Expediente 395/97, Vacunas antigripales), en la que el Tribunal impuso sanciones por un monto total de 722.266 euros a un grupo de empresas fabricantes de vacunas antigripales por acordar la fijación de los mismos precios en sus ofertas a un concurso convocado por el Sistema Andaluz de Salud.

[19] La Resolución de 29 de noviembre de 1999 (Expediente 432/98, Líneas Aéreas) en la que se sancionó a un grupo de líneas aéreas con una multa global de 841.416 euros por la suscripción de Acuerdos Interlínea restrictivos de la competencia.

[20] Entre los escasos ejemplos al respecto encontramos las Resoluciones de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas azucareras con multas globales de casi 8,8 millones de euros por concertar el precio de venta del azúcar para usos industriales; la de 11 de diciembre de 1998 (Expediente 409/97, Sandoz), en la que se sancionó a un

No es fácil encontrar explicación a esta escasa intervención en la lucha contra este tipo de conductas. Probablemente no hay una única razón pero no cabe duda de que las características específicas de estas actuaciones empresariales y los retos que deben afrontar las autoridades para emprender una lucha eficaz contra las mismas permiten detectar algunas pistas de utilidad.

En este sentido, conviene no olvidar que en el caso de los expedientes relativos a abusos de posición de dominio, la mayor complejidad para las autoridades administrativas se centra en la calificación jurídica de los hechos. En este tipo de casos el acceso a documentación y pruebas que verifiquen los hechos denunciados no suele ser un problema importante en las actuaciones de instrucción. La dificultad principal gira alrededor de la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada. Los hechos suelen ser aceptados por las partes, reduciéndose la confrontación de pareceres a determinar su calificación jurídica precisa.

Sin embargo, la situación es distinta en el caso de la persecución de cárteles. En estos casos, la experiencia internacional demuestra que es necesario conjugar adecuadamente la mezcla de, al menos, cuatro instrumentos claves para alcanzar altos niveles de eficacia en la lucha contra este tipo de conductas.

El primero de ellos es la adopción de programas de exención y reducción de las sanciones, conocidos como de clemencia o *leniency*, por los que aquellos que delaten o ayuden a desmontar un cártel reciben inmunidad o reducción de las sanciones a las que, en su caso, estarían sujetos. Este instrumento permite introducir un elemento de inestabilidad al interior de los cárteles y, de esta forma, dificultar, en primer lugar, su formación y, en segundo lugar, su mantenimiento en el tiempo. De la misma forma, estos programas facilitan enormemente la tarea de la autoridad en términos de acceso a pruebas definitivas que permitan llevar a cabo investigaciones sorpresa o, incluso, declarar la infracción.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del proceso de consulta de la Ley, este mecanismo, que hasta ahora ha estado ausente en nuestra tradición legal[21], se ha revelado como una herramienta muy potente en la lucha contra los cárteles en otras jurisdicciones y ha permitido desmontar un gran número de acuerdos muy nocivos para la economía y los consumidores. En la actualidad son muy escasos los países europeos que no cuentan con un

---

grupo de empresas fabricantes de productos dietéticos con multas globales de 751.866 euros por la fijación coordinada de los precios de venta al público de alimentos dietéticos infantiles; o la de 10 de junio de 1997 (Expediente 370/96, Desmotadoras de algodón), en la que las sanciones globales a un grupo de empresas desmotadoras de algodón por acordar precios alcanzaron más de un millón de euros.

[21] Para algunos comentadores resulta incluso reprobable la práctica de eximir de la sanción a actores que no dejan de ser infractores.

sistema de clemencia e incluso aquellos con una tradición jurídica similar a la nuestra, como Italia, Francia o Portugal, ya lo han adoptado.

El segundo instrumento determinante es que la autoridad pueda contar con adecuados poderes de investigación. En este sentido, la nueva Ley extiende estos poderes a los domicilios de los trabajadores teniendo en cuenta que, como se ha demostrado en muchas ocasiones, los directivos de las empresas llevan pruebas incriminatorias, relativas a estas conductas, a sus propias casas.

En tercer lugar, es importante que la Comisión Nacional de la Competencia disponga de los recursos humanos necesarios para llevar a cabo actuaciones de oficio e investigaciones por sorpresa que faciliten la búsqueda de los documentos necesarios para probar este tipo de infracciones.

Y, por último, los anteriores elementos deben completarse con una apuesta de la autoridad de competencia por graduar proporcionalmente las sanciones aplicadas a este tipo de conductas para que constituyan una amenaza creíble que persuada a los agentes económicos a solicitar los beneficios del programa de clemencia, consecuentemente con el daño provocado por estas conductas en el bienestar de la sociedad.

Todos estos elementos han sido considerados adecuadamente por el legislador y la nueva Ley dota a la Comisión Nacional de Competencia de los instrumentos pertinentes y, por ello, debemos ser optimistas respecto a los niveles futuros de eficacia en la lucha contra los cárteles[22].

C. Adecuada orquestación de todos los agentes que aplicarán la Ley de Defensa de la Competencia

Uno de los rasgos ya visibles en nuestro sistema de defensa de la competencia, pero que se intensificará en el futuro, lo constituye el creciente protagonismo que empiezan a adquirir otras instituciones que aplican la norma, al margen de las autoridades estatales de defensa de la competencia. No resulta desproporcionado exigir que dicha multiplicidad de actores intervenga de forma armónica, lo que conlleva evitar decisiones o actuaciones divergentes y asegurar que cada uno aprovecha sus potencialidades, cubriendo la parcela de juego que está llamado a desempeñar. Dicho así y conociendo el importante margen de apreciación inherente a la defensa de la competencia como disciplina, parecería una tarea harto compleja. Pero es cierto que tampoco cabe magnificar este problema, aunque entendemos que más que un problema o fuente de conflictos, este reto debe vislumbrarse como una gran oportunidad para lograr una mayor «potencia de acción», gracias a la acción en paralelo de las distintas instituciones.

---

[22] El hecho de que el legislador finalmente optase por diferir la entrada en vigor de este mecanismo a la aprobación de su reglamento de desarrollo muestra la importancia de contar con un diseño completo de funcionamiento para garantizar su eficacia.

Una de las críticas más frecuentes que ha recibido la Ley es que ésta no recoge mecanismos precisos de coordinación y no impide la aparición de actuaciones incoherentes. Sin embargo, resultaría complicado, si no imposible, evitar a priori, mediante un instrumento normativo, la posible existencia de actuaciones contradictorias, a no ser que dicho instrumento normativo estableciese una jerarquía entre las diferentes instituciones y sus decisiones. No obstante, la naturaleza de *primus interpares* de las diferentes autoridades administrativas de defensa de la competencia, autonómicas y estatales, y la fuerte independencia que caracteriza a nuestro sistema judicial, impide el establecimiento de cualquier mecanismo de jerarquía legal, como los que contiene el Reglamento 1/2003 en relación con la obligación de los jueces nacionales de evitar decisiones contradictorias con las decisiones de la Comisión Europea o la posibilidad de ésta de retirar un caso concreto de la competencia de las autoridades nacionales.

Descartados pues los mecanismos de acción uniforme forzosa, la misma debe alcanzarse a través de instrumentos de coordinación y cooperación voluntaria. Es cierto que la jurisprudencia comunitaria y nacional irán determinando los aspectos sustantivos, al aplicar todos, en definitiva, el mismo conjunto de normas. Pero más que evitar una divergencia en el medio y largo plazo sobre los aspectos sustantivos, el aspecto que resulta más preocupante es lograr una acción eficiente en el corto plazo y minimizar la duplicidad de acciones con el consiguiente derroche de recursos públicos, evitando el denominado *forum shopping*, a través del cual son las partes las que determinan qué institución interviene y no la que se encuentre mejor situada o cuente con los instrumentos más eficaces.

Esta coordinación de acción puede ser más factible de lograr entre las autoridades administrativas de defensa de la competencia y entre éstas y los reguladores sectoriales, siendo menos sencilla de alcanzar con los órganos judiciales, aunque tampoco resulta tan necesaria, ya que éstos protegen intereses distintos al interés público defendido por autoridades de competencia y reguladores. En cualquier caso, la aplicación del criterio de autoridad mejor situada no puede olvidar que primero deben resolverse los aspectos de jurisdicción, puesto que el modelo elegido por la Ley 1/2002, que a su vez deriva de las indicaciones del Tribunal Constitucional, es un modelo de competencias excluyentes y no compartidas, a diferencia de lo que ocurre entre la Comisión Europea y los Estados miembros para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

En cualquier caso y a pesar de los problemas legales e institucionales, hay un importante margen para la coordinación y la búsqueda de sinergias, que redunden en criterios predecibles y transparentes para los operadores y en un mejor aprovechamiento de los recursos públicos dedicados a la defensa del mercado. Asimismo, parece sensato reconocer que las instituciones están obligadas a dedicar esfuerzos a esta tarea, como contrapartida de la mayor supervisión a que someterán a los operadores.

D. Impulsar decididamente las actividades asociadas a la promoción de la competencia

La actividad tradicional de las autoridades de defensa de la competencia consiste en la aplicación de los procedimientos de control de conductas prohibidas y de concentraciones, lo que se viene denominando como *enforcement*. Esta tarea viene consumiendo la mayoría de los recursos y debe seguir recibiendo una atención especial. Sin embargo, en los últimos años se ha ido consolidando un consenso acerca de la importancia de complementar la actividad de *enforcement* tradicional con la denominada promoción de la competencia o labor de *advocacy* en terminología inglesa. Dentro del *advocacy* suelen, a su vez, distinguirse dos planos de acción: por un lado, el control de la actividad, no mercantil, del sector público en la medida que afecta a las condiciones de competencia en el mercado y, por otro, el análisis de los mercados.

Resulta obligado reconocer que las autoridades españolas de defensa de la competencia no han dedicado una gran cantidad de esfuerzos a estas tareas en los últimos años, algo que la nueva Ley trata de paliar dotando a la CNC y a las autoridades autonómicas de instrumentos nuevos, cuya correcta y eficaz utilización tienen un gran potencial. De este reto se ha hecho eco, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, que reconoce la importancia de los nuevos mecanismos de *advocacy* y anima a una intensa utilización[23]: «10 [La] nueva Ley de Defensa de la Competencia tiene varios elementos positivos que deben ser completamente utilizados (...) Segundo, las funciones reforzadas de *advocacy* de la nueva Comisión es un instrumento potencialmente poderoso, que debe ser aplicado pro activa y contundentemente.»

El control o supervisión de la actividad no mercantil del sector público comprende, asimismo, dos vertientes. En primer lugar, el análisis, preferiblemente *ex* ante, de la normativa de cualquier rango con un impacto directo en las condiciones de competencia en el mercado. Esta actividad viene a enmarcarse en las políticas de *Better regulation*[24], que están recibiendo un fuerte impulso en el ámbito comunitario y también en el nacional. Evidentemente, el éxito en la capacidad de incidir sobre la actividad normativa de las Administraciones dependerá de las posibilidades que éstas ofrezcan a lo largo de su proceso normativo. Será más fácil si, siguiendo los principios de transparencia, someten sus proyectos a consulta pública o, incluso, a informe directo de los órganos de defensa de la competencia. Para desarrollar de forma creíble esta tarea la CNC y los órganos autonómicos en su respectivo territorio han recibido una poderosa arma al haber sido

---

[23] Traducción propia de: Fondo Monetario Internacional, *Spain's Article IV Consultation 2007, Preliminary Conclusions*, 26 de marzo de 2007, www.imf.org.

[24] Para una completa descripción conceptual de esta política y su proceso de evolución puede verse Balsa Pascual, C. (2006), «La Better Regulation», *Papeles de evaluación* 1/2006, Ministerio de Administraciones Públicas.

legitimados para impugnar cualquier acto de las Administraciones Públicas que pueda afectar a las condiciones de competencia en el mercado. Evidentemente, este instrumento debe usarse como último recurso y debe emplearse cautelosa pero concienzudamente, ya que de su éxito dependerá en buena medida la credibilidad de los órganos de defensa de la competencia en esta misión.

En segundo lugar, la supervisión de los poderes públicos debe contemplar el análisis de las ayudas públicas. Esta vertiente de la actuación, que también ha incorporado importantes novedades a través de la nueva Ley, debe partir del hecho de que el monopolio en cuanto al control de legalidad de las ayudas públicas reside en la Comisión Europea. Asumiendo esta limitación, existe un importante campo de actuación a través de instrumentos, como informes, comparaciones y recomendaciones de buenas prácticas, que deberá ser adecuadamente explotado.

El análisis de mercados es el segundo de los pilares que comprende una política moderna de *advocacy*. El objetivo de este instrumento consiste en identificar aquellas barreras de todo tipo que impiden un funcionamiento competitivo de los mercados. En ocasiones se argumenta que el *enforcement* tradicional de las conductas colusorias se enfrenta a una misión imposible a la hora de mejorar el funcionamiento de determinados mercados oligopolísticos, siendo ésta, por otra parte, la estructura más frecuente de los mercados en nuestras economías. En efecto, las prohibiciones tradicionales[25] no sirven para perseguir el resultado colusorio al que no se llega por contacto entre las partes, sino por el mero reconocimiento de la mutua interdependencia de los operadores, lo que suele denominarse como colusión tácita. Esta situación que es igual de dañina para los consumidores, en términos de resultados del mercado, queda fuera del alcance del poder sancionador de las autoridades de competencia, al no existir elemento o comportamiento punible al margen de ese reconocimiento solitario de la interdependencia mutua; comportamiento, por otra parte, perfectamente racional desde la óptica empresarial.

Este tipo de comportamientos y sus resultados sólo puede «atacarse» desde una acción sobre la estructura del mercado y las barreras a la entrada o salida del mismo, lo que incluye también acciones sobre la dimensión y forma de las empresas, por ejemplo, su grado de integración vertical. Pues bien, en este contexto, una activa práctica de análisis de los mercados permitiría a las autoridades de competencia realizar recomendaciones a los poderes públicos sobre cómo mejorar el comportamiento competitivo de los mercados y puede convertirse en una poderosa arma, así como en una fuente de detección de áreas para un *enforcement* más activo, si las conclu-

[25] Es un problema que afecta tanto al art. 81 del TCE y sus prohibiciones derivadas, a nivel europeo, como a la Section 1 de la Sherman Act en los EE.UU. Es cierto que a nivel nacional las distintas leyes de competencia han mantenido desde su predecesora de los años sesenta el concepto de prácticas concertadas o conscientemente paralelas, concepto al que podría atribuirse la capacidad de perseguir a los oligopolios tácitos.

siones de los estudios señalasen que los problemas no vienen exclusivamente por la existencia de barreras a la entrada o salida.

Es cierto que la nueva Ley no va muy lejos a la hora de atribuir poderes a la CNC en términos de análisis de mercados y no la equipara a otros sistemas más potentes en los que, como en el caso británico [26], las autoridades pueden acabar imponiendo remedios estructurales a las empresas si encuentran, tras un concienzudo estudio de mercado, que la dimensión o estructura de las mismas es la causa de su funcionamiento insatisfactorio. No obstante, sí que se ven reforzados los poderes de la CNC para el análisis de mercados, que supondrá sin lugar a dudas un importante reto a abordar.

5. CONCLUSIÓN

Se viene repitiendo que el traje que estrenará el sistema de defensa de la competencia español gracias a la entrada en vigor de la nueva Ley permitirá a éste modernizar su estructura legal e institucional, situándose ambas en un nivel comparable al de los países de nuestro entorno. Sin embargo, dicho ropaje no será condición suficiente para que la defensa de la competencia en su conjunto experimente un salto cualitativo hacia la modernización. Evidentemente, los actores públicos encargados de poner en marcha la nueva institución y el primer rodaje de la Ley seremos tributarios de un papel protagonista en esta responsabilidad. Pero para ello será también imprescindible que todos los otros agentes que, en mayor o menor medida, tengan que ver con la aplicación activa o pasiva de la Ley sean capaces de afrontar los retos que un sistema de defensa de la competencia de una economía moderna y competitiva plantea.

No cabe duda que la misma aprobación de la Ley constituye un primer paso importantísimo, reflejo del consenso existente en la sociedad acerca de la importancia de contar con una competencia vigorosa. El amplio respaldo recibido por la Ley, especialmente, en el ámbito parlamentario constituye una buena muestra de lo acertado de su diseño, sugiriendo probablemente que responde a las expectativas suscitadas. Pero dicho respaldo no aminora, sino todo lo contrario, potencia aún más si cabe, la especial responsabilidad de aquellos que debemos poner en marcha los nuevos instrumentos. El propósito de estas líneas ha sido identificar cuáles son los principales retos que afrontamos en esta tarea, de modo que el transcurso del tiempo permita evaluar su grado de cumplimiento.

---

[26] En el caso británico, tanto la OFT como los reguladores sectoriales pueden remitir, tras un estudio preliminar, un determinado mercado para el análisis de la *Competition Commission*. Esta autoridad, que cuenta con amplios poderes de investigación para estos casos, puede acabar imponiendo remedios estructurales que afectan a la estructura empresarial del mercado.

LA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES ECN. DOS AÑOS DE COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Isabel López Sanz
Inspector de Competencia
Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2004, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, se introdujo un nuevo marco para la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE). El Reglamento comportaba numerosas novedades, siendo la básica el establecimiento de un sistema de exención legal directamente aplicable, en el que, tanto la Comisión Europea, como las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC), y como los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros, son competentes para aplicar íntegramente los arts. 81 y 82 del TCE.

El nuevo sistema obliga a las ANC a la aplicación de las normas comunitarias de competencia en aquellos casos en los que las prácticas en cuestión puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. El Reglamento realmente crea un sistema de competencias concurrentes en el que tanto la Comisión como las ANC [1] aplican los arts. 81 y 82 del TCE, y crea mecanismos de consulta e intercambio de información.

Para que esa aplicación concurrente en estrecha cooperación, por parte de las ANC y de la Comisión, sea coherente y eficaz, se creó la llamada Red de Autoridades de Competencia (ECN [2]) formada por la Comisión y las ANC,

[1] No se cita a los Órganos Jurisdiccionales ya que no cabría el establecimiento de una red de autoridades en la que se incluyeran a los Órganos Jurisdiccionales nacionales sin riesgo de interferencias en la independencia judicial. En el Reglamento 1/2003 aparecen los mecanismos de cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales nacionales y la Comisión y las ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Desarrollándose especialmente en la «Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE». (2004/C101/04), *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004.

[2] *European Competition Network.*

nombradas por los Estados miembros conforme a lo establecido en el art. 35 del Reglamento 1/2003.

La ECN se define como una red de poderes públicos que, en defensa del interés público, actúan cooperando estrechamente en la aplicación de las normas de competencia. Es también un foro de discusión y cooperación en la política comunitaria de competencia y facilita una base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa[3]. En sentido práctico, la ECN consta de una serie de instrumentos que permiten a las ANC y a la Comisión llevar a cabo, entre otras, consultas mutuas, intercambio de información, cooperación en las investigaciones y otra serie de medidas que finalmente posibilitan una aplicación coherente de las normas de competencia comunitarias y que facilitan la discusión para el establecimiento de una política común de competencia.

Este artículo pretende dar una visión general y práctica de la ECN, a lo largo de sus poco más de dos años de vida, no sólo de sus logros sino especialmente de los trabajos que ha conllevado su funcionamiento, y que continúan, pues la Red de autoridades sigue su rodaje. Se destacan los esfuerzos de los Estados miembros para armonizar todos los marcos legislativos nacionales alineándolos con el Reglamento 1/2003, lo que permite la aplicación coherente de las normas de competencia comunitarias, facilita la puesta en funcionamiento de todos y cada uno de los mecanismos de cooperación de la Red de Autoridades de Competencia contemplados en el Reglamento 1/2003, y ofrece a las empresas y consumidores una imagen clara de la unidad, en todos los Estados miembros de la UE, en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA ECN

Los principios en los que se basa el funcionamiento de la Red se encuentran en la «Declaración Conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia»[4] (Declaración Conjunta) y en la «Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia»[5] (Comunicación de Cooperación). Por su parte, los instrumentos jurídicos que enmarcan el funcionamiento de la red se recogen en el Reglamento 1/2003, de modo particular en los arts.[6] 11, 12, 13, 14, 16.2 y 22.

---

[3] Apartado núm. 1 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C101/03). *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004.

[4] http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_en.pdf .

[5] Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C101/03). *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004.

[6] Que respectivamente se corresponden con los siguientes títulos: 11. *Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros*; 12. *Intercambio de información*; 13. *Suspensión o fin de procedimiento*; 14 *Comité consultivo*; 16. *Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia,* y 22. *Investigaciones efectuadas por las autoridades de competencia de los Estados miembros.*

La Declaración Conjunta, que fue adoptada junto con el Reglamento 1/2003, no crea derechos jurídicos ni obligaciones. Es una declaración de carácter político que se limita a recoger los principios generales en los que se basa el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia y algunos otros elementos claves en el reparto de tareas entre los miembros de la Red, como los criterios que permitan establecer cuál es la autoridad mejor situada para llevar un caso en el que se de la concurrencia de varias, y otros criterios prácticos que faciliten una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE.

La Comunicación de Cooperación detalla el sistema de cooperación entre las autoridades de la Red en tres grandes capítulos:

— La división del trabajo, que desarrolla lo establecido en los arts. 11(1) y (2), 12, 13 y 22 del Reglamento 1/2003. Recoge los principios para el reparto de asuntos entre las autoridades de la Red, los mecanismos de cooperación para el reparto de asuntos, para la asistencia entre autoridades y trata determinados aspectos sobre la situación de las empresas, especialmente de aquellas que se acogen a programas de clemencia.
— La aplicación coherente de las normas de competencia, que desarrolla los mecanismos de cooperación recogidos en los apartados 4 y 5 del art. 11 del Reglamento 1/2003, y el procedimiento de aplicación del art. 11(6) por parte de la Comisión.
— El alcance y funcionamiento del Comité consultivo, desarrollando el art. 14 del Reglamento 1/2003.

3. DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ECN

La Red ECN debe garantizar tanto el reparto eficaz de los asuntos a los que sean de aplicación los arts. 81 y 82 del TCE, como que la aplicación de los mismos sea efectiva y coherente en toda la UE.

Aunque el funcionamiento de la ECN se recoge fundamentalmente en la Comunicación de Cooperación, no obstante, la cooperación que se lleva a cabo en la misma no se reduce al conjunto de actuaciones explícitamente recogidas en dicho documento.

La Comunicación de Cooperación desarrolla los detalles de funcionamiento de la Red, que podríamos agrupar en los siguientes conjuntos de instrumentos: la asignación de casos 81 y/o 82, los mecanismos de cooperación en la aplicación de las normas de competencia, los mecanismos que permiten la aplicación uniforme de las normas de competencia y el Comité Consultivo.

Pero también la cooperación entre las Autoridades de la ECN supone una serie de continuos contactos bilaterales y multilaterales entre autoridades a todos los niveles, que surgen de la aplicación del art. 11(1) del Reglamento

1/2003, que establece que «*La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia en estrecha colaboración*». En concreto dentro de la ECN se han creado grupos de trabajo en los que las ANC junto con la Comisión, y en un marco de cooperación voluntaria, discuten distintos temas de política de competencia, de normativa y sectoriales en un régimen de construcción de consenso. Todo lo cual se procede a comentar con más detalle.

A. La asignación de casos en la ECN

Dadas las competencias concurrentes entre las ANC y la Comisión para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, ocurre que los asuntos (o casos de aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE) pueden ser tramitados por una ANC, con o sin la ayuda de otras ANC, por varias ANC actuando de forma concurrente, o por la Comisión.

La Comunicación de Cooperación, en pro de una aplicación eficaz de las normas de competencia, da una serie de pautas para que, en caso de concurrir varias autoridades, se establezca una adjudicación de asuntos que facilite que la autoridad de competencia de la ECN que pueda afrontar en mejores condiciones dicho asunto sea quien lo lleve a efecto.

Con independencia de que haya otras autoridades, bien interesadas en el caso, o cuyos territorios aparecerían afectados por la práctica en cuestión, la Comunicación de Cooperación recomienda que en la medida de lo posible sea una única autoridad la que entienda de un determinado asunto. Y todo ello teniendo en cuenta la salvedad de que cada autoridad goza de plena libertad para decidir si lleva o no un caso.

El sistema de adjudicación propuesto en la Comunicación necesita, en primer lugar, de un proceso de notificación entre los miembros de la ECN de los casos que se inician en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE, del que se tratará con más detalle al hablar de los mecanismos de cooperación.

En principio, la autoridad que inicia un caso —y que lo notifica en primer lugar a la ECN— será la responsable del asunto, pero puede darse la situación de que dicha autoridad no se considere la mejor situada para llevar a cabo la investigación del asunto, o que otras autoridades también se consideren competentes sobre el mismo.

Para el reparto de los asuntos, la Comunicación de Cooperación establece que tras la notificación del caso por una autoridad se inicia un periodo de dos meses durante el que se puede llevar a cabo una reasignación a petición de las autoridades interesadas, pero sin que eso suponga la interrupción de las investigaciones en curso sobre el asunto.

La Comunicación marca una serie de pautas que permitirían establecer en cada caso cuál es la autoridad mejor situada, cuándo sería procedente

una actuación concurrente y cuándo la autoridad mejor situada al respecto de un caso es la Comisión.

En general, la autoridad mejor situada será aquella en cuyo territorio se den real o previsiblemente los efectos de las prácticas y/o las prácticas, que pueda llevar a cabo una actuación efectiva para que finalicen las mismas, y que pueda disponer de toda la información necesaria en la investigación del caso, por sus propios medios o gracias a la cooperación de otras autoridades de competencia. Y si las prácticas tienen efectos en al menos tres Estados miembros, claramente será la Comisión la autoridad mejor situada. También recoge, como situaciones que hacen que la Comisión sea considerada como la autoridad mejor situada para entender de un caso, el que éste aparezca vinculado a otras disposiciones comunitarias de aplicación exclusiva por parte de la Comisión, o que la actuación de la Comisión redunde en mayor eficacia, o en casos en los que el interés comunitario requiera una decisión de la Comisión.

Finalmente contempla la posibilidad de que varias ANC lleven simultáneamente un caso, que tenga efectos en sus propios territorios, indicando que dicha situación puede ser apropiada en el caso de que la acción de una única autoridad no pueda poner fin a la práctica o sancionarla adecuadamente y sugiriendo que las actuaciones de las distintas autoridades sean coordinadas.

B. Los mecanismos de cooperación

Los mecanismos de cooperación son los que aparecen contemplados en el Reglamento 1/2003 en los arts. 11, 12, 13 y 22. La Comunicación de Cooperación los desarrolla y son la notificación a la ECN de los casos, el intercambio y uso de información entre las autoridades de la ECN, la suspensión y cierre de procedimiento y las inspecciones y otras medidas de investigación efectuadas por una ANC a solicitud de otra autoridad de competencia. Son las herramientas que facilitan la cooperación de las autoridades de la ECN en la resolución de casos en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

a) *La notificación a la red de los casos iniciados en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE*

Las notificaciones de los casos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE a la ECN se llevan a cabo en virtud de lo preceptuado en el art. 11(3) del Reglamento 1/2003. Éste establece que una autoridad nacional que inicie una investigación en un determinado asunto en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE, debe notificarlo a la Comisión y puede notificarlo al resto de ANC. Un sistema similar se establece en el art. 11(2) si el asunto es ini-

ciado por la Comisión, siendo en ese caso la Comisión la que notifique a las ANC el inicio de una investigación en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE.

En la práctica la notificación del inicio de un caso, por parte de una ANC, se dirige al resto de ANC al mismo tiempo que se envía a la Comisión. La cooperación de todos los miembros de la ECN al respecto ha sido llevada a cabo desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. La notificación se realiza por medio de una base de datos electrónica y consiste en informar a los miembros de la ECN, según un modelo estándar, de los contenidos de un determinado asunto describiendo sus características esenciales, la autoridad que lo tramita, la infracción denunciada, la presunta duración de la infracción y el origen del asunto, entre otros. Todo lo cual permite que el resto de ANC puedan valorar claramente los elementos esenciales del caso, en especial de cara a una posible concurrencia y/o readjudicación del mismo.

El siguiente cuadro recoge el número de casos que han sido notificados [7] a la ECN desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta noviembre del 2006:

	2004	*2005*	*2006*
Casos 81 y/o 82 notificados a la Red por la Comisión	101	22	10
Casos 81 y/o 82 notificados a la Red por las ANC	200	182	136

b) *La suspensión o archivo de un caso sobre el que se ha llevado a cabo una decisión o que está siendo investigado por otra ANC*

Otro mecanismo para la cooperación es el que tiene su base jurídica en el art. 13 del Reglamento 1/2003. Contempla la posibilidad de desestimar una queja, suspender, o concluir un procedimiento, por parte de una autoridad nacional, en un caso de reasignación o en un caso sobre el que otra autoridad ya haya tomado o esté tramitando una decisión al respecto.

Siempre debe de tratarse de la misma infracción, en el mismo mercado geográfico y de producto; no obstante, puede aplicarse a una parte de la denuncia o procedimiento, y su aplicación será siempre voluntaria.

[7] Fuente, página web de la DGCOMP de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/statistics.html .

El mecanismo facilita el procedimiento de la asignación de casos y evita la duplicidad de decisiones en un mismo asunto.

Conviene comentar que no es la única herramienta al respecto ya que las actuaciones de suspensión y cierre de procedimiento en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por las ANC, también pueden realizarse con la base jurídica de sus propias normas de procedimiento nacionales.

c) *El intercambio y uso de información. La asistencia de otras ANC*

El tercer mecanismo clave en el funcionamiento de la ECN es el intercambio y uso de información, incluida la información confidencial, contemplado en el art. 12 del Reglamento 1/2003. Dicho artículo da a las ANC la potestad de intercambiar y utilizar información en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por tanto les otorga una herramienta que facilita la instrucción eficaz de los asuntos de infracción de los arts. 81 y 82 del TCE.

Conviene comentar que el intercambio de información establecido en dicho art. 12 prevalece sobre cualquier ley nacional contraria al respecto. Solamente se contempla una circunstancia que puede frenar dicho intercambio y es que haya sido impugnada la legalidad de la recopilación de la información por parte de la autoridad que la recaba.

Amparado en la posibilidad para el intercambio y uso de información del art. 12, el Reglamento 1/2003 recoge otro mecanismo que facilita a las ANC la cooperación en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Es la facultad de llevar a cabo inspecciones u otras medidas de investigación a solicitud de la Comisión o de otra ANC, que se recoge en el art. 22 del Reglamento 1/2003. Esta herramienta permite a los miembros de la Red pedir ayuda a otro miembro a la hora de obtener la información, necesaria para demostrar la existencia de una infracción de los arts. 81 y 82 del TCE, que posteriormente puede ser intercambiada y utilizada en la resolución del caso por la autoridad de competencia solicitante.

No obstante lo anterior, conviene comentar que el propio Reglamento 1/2003 también recoge una serie de salvaguardas para las empresas, en sus arts. 28, 12(2) y 12(3), sobre la confidencialidad de determinados documentos, el uso de la información intercambiada y la prohibición del uso de la información intercambiada para la imposición de penas privativas de libertad a personas físicas, y que la Comunicación de Cooperación desarrolla.

C. La aplicación uniforme

El Reglamento 1/2003 mediante lo preceptuado en sus arts. 11(4) y 11(6) facilita, por una parte, que todas las decisiones que lleven a cabo las

ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE sean coherentes, y por otra, permite que la Comisión pueda adoptar en cualquier momento una decisión en un caso particular ya que, como guardiana de los Tratados, tiene la responsabilidad última sobre la coherencia o uniformidad en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

En el primer caso, el art. 11(4) recoge la obligación de las ANC de notificar a la Comisión cualquier proyecto de decisión que lleve a cabo en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por el que se ordene el cese de una infracción, se acepten compromisos o se retire una exención, y ello, treinta días antes de la adopción de la decisión[8]. Transcurrido dicho periodo la decisión puede ser adoptada por la ANC salvo que la Comisión decida incoar un procedimiento [y para ello aplicaría el art. 11(6)]. En cualquier caso la Comisión podrá hacer observaciones a la ANC sobre el proyecto de decisión que le ha sido notificado.

En cuanto a lo preceptuado en el art. 11(6), permite a la Comisión que en un asunto, en el que vaya a emitir una decisión de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, retirar la competencia a cualquier ANC que estuviese entendiendo sobre el mismo.

La Comunicación de Cooperación deja claro que una vez la Comisión haya incoado su procedimiento en un determinado asunto, el resto de ANC no podrán incoar un procedimiento sobre el mismo caso.

En los casos en que una o varias ANC ya hayan notificado un determinado caso a la ECN y la Comisión decida iniciar un procedimiento durante el periodo de los dos meses de adjudicación, la Comisión siempre deberá consultar a las ANC interesadas en el caso.

Una vez transcurrido el periodo de asignación, la Comisión sólo podrá aplicar el art. 11(6) en casos tasados por la Comunicación, como son: que las ANC entendiendo del caso no se opongan, que se prevea la toma de decisiones contradictorias, o contrarias a la jurisprudencia consolidada, o que las ANC alargaran el procedimiento indebidamente, o cuando se plantee un problema de competencia similar en varios Estados miembros, o para asegurar la aplicación efectiva de las normas de competencia.

La retirada de la competencia a la ANC, fuera del periodo de asignación, se lleva a cabo previa información por escrito de la Comisión a las ANC y teniendo éstas la posibilidad de solicitar el desarrollo de un Comité Consultivo para la discusión de la adjudicación del asunto antes de que la Comisión incoe el procedimiento.

En cualquier caso, una vez emitida la decisión sobre un caso por parte de la Comisión, la Autoridad nacional que inicialmente se ocupaba del caso

---

[8] Otro tipo de decisiones como las de desestimación de denuncia, archivos o medidas cautelares, pueden notificarse de manera voluntaria tanto a la Comisión, como al resto de miembros de la ECN, así lo indica la Comunicación de Cooperación haciendo referencia al art. 11(5) del Reglamento 1/2003.

recuperaría la competencia sobre el mismo. En el caso de que la Comisión adoptara una decisión de compromisos, la Autoridad nacional podría aplicar los arts. 81 y 82 a los citados acuerdos, hasta la fecha de la adopción de los compromisos, e incluso sancionar.

D. El Comité consultivo

Realmente podría considerarse como un instrumento más para la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias en la ECN, si no fuera porque se trata de una figura ya existente en el reglamento que precedió al Reglamento 1/2003 [9] y que se mantiene en el nuevo sistema de aplicación descentralizada.

El Comité Consultivo ha sido y continúa siendo un foro de discusión donde los expertos de competencia de la ECN debaten asuntos concretos, a los que son de aplicación los arts. 81 y 82 del TCE, y temas de legislación comunitaria de competencia.

No obstante, el Comité Consultivo, contemplado en el art. 14 del Reglamento 1/2003, recoge una serie de novedades [10] que facilitan su uso como instrumento de la ECN.

En concreto se contempla la posibilidad de que sirva de foro de discusión no sólo de los casos llevados por la Comisión sino también de los asuntos en tramitación por las ANC, facilitando así una aplicación coherente. La propuesta de discusión de asuntos tramitados por las ANC puede proceder tanto de la Comisión como de las ANC. Sin embargo, en ese caso el Comité consultivo no emitirá dictamen sobre dichos asuntos.

Y como ya se comentó, al hablar de la aplicación del art. 11(6) por la Comisión, otra de las novedades del Comité consultivo relacionada con el funcionamiento de la ECN, es la posibilidad de que, a solicitud de las ANC, se traten en un Comité Consultivo aquellos asuntos en los que la Comisión se disponga a incoar un procedimiento con los efectos de retirada de la competencia de otras ANC contemplada en el art. 11(6). En cualquier caso, la Comunicación de Cooperación indica que el Comité consultivo también puede ser considerado como foro de debate a la hora de discutir la asignación de casos.

E. Los foros de discusión

La cooperación en la ECN conlleva la existencia de foros de discusión de distinto nivel, que tratan temas de política de competencia. Éstos constitu-

[9] Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962.

[10] Otras novedades son: la posibilidad de que se lleve a cabo por escrito y de que se publique el dictamen del Comité.

yen otro instrumento para la cooperación en la ECN, que aunque no aparezca explícitamente desarrollado en la Comunicación de cooperación, responde a lo preceptuado en el art. 11(1) del Reglamento 1/2003 y resulta muy relevante en el funcionamiento de la Red.

El primer lugar en los foros de discusión lo ocupa la reunión de Directores Generales de Competencia [11], la cual reúne a los máximos responsables de las ANC junto con los de la Comisión, una vez al año, para discutir las cuestiones más relevantes de la política de competencia.

El siguiente nivel lo constituyen las llamadas reuniones del Plenario de la ECN, donde los representantes de todas las ANC se reúnen con los representantes de la Comisión para tratar cuestiones de interés común en el funcionamiento de la ECN. Entre otros, se tratan temas de procedimiento, los documentos e investigaciones realizadas por los grupos de trabajo de la ECN, y se llevan a cabo discusiones preliminares sobre las propuestas normativas de la Comisión y cualquier otro tema que afecte al funcionamiento de la ECN.

Un tercer escalón es el formado por los foros de discusión llamados grupos de trabajo ECN. En ellos las ANC participan, de manera voluntaria, junto con la Comisión, mediante representantes expertos en las materias de las que se ocupan. Los temas de discusión son tanto temas horizontales (como son cuestiones de normativa) como verticales (análisis de la competencia en determinados sectores). La discusión en dichos grupos pretende compartir experiencias y llegar en la medida de lo posible al desarrollo de unas buenas prácticas, todo ello mediante la construcción de un consenso en los diversos temas tratados.

Los grupos de trabajo que actualmente existen dentro de la ECN son numerosos y todos utilizan indistintamente las reuniones y las comunicaciones electrónicas como herramienta de trabajo.

Sobre temas horizontales conviene destacar los siguientes grupos: el llamado grupo de trabajo de clemencia [12], que aborda las posibles dificultades que generan la existencia de distintos programas de clemencia en la ECN; el grupo de cuestiones transitorias, que se centra en las cuestiones surgidas de la puesta en práctica del Reglamento 1/2003; el grupo de sanciones, que se centra en cuestiones relativas a la heterogeneidad de los procedimientos sancionadores de los Estados miembros; el grupo de información y comunicación, que se ocupa de la comunicación de la ECN con el público en general; el grupo sobre el abuso y posición de dominio y el de los economistas jefes.

Sobre temas sectoriales existe un gran número de grupos destinados a tratar temas de competencia en sectores concretos. Conviene citar al grupo

---

[11] Dicho foro existía con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no obstante se menciona ya que trata los temas de cooperación dentro de la ECN al más alto nivel.

[12] Para una mayor información ver apartado 4 de este artículo.

de Servicios Profesionales por el documento que ya ha publicado [13] fruto de su trabajo.

4. LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

La armonización de las legislaciones nacionales de competencia podría considerarse como uno de los logros o consecuencias del funcionamiento de la ECN.

En el año 2004 muchos Estados miembros llevaron a cabo la revisión de sus legislaciones nacionales de competencia a fin de adaptarlas a la nueva política de la Comisión, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, recogida en el Reglamento 1/2003. Los cambios han buscado una mayor convergencia entre los sistemas nacionales y el comunitario.

Se comenta a continuación cada uno de los elementos claves en la convergencia de las legislaciones nacionales de competencia con el Reglamento 1/2003.

Y dado que dicha convergencia ha sido uno de los motores de la reforma del sistema de Defensa de la Competencia en España, en cada uno de los elementos considerados claves en la convergencia se comentara cómo ha sido tratado en nuestro país, en el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia [14].

Mención aparte merece la convergencia en los programas de clemencia, ya que ha sido objeto de un trabajo concreto en la ECN que ha concluido en la elaboración de un Programa Modelo que marca la convergencia de las legislaciones nacionales de competencia en este aspecto.

A. CONVERGENCIA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES [15]

a) *Los sistemas nacionales de notificación*

El elemento de convergencia refleja la adopción o no por parte de los sistemas nacionales de la nueva política de exención legal directamente aplicable.

El art. 1(2) del Reglamento 1/2003 establece que: «*Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81*

---

[13] *Overview of national competition authorities' advocacy and enforcement activities in the area of professional services (February 2004-Spring 2006)*, http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html .

[14] El documento referido a lo largo del artículo es el texto que aparecía publicado en la página web del Congreso de los Diputados como el texto remitido por el Congreso al Senado, con fecha 30 de marzo de 2007.

[15] La información de la que dispone la autora al respecto está actualizada a diciembre de 2006 y se refiere a una encuesta realizada dentro de la ECN sobre un total de 27 Estados miembros.

del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no estarán prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna al respecto».

Por su parte, el art. 5 del Reglamento 1/2003 recoge las decisiones que podrá adoptar una ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE: orden de cesación de infracción, adopción de medidas cautelares, aceptación de compromisos e imposición de multas u otras sanciones previstas en la ley nacional. No obstante indica que, en el caso de que de la información que se disponga no se acrediten las condiciones para la prohibición, la ANC podrá decidir que no procede su intervención.

Es decir, en ningún caso podrá haber un pronunciamiento de una ANC sobre una autorización de acuerdos en virtud del art. 81(3) del TCE.

A la entrada en vigor del Reglamento, un total de 20 Estados miembros derogaron o manifestaron su intención de derogar su sistema nacional de notificaciones para la obtención de una autorización.

En cuanto al resto, los cuales mantenían su sistema de notificación, de cara a la obtención de una autorización de los acuerdos notificados, ésta podría únicamente otorgarse en virtud de la ley nacional de competencia que contemplara dicha posibilidad, pero no en aplicación del art. 81(3).

En la actualidad un 63 % de Estados miembros no disponen de sistema de notificación y autorización de acuerdos, disfrutando de plena convergencia con lo establecido en el Reglamento 1/2003 al respecto. Del resto de Estados miembros sólo un 22 % mantienen el sistema de notificaciones y autorizaciones y un 11 % está considerando la posibilidad de hacer un cambio en su normativa hacia la convergencia.

Este último es el caso de España, que en su Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia establece el paso del antiguo sistema de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal del que se dice que está «*en línea con el modelo comunitario*».

b) *La aplicación paralela de las normas de competencia nacionales y de los arts. 81 y 82 del TCE*

Antes del 1 de mayo de 2004, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no todos los Estados miembros, que hasta la fecha aplicaban los arts. 81(1) y 82 del TCE, recogían en sus legislaciones nacionales la posibilidad de aplicar conjuntamente las normas nacionales y las comunitarias tal y como lo establece el art. 3(1) del Reglamento 1/2003.

En la actualidad el 92,5 % de los Estados miembros contemplan o están en vías de contemplar en sus normas nacionales dicha posibilidad, estando

España incluida entre ellos y disfrutando de una experiencia de muchos años [16] en la aplicación paralela de dichas normas.

c) *Imposición de remedios estructurales*

El art. 7(1) del Reglamento 1/2003 contempla la posibilidad de que la Comisión, tras constatar una infracción de las normas de competencia comunitarias, podrá imponer a las empresas infractoras remedios estructurales o de comportamiento proporcionados para garantizar el cese de la misma. La convergencia de las legislaciones nacionales, en este aspecto, es de las más bajas. Sólo un 31 % de los Estados miembros tiene dicho precepto, no estando España incluida entre ellos, en su legislación actual. No obstante, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en su art. 53.2.*b)* contempla la posibilidad de que las resoluciones del Consejo de Competencia incluyan la imposición de condiciones estructurales o de comportamiento.

d) *Poderes para la adopción de medidas cautelares*

El art. 8 del Reglamento 1/2003 establece la posibilidad y las condiciones para adoptar una decisión de medidas cautelares en un caso de competencia. Este precepto se contempla de forma muy similar en un 81 % de los Estados miembros, entre los que se encuentra España.

e) *Adopción de decisiones con compromisos*

La convergencia, aunque con matices, en el procedimiento para el cierre de un caso mediante una decisión de compromisos se da en un 70 % de los Estados miembros, entre los que se encuentra España. En nuestro país, este tipo de decisiones son las llamadas terminaciones convencionales, que aparecían contempladas en la Ley de Defensa de la Competencia con anterioridad a la publicación del Reglamento 1/2003. La diferencia del procedimiento español con respecto al comunitario se centra en que las decisiones de compromisos de la Comisión pueden adoptarse incluso tras el envío de un pliego de cargos y son la consecuencia de la imposición de condiciones de la Comisión a la empresa denunciada o contra la que se dirige el procedimiento. En el procedimiento nacional los compromisos se incluyen en el llamado acuerdo de terminación convencional, que nunca se podrá llevar a cabo tras el envío de un pliego de concreción de hechos y que debe ser firmado no sólo por el Servicio de Defensa de la Competencia y la denunciada sino también por la denunciante, si es el caso.

[16] Ver Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de abril de 1957.

No obstante, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia —en su art. 52— modifica el sistema actual. Permite la realización de un acuerdo de terminación convencional, basado en los compromisos propuestos por la empresa supuestamente infractora, incluso tras el envío del pliego de concreción de hechos, aunque nunca tras la emisión del informe propuesta.

f) *Poderes para precintar locales, libros, otros documentos y bienes de una empresa*

El art. 20(2)*d)* permite a los agentes y personal acreditado por la Comisión precintar instalaciones, libros y documentos de las empresas que son sometidas a inspección según el Reglamento 1/2003. De dichos poderes dispone de un 70 % de los Estados miembros. En el caso español, en el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia se recoge dicha posibilidad en el art. 40.2.*e)*.

g) *Inspecciones en otros locales*

El art. 21 del Reglamento 1/2003 recoge una de las novedades más llamativas en las herramientas otorgadas a la Comisión sobre sus poderes de investigación, como son las llamadas inspecciones domiciliarias o en otros locales, distintos de los de la empresa. Dicho artículo prevé la posibilidad de llevar a cabo actuaciones de inspección en otros locales, terrenos, medios de transporte, domicilios particulares de los empresarios, de los administradores o del personal de las empresas o asociaciones afectadas por la investigación.

A pesar de la novedad de la herramienta, la convergencia de las legislaciones nacionales de los Estados miembros con este precepto resulta bastante alta, alcanzando el 67 % de plena convergencia, que podría elevarse en breve, pues un 7 % está considerando la posibilidad de modificar sus normas nacionales en esta dirección.

En el caso español, el Real Decreto 2295/2004 [17] es la norma que trata el tema pero únicamente en lo que se refiere a la asistencia a la Comisión en sus inspecciones dictadas en virtud del art. 20 del Reglamento 1/2003 y que se llevaran a cabo en territorio español. Por su parte, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, recoge en su art. 40.2.*a)* la posibilidad de llevar a cabo inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.

---

[17] De 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. *BOE* núm. 308, de 23 de diciembre de 2004.

h) *Multas a asociaciones de empresas*

El art. 23 del Reglamento 1/2003, en sus apartados 2 y 4, recoge un procedimiento para la imposición de sanciones a asociaciones de empresas, que subsana la dificultad constatada en la experiencia para cobrar las multas impuestas a dichas asociaciones. Únicamente cuatro Estados miembros convergen completamente en este aspecto. En el caso español, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en su art. 61.3 recoge un procedimiento, semejante al de la Comisión, que en cualquier caso resuelve el problema de un posible impago de sanciones por parte de las asociaciones de empresas.

i) *Orientaciones informales*

El considerando núm. 38 del Reglamento 1/2003, en favor de la seguridad jurídica de las empresas y de la contribución de éstas al fomento de la innovación y de las inversiones, contempla la posibilidad de que la Comisión lleve a cabo un pronunciamiento informal en casos novedosos o sin resolver en materia de competencia. El citado considerando indica explícitamente que el Reglamento 1/2003 no será en ningún caso obstáculo para dichos pronunciamientos, que por otra parte la norma no regula.

La posibilidad de este tipo de actuaciones se contempla en un 55 % de las legislaciones nacionales de competencia de los Estados miembros, aunque no necesariamente con los matices, que recoge el Reglamento, sobre la contribución a la innovación y las inversiones.

En cualquier caso, por pronunciamientos informales se podría entender cualquier tipo de orientación no vinculante otorgada por una autoridad de competencia a respuestas de una consulta informal. En el caso español, ni la Ley de Defensa de la Competencia en vigor ni el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia establecen nada en contra de este tipo de pronunciamientos informales.

j) *Investigaciones sectoriales*

La Comisión, en virtud del art. 17 del Reglamento 1/2003, está facultada para llevar a cabo investigaciones en sectores económicos y en determinados tipos de acuerdos. Dichas investigaciones podrán terminar en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, pudiendo la Comisión publicar finalmente un informe sobre los resultados de su investigación. Aunque no se trata de un nuevo poder de la Comisión, el interés de la convergencia en este punto es relevante, en especial de cara a los mecanismos de cooperación e intercambio de información, que entre las Autoridades de Competencia encargadas de aplicar los arts. 81 y 82 del TCE contempla el Reglamento 1/2003.

Con excepción de dos Estados miembros, el resto, incluido España, dispone de preceptos similares a los establecidos en el Reglamento 1/2003 para llevar a cabo investigaciones sectoriales.

k) *Relaciones con los Órganos Jurisdiccionales en aplicación de los arts. 81 y 82 del* TCE

El Reglamento 1/2003 en su art. 6 declara la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Lo novedoso es la declaración, no la aplicación de los artículos por los tribunales nacionales que ya había sido reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al menos para los arts. 81(1) y 82.

El problema, más que de armonización de legislaciones nacionales a este respecto, se suscita en si los Estados miembros disponen o no de tribunales específicos para la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Y la respuesta es que, aunque algunos Estados miembros aún están considerando el tema, una mayoría, el 78 % de las ANC, no dispone de tribunales específicos para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. España dispone de los Juzgados de lo Mercantil, entre cuyas competencias específicas se recogen los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y de su derecho derivado.

l) *El procedimiento para la figura del* Amicus curiae

De este punto, recogido en el art. 15(3) del Reglamento 1/2003, se deduce la conveniencia de que los Estados miembros puedan establecer un procedimiento que permita a las ANC presentar por propia iniciativa observaciones a los órganos jurisdiccionales, de sus propios Estados miembros, en cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Sobre este respecto se puede comentar que aun un 26 % de ANC sigue considerando el procedimiento para poner en práctica el precepto del *Amicus curiae*. El art. 16.1 del nuevo Proyecto del Ley de Defensa de la Competencia establece que dicha actuación se llevará a cabo en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en este sentido, la Disposición adicional segunda recoge una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular esta cuestión.

B. EL PROGRAMA MODELO DE *LENIENCY*

Según lo establecido en el punto núm. 37 de la Comunicación de Cooperación se podría definir un programa de clemencia, o de *leniency*, como el sistema por el que una autoridad de competencia ofrece a las

empresas la inmunidad total o la reducción de las multas, que en otro caso serían impuestas a los participantes en un acuerdo de cártel, a cambio de la presentación libremente consentida de evidencias relativas a dicho acuerdo prohibido, antes o durante la investigación del asunto por las autoridades.

En el sistema de competencias concurrenciales en la aplicación de los arts. 81 y 82 por las ANC y la Comisión, la solicitud de clemencia por parte de una empresa participante en un cártel, dados los posibles efectos del acuerdo en varios mercados nacionales, debería presentarse ante las ANC de todos aquellos Estados miembros cuyos territorios se vean afectados por los acuerdos restrictivos en cuestión.

Esta cuestión fue detectada por la Red de autoridades, la cual consideró que deberían hacerse los esfuerzos necesarios para facilitar a las empresas, participantes en un cártel y que quisieran acogerse a un programa de clemencia, el requisito de llevar a cabo la solicitud de la clemencia en todos los Estados miembros afectados por el acuerdo y que dispusieran de un programa de clemencia.

Con esa finalidad, la Comisión y las ANC propusieron la elaboración de un Programa Modelo de Clemencia que facilitara la presentación de solicitudes múltiples y que incluso estableciera un sistema de solicitudes abreviadas. De acuerdo con este mecanismo, el solicitante de inmunidad podrá presentar una solicitud abreviada (cuyo contenido se especifica en el Modelo) ante las Autoridades de los Estados afectados, y una solicitud completa ante la Comisión, estableciéndose de este modo un sistema que intenta aproximarse al de ventanilla única o *one-stop-shop*, quedando protegido el solicitante frente a posibles supuestos de readjudicación del caso.

El llamado Programa Modelo de Clemencia [18] (en adelante Modelo) es el documento final que recoge dos años de trabajo de un grupo de la ECN llamado el Grupo de Trabajo de *Leniency*, formado por un total de 23 representantes de los Estados miembros, entre ellos España, y de la Comisión. El documento es el fruto de muchas discusiones en la búsqueda de la convergencia entre los distintos programas de clemencia que se aplican en los distintos Estados miembros.

El documento acordado no es vinculante para las Autoridades de Competencia, pero subraya el compromiso de éstas de hacer todo lo posible para acomodar sus respectivos programas a las previsiones del Modelo. En cualquier caso, se deja claro que cada programa nacional podrá contemplar condiciones más beneficiosas para los solicitantes de clemencia (inmunidad o de reducción de multa) que las contenidas en el Modelo y que el documento no crea derechos ni expectativas legales para las empresas.

---

[18] El documento aparece publicado en inglés y francés en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.htlm .

El Modelo trata dos temas fundamentales que son los aspectos sustantivos, donde se recogen los términos básicos de un programa de clemencia, y los aspectos de procedimiento a seguir en caso de una solicitud múltiple de clemencia. Es bastante esquemático; no obstante, lleva adjunto otro documento con una serie de notas explicativas que facilitan su comprensión y aportan aclaraciones.

Éstos son sus principales contenidos.

a) *Aspectos sustantivos: inmunidad, reducción del importe de la multa y condiciones para acceder a ambas*

El documento establece dos tipos de inmunidad el tipo 1 *a)* y el tipo 1 *b)*. Para alcanzar el umbral establecido en el tipo 1 *a)*, el solicitante deberá aportar elementos de prueba que permitan a la Autoridad de Competencia desarrollar una inspección, mientras que, para alcanzar el umbral establecido en el tipo 1 *b)*, la información aportada deberá permitir probar la infracción. Las empresas que hayan obligado a otras a participar en el cártel no podrán acceder a ninguno de los dos tipos de inmunidad.

De acuerdo con el Modelo, la empresa que no cumpla los requisitos para acceder a la inmunidad podrá solicitar la reducción del importe de la multa. Para ello debe aportar elementos de prueba que tengan valor añadido e incrementen la capacidad de la Autoridad de Competencia de probar la existencia de la infracción.

Además, el Modelo establece una serie de condiciones cumulativas que deben cumplir las empresas candidatas, y que son comunes para los supuestos de inmunidad y de reducción del importe de la multa. Son las siguientes:

1. Poner fin a la participación en el cártel inmediatamente después de presentar la solicitud, salvo que sea necesario que dicha participación continúe para garantizar la eficacia de la inspección.
2. Cooperar con la Autoridad de Competencia hasta la finalización del caso.
3. No haber destruido elementos de prueba de la infracción con carácter previo a la presentación de la solicitud, ni haber dado a conocer a terceros distintos de otras Autoridades su intención de presentarla o cualesquiera de los aspectos relacionados con ella.

b) *Aspectos procedimentales*

El Modelo introduce un *marker system* para los supuestos de inmunidad. Dicho sistema permitirá al solicitante conservar su posición, con res-

pecto a otros posibles solicitantes de clemencia en el mismo caso, ante la Autoridad de Competencia y durante un cierto periodo de tiempo, con el fin de que reúna la información necesaria para alcanzar el umbral previsto en los tipos 1 *a)* y *b)*. La concesión del *marker* será discrecional, como también lo será la fijación del plazo concreto que se conceda al solicitante para presentar la información. Una vez aportada la información dentro del plazo concedido, se considerará presentada en la fecha de concesión del *marker*. El Modelo describe la información que el solicitante deberá presentar a la Autoridad para que se le conceda un *marker*.

Se contempla la posibilidad de presentar solicitudes abreviadas [19] en supuestos de inmunidad del tipo 1 *a)* en los que la Comisión sea la Autoridad particularmente bien situada para conocer de un caso [20].

El Modelo también introduce la posibilidad de presentar solicitudes orales de clemencia con el fin de proteger a las empresas del riesgo de tener que entregar al juez, en el marco de un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios y en virtud de las *discovery rules*, una copia de las declaraciones escritas entregadas a las Autoridades de Competencia. Dichas solicitudes orales se admitirán cuando estén justificadas y sean proporcionadas, entendiéndose que ambos requisitos se cumplen en los supuestos en los que la Comisión está particularmente bien situada para actuar en el caso. El Modelo señala que no se dará acceso a las grabaciones de las declaraciones verbales antes de que se haya notificado el pliego de cargos. Debido a las diferencias que en materia de acceso al expediente existen entre los diversos programas de clemencia, el intercambio de grabaciones entre Autoridades al amparo del art. 12 del Reglamento 1/2003 quedará condicionado a que las garantías de protección existentes en la Autoridad receptora sean similares a las de la remitente.

La convergencia en los programas de clemencia, de las autoridades de la ECN, no se ha limitado a la elaboración del Modelo, sino que éste ha sido a su vez motor de reformas de los programas de clemencia ya existentes. Algunos Estados miembros como Alemania modificaron su programa de clemencia al mismo tiempo que se llevaban a cabo las discusiones en el grupo de trabajo. También fue éste el caso de la Comisión, que teniendo en cuenta el Modelo presentó en septiembre de 2006 una modificación de su Comunicación de clemencia del año 2002, sobre la que lanzó una consulta pública de forma simultánea a la publicación del Modelo. El texto definitivo de la nueva Comunicación de *Leniency* de la Comisión [21] se publicó finalmente el 8 de diciembre de 2006.

---

[19] Dichas solicitudes no son admitidas por todos los Estados miembros que disponen de un programa de Clemencia. Por ahora las ANC que lo admiten en casos de inmunidad tipo 1 *a)* son: República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Portugal e Italia.

[20] Más de tres Estados miembros afectados por el cártel.

[21] Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/ 11), DOCE C 298, de 8 de diciembre de 2006.

En marzo de 2007 la Red de autoridades disponía de un total de 21 programas de clemencia[22] y el de la Comisión, de los que se puede predicar que convergen en los términos establecidos en el Programa Modelo de la ECN.

Los más recientes son el de Portugal, que adoptó un programa de clemencia en verano de 2006 y ha publicado en noviembre de 2006 el desarrollo reglamentario del mismo, y el de Italia que ha sido adoptado en febrero de 2007.

España está en vías de adoptar su programa de clemencia, no contemplado en la actual Ley de Defensa de la Competencia, pero sí en el nuevo Proyecto de Ley. Así, los arts. 65 y 66 del Proyecto de Ley, titulados exención del pago de la multa y reducción del importe de la multa, recogen los elementos básicos de un programa de clemencia para casos de cártel. En ellos se contempla tanto la inmunidad como la reducción de la cuantía de la multa y se citan las condiciones mínimas que las empresas o personas físicas deben reunir para optar a dicho programa.

Aunque el nuevo Proyecto de Ley sólo recoge preceptos básicos, que serán objeto de un posterior desarrollo reglamentario, dichos preceptos adoptan las propuestas del Modelo de clemencia de la ECN.

5. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, hay que destacar el gran trabajo que han realizado las ANC, para facilitar el funcionamiento de la ECN en la cooperación para la aplicación concurrente de las normas comunitarias de competencia, no sólo adaptando sus legislaciones nacionales de competencia a las novedades que supone la aplicación del Reglamento 1/2003, sino también a través de su cooperación para la construcción y funcionamiento de la Red de autoridades. Todo lo cual permite el reparto eficiente de los casos de infracción de las normas de competencia, con efectos en el comercio intracomunitario, entre las autoridades de competencia de la Red, así como la aplicación coherente de dichas normas. Dando lugar, finalmente, a una cultura común de competencia en todo el territorio de la Unión Europea.

Dichos logros transmiten al mundo empresarial una imagen unitaria de las ANC, de los 27 Estados miembros, y de la Comisión, a la hora de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

---

[22] Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Portugal e Italia.

ECONOMÍA DE RED Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Miguel CUERDO MIR
Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Una buena parte de las empresas españolas que más han aportado al crecimiento económico español radican su actividad en alguna estructura de red más o menos compleja. Algunas de estas actividades económicas están relacionadas con suministros de productos que se consideran básicos desde el punto de vista del bienestar general de la población de nuestro tiempo y, entre ellas, algunas han sentado las bases del desarrollo económico español desde la Revolución Industrial. Se podría decir que ese desarrollo es difícilmente explicable sin acudir a su estudio y, desde luego, la simple consulta de manuales de historia económica nos informa que para las más tradicionales como las carreteras, el ferrocarril, el servicio postal, el teléfono o la electricidad, esos estudios existen y son muy ilustrativos. En todo caso, se desprende de los mismos que estas redes han sido decisivas en la creación y en la consolidación del mercado nacional y, sin demasiadas reservas, se podría decir que sus propias vicisitudes históricas han ido marcando —en cada circunstancia y momento, para bien o para mal— la distancia mayor o menor de España con el mundo más desarrollado económicamente.

Sin embargo, va a ser el nuevo enfoque en el estudio de las redes por parte de la ciencia económica, a partir de la aparición de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, lo que está propiciando una revisión del análisis de todos los sectores de red, también de los más tradicionales, así como del ámbito regulatorio en el que se desenvuelven. Obviamente, este nuevo enfoque repercute del mismo modo en el análisis que realizan las autoridades de la competencia en el momento de enfrentarse a expedientes en los que las actividades de red están involucrados. Incluso, se podría decir que para comprender bien la llamada «nueva economía» y, por lo tanto, todas las cuestiones que de su desarrollo se derivan, se está obligado a adquirir un conocimiento adecuado de la economía de red como un ámbito científico de la Economía que presenta ciertas especificidades dignas de ser tratadas aparte.

Efectivamente, lo que hoy parece más cierto que nunca es que la ausencia o la demora —técnica o temporal— en la disponibilidad de esa combinación de infraestructuras, equipamientos, bienes y servicios intermedios y finales, que componen las redes básicas de la economía actual, suponen costes tan importantes que hacen difícil el desarrollo exitoso del resto de la actividad económica en relación con otras economías. Siendo así, tan deseadas su implantación y extensión, su propio desarrollo plantea dudas acerca del adecuado marco institucional, especialmente en el ámbito de la regulación, sobre el que asentar su desenvolvimiento más eficiente, y sobre cómo se trasladan todas sus ventajas, del modo más rápido y eficaz, al resto de la economía, porque lo que no parece útil es seguir con los modelos de regulación e intervención de redes que han dominado la mayor parte del siglo pasado. Por eso, la incorporación y el manejo de algunos de los conceptos más asentados y pacíficos, procedentes del análisis económico de las nuevas redes, están permitiendo hoy en día desarrollar un tipo de análisis, no ya sobre las nuevas actividades económicas producto de la revolución tecnológica reciente, sino sobre sectores económicos que, aunque susceptibles de ser contemplados como actividades de red, han sido vistos hasta ahora desde una perspectiva más tradicional.

El cambio en la perspectiva del análisis enriquece el estudio de esas actividades y, también, permite un decantamiento más sólido de la doctrina procedente de algunas instituciones que actúan en el orden público de la regulación y de la sanción de ciertos comportamientos empresariales, como, por ejemplo, las autoridades de defensa de la competencia. Es decir, si existe una economía de las actividades en red, es posible derivar algunas cuestiones específicas para la defensa de la competencia en el entorno a la «nueva economía». De esta manera, el análisis económico de redes permitiría revisar, desde otra óptica, parte de la práctica de la autoridad española de la competencia, especialmente en aquellos casos en los que han dominado otros elementos doctrinales, como, por ejemplo, aquellos relacionados con las *essential facilities* o aquellos otros relativos a los mercados conexos. Pero también al revés, puesto que una lectura en clave de red de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia permite extraer algunos principios de funcionamiento compatibles de las redes con la defensa de la competencia. Es por ello por lo que se presenta esta revisión, que no tiene ni ánimo ni objeto de ser una evaluación crítica sistemática a partir de los nuevos conceptos; más bien, una primera aproximación que enriquezca lo existente del análisis más tradicional y resalte con cierto espíritu ilustrativo el análisis de lo que ya se ha hecho con esta nueva perspectiva.

Para ello se dedicará un epígrafe a analizar lo que es una red y los elementos más sobresalientes de la misma, especialmente aquellos relacionados con los costes de producción y las economías generadas en este tipo de entornos. Posteriormente, se eligen algunos casos propios de la defensa de la competencia en España sobre los que hay una doctrina muy decantada y algún otro donde la falta de reiteración ha impedido esa consolidación doctrinal referidos a la forma en la que se puede canalizar la información

mediante una red y sus efectos sobre la competencia, poniendo de manifiesto algunos de los elementos de análisis que la autoridad de defensa de la competencia contempla hasta ahora cuando se encuentra frente a una actividad en red. Se termina dedicando un apartado al análisis de los problemas de regulación y fijación de precios de acceso de terceros a una red existente y de conexiones entre redes, esto último, repasando alguna de las resoluciones recientes del Tribunal de Defensa de la Competencia.

2. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DE LAS REDES EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Para el desarrollo de esta revisión cabe hacerse algunas preguntas iniciales: ¿Qué es una red? ¿Por qué hay que estudiar específicamente las redes? ¿Qué problemas plantea el análisis económico de redes desde el punto de vista de la defensa de la competencia? Y, finalmente, ¿cómo han afrontado las autoridades de defensa de la competencia españolas esta cuestión?

Es difícil encontrar una definición omnicomprensiva[1] de red, dada la heterogeneidad existente de las mismas[2]. Sin otras consideraciones que las

---

[1] CASTELLS (1997), en su célebre obra *La era de la comunicación*, considera central el concepto en lo que él mismo denomina «sociedad red», es decir, la red «desempeña un papel central en mi caracterización de la sociedad en la era de la información». Cuando introduce en la p. 506 el concepto de red como «un conjunto de nodos interconectados», aclara a continuación que un nodo «es el punto en el que una curva se intersecta a sí misma», y lo ejemplifica con los servicios de la bolsa y los flujos financieros, los consejos de ministros y los comisarios europeos en la red de gobierno europea, las bandas callejeras y las instituciones financieras de blanqueo en la red del tráfico de drogas, etc. Subraya CASTELLS que la distancia entre flujos de una misma red no existe y para aquellos que no están en ella es infinito, es decir, siempre que se «compartan los mismos códigos», la red es capaz de «expandirse» y de «innovarse sin amenazar su equilibrio». Estas características han sido sintetizadas por algunos economistas en definiciones de orden más pragmático. Así, SHAPIRO y VARIAN (2000, p. 166) se aproximan al concepto de red introduciendo primero la diferencia entre redes «reales» y redes «virtuales» y estableciendo después una característica común para todas ellas: «el valor de conectarse a una red depende de cuántas otras personas estén ya conectadas». Es decir, la existencia de economías de escala desde la oferta y desde la demanda —externalidad de red.

[2] Entre otras cosas porque la existencia de economías o externalidades de red es muy desigual entre redes. No es lo mismo una red telefónica de doble dirección cuyo objetivo radicaría en conectar dos a dos todos los puntos de conexión a la red, rigiendo leyes como la de METCALFE en toda su extensión, que una red en la que el propietario de la misma envía un bien o un servicio a un usuario final, utilizándose la misma en un único sentido. Por ejemplo, ¿cuál es la externalidad en la red gasista más allá de una diversidad de suministro —puntos distintos de conexión para su provisión—? Es cierto que cuantos más usuarios, más incentivos a incorporar conexiones de proveedores distintos, reduciendo el riesgo de suministro, la volatilidad del precio y los costes de transporte. Pero en este caso no aumenta el valor de la red para el usuario final porque se incorpora otro usuario final, con el que no tiene ninguna relación ni la va a tener a través de la red del gas, sino solamente de forma indirecta por las economías de escala desde el lado de la oferta que con el número de usuarios se reduce el coste medio. En estos casos, la existencia de grandes redes, justificadas tradicionalmente en la órbita del monopolio natural, se explican mejor por el componente de costes fijos y hundidos más que por externalidades de la red. Este asunto puede tener importancia a la hora de establecer la estructura óptima de mercado en función del tipo de red de que se trate y la regulación pública de su propiedad y de

estrictamente económicas, se podría decir que una red es un conjunto de infraestructuras, productos y conexiones, gestionado por una o varias empresas, que no se puede explicar sin el concurso simultáneo de todos ellos, y en el que ha mediado algún proceso de compatibilización o de estandarización, que está orientado a la producción de un servicio básico que permite el suministro o el traslado de bienes, servicios, capitales o personas a cualquier lugar que disponga de la conexión correspondiente con la red. Es decir, de forma general, los elementos que componen la red están sometidos a un principio de complementariedad y a un principio de compatibilidad, a partir de la existencia de una infraestructura común[3] y un conjunto de conexiones —equipamientos que permiten acceder a la infraestructura común a gestores, usuarios y proveedores de la red—, de manera que el producto objeto de utilización puede obtenerse en cualquiera de las conexiones y puede suministrarse a todas esas conexiones a través de esa infraestructura.

Pero lo que obliga a estudiar las redes de una manera específica se debe a lo que, de una manera más sistemática, SHY (2001) ha establecido como aquello por lo que el valor de la red depende de la capacidad de tránsito del mayor número posible de productos destinados al mayor número posible de usuarios conectados. A saber:

— la complementariedad, la compatibilidad y los estándares,
— las economías de escala desde el lado de la demanda o externalidades de red,
— los costes de cambio y la dependencia de marca,
— las economías de escala desde el lado de la producción.

La conjunción de esos elementos en los mercados de productos de red obliga a adoptar una perspectiva diferente del análisis aplicado a otros mercados por parte de las autoridades de la competencia. Pero, además, la necesidad de su análisis específico viene todavía más condicionada por otras características de las redes, como son las importantes dosis de costes fijos (buena parte de los cuales son costes hundidos) y, en muchas ocasiones, la virtud de incorporar una producción de bienes o servicios conjunta y sometida a costes no lineales, debido a la existencia de economías de alcance en la propia red. Precisamente, la extraordinaria importancia de los

---

su uso. No es pretensión de este análisis incorporar una clasificación de las redes. Lo que sí es cierto es que la división no vendría dada sencillamente por la antigüedad y, en ese sentido, no debería condicionar una posible clasificación de las redes para su estudio posterior. Más bien, serán las características propias de cada red las que terminen por decantar en un tipo u otro. Así, se podrían clasificar las redes atendiendo a algunos criterios, como por ejemplo:

— el grado de homogeneidad de lo suministrado. Si se puede tratar de un bien o de un servicio o de varios bienes y servicios diversos,
— la existencia más o menos acusada de externalidades de red,
— el tipo de conexión, física o virtual, o el tipo de estándar compartido,
— su uso centralizado —a partir de un productor único de servicios— o descentralizado. Su utilización en uno o en los dos sentidos de la conexión entre dos puntos, etc.

[3] ECONOMIDES (2006) habla de plataforma técnica común.

costes hundidos hace muy complicada la viabilidad económica del despliegue de una red si no fuera por las posibilidades que tiene de incorporar:

— Un número creciente de usuarios a partir de unos costes fijos sobresalientes, mientras no exista un nivel de saturación que ponga en peligro aquello que es objeto de transacción, como en el caso de redes con una única infraestructura física.
— Un mayor valor añadido por unidad de coste a través de la incorporación de nuevos bienes o servicios de producción conjunta, con la correspondiente ganancia derivada de esas economías de alcance.
— Y el valor de las externalidades de red que va produciendo su crecimiento en número de usuarios.

Estas tres características permiten que la red tenga una productividad creciente procedente, en definitiva, de las economías de escala, de las economías de alcance y de las economías de red. A su vez, estas características orientan una dinámica competitiva concreta y hacen que los productos operados mediante una red produzcan estructuras eficientes de mercado muy alejadas del ideal de la competencia perfecta asociado al mayor bienestar. Es decir, aunque cabe incidir de una manera o de otra en esas estructuras y comportamientos, a través de la regulación o de la actuación de las autoridades de defensa de la competencia, con el fin de conseguir el mayor nivel de bienestar, siempre habrá que hacerlo, si se hace, después de desembarazarse de una parte del instrumental y de algunos de los «indicios» utilizados tradicionalmente.

Revisando esas características propuestas por SHY cabe detenerse en el coste de cambiar de red y, por lo tanto, las ganancias para el propietario de la red por tener «atrapado» al usuario en esa red. Así, en el caso concreto de pasar de los discos de vinilo a los discos compactos, supone dejar de escuchar música procedente de nuestros LPs, lo que podría tener elevados costes al tener que incurrir en importantes compras. Sería como un contrato civil por el que nos obligamos a escuchar música a través de LPs, salvo que estemos dispuestos a pagar una importante compensación —la compra del nuevo equipo y de los CDs que sustituyan a los LPs— por liberarnos de esa obligación. Estos costes de cambio nos invitan a decir que incorporarse a una red puede tener un efecto, que vamos a llamar efecto cerrojo, cuando los sistemas son incompatibles: en nuestro ejemplo, un lector de CDs no lee LPs. Obviamente, los costes de cambio y el efecto cerrojo afectan a la competencia en los mercados, puesto que el operador que consiga presentarse en el mercado con éxito podrá incrementar los precios, con una respuesta muy limitada por parte del usuario en función de esos costes de cambio.

Ahora bien, actúa reforzando un determinado comportamiento del empresario de red, en el sentido de que esta situación también permitiría captar al productor parte de lo que genera la propia red para el usuario, es decir, de las externalidades de red producidas y, de este modo, recuperar antes los costes fijos a la vez que obtener un nivel de rentabilidad apropiado en función de los costes hundidos en los que ha incurrido.

Mediante el ejemplo es más sencillo entender que se diga que en los mercados de red se compran sistemas, no productos individuales (SHY, 2000). Por una parte, las redes se desarrollan sobre un principio de complementariedad y compatibilidad entre elementos que hace más complejo todo su proceso de creación y desarrollo, por lo que es más difícil recuperar sus costes y separar su producción. Del mismo modo, los usuarios compran algo más que un bien o un servicio cuando se conectan a una red. Más bien se fidelizan a un modo de consumir. Se podría decir que los costes de entrada para los oferentes son muy importantes, pero a cambio se producen importantes «costes» de salida para los demandantes, lo que permite trasladar, bajo ciertas condiciones, los primeros al precio final.

¿Es esto un problema de competencia? ¿Está abocado el mercado de red a una estructura monopolística? Dependerá de muchos factores. Lo que sí es fundamental es entender que en muchos de los casos de red en los que las externalidades son importantes, nos enfrentamos a un binomio posición de dominio-externalidades de demanda. Pensemos simplemente en un caso en el que solamente hay dos redes, una con cinco usuarios y otra con tres. Aplicando la conocida ley de METCALFE[4], una única red produciría unas economías de red (56 unidades por su valor unitario) muy superiores a la suma de externalidades de red de cada una de ellas por separado (20 y 6 unidades por su valor unitario, respectivamente). En consecuencia, el valor de las externalidades en ciertas redes puede ser mucho mayor cuando el mercado está más concentrado. En este sentido, las externalidades de red pueden incomodar al análisis más tradicional basado en una estructura de mercado tipo que exprese mejor las bondades de lo que tendría que ser un entorno competitivo. De hecho, las externalidades de red plantean un problema de sesgo a la concentración en la estructura de mercado. Es decir, dado que el valor esperado de una red para un agente dependerá de los agentes ya incorporados a la red, especialmente cuando haya una alimentación mutua del producto objeto de intercambio, las mayores redes serán las más demandadas.

No obstante, aunque la dinámica competitiva podría llevar a una posición de dominio, ésta se podría aliviar si se alimentara un crecimiento mayor de conexiones en los casos en los que existan varias redes o una facilidad de acceso de terceros a esa red cuando sea única[5]. Una amplificación de las externalidades de red vendría de la mano de la compatibilidad entre las propias redes, produciendo sistemas compatibles. Es cierto que la autorregulación y un proceso de negociación permitiría la estandarización de

---

[4] La ley de METCALFE dice que la producción de externalidades de red y por lo tanto el valor de la red está relacionado con el número de usuarios en la forma $n(n-1)$, es decir, cada nuevo usuario multiplica el valor de la red para los demás.

[5] Ahora bien, cabe que en una estructura de mercado de única red el propietario o gestor se apropie con éxito del valor de todas esas externalidades, pero si tuviéramos en cuenta una función de costes marginales decrecientes, el precio de mercado también podría ser decreciente, siempre que la función de demanda no sea creciente —como ha llegado a plantear ECONOMIDES (2006)—, especialmente en los casos en los que las externalidades de red llegan a ser tan importantes para el usuario.

las conexiones y de los precios por hacerlo, pero solamente si el propietario de cada red considera que la compatibilidad beneficia su negocio. En otro caso, las administraciones públicas podrían considerar que el bienestar general queda capidisminuido cuando no se aprovechan todas las economías netas procedentes de la interconexión y, por ello, obliga a la interconexión. Del mismo modo, el acceso de terceros a la red de un monopolista incorporaría una referencia competitiva que podría favorecer una asignación más eficiente y una traslación más completa de todas las economías producidas a los usuarios finales.

Sea como fuere, surgen diversos problemas. Por un lado, dada la importancia de los costes fijos y hundidos y la presencia de economías de alcance, hay que plantearse la cuestión de si se debe intervenir y cómo hay que intervenir en el negocio a favor de mayores externalidades de red, sin poner en riesgo la inversión futura, la diversificación creciente de productos y el mantenimiento de la calidad de lo suministrado. Por otro lado, no es un problema menor determinar cómo conseguir la compatibilidad, porque esto exige, no solamente la estandarización de distintos elementos de una red, sino de los de todas las interconectadas, para que se pueda disponer del producto en cada conexión y se puedan incorporar nuevos productos a la propia red. Es obvio que estos procesos y decisiones de estandarización exigen ciertos niveles de coordinación entre operadores —en el sentido más elemental de ponerse de acuerdo y, por lo tanto, cooperar—. Pero también es verdad que aquí puede residir uno de los elementos críticos del análisis de estas conductas desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

Por lo señalado hasta aquí, parece razonable y necesario estar especialmente preparado para acometer, con el mayor rigor y la máxima eficacia posible, por parte de las autoridades públicas y de forma especial por parte de las autoridades de la competencia, el estudio y la resolución de los problemas que plantean las actividades de red desde la perspectiva del bienestar general. Aunque también aparece con singular nitidez, a poco que se profundice en una red cualquiera, la complejidad técnica y tan heterogénea que envuelve ese análisis en cada caso. Por ello, no es de extrañar que en los últimos años, en España, siguiendo la obligada estela comunitaria, haya dominado la idea de legislar con nuevo cuño las actividades de red, propiciando la aparición de reguladores sectoriales[6], encargados de solucionar reglamentariamente los aspectos esenciales de funcionamiento de redes tan importantes como las energéticas, el transporte, las comunicaciones en general y las tele-

[6] El profesor VÍRGALA (2004: 34-35) ha señalado que «desde que en el último cuarto del siglo XIX se optó en los EE.UU. por la prestación de los servicios de red en mercados abiertos aparentemente a la competencia, el Congreso norteamericano entendió que la imposición de reglas y condiciones a las empresas operadoras de esos mercados debía ser encomendada a Comisiones en cuyo nombramiento intervinieran tanto el Ejecutivo como el Legislativo, no dependieran directamente de ninguno de ellos y tuvieran importantes poderes normativos, ejecutivos y de resolución de conflictos entre los operadores. Cuando en Europa se produce la liberalización de los servicios públicos de red cien años después, la vía seguida ha sido la misma aunque con ciertas peculiaridades... con poderes que participan de los tres clásicos y que no dependen de ellos...».

comunicaciones en particular. Su trayectoria temporal es muy diferente, pero domina como patrón común que muchas de las cuestiones próximas a la defensa de la competencia se intenten atajar, con un ánimo normativo, negociador o sancionador en ese ámbito sectorial, a través de resoluciones del propio órgano o a través de nuevas reglamentaciones. Sin embargo, en la medida en que las leyes de defensa de la competencia en España —la antigua, la nueva o la del Tratado UE— son aplicables solamente por las propias autoridades de la competencia creadas a tal efecto, los expedientes que involucran a operadores y mercados con productos de red son frecuentes y probablemente son los más importantes. Sirvan, por tanto, los siguientes epígrafes como ejemplo de lo tratado por parte de las autoridades de defensa de la competencia en España y que pudiera enriquecer el análisis económico de las redes y su tratamiento desde una perspectiva regulatoria.

3. INFORMACIÓN, REDES Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

La competencia ha sido reconocida como principio rector de la economía de mercado mucho antes de que se conocieran, sistematizaran y utilizaran algunos de los principios expuestos en el análisis de redes. Lógicamente, la defensa de la competencia, a través de las autoridades correspondientes, ha tenido que ejercerse en expedientes en los que se estaban analizando redes. Es decir, a pesar de no utilizar la economía de red como metodología de análisis, en esos expedientes se daban un conjunto de elementos que permitían desarrollar una doctrina esclarecedora de los límites y las posibilidades de las redes desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Si observamos la aplicación del art. 3 LDC o del art. 9 del Real Decreto 378/2003, nos encontramos mayoritariamente con expedientes que remiten a tipos de redes muy diversas, como por ejemplo los registro de morosos, los acuerdos de interlineado, los de tasas de intercambio de tarjetas de crédito y débito o los más singulares sistemas de gestión medioambiental. Se va a revisar en este epígrafe dos de esos casos, los registros de morosos y los sistemas integrados de gestión medioambiental.

El primero de ellos, los registros de morosos[7], finalmente ha sido considerado en España como un caso de exención por categorías regulados por Real Decreto 602/2006, de 19 de mayor de 2006. El registro es una red de «intercambio permanente» de información sobre morosidad entre «operadores económicos competidores sobre el incumplimiento de las obligaciones dinerarias derivadas de su actividad empresarial». Hay una infraestructura común compuesta por el propio sistema de almacenamiento y gestión de la información que al ser alimentada por los propios operadores, por lo

[7] Este tipo de registros supone en el periodo 1994-2005 entre el 40 y el 75 % de los expedientes de autorización singular resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

tanto, con un funcionamiento sujeto a un principio de cooperación entre competidores, «puede ser utilizada para establecer estrategias colectivas»[8]. Con el fin de evitarlo, en primer lugar, la gestión de esa red de información tiene que recaer sobre un operador independiente de aquellos que representan cada una de las conexiones a la red. A partir de aquí, esa infraestructura se encarga de recibir y depurar la información primaria autorizada sobre los morosos y también de transmitirla al conjunto de las conexiones. Además, una vez en el sistema de registro de morosos, no es posible el intercambio directo a través de esta red entre dos conexiones cualesquiera, dado que el gestor de infraestructura se ha encargado de depurar datos fundamentales de la fuente originaria de la información.

En qué consiste esa depuración de información es especialmente relevante desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Lo que se autoriza es una cooperación entre empresas competidoras para intercambiar información comercial sensible, justificada por el efecto que tiene en la gestión y reducción del riesgo de la empresa y del sector[9] y la más que probable traslación, en un entorno competitivo[10], de esas ganancias de eficiencia a los precios finales.

Ahora bien, desde el punto de vista de la economía de red, se puede decir que lo que sobresale de la extensión de una red de intercambio de información de morosidad es que tiene importantes economías desde el lado de la demanda. Son las externalidades de red. Cada nueva incorporación de un operador al sistema multiplica el valor económico del registro en la medida en que reduce el riesgo de todos los que están conectados al mismo. El registro como red enfatiza la complementariedad entre la gestión del riesgo de la empresa y la información comercial procedente del resto del sector. La complementariedad se da también entre la información que suministra cada acreedor y el sistema que gestiona dicha información sobre morosidad. Es cierto que se podría evitar la red a través de flujos de información bilateral, pero en este caso una de las virtudes de la red, la de poder disolver parte de aquella información, se convertiría en un claro incentivo a la coordinación de comportamientos más allá de lo que permitirían las leyes de defensa de la competencia y, por otra parte, se perderían esas externalidades de red a las que se ha aludido.

---

[8] Resolución TDC de 20 de julio de 2000, Expediente A 280/00, Morosos Hostelería.

[9] Como se señalaba en la Resolución del TDC de 20 de julio de 2000, ya citada, se autoriza este tipo de cooperación entre competidores porque «cumplen una función de saneamiento y de clarificación del tráfico mercantil que contribuye a la mejora de la comercialización de los bienes y servicios, y permite que los consumidores o usuarios puedan participar de las ventajas que de la misma se derivan».

[10] Desde el punto de vista legal, el límite para considerar que este tipo de cooperación entre empresas puede dañar la competencia en el mercado se establece para un nivel de concentración de la oferta sectorial determinado. Así, el Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad, prevé en su art. 4 que la exención prevista no será aplicable «en un mercado en el que el grado de concentración de la suma de oferta de los tres operadores principales supere el 50 % de la cuota de dicho mercado».

Por otra parte, es evidente que la red funciona porque el contenido de la información está coordinado, desde el momento en que todos mandan el mismo tipo de información —principio de estandarización—. No obstante, el acuerdo de cooperación entre competidores tiene un límite, dado que no hay plena libertad de tráfico de información en esta red, impuesta por la doctrina reiterada del TDC. Aunque los que están conectados envíen datos con un mayor o menor grado de detalle, será el gestor de la infraestructura quien los depura y los revierte al conjunto de conexiones de acuerdo con esa consolidada doctrina y, ahora, con el decreto de exención por categorías del año 2006. Se trata de una coordinación limitada para proteger la competencia.

Más allá de lo que ha sido la experiencia de autorización de registros de morosos sectoriales, hay que subrayar que, dado que cada registro se constituye exclusivamente en red de intercambio de información de morosos de carácter sectorial, no significa que haya compatibilización entre redes sectoriales. Sin embargo, la decantación que a lo largo del tiempo ha ido produciendo la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia[11] permite conocer qué elementos deben servir a la interconexión entre registros y, por lo tanto, avanzar en la compatibilización entre redes de información comercial de morosidad de carácter sectorial[12], especialmente si la existencia de externalidades de red todavía sin aprovechar así lo aconsejase. Es decir, siempre que fuera posible esa compatibilización de redes de información sectorial sobre morosidad se permitiría una gestión mejor de aquella parte de la información comercial que estaría más estrechamente vinculada con el denominado riesgo sistémico de la economía española. Partiendo de esa depurada doctrina, la compatibilización entre redes incorporaría informa-

---

[11] Algunas resoluciones del TDC (por ejemplo la Resolución de 21 de noviembre de 1995, A155/95, Construcción de Galicia), referidas a la solicitud de autorización para un registro que suponga el intercambio de información entre operadores de distintos sectores, han fijado que «...un registro al que pueden tener acceso empresarios de sectores diversos, ..., estimándose que el acuerdo de poner en común la información sobre sus morosos, que suscriben estos empresarios al aceptar el reglamento del registro, no está incluido en el art. 1 LDC, y no necesita por tanto de autorización, porque no supone un riesgo manifiesto para su actuar competitivo al no ser todos ellos competidores». No obstante, en otra ocasión, el TDC, en relación con registros de morosos multisectoriales, no relaja tanto los supuestos de conductas autorizables, pero establece como únicas condiciones aquellas que reiteran lo ya señalado para los unisectoriales por su propia doctrina. Así, en la Resolución del Expediente de modificación de autorización singular, A302/01, Morosos Experian Bureau, el TDC establecía en sus fundamentos de derecho que «cuando un registro de morosos pretenda incorporar varios sectores de actividad en el mismo [...] se ha de valorar que no suponga menoscabo de ninguna de las virtudes mercantiles que los mismos propician, ni tampoco que devengan inaplicables las condiciones que ha venido imponiendo este Tribunal en doctrina reiterada a los registros de morosos en general...». Es decir, la interconexión entre redes de información comercial de morosos de carácter sectorial no está sujeta al art. 1 LDC y dado que la información que suministra la infraestructura de gestión de la información sectorial ya está limitada en su propia autorización, no se corren riesgos en la esfera intersectorial.

[12] Prima el registro sectorial de morosos en función de la relevancia de esta información sobre aquellos agentes, deudores y clientes, que demandan un tipo de producto básicamente sectorial. Si bien, la actividad del propio deudor o cliente moroso, por sus propias características, estaría más obligada a trasladarse de un sector a otro y, en este sentido, cobra mayor importancia el intercambio de información intersectorial.

ción intersectorial de carácter general con efecto en el conjunto de la economía, sin perturbar la independencia de las políticas comerciales empresariales, dado que la compatibilización se haría entre sectores de actividad no necesariamente competidores que gestionarían, llegado el caso, el riesgo que produce un tipo de agente —el moroso— cuyo comportamiento como tal no tiene por qué circunscribirse al ámbito sectorial y que, en ausencia de comunicación entre sectores, se incentiva.

Por lo tanto, una perspectiva de análisis desde la economía de red permite observar mejor cómo la doctrina del TDC ha favorecido y consolidado un tipo de gestión de la información comercial de la morosidad en la que se eliminan los elementos más peligrosos para la competencia propios de cualquier red, como por ejemplo el de la coordinación y, a la vez, se enfatizan los elementos más positivos de las externalidades de demanda, aunque se limita la posibilidad de alcanzar mayores externalidades de red asociadas a un intercambio más intensivo de información comercial. En definitiva, las redes basadas en un principio de coordinación entre agentes económicos pueden ajustarse a los principios de la defensa de la competencia. Para ello es preciso delimitar el ámbito de la cooperación y fijar límites a la obtención de externalidades propias de la red. Por otra parte, la labor de *advocacy* del TDC en este terreno ha sido evidente, produciendo una de las pocas, pero valiosísimas, *legal rules* en materia de competencia que no solamente permite una mejor gestión del riesgo comercial sino una menor incertidumbre en la aplicación de las leyes de defensa de la competencia para todos los operadores económicos. Finalmente, la perspectiva de un análisis de red permite subrayar que en los registros de morosos las externalidades de red son tan evidentes que valdría la pena consolidar también una doctrina de interconexión de registros sectoriales, de manera que las empresas pudieran gestionar mejor, no ya su cartera de clientes y deudores, sino el riesgo sistémico de la economía.

Cambiando de tercio, un ejemplo de redes no relacionadas directamente con las tecnologías de la información y de la comunicación son las que han aparecido en los últimos años bajo la denominación de sistemas integrados de gestión medioambiental. En estos sistemas confluyen operadores competidores de distintos sectores que coordinan sus decisiones, a través de un gestor del sistema, con la finalidad de reducir el impacto o la propia existencia de residuos o subproductos, más o menos homogéneos, procedentes del consumo o de otras actividades productivas. Estos sistemas de gestión medioambiental pueden nacer de la autorregulación empresarial o de un marco legal concreto que los regula. Un caso de estas características es el del Sistema Integrado de Gestión (SIG) de residuos de envases de vidrio y envases de vidrio, gestionado por la Sociedad Ecológica para el Reciclado de Envases de Vidrio (ECOVIDRIO), que dio origen al expediente de autorización singular A 350/04, Ecovidrio, en el TDC. El funcionamiento de este SIG exigía la creación de una red, capaz de recoger y recuperar la mayor cantidad posible de vidrio utilizado en España bajo la forma de envases, y reciclarlo como materia prima del propio proceso de producción del

vidrio. Se podría decir que la existencia del SIG permitía una complementariedad entre la recogida, la recuperación y el calcín, representando este último el coste de oportunidad de producir vidrio mediante materias primas minerales extraídas directamente de la tierra. De este modo, la externalidad medioambiental se internaliza en los costes del envase pero se dota de mayor sustituibilidad de *inputs* a los productores de vidrio y las posibles eficiencias se trasladan finalmente a los propios costes de envasado.

La red gestionada por ECOVIDRIO respondía al interés público de eliminar una externalidad negativa medioambiental originada en la utilización de este material. La cuestión era que ese interés público podría chocar con el interés público de defensa de la competencia, en la medida en que la red de reciclado se basaba en un conjunto de «pactos y acuerdos tanto bilaterales como multilaterales» con vocación de coordinar comportamientos empresariales de carácter horizontal y vertical. Un problema añadido de esta red, cuya existencia no se podía cuestionar al quedar fijada su necesidad legalmente [13], estaba en el hecho de ser «el único SIG especializado de residuos de envases de vidrio en España». A raíz de todo ello, el SDC en su Informe Propuesta y asumido por el TDC, planteó que se desarrollara «un modelo de gestión de los sistemas de actuación, de toma de decisiones, de intercambio de información, etc., que pudiera contrastarse con el que espontáneamente hubiera generado el mercado». Es decir, las autoridades de defensa de la competencia aceptaron la existencia de una red que coordinara a todos esos operadores económicos, pero esa red no podía servir de instrumento para que la coordinación se convirtiera en cooperación ilícita. Por lo tanto, aunque la justificación de la red y su propia existencia hay que encontrarla en un texto legal, sin embargo su plasmación concreta exige el alineamiento de dos bienes jurídicos a proteger, la calidad medioambiental y la defensa de la competencia.

El SIG del vidrio propiciaba la aparición de ECOVIDRIO como gestor de una infraestructura centralizadora de tres tipos de flujos —información, recogida y recuperación y producción de calcín—. El éxito de la red estaba directamente relacionado con la valorización de los residuos, para lo cual se requería una reducción importante de los costes de información y de transacción de cada uno de los operadores protagonistas. Esto era posible mediante el aprovechamiento de todas las economías de escala derivadas de la centralización de las decisiones. En este tipo de red, las externalidades de la demanda son más difíciles de explicar, más allá de que una nueva conexión a la red —un contrato de adhesión al SIG— dé mayor profundidad, amplitud y liquidez a cualquiera de los mercados implicados. Lo que no significa que el agente participante en el SIG esté dispuesto a pagar más ahora que antes por estar conectado. Más bien al contrario, sabe que una nueva conexión a través del SIG reducirá los costes de la red.

---

[13] La Ley 11/1997, de Envases y Residuos de Envases, citada en el texto también prevé la alternativa de que el envasador pueda hacer recuperable el envase fijando un valor de venta del mismo que incentive al consumidor a devolverlo una vez utilizado su contenido. Se esgrimían en el expediente razones de eficiencia y eficacia para que este criterio no fuera el seguido mayoritariamente.

Junto con estas importantes ventajas, este tipo de redes también enfatizan los elementos cooperativos, por lo que es preciso deslindar en el interior de la red aquello que se puede hacer y aquello que no se puede hacer desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Así, se han señalado antes tres elementos sobre los que cabe incidir. En primer lugar, el flujo de información en el interior del sistema. La red era el instrumento muy útil para que los mercados afectados, sobre todo el de producción de vidrio[14], fueran más transparentes, teniendo en cuenta que el gestor de la infraestructura del sistema centraliza toda la información recogida sobre las materias primas fundamentales de la recuperación del vidrio y del calcín para la posterior producción de vidrio. Una acción concertada permitiría obtener *inputs* a precios más bajos y comunes, apoyada en la rigidez en el pago por el mantenimiento de una red impuesta legalmente para algunos operadores, como envasadores y administraciones públicas, todo lo cual favorecería el precio final concertado de productos como el vidrio.

Por lo tanto, el desarrollo y la implantación de una red en torno a ECOVIDRIO era una buena solución al problema de la externalidad negativa medioambiental, siempre que la red fuera capaz de crear «sistemas de estanqueidad» de la información. Es decir, del mismo modo que en los registros de morosos, el flujo de información que propicia la aparición de la red tiene que estar regulado si hay incentivos y posibilidades de que su uso sirva a comportamientos colusorios. Para ello, y del mismo modo que en los registros de morosos, el principio de independencia del gestor de la infraestructura de la red obligaba a separar a éste del resto de operaciones y flujos entre operadores. Así, el TDC consideró que ECOVIDRIO y sus empleados tendrían que ser independientes de cualesquiera de los operadores involucrados en el funcionamiento de la red, como primera garantía de estanqueidad. Por otra parte, se consideró necesario que había que restringir el acceso a la Junta Directiva de ECOVIDRIO, permitiendo solamente la presencia de operadores envasadores, que eran los más interesados en eliminar comportamientos colusorios que incrementaran los costes de mantenimiento de la red pagados por ellos. Asimismo, el TDC entendió que también había que restringir la información solicitada a las Comunidades Autonómas en los convenios de recogida de vidrio y, también, la información de compras y utilización de vidrio por parte de los envasadores.

En segundo lugar, la red de ECOVIDRIO debería tener algún contrapeso competitivo, es decir, elementos que permitirían la existencia de competencia competencial y el no estrangulamiento de la competencia referencial. Por eso, el TDC incidió especialmente en la libertad de entrada y de salida de la red, no ya de los propios operadores sino de parte de los flujos que éstos podrían generar para la red. Así, frente a un modelo que capturase todos los envases, el TDC consideró que la red tendría que funcionar sobre un principio de libertad de decisión del envasador para incorporar un núme-

[14] Mercados muy restringidos territorialmente con pocos operadores por territorio y con antecedentes sancionadores por colusión en estos mercados (Expediente 537/02, Reciclado de vidrio).

ro mayor o menor de envases, pudiendo dejar fuera del SIG parte de su producción a la búsqueda de un mejor gestor de su obligación de recuperación y reciclado de los envases que ponía en el mercado. Además, dado el peso tan importante que las Entidades Locales tenían en el desarrollo de la red, sobre todo en la fase de recogida, se entendió que la capacidad de estas administraciones públicas de resolver unilateralmente los contratos con el gestor del SIG, también mantendría viva la competencia potencial.

Por último, las autoridades de la competencia españolas consideraron que el funcionamiento de este SIG basado en ese sistema de pactos y acuerdos entre operadores tendría que asegurar que la red fuera especialmente porosa, en el sentido de mantener la conexión abierta a cualquier operador del mercado, provenga o no de los sectores inicialmente afectados por el sistema de gestión medioambiental de los residuos de envases de vidrio. Es decir, se consideró necesario un sistema de subastas basado en criterios objetivos y sujeto a información pública abierto a cualquier operador como elemento pro competitivo frente a un modelo de red cerrada a los operadores compradores por razones estrictamente productivas.

Se podría concluir que las autoridades de defensa de la competencia han ido marcando pautas acerca de los principios de funcionamiento de ciertas redes compatibles con la defensa de la competencia, aunque no se haya explicitado una forma de análisis ceñida a la realidad sobre la que se tenía la obligación de incidir. Por un lado, de los dos casos expuestos, se sigue que las autoridades de defensa de la competencia encuentran que algunas redes, partiendo de un principio de coordinación de comportamientos de los operadores afectados, considerado como cooperación ilícita inicialmente, pueden ser una buena solución en términos de bienestar general, no solamente para reducir costes de información y de transacción, sino para desarrollar mercados que de otro modo no se produciría. Por otro lado, se apunta un principio de separación entre el gestor de la red y los operadores conectados a la misma, cuando el flujo de información que transita por ella es susceptible de ser utilizado como elemento de concertación de voluntades más allá de lo que exige el buen funcionamiento y los objetivos que explican la existencia de la red. Finalmente, cuando esto ocurre, además de la independencia del gestor, es necesario establecer reglas básicas acerca de qué tipo de información tiene que prestar la red y a quién debe ser suministrada.

4. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL ACCESO A LAS REDES EXISTENTES

Un asunto fundamental desde la perspectiva de las redes es la cuestión de las conexiones. En muchas redes el legislador ha contemplado los beneficios potenciales de las externalidades de demanda y, a la vez, ha tenido en cuenta el riesgo de acabar en una estructura monopolística que eliminara parte o toda la tensión competitiva. Por ello, ha obligado a la compatibilización de las redes existentes. Lógicamente aquí aparece un problema de

coordinación de comportamientos. Es decir, para avanzar en una estandarización impuesta desde la legalidad vigente, los operadores de las distintas redes se tienen que poner de acuerdo en relación con las cuestiones técnicas y económicas que la hacen posible.

Desde la perspectiva de la competencia surge, por ejemplo, la cuestión de cómo se produce la conexión a la red. Esta conexión podrá estar caracterizada por un acceso en una sola dirección —es decir, hay un incumbente que dispone de la red y un entrante que quiere utilizarla para poder ofertar los mismos o parecidos productos que el incumbente—[15]. También, se puede plantear una conexión entre dos operadores que tienen cada uno su propia red —modelos *two-way access*— y que, por un principio de reciprocidad, la negociación tendrá características de monopolio bilateral, si se trata de interconexión entre redes independientes.

A. Acceso de terceros a la red del incumbente

El término más general de acceso de terceros a la red (ATR) es una denominación jurídica de modelos en los que el suministrador de un bien o de un servicio necesita de una red ya existente para comercializarlos. Es decir, aquí no hay otra red o, lo que es lo mismo, no hay una negociación *inter pares*. Éste sería el caso de productores o comercializadores, o las dos cosas, de productos de red, que requieren del uso de una infraestructura de la que no disponen para poder suministrar esos productos o carecen de incentivos —situaciones de monopolio natural— o de capacidad tecnológica —la red se articula sobre una tecnología que no se posee— para replicarla. Por ejemplo, los comercializadores de gas, de electricidad, de servicios ferroviarios, de servicios postales, etc. En estos casos, el entrante tendría acceso a las externalidades de red ya existentes, incluso su entrada podría interpretarse por parte de los usuarios como una nueva externalidad a valorar positivamente, aunque también haya que considerar que se desplaza parte del negocio del incumbente. Precisamente por ello, el operador ya instalado y propietario de la red puede seguir prácticas anticompetitivas con el fin de mantener capturadas todas las economías de red derivadas de la conexión, siempre que sea inviable económicamente replicar esa red. Se trata de casos alineados con la doctrina de las *essential facilities* en los que la negativa de suministro o un precio de acceso a la red por encima de un umbral cierran el mercado a los competidores de bienes y servicios comercializados «aguas debajo» de la infraestructura básica y única.

En estos casos las fronteras entre la defensa de la competencia y de la regulación se confunden de vez en cuando, lo que no siempre es bueno para

[15] En la literatura anglosajona, y especialmente en economía de las telecomunicaciones, se viene utilizando el término *one-way access* (VOGELSANG, 2003). Se trata de distinguir los modelos de regulación de acceso de terceros a una red de aquellos otros denominados de interconexión entre redes, para los cuales se reserva el término de *two-way access*.

el funcionamiento eficiente y eficaz del marco institucional del que se inviste la economía para resolver este tipo de cuestiones. En estos casos de acceso de terceros a la red es frecuente el problema de fijación del precio de acceso. La cuestión es técnicamente compleja y no siempre se dispone de la información adecuada para ello. *Prima faciae*, lo que aparece es un regulador que tiene que decidir si imponer unas condiciones de acceso a la red del operador ya instalado con su red o, alternativamente, decretar una separación entre el gestor de la infraestructura y aquellos que comercializan los bienes y servicios que pasan por ella. Cuando el regulador se plantea la separación tiene que definir el tipo de separación que exige —contable, jurídica o de propiedad[16]—, pero lo que es más importante, tiene que conocer bien, por un lado, si la separación no introducirá con alguna probabilidad una doble marginalización —la suma de dos rentas de monopolio, la de infraestructura y la de comercialización, por separado— y, por otro lado, si existen economías de alcance asociadas a la producción conjunta de infraestructura y bienes y servicios producidos en la red que podrían quedar laminadas en caso de separación.

Probablemente por todas estas dificultades, el legislador opta por una separación muy suavizada que elimine esos riesgos de pérdida de economías de actividad en el presente y de riesgo de nivel de inversión en el futuro, y la acompaña de una regulación de los precios de acceso, haciendo posible la producción conjunta de los servicios de infraestructura de la red y de los bienes y servicios que se producen y se comercializan conjuntamente con esa infraestructura de red.

Lo que queda en el terreno de la defensa de la competencia difícilmente puede ser si hay que proceder y cómo proceder en la separación de actividades. Es cierto que en el seno de un expediente abierto en una determinada circunstancia, la pretensión de un cambio estructural que afecte a determinados agentes podría ser parte de la solución al problema de competencia planteado, pero también podría estar contraviniendo el principio de no separación utilizado por el legislador para el desarrollo de una regulación fundamentada en un conjunto de razones que no desaparecen con el nivel de concentración de mercado[17]. Sin embargo, puede haber un territorio propio para el análisis del posible abuso de posición de dominio por parte del incumbente, especialmente en lo que se refiere a la fijación de los precios de acceso, cuando el legislador o el regulador correspondiente no los van a fijar y, previsiblemente, tampoco van a establecer las reglas de fijación de los mismos[18].

---

[16] Un sector de actividad ya existente en el que el operador ha tomado las decisiones de inversión en función del marco legal existente, es decir, con carácter previo a la separación de la propiedad, plantea importantes problemas de riesgo regulatorio, que podrían llegar a contemplarse como riesgo de expropiación y que podría trasladarse al resto de la economía.

[17] Después de una doctrina muy depurada, y solamente después, las autoridades de defensa de la competencia podrían activar su papel de *advocay* para una nueva regulación que, en todo caso, correspondería desarrollar a quien está legitimado para ello, es decir, el legislador.

[18] En estos casos de acceso de terceros a una red en monopolio y en otros asimilables, generalmente el legislador impone que los precios estén orientados a costes y se fijen de forma equitativa,

En la experiencia española, los problemas de fijación de precios de acceso a la red están resueltos por regulaciones específicas que reducen significativamente el papel de la autoridad de la competencia y acrecientan el papel de los reguladores sectoriales. Así un sistema precios de acceso orientado a costes se establece en la Ley Eléctrica de 1997, con separación parcial de propiedad en el transporte y separación jurídica en la infraestructura de distribución, lo mismo ocurre en la Ley de Hidrocarburos de 1998, mientras que en la Ley de Telecomunicaciones de 1996, sin separación entre infraestructura y operador de servicios, cuando se declara un operador de red como dominante, se le obliga a una fijación de precios orientada a costes. También en las más modernas regulaciones sectoriales, como por ejemplo la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, con separación jurídica entre infraestructura y servicios, se sigue el principio de precios orientado a costes.

B. La defensa de la competencia en casos de interconexión entre redes

Otra cuestión bien distinta es cuando se trata de un problema de interconexión entre redes. Especialmente importante ha resultado esta cuestión en el sector de las telecomunicaciones. En principio, el precio de interconexión no tiene por qué ser el mismo de una red a la otra. De hecho, si la

---

objetiva y transparente, lo que deja margen para una valoración controvertida que se puede limar mediante una contabilidad específica de costes reconocidos por el propio legislador o regulador, de acuerdo o no con el propio operador de la infraestructura. Si, llegado el caso, la autoridad de defensa de la competencia se planteara, por ejemplo, cuál debe ser el precio de acceso óptimo que no cierra el mercado en la red, se encontrará con que los métodos más prácticos de fijación de precios más utilizados por la literatura económica no siempre tienen el respaldo necesario —es decir, abandonada cualquier posibilidad de aplicar a casos concretos el enfoque más teórico y más extendido de fijación de precios de acceso óptimos de Ramsey (Laffont y Tirole, 1993)—. Por ejemplo, como ha señalado Vogelsang (2003) para el caso de las telecomunicaciones, la denominada ECPR —*Efficient Component-Pricing Rule* (Willig, 1979, y Baumol, 1983)— que establece un precio de acceso como la suma del incremento medio de los costes de los recursos de acceso y el coste de oportunidad de acceso del incumbente en función de los servicios desplazados por el competidor entrante, ha sido muy criticada en su versión simple y en su versión sofisticada, porque al final deja muchas dudas sobre si un precio de acceso alto que no cierra el mercado podría preservar de la actividad de operadores entrantes más ineficientes y da más margen para unos precios minoristas más bajos. Una variante del método anterior para evitar el riesgo de cierre de mercado es la del método de Imputación de costes, por el cual el incumbente no podría fijar un precio de acceso por debajo de lo que lo fija para sí mismo, de modo que el precio minorista del incumbente no podría ser más bajo que el precio de acceso más el incremento del coste por el servicio producido aguas abajo. Como bien señalan los autores de esta metodología (Hausman y Tardiff, 1995), se requiere para ello alguna fórmula de contabilización de costes que permita esa imputación. Si se tuviera la imputación del incremento del coste por el servicio aguas abajo, se podría saber si el incumbente está subsidiando esas actividades a través de un precio excesivo de acceso que impediría competir al entrante. El problema en estos casos es cuando existen economías de alcance por parte del incumbente asociadas a la utilización de la red. En estos casos, lo óptimo sería una estructura de precios de acceso no lineal para los entrantes condicionada por la estructura de precios minoristas que tuviera el incumbente basada en sus economías de alcance. Lógicamente, el que más ventajas sacaría sería el incumbente, que «es el mayor usuario de su propia red» (Vogelsang, 2003).

legislación es posterior a la existencia de distintas redes, cada una de ellas —en función de los servicios suministrados y del número de conexiones— estará aportando al conjunto del sistema interconectado un valor de externalidades de red diferente. Sin tener en cuenta esa diferencia, el más pequeño tendría incentivos para acceder al incremento de valor de su red en mucha mayor proporción que el grande. Dada la situación del gestor de la red —monopolista en su propia red—, en el caso de las telecomunicaciones en España, el legislador ha optado por permitir que el regulador intervenga en la fijación de los precios de interconexión, estableciendo un principio de orientación a costes basado en un sistema de contabilidad de costes específico y autorizado por el regulador sectorial, después de algún tipo de negociación en relación con las partidas y el peso de cada una de ellas en los cálculos.

Precisamente, las autoridades de la competencia en España tuvieron que resolver tres expedientes sancionadores —571/03, Telefónica Móviles; 572/03, Vodafone, y 573/03, Amena— en los que se planteaban algunas de las cuestiones más relevantes desde la perspectiva del análisis de las economías de red en un entorno de compatibilización regulada, es decir, de interconexión forzada por la propia regulación. Una de las cuestiones comunes que se resuelve en los mismos es si aplicando un test de *price squeeze* se puede llegar a la conclusión de que ha habido un abuso de posición de dominio por parte de la operadora de móvil (Telefónica Móviles, Vodafone o Amena) cuando establece sus precios de terminación de llamadas cuyo origen se encuentra en una red de telefonía fija.

En estos casos, el test *de price squeeze* que se proponía se basó en el cálculo del margen de beneficio de una llamada para un tipo de contrato de empresa un tanto especial como es el de los correspondientes a redes privadas virtuales. Lógicamente, la complejidad de los expedientes llevaba a tratar cuestiones muy técnicas, referidas, por ejemplo, a si el tipo de conexión fijo-móvil en el seno de red privada virtual es similar a una interconexión de un usuario individual que llama desde un teléfono fijo a uno móvil. Pero, además, se planteaba si era posible distinguir un mercado mayorista de terminación de llamadas en la propia red de la que el operador es monopolista, es decir, un mercado de interconexión, separable de otros mercados telefónicos. El regulador había hecho capítulo aparte de las interconexiones entre redes y cabía esta definición de mercado y la lógica influencia sobre el resto de mercados que incluyeran la interconexión entre redes. Más concretamente, el fundamento para el uso de este test era que, si se aplicaba el precio de interconexión mayorista de fijo a móvil a una llamada de fijo a móvil de un contrato de empresa de redes privadas virtuales, entonces resultaba que el precio de final minorista de este tipo de llamada podría llegar a ser incluso inferior al precio de interconexión mayorista y, por lo tanto, imposible de «batir» para un operador de telefonía fija que quisiera replicar el producto a partir de una necesaria interconexión. Sería un modelo de cálculo a la HAUSMAN y TARDIFF (1995), comentado anteriormente.

El problema inicial que observó el TDC es que en estos expedientes intervenían dos características propias de las economías de red de telecomunicaciones que son importantes: por una parte, la complementariedad de costes en la producción de servicios telefónicos, incluido el de interconexión y, por otra parte, el precio de acceso como precio de reparto de las externalidades de red entre los operadores que se interconectan.

En cuanto a lo primero, era fundamental saber cómo actúa la complementariedad de costes, puesto que a partir de ahí se puede saber si es posible segregar un mercado de terminación mayorista en redes interconectadas. La complementariedad de costes, fuente fundamental de las denominadas economías de alcance, como ya se ha señalado anteriormente, está presente en muchas economías de red y, especialmente, en las redes de telecomunicaciones. Se origina cuando se producen varios bienes o servicios conjuntamente, de manera que la suma de los costes por separado de cada bien o servicio es superior al coste de la producción conjunta [19]. La producción conjunta de servicios de telecomunicaciones mediante un contrato de red privada virtual elimina parte de la información sobre los costes, en la medida en que desaparece el coste de interconexión, puesto que ésta no se produce separadamente de los demás servicios. Por otra parte, si las empresas clientes calculan que de este modo se reduce el riesgo sobre el cálculo de la factura telefónica, incorporan más servicios, por lo que la suma de los costes de esos servicios contratados por separado es superior y le interesa este tipo de servicio complejo de telefonía.

El argumento de que un contrato de una red privada virtual no se ajusta al principio de que quien llama paga es la evidencia de que este tipo de producción de servicios no se cobra simplemente por el servicio de llamada y el tiempo de la misma, sino que se cobra en función de un uso conjunto de un bloque de servicios. Siendo así, es difícil acreditar una conducta contraria a la competencia practicando un test que parte del supuesto de existencia de costes lineales y separables en la producción de servicios de telefonía en redes virtuales móviles.

Además, el argumento de la complementariedad de costes significa que la gestión de la infraestructura de la red no se debe separar de la producción de servicios suministrados a través de esa misma infraestructura. De manera que, aunque la exigencia de complementariedad y coordinación entre infraestructura y servicios siempre se tenga en cuenta, no sería esto lo que impediría la separación de la producción de infraestructura y servicios, sino la complementariedad de costes cuando se producen conjuntamente. Es decir, hay mucha racionalidad económica cuando se dice que la inversión en infraestructuras en telecomunicaciones está en buena medida cosida a la capacidad para generar valor a través de los servicios suministrados y de las economías de alcance correspondientes.

---

[19] Se trata de funciones no lineales de costes que no se pueden expresar como sumas aritméticas de funciones separables de costes de cada uno de los componentes que explican el coste total de una simple llamada con originación, tráfico, interconexión y terminación.

En todo caso, lo anterior no agota la cuestión de la interconexión entre redes de telefonía que aparecía como telón de fondo en estos expedientes. Es decir, si el precio de interconexión era elevado, entonces los operadores de telefonía fija no podían ofertar productos de las mismas características que los móviles. Más allá de poder acreditar mediante un test costes lineales y separables una conducta abusiva de estas características, sobrevive la idea de que un precio de interconexión suficientemente alto cerraría el mercado y las posibilidades de expansión a esos operadores de telefonía fija[20].

Como ya se ha señalado, el precio de interconexión ha sido muy discutido en el ámbito científico como elemento coadyuvante o restrictivo de la competencia. En la regulación de las telecomunicaciones españolas ha dominado la idea de que un principio de interconexión obligada reduciría el poder de mercado de los operadores instalados en su propia red y permitiría una mayor expansión de las economías de red, tan relevantes para el bienestar general en el uso de estos servicios. A este respecto, el TDC, en las resoluciones referidas, recordó que la propia Ley 11/1996, General de Telecomunicaciones, en su art. 22 establecía que «los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con la de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten». Por lo tanto, se fija un principio de compatibilización de redes y servicios cuando se trata de redes públicas de telecomunicaciones.

Ahora bien, del mismo modo, esta Ley establece que los acuerdos se celebrarán libremente entre las partes bajo los principios de transparencia, no discriminación, proporcionalidad y objetividad, que, llevados al terreno de lo que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones define como operador dominante, significa unos precios de interconexión que tienen que estar orientados a costes reales. Estos costes responden al cálculo de los mismos efectuado a partir de una contabilidad de costes específica, cuyos conceptos y características tienen que estar aprobados por la propia CMT, para lo cual siguió un proceso de comunicación directa y negociación con los operadores que culminaría en momentos posteriores a las denuncias efectuadas. En el caso de Vodafone, por ejemplo, la resolución final de verificación de su contabilidad de costes concluye a mediados de 2003, después de varias resoluciones parciales sobre aquello que debía incluirse y lo que no. Es decir, después de una larga negociación no pacífica. Hay que tener en cuenta que la conducta denunciada se había producido en 2000, 2001 y 2002 y que, aunque la carga de la prueba de los costes para el cálculo del precio de interconexión correspondía al operador, el regulador, mientras tanto, podría intervenir el mercado con unos precios de interconexión. De hecho, toda la información recogida en ese proceso le sirvió a la CMT para establecer cuáles deberían ser los precios máximos de inter-

[20] La historia reciente de la regulación de las telecomunicaciones en España nos dice que el antiguo monopolio de telefonía, Telefónica, tenía fijado un *price cap* para sus precios de interconexión, lo que podría proteger hasta cierto punto a otros operadores de telefonía fija entrantes.

conexión a mediados de 2002 hasta la verificación de la contabilidad de costes de los operadores «dominantes». Por lo tanto, no se puede acreditar el abuso en la fijación de precios de interconexión a través de tests de costes lineales como los que se aplicaban, pero, además, cuando se produce la conducta, el regulador todavía no ha establecido de manera palmaria cuáles son los costes finales que le permiten al operador fijar el precio de interconexión.

Más allá de los casos concretos, es necesario entender que lo que se está poniendo sobre el tapete de los mercados es cómo se desarrolla el principio de compatibilización de redes en las redes de telecomunicaciones, para que cualquier abonado telefónico de cualquier red pueda terminar sus llamadas en cualquier otro abonado de cualquier otra red pública de telecomunicaciones. En las resoluciones referidas, el TDC señaló que la negociación entre redes telefónicas para la interconexión era una negociación entre monopolistas de su propia red. Por lo tanto, cabía soluciones de monopolio bilateral. Ahora bien, lo relevante realmente era conocer cuál es la estrategia de negociación a partir de un tamaño desigual entre redes[21]. Para ello es preciso volver a los fundamentos económicos de las redes, especialmente cuando existen importantes externalidades desde el lado de la demanda, como es el caso de las compañías telefónicas. Obviamente, si entre redes de tamaño desigual se establece el mismo precio de interconexión, significa que la red más grande incorpora mayores externalidades de demanda a la red más pequeña.

---

[21] Cuando los tamaños de red y sus costes marginales de interconexión son parecidos, entonces surge un incentivo a la colusión para fijar un precio de acceso alto y recíproco que les permita capturar y repartirse el valor de las externalidades, de forma que el resultado del mercado estaría lejos de lo socialmente deseable con unos «precios minoristas que fueran tan altos como los que se fijarían sin competencia» (ARMSTRONG, 1998). Aunque un elevado precio en la interconexión produciría un aumento de los servicios utilizados en la propia red, especialmente aquellos usuarios que se pueden aprovechar de precios propios de redes privadas virtuales, lo que incentiva la competencia entre operadores y no la colusión sobre la base de incrementar su cuota de mercado para que los servicios denominados *on net*, dentro de la red, crezcan más que proporcionalmente.

Sin embargo, si el tamaño de red es desigual, el problema es el de la exclusión del pequeño. El operador de menor tamaño de red preferirá menores costes de acceso que el grande para poder ser más agresivo en su expansión de mercado y se plantearía un caso parecido al de la fijación de precios de acceso de terceros a una red, si bien se requeriría un tratamiento especial cuando se trata de interconexión entre redes móviles y fijas, al ser extraordinariamente desigual sus características de costes (ARMSTRONG, 1998). En la legislación estadounidense, por ejemplo, se sigue el principio de reciprocidad en la interconexión, con precios iguales para los dos. Sin embargo, hay razones para observar su aplicación como una oportunidad para la colusión si los servicios prestados son heterogéneos y el sector está maduro, por lo que sería más eficaz un buen número de redes con servicios sustitutivos que una regulación bajo un principio de reciprocidad de precios, más allá del tamaño de cada uno. No obstante, si bien algunos estudiosos (citados por VOGELSANG, 2003) han llegado a señalar que el precio de acceso se podría utilizar como arma de introducción de competencia, regulando un precio de acceso para el pequeño igual al coste marginal del grande y un precio de acceso para el grande con dos componentes —coste marginal del pequeño y un margen de beneficio—, facilitando la expansión del pequeño. Pero una solución mejor podría ser fijar una contabilización estandarizada de costes para cada operador dominante que se pueda monitorizar y dejar que los propios operadores profundicen más en políticas comerciales basadas en la existencia de heterogeneidad en las características de los clientes y en una mejor comprensión del valor de las llamadas entrantes y una nueva forma de captar externalidades de red. Así ha sido la regulación española al respecto.

Teniendo en cuenta esto y dado el tamaño más reducido de una de ellas, podría trasladar todas las ganancias de red que obtiene a sus propios consumidores. Lógicamente, cuanto más intenso sea el entorno competitivo, una fracción mayor de las externalidades producidas por el tamaño de red —ahora interconectada— habrá de trasladarse a los clientes. En este sentido, el precio de interconexión se relacionaría con un precio inversamente proporcional al tamaño de la red, para que el operador más grande capture parte de las externalidades generadas por los clientes de la red más pequeña ahora interconectada. A partir de aquí, en la medida en que capture esas externalidades las podrá trasladar mediante subsidios cruzados a sus propios clientes, con lo que su estrategia competitiva frente al resto de operadores se puede fortalecer[22].

En esa línea argumental, es verdad que el TDC en las resoluciones de 2004 de los citados expedientes determinó que «el centro de gravedad competitivo» estaba en la telefonía móvil, aunque no cuestionó finalmente que el mercado mayorista de interconexión entre redes telefónicas, fijas y móviles no constituyera un mercado relevante. En todo caso, las rentas captadas por el precio de interconexión con operadores de telefonía fija se estarían utilizando para reforzar la propia estrategia competitiva en el mercado de la telefonía móvil, de manera que esas rentas no se convertían en rentas de monopolio del operador, sino en precios más competitivos en telefonía móvil que, por otra parte, era la que originaba la externalidad de la demanda de los clientes de la telefonía fija[23].

En estos casos se está aceptando que lo eficiente puede estar debilitando al más pequeño si éste no presenta una ventaja competitiva frente al grande que lo pueda compensar. Es decir, los mercados de red podrían estar generando incentivos importantes a la concentración de oferta como solución eficiente y solamente una dinámica basada en la búsqueda continua de nuevas ventajas competitivas por parte de los entrantes o de los competidores más pequeños puede modificar esa deriva en la estructura de mercado. En todo caso, el resultado en términos de bienestar general acerca de si el precio es alto o bajo es discutible, porque lo que determina que se traslade a los usuarios finales de la red es la presión competitiva que tenga cada operador. Así, un operador de telefonía fija con poca competencia podría capturar —convertirlas en rentas extraordinarias— más fácilmente las externalidades producidas por un operador de telefo-

---

[22] Podría darse un precio de estrangulamiento que hiciera que la demanda de la red más pequeña se eliminara. En este caso, el operador de la red grande perdería las externalidades conseguidas por la interconexión a la pequeña que solamente podrían ser compensadas en la medida en que los clientes de esa red pequeña se convirtieran en sus propios clientes, lo que dependería de su posición en el mercado y de la reacción de sus competidores.

[23] El problema de la regulación en la fijación de un precio de acceso a redes es que es territorio de la eficiencia productiva, si se contempla el acceso a la infraestructura como un *input* de producción. Sin embargo, como único instrumento de regulación es difícil que sirva a otros territorios de la eficiencia y, más concretamente, para evitar que se produzcan subsidios cruzados entre servicios producidos por el mismo operador, que sin duda puede beneficiar a determinado tipo de usuario de la red.

nía móvil sometido a mayor competencia. Si bien sigue siendo importante que en presencia de un operador dominante se pueda monitorizar de algún modo su fijación de precios de interconexión con el fin de evitar la exclusión de aquellos operadores que por ser entrantes están más lastrados por los costes hundidos y todavía no tienen muchas externalidades de red que aprovechar para poder crecer, lo que deja la pelota de la interconexión más bien en el alero del regulador sectorial que en la autoridad de la competencia.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

En la revisión realizada de los casos de red se pone de manifiesto que las resoluciones del TDC facilitan la introducción de principios en el análisis económico de redes, especialmente de aquellas en las que hay que alinear a favor del interés público diversos bienes jurídicos a proteger. El TDC ha entendido que algunas redes producen importantes economías de red basadas en el tráfico de información entre competidores. Sin embargo, son esas mismas externalidades de red las que pueden favorecer mercados más transparentes y más proclives a la colusión. Entre otras cosas, la doctrina del TDC permite decir que el tráfico de información en red tiene que estar sometida a un principio de independencia del gestor de la red, por lo tanto, de separación entre gestor de infraestructura y suministradores y consumidores de *inputs* y *outputs* de información, sobre todo cuando el tráfico se produce entre competidores. Además, la información entre competidores queda limitada a aquello imprescindible para que se cumpla con la razón de ser estricta de la propia red desarrollada y autorizada. En otros casos, la cooperación entre competidores a través de la red permite una reducción importante de los costes de información y de transacción, así como el desarrollo más intenso de ciertos mercados deseables socialmente. Pero el riesgo de colusión exige un tipo de red muy abierta que limite el riesgo de debilitamiento de la competencia referencial y de la competencia potencial. Del mismo modo, la existencia de externalidades de red puede jugar a favor de un interés general no compartido por la estrategia de negocio del propietario de la red, especialmente en los casos en los que los costes de la infraestructura se explican conjuntamente con la producción de servicios en la red. En este sentido, la conexión de terceros a la red y la interconexión entre redes y, por lo tanto, la aplicación de principios de compatibilización, estandarización y reciprocidad, si fuera el caso, pueden ser objeto de regulación pública si el tamaño de las economías de red lo justifican o si la competencia referencial lo exige, dada la posición de mercado del propietario de la red a la que se accede. Si bien siempre hay que tener en cuenta que la acreditación de posibles abusos de posición de dominio obligan a un análisis de las características de la producción en red de ciertos bienes y servicios y al papel específico jugado por el regulador en la aplicación de precios orientados a costes en la interconexión.

BIBLIOGRAFÍA

ARMSTRONG, M. (1998), «Network Interconnection in Telecommunications», *Economic Journal*, 108, pp. 545 a 564.

CASTELLS, M. (1997), *La era de la información.* Economía, Sociedad y Cultura, volumen 1, La sociedad red, Madrid, Alianza Editorial.

ECONOMIDES, N. (2006), *Public Policy in Network Industries*, Working Paper 06/01, september 2006, NET Institute, Stern School of Business, New York University.

HAUSMAN, J. A., y TARDIFF, T. J. (1995), «Efficient Local Exchange Competition». *Antitrust Bulletin*, 40, pp. 529 a 556.

LAFFONT, J. J., y TIROLE, J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge (USA), MIT Press.

SHAPIRO, C., y VARIAN, H. R. (2000), *El dominio de la información. Una guía estratégica para la economía de red*, Barcelona, Antoni Bosch.

SHY, O. (2001), *The Economics of Network Industries*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.

VÍRGALA, E. (2004), *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VOGELSANG, I. (2003), «Price Regulation of Access to Telecommunications Networks», *Journal of Economic Literature*, volumen XLI (septiembre 2003), pp. 830 a 862.

¿ES HORA DE REPLANTEARSE LA POLÍTICA DE FUSIONES?

Jordi GUAL*
IESE Business School y «La Caixa»

RESUMEN

Este informe plantea un análisis crítico de algunos de los aspectos clave de la política de fusiones tal y como se conoce y se practica en los sistemas jurídicos más importantes del mundo, como la Unión Europea o EE.UU. En primer lugar, se centra en un debate sobre el enfoque gradual de la política de fusiones hacia el análisis de los *efectos unilaterales*. La evaluación crítica de dicho proceso se basa en los puntos débiles, prácticos y teóricos, de los modelos económicos que subyacen al creciente protagonismo atribuido a los efectos unilaterales como el factor anticompetitivo primordial derivado de un proyecto de fusión. El informe subraya que aunque los efectos unilaterales provocaran un aumento en los niveles de los indicadores convencionales de ausencia de competencia (como los márgenes comerciales), no está claro que esto suponga un comportamiento menos competitivo en el caso de muchos de los sectores más relevantes de las economías desarrolladas actuales. Finalmente, el informe también estudia la relación entre competencia y bienestar, y argumenta que aunque es cierto que una fusión disminuye la competencia, no cabe deducir automáticamente que este hecho no sea positivo en términos de bienestar económico si tenemos en cuenta plenamente los incentivos para la innovación y las ganancias dinámicas de bienestar que se derivan de los nuevos productos y procesos de producción (clasificación JEL: L1, L4; palabras clave: fusiones, antimonopolio, política de competencia).

1. INTRODUCCIÓN

Este informe plantea un análisis crítico de algunos de los aspectos claves de la política de fusiones tal y como se conoce y se practica en los sis-

---

* De próxima publicación en *Competition Policy International*, vol. 3, núm. 1, primavera de 2007.

temas jurídicos más importantes del mundo, como la Unión Europea o EE.UU. En primer lugar, se centra en un debate sobre el enfoque gradual de la política de fusiones hacia el análisis de los *efectos unilaterales*. La evaluación crítica de dicho proceso se basa en los defectos prácticos y teóricos de los modelos económicos que subyacen al creciente protagonismo atribuido a los efectos unilaterales como el factor anticompetitivo primordial derivado de un proyecto de fusión. El análisis de la razón por la cual la actitud no cooperativa se considera anticompetitiva lleva a un debate sobre los problemas conceptuales y empíricos asociados a la evaluación del nivel de competencia en los sectores empresariales modernos. Finalmente, el informe estudia el último eslabón de la política de fusiones: el nexo entre la variación en los niveles de competencia y el bienestar económico, y defiende que desde una perspectiva dinámica no es en absoluto evidente que una menor competencia estática dé lugar a niveles de bienestar más bajos. Este argumento debilita la relación clave en que se sustenta el conocido test de «disminución sustancial de la competencia» que ha llegado a dominar la política de fusiones.

En el apartado 2, el informe revisa brevemente la tendencia a incluir en la política de fusiones un análisis de los efectos unilaterales, centrándose en los cambios recientes producidos en la Comunidad Europea. Después, el artículo analiza las deficiencias de este enfoque (apartado 3) y cómo las dificultades aumentan al evaluar la forma de medir tanto el nivel de competencia como su tasa de cambio, así como las implicaciones sobre el bienestar (apartados 4 y 5). El apartado 6 concluye con una serie de observaciones sobre las implicaciones de este análisis para el diseño y la puesta en práctica de una política de fusiones.

2. EUROPA SIGUE A EE.UU.: LA APROBACIÓN DE UNA NUEVA NORMA DE COMPETENCIA PARA LAS FUSIONES

Como destacó recientemente VICKERS (2003a), el eterno problema de la política de competencia es el significado de las palabras. El debate sobre la reforma del Reglamento de concentraciones de la CE y su test de «competencia sustancial» es un claro ejemplo de este problema. Gran parte de la polémica giró en torno al concepto de posición dominante y a la medida en que incluye ciertas situaciones de oligopolio post-fusión donde la competencia puede resultar obstaculizada a pesar de la ausencia de un intento colusorio (lo que se conoce como efectos unilaterales). Se argumentó que el concepto alternativo, el test de «disminución sustancial de la competencia» (DSC), incluía estas situaciones.

Para algunos observadores, ambos tests habían provocado en la práctica resultados sustancialmente convergentes, con evaluaciones similares de las situaciones competitivas a ambos lados del Atlántico. Además, en el

momento de la reforma de fusiones de la CE, el Tribunal de Justicia Europeo aún no había dictado sentencia sobre los daños potenciales a la competencia derivados de una actitud no cooperativa, y por lo tanto la jurisprudencia no excluía que esta posibilidad pudiese formar parte del concepto convencional de posición dominante. No obstante, los partidarios de una adaptación del test consiguieron convencer al órgano legislador de la necesidad de caminar hacia un marco de trabajo más amplio para garantizar que no quedasen fuera de la legislación casos importantes.

Finalmente, pese a todo, la redacción del Reglamento de Concentraciones de la CE[1] revisado no es muy diferente a la versión anterior, ya que pasa de declarar incompatible «una concentración que cree o refuerce una posición dominante que impida significativamente la competencia efectiva» a rechazar «las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva ... en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante». El nuevo texto, casi idéntico al anterior, refleja la necesidad de ofrecer una continuidad y coherencia con respecto a la interpretación del anterior Reglamento realizada por las sentencias del Tribunal de la CE, pero también significa que la supuesta ampliación del concepto queda prácticamente excluida de los artículos del Reglamento y se limita a una explicación detallada en los Considerandos y las *Directrices sobre las Concentraciones Horizontales* de la Comisión Europea.

Los Considerandos 24 a 26 del Reglamento exponen: «en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia»[2]

Las *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones*, en un apartado titulado «Efectos no coordinados», proporcionan una lista detallada de factores «que pueden incidir en la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos no coordinados»[3]. Como elemento clave, la lista incluye el grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas objeto de la concentración, un parámetro clave si queremos evaluar la presencia de efectos unilaterales para un mercado de productos diferenciados; y la disponibilidad de capacidad sobrante para las empresas que no se concentran, el aspecto crucial correspondiente para la presencia de efectos unilaterales en caso de productos homogéneos.

---

[1] Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»). *DO* 2004 (L 24) 1 (29 de enero de 2004).

[2] Nota del Consejo sobre las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, 2004 *DO* (C 31) 5 (5 de febrero de 2004).

[3] *Id.* En los párrafos 24 a 38.

El resultado final del debate reflejó las opiniones de los académicos y los políticos más influyentes. Por ejemplo, John VICKERS (2003a) defendió con vehemencia el test DSC al igual que John FINGLETON (2006), entre otros.

El informe *Interim Report* de 2003 de Marc IVALDI, Bruno JULLIEN, Patrick REY, Paul SEABRIGHT y Jean TIROLE (en adelante, el informe IDEI) es un intento de justificar técnicamente la diferencia entre posición dominante y disminución sustancial de la competencia. Los autores defienden que el test de posición dominante no abarca todos los posibles resultados anticompetitivos. Por ejemplo, utilizando el concepto estándar de equilibrio de NASH para la competencia entre productos homogéneos, una concentración de dos empresas en un sector de cinco empresas con costes marginales constantes e iguales daría lugar a un aumento del margen comercial del 5,25 %. De igual modo, en un sector industrial con tres empresas, una de ellas con un 60 % de la cuota de mercado y dos con una cuota respectiva del 20 %, la concentración de las empresas pequeñas subiría los precios en un 6,75 %. El nuevo equilibrio a corto plazo supone por lo tanto precios más altos alcanzados debido a los efectos unilaterales. No obstante, como señalan los autores, el primer ejemplo debe incluir la posibilidad de alcanzar algunos beneficios a través de la reducción de costes fijos, mientras que el segundo conduce a una estructura de mercado que no necesariamente será menos competitiva en las sucesivas interacciones, ya que el nuevo rival puede terminar siendo un competidor más viable.

En conclusión la revisión del *Reglamento Comunitario de Concentraciones* realizada recientemente por la Comisión Europea ha dado lugar a una ampliación de la gama de efectos anticompetitivos que pueden considerarse explícitamente en los casos de concentración de empresas dentro de la CE, añadiendo los efectos unilaterales que pueden derivarse de una actitud no cooperativa. Algunos analistas opinan que este nuevo enfoque conducirá a un intervencionismo excesivo de la CE[4]. Otros no lo creen así[5]. En los siguientes apartados intentaré profundizar en este asunto evaluando la solidez conceptual y práctica del análisis de los efectos unilaterales.

3. LA POPULARIDAD DE LOS EFECTOS UNILATERALES

El uso creciente de los argumentos y modelos de los efectos unilaterales en los casos de fusiones se debe sobre todo a su creciente popularidad entre los académicos economistas. Los modelos de efectos unilaterales parecen tener una base sólida en la teoría económica y, hasta cierto punto, ofrecen una gama de resultados teóricos bastante coherentes. Esto contrasta con los modelos alternativos de efectos coordinados, en los que se prohíben las fusiones debido al aumento potencial de la posibilidad de colusión

[4] Véase por ejemplo, D. RIDYARD (2005).
[5] J. VICKERS (2003b).

de los restantes jugadores del mercado. La teoría de colusión se percibe como menos acabada, con una variedad de posibles equilibrios, y una elaboración más o menos informal de listas de condiciones que conducen a una actitud anticompetitiva potencial. Los economistas se sienten más seguros con la teoría de los efectos unilaterales, y posiblemente ésta es la razón de su predominancia en EE.UU.[6]. La tendencia, como ha ocurrido en otras muchas áreas de política económica, se ha exportado a la Comunidad Europea.

Hay que señalar, no obstante, que el juez POSNER, en la segunda edición de su conocido libro sobre la legislación antimonopolio, ni siquiera menciona los efectos unilaterales. No obstante, la distinción entre efectos unilaterales y efectos coordinados aparece ya en 1991 en un artículo de Robert WILLIG previo a la revisión de las *Directrices Sobre Concentraciones Horizontales* de EE.UU. Massimo MOTTA (2005) la expuso perfectamente a nivel de manual e inspiró la nueva política de la CE detallada en el informe IDEI. La cuarta edición del libro con casos prácticos de KWOKA y WHITE (2004) también destaca la importancia creciente de los efectos unilaterales. No obstante, el debate sigue vigente. Sin ir más lejos, en 2006, Dan RUBINFELD argumentaba que la teoría del efecto unilateral era menos concluyente que la de los efectos coordinados, además de teóricamente rebatible y con menos casos prácticos en los que basarse.

El examen de la teoría de los efectos unilaterales como una base conceptual y práctica para el análisis de las fusiones debería comenzar con la observación clave de que la política de fusiones —contrariamente a otras áreas de la política antimonopolio— no consiste en evaluar comportamientos basados en datos observados. Consiste en anticipar comportamientos futuros, y esto significa que el nivel de prueba —el grado de confianza necesario para realizar conclusiones— tiene que ser superior que en otros campos de la política de competencia. Este hecho tiene implicaciones tanto para la calidad de la teoría utilizada como para la solidez de su aplicación empírica. También tiene consecuencias en términos del diseño del proceso por el cual se aprueban (con o sin condiciones) o se prohíben las fusiones.

En el proceso de la evaluación de una fusión, las autoridades pueden optar por minimizar los errores de tipo I (bloquear concentraciones eficientes) o los errores de tipo II (permitir concentraciones contrarias a la competencia efectiva). Si la preocupación fundamental es minimizar los errores de tipo I, el proceso debería diseñarse de tal modo que se permitiesen todas las fusiones en un principio, y algunas operaciones específicas podrían impedirse en caso de que las autoridades pudiesen demostrar con un alto grado de confianza que la concentración es anticompetitiva.

Si el objetivo es minimizar errores de tipo II, el enfoque ideal sería bloquear todas las fusiones en un principio y permitir operaciones concretas sólo si se pudiese demostrar de forma convincente (algo que corresponde-

[6] Véase J. BAKER (2003a, 2003b).

ría a las partes implicadas) que estas operaciones son favorables a la competencia.

En principio, el procedimiento que acertadamente utiliza la Comunidad Europea se centra en minimizar los errores de tipo I, asumiendo correctamente que en una economía de mercado las empresas intentan aumentar su tamaño con fusiones y adquisiciones con el objetivo de mejorar su eficiencia. Por supuesto, la minimización de los errores de tipo I dependerá principalmente de la rotundidad con la que deban demostrarse los efectos potencialmente anticompetitivos. Hasta hace poco no se podían alegar consideraciones de eficiencia, y esto aumentaba la probabilidad de bloquear buenas fusiones. Además, el nivel de prueba no era muy alto. No ha sido hasta hace poco cuando el Tribunal Europeo de Primera Instancia ha declarado explícitamente que los efectos anticompetitivos tienen que ser muy probables (tienen que ocurrir «con toda probabilidad» es la redacción exacta utilizada por el Tribunal).

Sin embargo, el tema clave de este artículo es si la teoría de efectos unilaterales y su puesta en práctica ofrecen una base sólida para el análisis de la presencia de efectos anticompetitivos. Es decir, con modelos de efectos unilaterales ¿se aumenta la probabilidad de evaluar correctamente la existencia e importancia de los efectos anticompetitivos de una fusión?

Por supuesto, considerando la conclusión —que se tratará en los próximos apartados— según la cual la teoría de los efectos unilaterales califica erróneamente de anticompetitivas situaciones económicas compatibles con una competencia efectiva, es evidente que los efectos unilaterales aumentan la posibilidad de errores de tipo I[7].

Pero incluso si aceptamos la teoría de los efectos unilaterales, el problema fundamental es si su insuficiente solidez, tanto a nivel conceptual como práctico, disminuirá nuestras probabilidades de evaluar correctamente las futuras fusiones. ¿Es posible alcanzar mediante la teoría y la práctica de los efectos unilaterales el elevado nivel de prueba necesario para el análisis de fusiones? ¿Es dicho nivel más alto que el que se alcanza con la teoría de los efectos coordinados?

Desde la perspectiva de la teoría, el modelo económico en el que las autoridades basan sus decisiones debería ser especialmente sólido. Es decir, debería ser válido bajo circunstancias diversas, incluso si la coherencia analítica y el rigor formal disminuyen en importancia. No está claro que la teoría de los efectos unilaterales satisfaga este requisito, y quizás el antiguo análisis de los efectos coordinados alcance mejor este objetivo. Aunque sea difícil demostrar formalmente que muchas fusiones aumentan la probabilidad de un comportamiento cooperativo, se trata de un resultado intuitivo en una variedad de escenarios bien conocidos, y no hay demasiado des-

[7] FINGLETON (2006) defiende, por supuesto, justo lo contrario: que la exclusión de los efectos unilaterales del test de posición dominante aumentó la posibilidad de errores de tipo II, lo que en su opinión debería preocupar especialmente a las autoridades.

acuerdo sobre el conjunto de aspectos que deben estar presentes y que hacen esta teoría convincente. Por el contrario, en la teoría de los efectos unilaterales es posible demostrar con varios sencillos ejercicios de estática comparativa que pueden producirse efectos unilaterales, pero su generalidad y magnitud no queda clara, especialmente cuando evaluamos la competencia en sectores dinámicos donde el modelo de oligopolio convencional está peor desarrollado.

Por lo tanto, debemos subrayar que la generalidad de los resultados que respaldan la teoría subyacente a los efectos unilaterales no está clara. Como desarrollan el informe IDEI y WERDEN y FROEB (2007), los resultados están básicamente asociados al modelo de oligopolio estático, explotando las relaciones que este modelo produce en términos del vínculo entre el margen comercial a nivel de empresas y a nivel de los sectores industriales con medidas de la elasticidad percibida de la demanda. La literatura no analiza las implicaciones en términos de entrada de nuevos participantes y de un análisis más dinámico del mercado (relaciones como las que se destacan en el apartado 5 más abajo), sino que estos aspectos son meros complementos, y los resultados correspondientes son bastante menos concluyentes que los que serían esenciales para la puesta en práctica del enfoque de los efectos unilaterales.

La puesta en práctica de la teoría de efectos unilaterales, basada en modelos de oligopolio formales, se enfrenta con un obstáculo adicional. No encaja bien con las *Directrices sobre las concentraciones* de EE.UU. o su equivalente en la Comunidad Europea. La razón es que estas *Directrices* son precisamente el resultado de un uso indirecto de modelos económicos como trasfondo para el análisis de las fusiones. Hoy en día es posible una evaluación más directa de los parámetros de interés gracias a la teoría económica y su aplicación empírica, sorteando las *Directrices*. Pero por otro lado, el marco de trabajo formal también tiene fallos, y como se señaló anteriormente, puede resultar útil conservar parte de la flexibilidad del análisis aproximativo que utilizan las *Directrices*.

Está claro que, por ejemplo, la definición del mercado es un atajo conceptual. Se diseñó hace años como paso intermedio para que las autoridades antimonopolio pudiesen incluir en su cálculo las mediciones de la estructura del mercado y sus cambios, y usarlo como variable sustitutiva (*proxy*) de los cambios en el grado de competencia. El intento de conciliar las *Directrices* con la teoría del oligopolio está plagado de dificultades. Las *Directrices* centran la definición del mercado en la evaluación de las elasticidades-precio propias y cruzadas, y dejan la evaluación de las reacciones competitivas y las barreras de entrada para fases posteriores a la definición del mercado. En cambio, la teoría del oligopolio subraya la necesidad de ser explícito sobre la reacción de los rivales y de determinar hasta qué punto un eventual operador monopolista sería capaz de aumentar significativamente los precios durante un cierto período de tiempo. Así, la teoría de oligopolios (estática) moderna evaluaría el tamaño del mercado considerando

explícitamente la reacción competitiva de los rivales, mientras que las *Directrices* consideran dicha reacción después de la definición del mercado en el contexto de las reacciones de los competidores y la existencia de barreras de entrada en forma de costes «hundidos» o irrecuperables. De hecho, la teoría de oligopolios actual, como han destacado repetidamente autores como Tim BRESNAHAN (2002) y el juez POSNER (2001), convierte la evaluación del tamaño del mercado en algo irrelevante dado que la mayor posibilidad de aumentar los precios tras la fusión queda capturada perfectamente por los cambios en la elasticidad de las curvas de demanda residuales.

Desde un punto de vista empírico, el artículo de Greg WERDEN, Luke FROEB y David SCHEFFMAN (2004) proporciona un análisis completo de las condiciones que la teoría de efectos unilaterales debería cumplir para utilizarse en el análisis de fusiones en la práctica[8]. Una de las condiciones clave es que debería demostrarse que en el pasado la teoría utilizada se ha podido aplicar a la industria analizada y que, para su uso específico en un caso concreto, se ajusta a los hechos en un grado razonable. Este requisito está relacionado con el debate, más general, sobre la fiabilidad de los modelos desarrollados por el análisis económico moderno. De acuerdo con una larga tradición de la metodología económica moderna, estos modelos están basados en un razonamiento introspectivo deductivo, y no en preguntar a los agentes. Sus hipótesis no tenían que ser realistas, bastaba con que ofreciesen una escueta y razonablemente precisa explicación *ex post* de los hechos. ¿Podemos utilizar este modelo para la evaluación de situaciones futuras? ¿Seguirán siendo estables los parámetros estimados después de un cambio estructural? ¿Es el comportamiento de las empresas predecible y responde a las hipótesis asumidas por el modelo? En mi opinión, dada la importancia de las decisiones que deben adoptarse, no sólo deberíamos exigir que un modelo explicase bien los hechos del pasado, sino también que explicase bien el comportamiento de las empresas tras las fusiones del pasado. Esto es clave. Como ha señalado George AKERLOF (2007) recientemente, la teoría económica moderna presenta un sesgo intrínseco en contra de las teorías alternativas, así como una escasa fuerza predictiva de las pruebas estadísticas y una baja probabilidad de rechazar la hipótesis nula cuando es falsa. Así, «en la mayoría de los casos, un gran número de modelos parsimoniosos pueden demostrarse estadísticamente, lo que hace complicado —si no imposible— rechazar estadísticamente todas las variaciones del modelo». AKERLOF (2007), p. 46. Cabe preguntarse si este marco de trabajo proporciona directrices útiles para un análisis hipotético de escenarios con la solidez que requiere la política de fusiones.

La fusión de MCI Worldcom y Sprint nos proporciona un ejemplo de la diversidad de los modelos existentes y su facilidad para encajar los datos. En esta fusión, las partes implicadas presentaron unas estimaciones de elasticidad empíricas drásticamente diferentes al usar modelos estructurales de

[8] Véase también D. NEVEN (2006).

oligopolio[9]. Como sabemos, la fusión se abandonó por la oposición de las autoridades antimonopolio, pero hasta cierto punto los acontecimientos posteriores a la fusión justifican los argumentos que utilizaron las empresas para defender su acuerdo. El centro del debate fue el mercado de las llamadas de larga distancia. Los solicitantes argumentaron que en este sector los márgenes se estaban desplomando rápidamente en medio de un cambio estructural provocado por innovaciones tecnológicas (Internet) y cambios en la legislación (desagregación de las redes locales, etc.). El mercado de llamadas de larga distancia es un mercado donde el alcance de la diferenciación de producto es limitado y en el que las características competitivas clave vienen dadas por las elevadas inversiones, por el riesgo de entrada de nuevas tecnologías más competitivas (correo electrónico, chat a través de Internet, teléfonos web, etc.), por unas empresas poderosas (las operadoras *Baby Bell* que podían ofrecer llamadas de larga distancia y locales conjuntamente) y por nuevos proveedores competitivos con redes de fibra completamente nuevas. Los hechos han demostrado la importancia de todas estas características. Los nuevos agentes han fracasado, pero los nuevos activos están presentes, los nuevos servicios compiten con agresividad con la larga distancia tradicional, y las empresas de telefonía locales han hecho avances sustanciales en el segmento de larga distancia agrupando sus ofertas en paquetes junto con otros servicios, como el acceso a Internet. A pesar de todo, la mayor parte de la discrepancia se centraba en la diferente valoración que presentaban las partes competidoras en relación con el grado de diferenciación entre los competidores. Dejando a un lado el hecho de que MCI/Worldcom y Sprint fuesen sustitutas o no, la clave es hasta qué punto un modelo de oligopolio estándar genera aumentos sustanciales de los precios cuando simula una fusión, ya que los aumentos de los precios dependen directamente del valor estimado de la elasticidad-precio cruzada. Sin embargo, no está tan claro que éste sea el marco de trabajo adecuado para evaluar las implicaciones competitivas de la concentración de empresas en un momento de cambio estructural en el sector. De igual modo, gran parte del debate se centró en los márgenes comerciales resultantes de las elasticidades estimadas, olvidando el hecho de que se trata de un sector donde las economías de escala son sustanciales y los márgenes comerciales deben valorarse junto con los costes fijos.

En última instancia, la elección de los modelos económicos que sustentan las políticas de fusiones debería ser cuidadosa, dado que ya existe un debate sustancial sobre la eficacia de las leyes antimonopolio y la fusión es un tema especialmente delicado. Es muy difícil evaluar las políticas sobre concentración de empresas *ex post* y hay mucha discrepancia sobre su eficacia[10]. De modo que los políticos deberían ser especialmente cuidadosos

---

[9] Para una descripción del caso, véase KWOKA y WHITE (2004), en el apartado 4. Para un debate detallado sobre las discrepancias técnicas entre las dos partes implicadas, véase WERDEN y FROEB (2006). Estos autores analizan otros casos (*Volvo/Scania*) de discrepancias técnicas sustanciales entre las partes.

[10] En 1999, el Departamento de Transacciones Equitativas del Reino Unido encargó un estudio a *National Economic Research Associates* que analizó doce casos de fusiones aprobadas. Según el informe, sólo dos de los casos se habían aprobado erróneamente y resultaron ser anticompetitivos.

en este campo. El juez POSNER afirma: «si ya es difícil demostrar la colusión, más difícil aún es demostrar que una fusión propuesta creará una peligrosa probabilidad de colusión futura», R. POSNER (2001), p. 119, y podemos añadir que todavía es más complicado demostrar que después de la concentración los precios subirán unilateralmente.

4. ¿CUÁL ES EL NIVEL ADECUADO DE COMPETENCIA?

La valoración de las fusiones implica realizar una previsión de la situación competitiva que imperará después de la fusión. Como hemos visto, éste es un ejercicio muy complejo. Además, el análisis de las fusiones también implica que este nivel de competencia (o de falta de competencia) previsto debería valorarse en términos de su impacto sobre algún indicador del bienestar del consumidor o general.

Es fundamental subrayar en primer lugar que cuando los efectos anticompetitivos de una fusión se atribuyen a la existencia de efectos unilaterales, en el escenario futuro post-fusión predomina el comportamiento no coordinado o no cooperativo. Esto plantea la siguiente cuestión: ¿Hasta qué punto debe considerarse no competitivo un equilibrio no cooperativo? Friedrich HAYEK (1948) se opuso hace ya muchos años a esta opinión. Citando al Dr. JOHNSON, subrayó el significado etimológico de competencia: «la acción de esforzarse por conseguir lo que otro intenta conseguir al mismo tiempo». Desde la perspectiva de la teoría de juegos moderna, esta definición encaja bien con lo que hoy calificamos como comportamiento no cooperativo de maximización de beneficios. Como HAYEK ya reconoció, dicho comportamiento puede conducir —debido a las características estructurales del mercado— a una fijación elevada de los precios por encima de los costes marginales, pero esto no implica que el mercado deba considerarse como poco competitivo. En su momento, HAYEK se centró en la diferenciación del producto como la fuente de un margen comercial positivo en entornos competitivos (el modelo de competencia monopolística moderno) y el análisis más reciente ha desarrollado nuevas fuentes de márgenes comerciales competitivos positivos (mercados contestables, en el caso de los costes fijos que son recuperables y competencia en costes irrecuperables en otros casos) [11] que hacen difícil evaluar el nivel adecuado de competencia mediante una simple referencia a la proporción entre el precio y los costes marginales.

El significado exacto de comportamiento no cooperativo y su relación con la presencia o ausencia de competencia queda reflejado en el análisis del informe IDEI. Estos autores distinguen claramente los efectos unilatera-

---

Véase *National Economic Research Associates* (1999). Parece ser que las autoridades sobreestimaron el poder de los compradores, el grado de sustituibilidad y el alcance del cambio técnico. Véase también BAKER (2003*a*, 2003b) y R. CRANDALL y C. WINSTON (2003), pp. 15-20.

[11] Véase J. SUTTON (próxima publicación en 2007).

les, en los que hay «una adaptación pasiva a las condiciones del mercado», de la colusión tácita donde encontramos «previsibilidad de la respuesta de la competencia ante la acción de uno» y un comportamiento que «no sería de nuestro interés si no fuese por dicha reacción anticipada» [12]. La consideración de la adaptación pasiva a las condiciones del mercado como un comportamiento no competitivo es cuando menos cuestionable.

Lo que esto significa es que no hay ninguna razón a priori para esperar que un comportamiento no cooperativo conduzca a una competencia insuficiente, y que en la práctica debería dedicarse un esfuerzo considerable al análisis de las características del equilibrio (o del entorno empresarial) posterior a la fusión con el fin de describir y medir cuidadosamente el grado de competencia. Es evidente que el análisis convencional a través de parámetros estructurales como cuotas de mercado e índices de concentración proporciona una aproximación muy pobre a las condiciones competitivas reales. No obstante, como se afirma más arriba, incluso una medición directa del margen comercial como proporción entre el precio y el coste marginal no sería correcta si las condiciones de competencia implicasen costes fijos (irrecuperables o no). Esto por supuesto también es extensible al análisis más sofisticado de la demanda residual, que intenta evaluar directamente a través de un análisis econométrico en qué medida otras empresas van a presionar sobre las empresas participantes en la fusión a la hora de la fijación de precios. Dicho análisis es sólido desde un punto de vista teórico en el limitado número de mercados donde las empresas no incurren en costes fijos, y es especialmente inapropiado en mercados donde la competencia se produce a través de la escalada de los costes fijos irrecuperables. De hecho, en los sectores dinámicos que se caracterizan por la competencia en costes irrecuperables (o por efectos de red), el nivel de competencia se evalúa incorrectamente teniendo en cuenta los márgenes comerciales precio-coste. Las empresas consiguen una ventaja competitiva al invertir en publicidad y en investigación y desarrollo (I+D), o desarrollando redes (directas o indirectas) y la fijación de precios netamente por encima de los costes marginales no tiene por qué reflejar ineficiencia económica, sino más bien el complejo conjunto de servicios complementarios que venden dichas empresas y la necesidad de obtener los márgenes suficientes para pagar por los costes fijos y alcanzar la rentabilidad adecuada [13].

En tal contexto, el debate sobre la valoración de la competencia debería centrarse en un análisis de la presencia de rentabilidad excedente (*ex ante*). Es decir, la existencia de beneficios en exceso de la tasa de rendimiento competitiva, una vez ajustada por los riesgos implícitos de cada tipo de actividad. El análisis de la rentabilidad es un campo polémico en la política de competencia. Es cierto que contabilizar los datos sobre los beneficios es una tarea llena de dificultades. No obstante, algunos autores defienden que el problema no es mayor al que presentan otros datos que se

[12] Informe IDEI, pp. 3 y 4.

[13] Sobre estos temas, véase, por ejemplo, J. GUAL (2004).

utilizan en los procesos antimonopolio, y se trata de un campo que debería adquirir un mayor protagonismo dentro del análisis antimonopolio cuando intervienen sectores de estas características [14]. La teoría financiera ha desarrollado buenas herramientas para medir el exceso de rendimiento. Dichas herramientas consisten en la comparación de las tasas de rendimiento internas con el coste del capital ajustado por el riesgo. En la práctica, la medición de la rentabilidad debe limitarse a periodos de tiempo cortos y requiere la valoración de activos iniciales y terminales, un ejercicio que, evidentemente, resulta clave para la evaluación adecuada de la rentabilidad en sectores caracterizados por la competencia en costes irrecuperables.

La evaluación de lo que es un nivel adecuado de competencia también tiene implicaciones para la estructura del mercado desde una perspectiva dinámica. En sectores con costes irrecuperables o efectos de red, las sociedades pueden prever una mayor concentración ya que las empresas intentan «hundir» más costes para mejorar su posicionamiento en el mercado o explotar internamente las externalidades positivas de las redes. Es decir, la fusión puede tener como objetivo el alcance de una posición en el mercado que sea lo suficientemente amplia como para financiar los mayores costes irrecuperables y al mismo tiempo anticipar los movimientos competitivos de las empresas rivales. No es ni mucho menos evidente que este tipo de operación deba considerarse anticompetitiva.

Robin MASON y Helen WEEDS (2006) plantearon recientemente un argumento relacionado, aunque con un modelo muy estilizado. Defienden que una política de fusiones óptima debería tener en cuenta que el hecho de impedir algunas fusiones (*ex post*) podría llevar a una entrada de jugadores insuficiente (*ex ante*). En su modelo, el nuevo entrante, dada la incertidumbre y los costes irrecuperables a los que se enfrenta, sólo participará si puede prever la fusión como una potencial vía de salida, en caso de que la rentabilidad resulte insuficiente. Estos autores consideran que el efecto que señalan es más general, dado que se aplica a cualquier decisión tomada por las empresas que sea difícil de rectificar, tenga una rentabilidad desconocida y esté afectada por la posibilidad de una fusión [15].

Desde mi punto de vista, el aspecto clave es que la fusión puede ser una forma de relajar la competencia estática, pero no tiene por qué suponer una moderación de la competencia dinámica. Es decir, en cualquier momento la empresa puede descubrir que las decisiones previas de entrada en el sector o inversión no han sido correctas y por lo tanto que no es lo suficientemente rentable. Las fusiones son una forma de restaurar la rentabilidad, pero no necesariamente por encima de la tasa competitiva de rendimiento dados los riesgos intrínsecos en la competencia de costes irrecuperables.

La política de competencia debería por lo tanto dejar de fijarse en un análisis estático comparativo de los efectos de los cambios en la estructura

[14] Véase OXERA (2003).

[15] R. MASON y H. WEEDS (2006), en la p. 3.

del mercado (como, p. ej., en analizar cómo cambian los márgenes comerciales) y centrarse en un estudio más profundo sobre los aspectos dinámicos de los sectores. Es decir, un análisis de la sostenibilidad de la nueva estructura de mercado, que conduzca a un estudio sobre la medida en que una fusión incrementa o disminuye las barreras de entrada al sector.

Sobre el tema de las barreras a la entrada, todos sabemos bien que en general las barreras deberían considerarse anticompetitivas cuando son artificiales, pero no necesariamente cuando son resultado de una innovación legítima y del crecimiento interno de una empresa y no implican la exclusión anticompetitiva de los rivales. Éstas son las llamadas barreras estratégicas al acceso que forman parte de un panorama competitivo y dinámico.

Por supuesto, una fusión no es un caso de crecimiento interno, y desde este punto de vista, el aumento de las barreras estratégicas sólo es legítimo en la medida en que sea el resultado de un cambio inevitable en la estructura del mercado debido a una rentabilidad insuficiente. En este sentido, se puede considerar un ejemplo de «defensa de la empresa en dificultades (*failing firm defense*)» que, dentro de un análisis completo de la rentabilidad como el mencionado arriba, podríamos denominar como la «defensa de la empresa con rentabilidad insuficiente».

5. ¿ES NEGATIVA UNA MENOR COMPETENCIA EN TODOS LOS CASOS?

La fase final del análisis de fusiones es el estudio de las consecuencias de los cambios en el nivel de competencia para ciertas mediciones de bienestar agregado. En los modelos de competencia oligopolística estáticos y simples sabemos que la relación entre el grado de competencia y el bienestar es inversa, pero éste no tiene por qué ser el caso en situaciones dinámicas, ya que las consecuencias para el bienestar dependen de forma clave de la medida en que las empresas emprendan la innovación de productos y/o procesos. Si las relaciones entre la competencia y el parámetro que evalúa el bienestar no son lineales, no podemos dar por supuesto que una fusión que disminuya sustancialmente la competencia sea un perjuicio para el bienestar.

En la literatura se encuentra ampliamente descrita la relación directa y sencilla que existe entre la competencia y una evaluación dinámica del bienestar, aproximado indirectamente por la innovación. Por ejemplo, Damien NEVEN remite a los estudios de Stephen NICKELL y otros, y concluye que la competencia es importante para la eficiencia económica y, en concreto, para la eficiencia productiva y los incentivos a la innovación [16]. No obstante, los economistas están lejos de alcanzar un consenso en este aspec-

[16] NEVEN (2006), en la p. 744, y S. NICKELL (1996). Para una revisión de los estudios empíricos véase por ejemplo S. AHN (2001).

to. El estudio teórico de Xavier VIVES (2004) proporciona argumentos a favor de una relación no lineal entre la competencia y las variables utilizadas para medir la actividad de innovación, y lo mismo hacen los estudios de AGHION y GRIFFITH (2005), que también proporcionan una valoración empírica de su argumentación mediante una relación en forma de U invertida. De hecho, AGHION y GRIFFITH comienzan su argumentación citando a NICKELL (1996) cuando afirma con total franqueza que «existe una creencia general en la eficacia de la competencia a pesar de que no se apoya en una base teórica fuerte ni en un *corpus* sólido de evidencias» [17].

El impacto positivo de la competencia en el ritmo de innovación (simbolizado en la parte con pendiente positiva de la curva U invertida) corresponde a lo que AGHION y GRIFFITH (2005) denominan como el efecto de «escapar de los rivales». Desde la perspectiva de los modelos de carrera de innovación que utilizan, el resultado general es que el aumento del número de jugadores (reflejo de una presión competitiva creciente) conduce a reforzar la innovación, ya que cada jugador intenta mantenerse por delante de sus competidores para cosechar los beneficios del éxito, escapando de la competencia a través de la carrera de la innovación.

VIVES (2004) obtiene un efecto similar utilizando modelos de oligopolio bastante generales que están firmemente basados en la tradición de modelos oligopolísticos de teoría de juegos pero incorporando las ganancias de eficacia dinámica que pueden obtenerse a través de la innovación de productos y procesos. En su trabajo, que de nuevo mide la amplitud de la competencia por la presencia de más competidores, el impacto de más competencia en los esfuerzos de I+D es positivo en la medida en que (en presencia de costes de quiebra) el mayor número de competidores disminuye los beneficios esperados, aumenta las posibilidades de quiebra y por lo tanto produce un mayor nivel de esfuerzo de I+D *ex ante* para mejorar la eficiencia.

No obstante, al mismo tiempo ambos enfoques revelan que más allá de un cierto umbral de competencia, ésta puede de hecho perjudicar a la innovación y, como consecuencia, coartar la eficiencia dinámica. En los modelos de carrera de innovación, como los que están incluidos en el marco general que utilizan AGHION y GRIFFITH (2005), se trata de un efecto *schumpeteriano* según el cual en algunos contextos un aumento de la rivalidad *ex post* (o la previsión de dicho aumento) disminuye los incentivos para innovar debido a que la posibilidad de conseguir las ganancias procedentes de la innovación desciende. En efecto, una política antimonopolio que promueva la competencia pero que impida erróneamente a las grandes empresas el desarrollo de estrategias comerciales legítimas puede ser bastante contraproducente en términos de sus efectos sobre el I+D y la innovación.

Los modelos de oligopolio de tipo general que analiza VIVES (2004) también generan una relación inversa entre un aumento de la competencia y las tasas de innovación en la medida en que la presencia de más compe-

[17] AGHION y GRIFFITH (2005), p. 32.

tidores disminuye la demanda experimentada por cada empresa y las ganancias esperadas de la innovación.

En general, parece que si consideramos la competencia en un entorno dinámico, teniendo en cuenta los efectos cruciales de la innovación de productos y procesos en el bienestar, la relación entre un aumento de la rivalidad (entendida como competencia estática) y el bienestar se convierte en algo menos evidente de lo que comúnmente se cree. Si no podemos concluir que una menor competencia es negativa, y si esta menor competencia no es fruto de acuerdos colusorios, ni explícitos ni tácitos, desde una perspectiva política esto significa que la evaluación de las consecuencias de las fusiones debería limitarse al nivel del análisis de sus efectos en términos de las variables que proporcionan la valoración más directa de la ausencia de competencia. Tal y como se ha explicado, dichas variables serían la presencia de rentabilidad excedente y el refuerzo de las barreras artificiales a la entrada.

6. CONCLUSIONES

Este ensayo presenta un análisis crítico amplio sobre el que constituye el enfoque imperante de la política de fusiones en las economías occidentales. El artículo defiende en primer lugar que los *efectos unilaterales* —el nuevo enfoque de moda en que se basa la política de fusiones— no tienen por qué implicar un comportamiento anticompetitivo y en cualquier caso son difíciles de medir y de utilizar con fiabilidad en la práctica. Además, el informe subraya que aunque estos efectos provocaran un aumento de los niveles de los indicadores convencionales de ausencia de competencia (como los márgenes comerciales), no está claro que esto suponga un comportamiento menos competitivo en el caso de los sectores más relevantes de las economías desarrolladas modernas. Finalmente, el informe también estudia la relación entre competencia y bienestar, y argumenta que aunque es cierto que la competencia disminuye en caso de fusión, no cabe deducir automáticamente que este hecho no sea positivo en términos de ganancias económicas si tenemos en cuenta plenamente los incentivos para la innovación y las ganancias dinámicas que se derivan de los nuevos productos y procesos de producción.

Los tres ejes de crítica sobre la actual política de fusiones no están en contra de la idea básica de que el análisis económico debe ser la base de un adecuado análisis de las fusiones. Lo que argumentan es que los modelos económicos son abstracciones inevitables del mundo real que deben tratarse con sumo cuidado cuando se emplean para tomar importantes decisiones políticas como las referidas a las fusiones. A pesar del enorme progreso de la teoría de la organización industrial en las últimas décadas y de la impresionante mejora de los métodos cuantitativos, la incertidumbre en torno al modelo más adecuado de competencia para las industrias reales es considerable, y la política de fusiones debería aplicarse con una amplia gama de herramientas analíticas.

Más aún si consideramos que, como recientemente afirmaba George AKERLOF (2007), la teoría económica positiva moderna está sesgada teórica y empíricamente en contra de aquellos modelos de comportamiento que a pesar de ser potencialmente relevantes en la práctica, incorporan argumentos no objetivos en funciones de utilidad y prestan atención no sólo a lo que hacen quienes toman las decisiones, sino también a por qué dicen que hacen lo que hacen. Este sesgo metodológico excluye un conjunto de explicaciones potencialmente fuertes y nada banales del comportamiento y favorece modelos abstractos y parsimoniosos frente a marcos de trabajo que puede que sean menos completos pero que se derivan del «conocimiento de la naturaleza humana y de hechos detallados de la experiencia» [18] y que pueden resultar más reveladores o adecuados. Como consecuencia, y dada la complejidad de los casos de fusiones en la vida real, es aconsejable diseñar la política de fusiones de tal forma que recoja una amplia gama de análisis y evidencias económicas. Además, las mejoras de las técnicas detalladas desarrolladas por la teoría económica y la econometría deberían complementarse con un análisis concreto de cada caso y una evaluación exacta de las tendencias de cada sector.

BIBLIOGRAFÍA

AGHION, P., y R. GRIFFITH (2005), *Competition and Growth. Reconciling Theory and Evidence*, The MIT Press.

AHN, S. (2001), «Firm Dynamics and Productivity Growth: A Review of Micro Evidence from OECD Contries», *OCDE, Economics Department Working Papers,* núm. 297, junio.

AKERLOF, G. A. (2007), «The Missing Motivation in Macroeconomics», forthcoming in *American Economic Review,* working paper (oct. 2005) *available at:* http://www.econ.yale.edu/~shiller/behmacro/2005-11/akerlof.pdf.

BAKER, J. (2003a), «Why did the Antitrust Agencies embrace unilateral effects?», *12 Geo. Mason L. Rev.*, pp. 31-37.

— (2003b). «The Case for Antitrust Enforcement», *Journal of Economic Perspectives*, núm. 27, Fall.

BRESNAHAN, T. (2002), Comments on «Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes» by Kai-Uwe Kühn, november, mimeo, Stanford University, *available at:* http://www.stanford.edu/~tbres/research/Reforming%20European%20Merger%20Review.pdf.

CRANDALL, R. W., y WINSTON, C. (2003), «Activist Antitrust?», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, núm. 4, Fall.

DUSO, T.; NEVEN, D., y ROELLER, L. (2003), *The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data*, WZB, Working Paper FS IV, pp. 2-34, available at: http://skylla.wz-berlin.de/pdf/2002/iv02-34.pdf.

FINGLETON, J. (2006), Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anticompetitive Oligopolistic Mergers?, en B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law,* ch.12.

[18] AKERLOF (2007) citando a John Maynard KEYNES.

GUAL, J. (2004), «Market Definition in the Telecoms Industry», en P. BUIGUES y P. REY (eds.), *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications*, Cheltenham, Edward Elgar.

HAYEK, F. A. (1948), «The Meaning of Competition», en *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press.

IVALDI, M., *et al.* (2003), IDEI Report, *The Economics of Unilateral Effects*, Interim Report for DG Competition, European Commission, Institut d'Économie Industrielle, Univ. Toulouse, noviembre, available at: http://idei.fr/doc/wp/2003/economics_unilaterals.pdf.

KWOKA, J. E., y WHITE, L. J. (2003), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Oxford University Press, 4.ª edición.

MASON, R., y WEEDS, H. (2006), *Merger Policy, Entry and Entrepreneurship*, julio, mimeo, University Essex, available at: http://privatewww.essex.ac.uk/~hfweeds/ffd19.pdf.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.

NEVEN, D. (2006), «Competition Economics and Antitrust in Europe», *Economic Policy,* núm. 48, octubre.

NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES (1999), «Merger appraisal in oligopolistic markets», a report prepared for the U. K. Office of Fair Trading, *Research Paper 19,* noviembre.

NICKELL, S. (1996), «Competition and Corporate Performance», *Journal of Political Economy*, núm. 104, pp. 724-46.

OXERA (2003), «Assessing profitability in competition policy analysis», a report prepared for the Office of Fair Trading, *Economic Discussion Paper,* núm. 6.

POSNER, R. (2001), *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2.ª ed.

RIDYARD, D. (2005), «The Commission's New Horizontal Guidelines: An Economic Commentary», Global Competition Law Centre, *Working Paper* 02/05, febrero.

RUBINFELD, D. L. (2006), «Antitrust Modernization Commission Hearings», Univ. Cal. Berkeley, Jan. 19, 2006, available at: http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/rubinfeld_statement_final.pdf.

SUTTON, J. (2007), «Market Structure: Theory and Evidence», forthcoming in: *Handbook of Industrial Organization* (vol. III), M. ARMSTRONG y R. PORTER (eds.), North Holland.

VICKERS, J. (2003a), *How to reform the EC merger test?*», en *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, G. DRAUZ y M. REYNOLDS (eds.), based on a speech given at the 2002 EC/IBA merger control conference, Brussels, noviembre de 2002.

— (2003b), «How does the prohibition of abuse of dominance fit with the rest of competition policy?», en *European Competition Law Annual*, C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds. 2006), based on a speech given at the 8th Annual EU Competition Law and Policy Workshop at the European University Institute, Florence, junio de 2003.

VIVES, X. (2006), *Innovation and competitive pressure*, IESE, Working Paper No. 634, junio, available at: http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0634-E.pdf.

WERDEN, G. J., y FROEB, L. M. (2007), *Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers,* forthcoming in: *Handbook of Antitrust Economics,* P. BUCCIROSSI (ed.).

WERDEN, G. J.; FROEB, L. M., y SCHEFFMAN, D. T. (2004), «A Daubert Discipline for Merger Simulation», *Antitrust Magazine*, Summer.

WILLIG, R. D. (1991), «Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guideliness», *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, vol. 1991, pp. 281-332.

LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Alberto SOLER VERA
María FERNÁNDEZ PÉREZ
Economistas. SG de Estudios del TDC

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de liberalización y privatización seguidos por la mayor parte de los países desarrollados durante las últimas décadas han puesto de manifiesto las excelencias del sistema competitivo a la hora de mejorar el bienestar de los consumidores y el bienestar social en último término, tanto desde el punto de vista de la consecución de niveles eficientes de precios, como de aumentos en la calidad de los bienes y servicios ofrecidos por las empresas, sin olvidar el aumento de las posibilidades de elección de los consumidores.

Sin embargo, no debe generalizarse la idea de que la política de promoción de la competencia consiste exclusivamente en la liberalización de los mercados, complementada con el posterior control de su funcionamiento por las autoridades de competencia, principalmente a través de su labor punitiva. En este sentido, existen varias razones que aconsejan que las autoridades de competencia no se detengan únicamente en esa tarea. Primero, porque es difícil tanto definir con precisión los patrones de comportamiento competitivo como subsumir toda conducta con tales efectos en la legislación de competencia. Segundo, porque la forma que adopten algunos procesos liberalizadores puede ser subóptima desde la perspectiva de sus efectos sobre la competencia. Finalmente, porque la labor de vigilancia de la competencia debe ser dinámica y prestar especial atención a aspectos como la evaluación de los efectos de las innovaciones tecnológicas y las estrategias de mercado de las empresas, lo que puede llevar a demandar cambios regulatorios.

Por estas razones, en los últimos años las autoridades de competencia han adoptado de manera creciente una herramienta más: la política de promoción de la competencia. La *International Competition Network* define ésta como un conjunto de actividades, dirigidas por las autoridades de competencia, encaminadas a promover un marco competitivo en el fun-

cionamiento de los diversos mercados, por medio de mecanismos no coactivos, principalmente a través de las relaciones con otras entidades gubernamentales y aumentando la conciencia general sobre los beneficios que entraña la competencia. De esta definición se sigue que la política de promoción de la competencia abarca un amplio conjunto de tareas que van más allá de la labor sancionadora y el control de concentraciones. Además, su potencial se manifiesta a través de dos vías: la capacidad de influir en el marco regulatorio y la posibilidad de llegar al público, al objeto de fomentar una cultura de competencia en la sociedad. De esta forma, la promoción de la competencia se desgrana en actividades directamente dirigidas a las autoridades regulatorias y las dirigidas a concienciar a la población de los beneficios que entraña la competencia.

A través de estas dos vertientes, la política de promoción de la competencia se configura como un instrumento preventivo al servicio de un funcionamiento eficiente de los mercados y que complementa a las otras herramientas ya existentes en el ámbito de la defensa de la competencia.

2. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

A. El fundamento de la regulación

Entre las funciones básicas que comúnmente se atribuyen al sector público, han aumentado su importancia a lo largo del tiempo aquellas que intentan solucionar fallos asignativos del mercado. En otras palabras, se trata de políticas cuyo objetivo es restaurar aquellas asignaciones económicamente eficientes y que el mercado, por distintos motivos, no es capaz de proveer por sí mismo. Al mismo tiempo, este tipo de actuaciones han estado cada vez más impregnadas de consideraciones relativas a la equidad, de modo que el Estado maximiza determinadas funciones objetivo de bienestar social, sujeto tanto a restricciones de recursos como a limitaciones a la desigualdad en la distribución de las rentas generadas en los mercados intervenidos.

Las razones que los gobiernos utilizan más frecuentemente para justificar la imposición de regulación con fines de mejora asignativa son las siguientes:

— Existencia de efectos externos en la conducta de los agentes presentes en un mercado, en el sentido de repercusiones —no incorporados al precio vigente— sobre las posibilidades de otros agentes de alcanzar sus metas, trátese de la maximización de su beneficio o de la obtención de una satisfacción lo más elevada posible. Casos particulares de las mismas serían la gestión de recursos escasos y la presencia de bienes públicos, de consumo no excluible.
— Problemas de asimetría informativa que no puedan ser resueltos a través de mecanismos contractuales que ofrece el mercado.

— Mercados de activos/aseguramiento incompletos, en el sentido de ausencia de instrumentos de cobertura para determinadas contingencias y/o de activos con ciertos perfiles temporales muy precisos. Ello determina la necesidad de que las autoridades suplan, mediante distintas intervenciones, la ausencia de tales mercados, con el fin de reducir el riesgo y posibilitar transacciones o dotarlas de mayor liquidez.
— Minimización de los efectos de la ausencia de competencia cuando ésta no es tecnológicamente viable —por ejemplo, el caso de los monopolios naturales.
— Alteraciones anómalas en el funcionamiento de algunos mercados críticos para la correcta asignación de recursos en el conjunto de la economía.
— Provisión de determinados bienes considerados «de interés general» por el gobierno a un nivel superior al que surge de la agregación de sus demandas privadas, sin que medien efectos externos que impidan aproximarse a éstas a su óptimo social, basada en consideraciones subjetivas del propio gobierno sobre el «interés general» de estos bienes. Expresado de otro modo, presuposición por el gobierno de la formulación de demandas irracionales por el público a consecuencia de la falta de información.
— Presunta conveniencia de facilitar la transición de determinados mercados hacia la libre competencia. Este tipo de regulación, entendida como un mecanismo gradual hasta la plena liberalización, permite un ajuste progresivo a la nueva estructura de mercado, evitando con ello discontinuidades en la actividad de los sectores y su capacidad de generación de rentas. En este tipo de intervención, sin embargo, se entremezclan ya consideraciones de eficiencia (tránsito a la liberalización) con otras de tipo distributivo o incluso macroeconómico (papel de ciertos sectores como motor de crecimiento nacional).

Hay que señalar, no obstante, que mientras existe un consenso teórico sobre la conveniencia de la intervención regulatoria en casi todos los escenarios que acabamos de mencionar, no lo hay tanto en torno a los dos últimos motivos. Los primeros, porque parten de una superposición de los propios objetivos/ideología del gobierno a los de la sociedad, para cuya justificación se tiende a apelar a un hipotético fallo de mercado, como la insuficiencia de formación de los agentes. Los segundos, porque si bien a corto plazo pueden constituir una forma pragmática de instrumentación de la regulación, su mantenimiento más allá de este horizonte perjudica el propio proceso liberalizador que dicen fomentar y se convierten en una barrera a la pérdida de rentas por los sectores más afectados por la liberalización, evitando los ajustes óptimos a través de precios relativos.

B. Regulación y competencia

Si bien todos estos motivos pueden explicar la introducción de regulación en mayor o menor medida, hay que tener en cuenta que ésta puede producir interferencias con otro tipo de políticas, como la de defensa de la competencia. Ello sucede a menudo incluso si la «cantidad» de regulación es la socialmente óptima. En concreto, estas distorsiones pueden clasificarse en varias categorías [1] (aunque en determinadas situaciones los efectos de las normas regulatorias puedan encuadrarse simultáneamente en varias de ellas):

— Por un lado, *la regulación puede contradecir parcialmente las normas de competencia*, favoreciendo o incluso requiriendo conductas que en otro caso se habrían considerado anticompetitivas (fomento indirecto de la coordinación de precios, prohibiciones de publicidad o permisividad hacia repartos de mercados geográficos).
— En otras ocasiones, *la regulación reemplaza la política de competencia*, generalmente en situaciones donde ésta no es tecnológicamente viable, como el monopolio natural. En estos casos, la regulación tiende a intentar controlar el poder de mercado del monopolista estableciendo precios y evitando que éste desarrolle políticas que bloqueen definitivamente la entrada al mercado en el que opera directamente o en otros «aguas arriba» o «aguas abajo», en los que pudiera beneficiarse de su posición privilegiada.
— La *regulación también puede replicar una «política-sombra» de competencia,* ya que los reguladores pueden tratar de prevenir la coordinación o el abuso en una industria, a través del establecimiento de normas legales de ordenación de la misma. La problemática radica en que instituciones diferentes (reguladores y autoridades de la competencia) se solapan en la aplicación de normas dirigidas a la misma meta, con lo que el resultado corre el riesgo de ser inconsistente.
— *Por último, la regulación puede usar sistemas de incentivos pro competitivos,* para estimular la competencia y la eficiencia entre los operadores de un mercado vinculando sus beneficios a la reducción de costes, la captación de un mayor volumen de clientes, etc. La introducción de estos mecanismos puede alterar esencialmente la dinámica de ciertos mercados y, dependiendo de su instrumentación, crear esquemas de incentivos asimétricos entre empresas, segmentar los mercados, crear barreras a la entrada, etc.

Si todos estos efectos son ya intrínsecos a la propia actividad regulatoria, pueden agravarse cuando ésta se ejecuta incorrectamente en presencia de los denominados fallos regulatorios (Stigler, 1971; Peltzman, 1976). De manera muy sintética, podríamos clasificar éstos en los siguientes tipos:

[1] Ver Wise (1999).

i) Aparición de agendas y objetivos propios en los organismos regulatorios, distintos en sentido estricto de los de eficiencia general del mercado, como el crecimiento del presupuesto obtenido, la máxima ampliación de las funciones de la agencia o la competencia con otros organismos que se ocupan de áreas «limítrofes».
ii) Influencia de los grupos de presión en determinados mercados que, al interaccionar con las agendas de los reguladores o los condicionantes relacionados con el ciclo político de los gobiernos, pueden sesgar notablemente la orientación de sus acciones.
iii) Asimetrías informativas entre regulador y regulados, que pueden ser explotadas por los segundos para obtener resultados más próximos a los deseados o simplemente hacer que las disposiciones regulatorias tengan efectos distintos a los esperados.
iv) Existencia de inercias en la vigencia de la regulación, que impiden la revisión de los instrumentos al ritmo que exigen las innovaciones tecnológicas, organizativas o estructurales en los distintos sectores.

Así, es evidente que el desarrollo de una política reguladora conducente al óptimo social impone fuertes exigencias en términos de independencia del regulador y disponibilidad informativa en sus manos. Por ello, cada vez se está imponiendo más entre los organismos internacionales y los gobiernos de los países desarrollados la visión de que el diseño de la regulación debe ir inexcusablemente acompañado de una revisión constante de la misma. En particular, este enfoque propone sopesar con mayor detenimiento los fallos de la regulación, tanto estructurales como de ejecución, comparándolos con la magnitud de los problemas que la regulación pretende resolver. El objetivo de este ejercicio es refinar la calidad de las estructuras regulatorias —o incluso eliminarlas de ciertos ámbitos, si sus fallos fueran de gran entidad e inherentes a la propia aplicación de la regulación.

Aplicando este principio al campo de las distorsiones en la competencia producidas por la regulación, parece conveniente que esta última se elabore y ejecute en estrecha colaboración con la política de defensa de la competencia. El objetivo último sería intentar que las medidas para lograr los objetivos asignativos deseados produzcan mínimas distorsiones sobre la competencia. Para ello, es preciso identificar aquellos elementos de la regulación que impiden a las empresas competir sobre la base de la eficiencia y la innovación. Si se detectan normas que restringen la competencia, para mantener o introducir dichas normas reguladoras debería demostrarse, en primer lugar, que los beneficios para la sociedad de imponer la restricción sobre la competencia pesan más que los costes en conjunto y, en segundo lugar, que los objetivos de la legislación sólo pueden ser logrados limitando la competencia. En caso de que uno de los filtros no se supere, parece lógico recomendar una alternativa a la norma analizada que mitigue sus distorsiones. De esta forma, se logra un proceso iterativo de configuración de la regulación más coherente con los objetivos de estí-

mulo de la competencia y de corrección de fallos asignativos de los mercados.

La OCDE propone —ver OCDE (2005)— realizar este tipo de estudio de compatibilidad entre competencia y regulación en dos momentos diferentes del proceso de formulación y ejecución de la última. Inicialmente, en el momento de elaboración de la norma, antes de su aprobación definitiva[2]. Posteriormente, mediante revisiones periódicas de aquellos aspectos de la regulación en vigor que restringen la entrada en el mercado, la libre determinación de precios por los oferentes, el rendimiento de sus inversiones, las prácticas comerciales y la forma de organización empresarial de los mismos.

C. Definición, condicionantes y clases de *advocacy*

Con estas consideraciones previas, podemos definir promoción de la competencia (*competition advocacy*, en inglés) como *aquel conjunto de actividades orientadas al fomento de un entorno competitivo para las actividades económicas por medio de mecanismos no coactivos; especialmente, a través de sus relaciones con las entidades gubernamentales y del incremento de la conciencia social sobre los beneficios de la competencia*[3].

Hay varios aspectos destacables en esta definición:

En primer lugar, el protagonismo asumido por las autoridades de competencia en el desempeño de las tareas de *advocacy*. Podrían señalarse dos motivos latentes por los que se considera que son la instancia más adecuada para desempeñar estas labores, en lugar de los reguladores: la singularidad de sus objetivos —frente a la multiplicidad de objetivos de los reguladores—, lo que les hace menos sensibles a la presión de ciertos grupos de interés, y la horizontalidad de su función, que hace a las primeras más proclives a aplicar una mayor uniformidad de criterios entre sectores.

Por otro lado, habría que subrayar también que se trata de una actividad no asociada a coactividad alguna (distinta, por tanto, del denominado *enforcement).* Por tanto, se dirige principalmente a la persuasión de los reguladores (para mejorar determinados aspectos del entorno regulatorio), los consumidores (al objeto de que tomen conciencia de sus derechos frente a los abusos anticompetitivos de las empresas) y las empresas (como instrumento señalizador de los objetivos de las autoridades de competen-

---

[2] En España, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia contempla, entre las funciones consultivas de la futura Comisión Nacional de Competencia, este tipo de examen *ex ante* de la regulación. Así, entre las tareas de la CNC se incluye: «de aquellos proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia y en particular aquellos por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, el presente texto legal o la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia, así como los proyectos de normas reglamentarias que los desarrollen».

[3] Definición propuesta por la ICN (2002).

cia en cada sector y, por tanto, disuasorio de posibles conductas contrarias a los mismos).

Ello no significa que *advocacy* y *enforcement* constituyan dos procedimientos independientes. Ambas actividades generan en su desenvolvimiento conjuntos de información mutuamente provechosos sobre la estructura de sectores económicos y las estrategias empresariales. De hecho, en numerosos organismos nacionales de defensa de la competencia se practica una división matricial de los equipos de trabajo por sectores, de acuerdo con la cual los mismos individuos especializados en cada sector se ocupan tanto de la instrucción de expedientes sancionadores, de la confección de informes de concentración o de la redacción de estudios de *advocacy* referidos al mismo sector.

En cuanto a las formas de instrumentar la política de promoción de la competencia, es conveniente distinguir dos posibles escenarios, en función del progreso en el proceso de liberalización del mercado. En el primero se encontrarían aquellas actividades de *advocacy* dirigidas a la promoción de la competencia en etapas pre-competitivas o de liberalización poco madura, y en el segundo, aquellas que se desarrollan en una fase ulterior de liberalización avanzada de los mercados, y en la que la labor de promoción de la competencia se centra en los conceptos de *better regulation* y de evaluación de impacto.

a) Advocacy *en mercados intervenidos y pre-competitivos*

La función de promoción de la competencia en mercados pre-competitivos, en la actualidad de aplicación principalmente en países en transición y países en desarrollo, se basa en gran medida en recomendaciones sobre cómo llevar a cabo de forma adecuada el proceso de transición desde la intervención hacia la libre competencia. Para ello, el mecanismo más utilizado es la realización de informes y directrices sobre la conveniencia de definir claramente los objetivos de la reforma regulatoria, las formas de introducir competencia en el mercado y la creación de instituciones independientes de control.

b) Advocacy *en mercados total o parcialmente liberalizados*

Una vez que la entrada en el mercado se ha liberalizado y la competencia dentro del mismo es viable, la política de promoción de la competencia cambia de orientación y pasa a intentar corregir algunos fallos regulatorios.

Para ello, generalmente se utilizan tres instrumentos de promoción de la competencia en el ámbito de la regulación. El primero de ellos consiste en la elaboración de estudios sobre sectores específicos, durante el proce-

so de elaboración/reforma de la regulación[4] o evaluando los efectos de un cuerpo regulador ya instituido. Este tipo de estudios se basa en la determinación de la estructura del mercado en la que operan las empresas, así como las barreras a la entrada o fricciones de otro tipo que incorpora (o puede incorporar en el futuro) la regulación sectorial correspondiente, con el fin de —si se considera pertinente y no existen mejores alternativas disponibles— proponer modificaciones a dicha regulación. Por tanto, estos estudios pueden ayudar al regulador a mejorar el establecimiento de precios o tarifas, establecer un conjunto adecuado de condiciones de acceso al mercado y eliminar en la medida de lo posible incentivos a la coordinación entre los operadores de este último.

Un segundo mecanismo, en buena medida complementario del anterior, consiste en suscribir acuerdos y convenios de colaboración entre los reguladores sectoriales y las autoridades de competencia, por ejemplo, de intercambio continuo de información. Esta vía resulta particularmente adecuada para i) facilitar la pronta detección de conductas restrictivas por las autoridades de competencia y ii) informar la aplicación de la regulación por las agencias.

El tercero de los instrumentos básicos se refiere a la publicación de directrices sectoriales sobre la aplicación de las normas de competencia en determinados mercados, así como de Códigos de Conducta para las empresas en estos sectores. Aunque de carácter meramente informativo y no vinculante, estas publicaciones sirven para orientar la actividad de las empresas y anclar sus expectativas sobre la reacción de las autoridades de competencia ante determinadas situaciones, influyendo su comportamiento efectivo a priori.

Por lo que respecta a los principales factores condicionantes del éxito de las actividades de *advocacy* en la consecución de sus objetivos, podríamos subrayar los siguientes:

— La fase del procedimiento de elaboración de la regulación en que se produce la actuación de la autoridad de competencia, en los casos en que se desea influir a priori el contenido de ésta. En este sentido, es de esperar una mayor eficacia cuanto más incipiente sea la elaboración de la norma reguladora. Un informe emitido a posteriori, sobre una norma ya aprobada y para la que no existe calendario de modificación, tiene pocas probabilidades de suscitar una reacción a corto plazo en las autoridades, salvo que el informe ponga de manifiesto graves deficiencias de las disposiciones vigentes.
— La medida en que la opinión de las autoridades de competencia resulte vinculante a la hora de elaborar nueva regulación o modificar la existente. De esta forma, puede distinguirse entre meras funciones consultivas de *advocacy* o bien la existencia de un verdade-

[4] O también valorando la conveniencia de introducir regulación todavía inexistente.

ro filtro para la legislación sectorial dada por la aprobación de aquéllas.

— Cuando los informes de *advocacy* sólo desempeñan un papel consultivo, cobra importancia el tipo de imbricación de las autoridades de competencia con el Gobierno en lo que a su participación en el proceso de confección de la regulación se refiere.

Así, en determinados países, los representantes del organismo de competencia participan en las deliberaciones del Consejo de Ministros sobre regulaciones sectoriales, teniendo de esta manera la opción de transmitir más eficaz y matizadamente su postura al resto de agentes que intervienen en la toma de la decisión. En otros, uno de los miembros del Consejo de Ministros (usualmente el Ministro de Economía) asume la responsabilidad de transmitir al resto de sus miembros, en la forma e intensidad que estime conveniente, los puntos de vista de las autoridades de competencia. Continuando con la gradación, en algunos países las autoridades de competencia se limitan a participar en las Comisiones Delegadas previas a los Consejos de Ministros para exponer su valoración sobre determinadas normas incluidas en la orden del día, sin compromiso alguno de que ningún Ministro deba asumir necesariamente la opinión de aquéllas como propias, ni siquiera informar de la misma ante el Consejo de Ministros. Finalmente, en otros países (España, por ejemplo), las autoridades de competencia se limitan a publicar su trabajo de *advocacy*, siendo absolutamente discrecional para los componentes del gobierno y los comités preparatorios de Consejo de Ministros la inclusión en sus discusiones de los puntos de vista de estas últimas.

Sea cual sea el modelo vigente en cada país, parece claro que una mayor proximidad al foco de los debates gubernamentales sobre regulación proporciona a las autoridades de competencia mayores posibilidades de transmisión efectiva de las conclusiones de sus trabajos.

— Origen de la iniciativa de los informes de *advocacy.* Incluso si la opinión de los organismos de competencia es vinculante, la relevancia de este hecho puede diluirse si la intervención de éstos se produce exclusivamente a instancia del propio gobierno, o si el gobierno está obligado a consultarle en todas las cuestiones horizontales o sectoriales relativas a la competencia, pero queda a la determinación del gobierno la delimitación de estas cuestiones. Desde esta perspectiva, el impacto de la *advocacy* se maximizaría en aquellas circunstancias en que fueran las propias autoridades de competencia las encargadas de seleccionar los temas sobre los que informar.

— Amplitud de la publicidad de los trabajos de *advocacy,* elevada transparencia de los aspectos metodológicos básicos y realización de ejercicios de evaluación *ex-post* de los resultados, para depurar

las técnicas de investigación y los procedimientos de selección de los temas de estudio.

En definitiva, podría decirse que todos estos factores se resumen en uno, la credibilidad de los esfuerzos de promoción. Y ello en varias vertientes simultáneas: en su capacidad para influir en las instancias reguladoras, en la independencia respecto a las mismas en el enfoque seguido, en la rigurosidad metodológica y en una voluntad de mejora permanente del trabajo realizado.

3. METODOLOGÍA DE LOS ESTUDIOS DE *ADVOCACY*: PRINCIPALES CUESTIONES

A. El procedimiento

El estudio *ex-ante* o *ex-post* de los efectos de la regulación sobre la competencia se inscribe dentro del debate económico sobre la medición de las variaciones de bienestar que comportan cambios en las asignaciones de recursos. En efecto, el mecanismo de competencia perfecta se caracteriza por propiedades de optimalidad social, en el sentido de que permite a empresas y consumidores maximizar su bienestar conjunto, al tiempo que implica la minimización de costes por las empresas (es decir, la eficiencia en producción) y la eficiencia en la distribución de la producción entre los consumidores. A este respecto, cuando la regulación comporta alteraciones en la conducta competitiva de los agentes que operan en los mercados, genera variaciones de bienestar global [5]. Si se parte de una situación de competencia perfecta previa a la introducción de la regulación, estas variaciones serán necesariamente negativas. Si se parte de una estructura asociada a cualquier variante de competencia imperfecta, la teoría de los subóptimos predice que la regulación podrá aumentar o reducir el bienestar, debiéndose analizar el resultado en cada caso concreto.

El problema surge porque el método estándar utilizado en teoría económica para aproximar el bienestar de los individuos, la función de utilidad, tiene una naturaleza meramente ordinal y por tanto no permite realizar comparaciones interpersonales. Ante este condicionante, se han desarrollado distintos procedimientos para aproximar una medición de las variaciones en bienestar sin necesidad de confrontar utilidades individuales de aquellos individuos que experimentan variaciones en bienestar de distinto signo. Históricamente, el primer intento fueron los denominados criterios de compensación [6]. Éstos se basan en distintos enfoques de medi-

---

[5] Nos referimos en este punto a las variaciones en bienestar relacionadas exclusivamente con las variaciones de los patrones competitivos de los agentes. Naturalmente, cuando hay otro tipo de fallos de mercado que la regulación viene a subsanar, se producen otros efectos en bienestar positivos que habría que considerar también, junto a las distorsiones de la competencia.

[6] Aportaciones clásicas son las de Kaldor (1939), Hicks (1939) y Scitovsky (1941).

ción de las variaciones netas del bienestar agregado, a través de la valoración relativa que realizan ganadores y perdedores de los cambios experimentados con distintas asignaciones de recursos.

Sin embargo, la aplicación estricta de los diferentes criterios de compensación resulta poco operativa cuando los cambios en bienestar afectan a una multiplicidad de individuos que operan en uno o varios mercados amplios. En estos últimos casos, el análisis coste-beneficio (ACB) y el análisis coste-eficacia (ACE) representan alternativas más viables. Éstos se basan en una cuantificación, en términos de una unidad homogénea (idealmente, unidades monetarias), de los beneficios y/o costes en bienestar que ha generado (o es susceptible de generar) una determinada estructura reguladora. En concreto, el ACB se basa en una comparación de las corrientes de beneficios y costes homogeneizadas tanto en unidades de medida como desde un punto de vista financiero (esto es, descontadas convenientemente cuando se producen en diferentes momentos del tiempo). Por su parte, se suele recurrir al ACE cuando las corrientes de beneficios son más difíciles de estimar que las de costes, de suerte que el análisis pasa de girar en torno a disposiciones reguladoras individuales a articulase en torno a la comparación entre estructuras reguladoras alternativas, intentando seleccionar, de entre todas las que persiguen un cierto objetivo, aquella que puede conseguirlo con unos costes más bajos.

Así, mediante la aplicación de estos sistemas las autoridades de competencia pueden valorar los efectos sobre el bienestar que, a consecuencia de cambios en la estructura competitiva de mercado, ha producido o puede producir una norma reguladora. Además, el ejercicio puede enriquecerse con la comparación entre los efectos sobre el bienestar de distintas normas alternativas, de modo que se recomiende al gobierno o a las agencias reguladoras correspondientes aquella que produzca unos resultados superiores sobre el bienestar. Posteriormente y salvo que el dictamen de los organismos de competencia sea vinculante, lo cual sucede en contadas ocasiones, serán las instancias responsables las que ponderen estas valoraciones con consideraciones de otra índole y decidan si seguir las recomendaciones.

Sentadas estas premisas generales, existe una coincidencia generalizada en que las principales fases en que se llevaría a cabo un estudio de *advocacy* basado en la técnica de ACB serían las siguientes.

a) *Selección de la norma reguladora a estudiar*

En este punto, se puede estar ante varios escenarios triviales que no precisen aplicación alguna de criterios de selección. Por ejemplo, si el organismo de competencia tuviera asignado el estudio de toda norma en proceso de desarrollo, en la medida en que ésta pueda afectar la competencia en algún(os) sector(es). O también si el estudio se produjera a instancias del gobierno o de un organismo regulador, que desea conocer los efectos sobre la competencia de una normativa ya en vigor, al objeto de

modificarla si fuera conveniente. Aun así, es probable que se presenten situaciones en que sea necesario efectuar un proceso de selección. Algunos criterios posibles (no excluyentes entre sí) serían los siguientes:

— Concentrar esfuerzos en aquellas disposiciones reguladoras con una justificación económica menos clara en términos de fallos de mercado, ya que éstas son las que más probablemente producirán pérdidas de bienestar netas mayores, a igualdad de efectos sobre la competencia.
— Elegir aquellas normas cuyo impacto sea mayor, desde el punto de vista de los mercados a los que afecta y/o el número de consumidores y empresas sobre los que directa o indirectamente tiene repercusiones. La lógica de este criterio radicaría en el establecimiento de una prioridad consistente en modificar primero aquellas normas que produzcan un impacto agregado negativo mayor.
— Decantarse por aquellas disposiciones que, dado un grado de competencia en el mercado al que afectan, puedan producir efectos negativos mayores sobre el bienestar entre los agentes concernidos. Por ejemplo, pensemos en una norma que afecta a los consumidores de un cierto producto en el que la demanda de mercado presenta una elasticidad-precio muy reducida. En estos casos, incluso aunque la regulación estudiada pudiera no deteriorar las condiciones de competencia, podría interactuar con ellas para privar a los consumidores en mayor medida de su bienestar.
— Enfocar aquellos sectores en que las autoridades de competencia detecten sistemáticamente una escasa competencia atribuible en buena medida al entorno regulador. Este criterio, si bien teñido hasta cierto punto de subjetividad, puede asentarse en un conocimiento previo del sector que se haya adquirido a través de la labor de *enforcement* —en sus diversas vertientes— de las propias autoridades de competencia.
— Otros criterios más pragmáticos, basados en limitaciones de medios de las autoridades de competencia o limitaciones previsibles en la eficacia del trabajo de *advocacy*. A modo de ejemplo, podrían citarse aquí la mayor disponibilidad de datos sobre determinados sectores, el momento del ciclo legislativo de una norma, el punto del ciclo político dentro de una legislatura como *proxy* de la probabilidad de modificación de normas socialmente sensibles, etc. Hay que destacar, sin embargo, que este tipo de orientaciones, sin carecer de fundamento, no son las que suelen conducir a una utilización de recursos más racional en los departamentos encargados de los estudios de *advocacy*. La razón estriba en que la priorización de materias en que acaban traduciéndose tiene un componente aleatorio importante y una baja correlación con la influencia efectiva en el bienestar social de la normativa analizada.

De cualquier modo, sea cual sea el conjunto de criterios empleados, es recomendable que los estudios de *advocacy* se planifiquen y ejecuten de

una forma sistemática, con una periodificación racional de los trabajos que busque las máximas sinergias tanto intra como interdepartamentales dentro de los organismos de competencia. En el interior de las unidades que confeccionan los estudios, estableciendo secuencias de estudios que generen economías de experiencia y la utilización de la máxima cantidad de *inputs* surgidos durante la realización de estudios previos (por ejemplo, proyectando en el tiempo el estudio sucesivo de varios sectores que compartan características en común). Entre distintos departamentos, utilizando en la mayor medida posible en lapsos de tiempo breve la información acumulada en las tareas de *enforcement* por otras unidades.

b) *Identificación del alcance de la norma*

En segundo lugar, es preciso delimitar el conjunto de empresas y consumidores que, directa o indirectamente, quedan afectados por el contenido de las normas analizadas y determinar cuántos mercados —de producto y geográficos— conforman. Hay que subrayar que los efectos indirectos no son, a menudo, nada desdeñables. Es frecuente constatar cómo una regulación sectorial produce efectos desbordamiento hacia otros mercados distintos de aquellos a los que originalmente se dirige, lo que sucede habitualmente a través de los esfuerzos de los agentes de trasladar total o parcialmente la repercusión de ésta. Sería el caso, por ejemplo, de regulaciones que tienen por efecto el encarecimiento del precio de determinados productos, lo que sus consumidores intentan eludir desplazando su elección hacia otros bienes con suficiente grado de sustituibilidad. O el de los productores que, ante el encarecimiento que experimentan determinados *inputs* o canales de aprovisionamiento a través de la regulación, comienzan a incrementar su demanda de otros *inputs* sustitutivos e igualmente compatibles con el proceso productivo que desarrollan. O el de normas que, al elevar el coste de acceso a un cierto mercado, modifican la estrategia competitiva de potenciales entrantes en sus mercados de origen.

Es claro que la evaluación de los efectos sobre el bienestar habrá de realizarse agregadamente para todos los mercados que se consideren afectados de modo apreciable[7].

c) *Detección y medida de los beneficios y costes de la norma estudiada*

Dentro de los mercados identificados, el tercer paso —y principal— del análisis consiste en la valoración de los beneficios y costes incremen-

[7] Las técnicas de delimitación de mercados de producto y geográficos son bien conocidas y, de cualquier forma, no son exclusivas ni originarias de los trabajos de *advocacy*, por lo que no se entrará aquí a analizarlas más detalladamente. Baste decir que, en esencia, los procedimientos cuantitativos utilizados habitualmente (estimaciones de elasticidades de sustitución, tests de correlaciones y homogeneidad de distribución en series de precios, modelización de ajustes dinámicos de precios relativos, etc.) también son de aplicación en estos estudios.

tales de la regulación considerada, esto es, exclusivamente de aquellos efectos que son estrictamente imputables a esta última. Para ello, es necesario articular este ejercicio en dos pasos.

i) Búsqueda del escenario en ausencia de regulación (el *counterfactual*, como suele denominársele en la literatura anglosajona)

Dado que todo incremento se mide como variación de una variable entre dos puntos del tiempo, este escenario representa el punto de partida o de referencia con respecto al cual realizar la comparación.

Esta referencia será mucho más sencilla de encontrar cuando el trabajo de *advocacy* se efectúa con anterioridad o durante el desarrollo de la norma, dado que el escenario de partida coincidirá con la estructura de mercado directamente observable.

En el caso de estudios de promoción realizados cuando la norma lleva ya un cierto tiempo en funcionamiento, la identificación del escenario de partida se hace más compleja, especialmente cuando la norma modifica sustancialmente los incentivos de los agentes y con ello tiene el potencial de transformar sus pautas de comportamiento competitivo. Por tanto, en estos casos se hará necesario reconstruir las funciones objetivo de los agentes en ausencia de todas las nuevas variables que haya traído consigo la introducción de la regulación y, lo que es fundamental en mercados de competencia imperfecta, para el número previo a la aparición de la norma estudiada. Especial complejidad puede revestir la reconstrucción del escenario de partida no sólo cuando el estudio se realiza después de la entrada en vigor de la regulación, sino cuando ésta presenta interacciones y/o complementariedades con otras normas sectoriales ya existentes previamente. En tales circunstancias, deberá evitarse eliminar completamente de la estructura actual aquellos aspectos en que se han observado solapamientos o refuerzos de la regulación anterior, siendo recomendable integrar en el escenario de partida todos aquellos efectos ligados a la regulación preexistente.

La descripción completa de este escenario de referencia conlleva también analizar la estructura de competencia en el mismo, al objeto de poder perfilar claramente la distribución inicial de bienestar entre empresas y consumidores y su nivel global. Sólo de esta forma se podrán definir y medir los costes y beneficios incrementales generados por la regulación, como diferencia entre el bienestar final arrojado por la nueva estructura de competencia y el inicial asociado con el escenario de partida. Las técnicas para reconstruir la estructura competitiva son las empleadas normalmente en los trabajos de *enforcement*, como el grado de concentración, el análisis de las barreras a la entrada, la evaluación del poder de negociación de oferta y demanda, el análisis de demanda residual (complementado en su caso con el de pérdida estratégica), el estudio de series de rentabilidad y de

estructuras de costes, la determinación de los activos estratégicos del sector, etc.

ii) Determinación y enumeración de los beneficios y costes incrementales de la nueva regulación

Esta fase presenta dos dimensiones: por una parte, la detección de estos beneficios y costes y, por otra, su medición —cuando ello resulte posible—. Dada la problemática específica que presenta la medición, pospondremos la referencia a esta cuestión hasta el *apartado 2.b)* y nos centraremos por el momento en aquellos rasgos estructurales del mercado en los que suele incidir la regulación pública (o dicho de otra forma, en las variables motrices que suelen producir variaciones en la dinámica competitiva del mercado y, con ello, en el bienestar).

Son numerosos los organismos de competencia nacionales (e internacionales, especialmente la ICN) que han intentado realizar durante los últimos años sistematizaciones de estas variables, aunque destaca por su simplicidad y coherencia la recopilada recientemente por la *Office of Fair Trading* británica (2006). Ésta, en la que me basaré para desarrollar esta idea, atiende a varios tipos de efectos de la regulación sobre las características del mercado, que pueden presentarse individual o combinadamente:

1. Limitaciones directas sobre el número de oferentes, como:
   - — Concesiones de derechos exclusivos al suministro a los consumidores.
   - — Introducción de licitaciones públicas que restringen el número de oferentes durante un cierto periodo, especialmente si los pliegos de condiciones no contienen referencia alguna a las variables de competencia entre empresas a los consumidores[8].
   - — Establecimiento de un sistema de licencias para el acceso en el mercado basado en requisitos de excelencia innecesarios, que además pueden verse agravados por la predeterminación de un número limitado de licencias.
2. Limitaciones indirectas sobre el número de oferentes, como incrementos artificiales en los costes:
   - — De los potenciales entrantes frente a las empresas ya instaladas, eximiendo a estas últimas del impacto de la regulación

[8] Lo ideal sería introducir en la «competencia por el mercado», existente en el momento de la adjudicación entre los aspirantes a la concesión, algunos elementos de «competencia en el mercado», capaz de producir efectos superiores desde el punto de bienestar. Especialmente peligrosos resultan los procedimientos de adjudicación basados en una simple detracción de rentas de los futuros oferentes, ya que ello genera incentivos de recuperar estas rentas a costa de los consumidores una vez se ha cerrado el mercado por un periodo, después de la adjudicación. Un buen tratamiento de este tema puede encontrarse en MILGROM y WEBER (1981).

(utilizando normalmente el argumento de los derechos adquiridos o *grandfather rights).*

— De algunos oferentes ya instalados respecto a otros ya instalados, por ejemplo obligando al uso de una tecnología que ya han desarrollado o incorporado en el pasado los primeros.

— De salida del mercado, por ejemplo induciendo la reducción del valor de liquidación de los activos necesarios para el desarrollo de la producción a través de un aumento de su especificidad.

3. Limitaciones en la capacidad de competir de los oferentes, vía:

— Controles de precios y/o características de los productos (con el objeto, principalmente, de fijar límites inferiores a la calidad de los mismos). Hay que tener en cuenta que, si bien el bienestar de los consumidores depende tanto de los precios como de la calidad del producto, la primera clase de controles no tiene por qué traducirse en incrementos de la calidad (sino, más normalmente, en mejoras de márgenes y eliminación de potencial competitivo de algunos agentes) y los segundos, ejercidos de un modo excesivamente rígido, imposibilitan la innovación y el desarrollo de nuevos productos o canales de comercialización.

— Limitaciones de los distribuidores a través de los que puede hacerse llegar al consumidor algunos productos o del área geográfica en que los oferentes puedan operar. Las motivaciones que más frecuentemente se argumentan para este tipo de medidas suele ser la incapacidad de ciertos distribuidores para suministrar correctamente a los consumidores algunos productos sensibles o la compartimentación de la regulación a causa de la territorialización de las jurisdicciones administrativas.

— Restricciones a la publicidad, bajo el pretexto de desventajas informativas de los consumidores o de una supuesta deslealtad que la primera comporta en el contexto del ejercicio de ciertas actividades económicas.

— Imposiciones a los oferentes de formas de organización de la producción no eficientes, usualmente por motivos distributivos.

4. Mitigación de los incentivos a competir de los oferentes, a través de instrumentos como:

— La exención de los productores de la legislación general de competencia.

— El fomento de intercambio de información sobre precios u otras variables esenciales entre productores, a veces bajo la justificación de incrementar la transparencia del mercado para los consumidores.

— El incremento de los costes de cambio de suministrador para los consumidores, por ejemplo mediante el endurecimiento de los trámites de liquidación contractual.

d) *Obtención de medidas de bienestar asociadas a la regulación y, eventualmente, a distintas alternativas encaminadas a los mismos objetivos*

Para lograrlo, deberá procederse a la suma, en una unidad homogénea y en términos financieramente equivalentes —aplicando la correspondiente tasa de descuento—, de los costes y beneficios en bienestar producidos por cada uno de los instrumentos normativos bajo estudio. Si se trata de evaluaciones a priori de la regulación, anteriores a su puesta en vigor, deberán sumarse estimaciones a priori de efectos sobre el bienestar. A este respecto, si tales estimaciones son condicionales a determinados supuestos de partida inciertos, pueden construirse distintos escenarios contingentes, asignar una probabilidad a cada uno de ellos y obtener valores esperados de variaciones en bienestar de normas alternativas.

Estemos ante una estimación a priori o una evaluación a posteriori de los efectos de una norma, el verdadero problema surge a consecuencia de la necesidad de homogeneización de los indicadores de beneficios incrementales netos en una misma unidad. Cuando es posible reducir todos los beneficios y costes incrementales a unidades monetarias, la operación se hace más sencilla. Sin embargo, en la mayor parte de los casos reales existen al menos determinados componentes de los beneficios y costes incrementales que, bien por su naturaleza, bien por la escasez de información, no admiten una cuantificación directa. La presencia de factores cualitativos será especialmente observable cuando el análisis de la regulación se realice a priori, por no contar con evidencia mensurable producto de los efectos de aquélla.

Para hacer más tratables estos sumandos de tipo cualitativo se aplican las denominadas «técnicas multicriterio» (TM)[9]. Éstas son muy variadas, pero la más común y simple suele consistir en los siguientes pasos:

— Identificación de beneficios y costes cualitativos relevantes relacionados con la opción reguladora en estudio.
— Establecimiento de una escala para cada factor relevante, de 1 a 100, que mida la bondad de la regulación para cada uno de estos factores. Por ejemplo, si numeráramos de 1 a 100 la libertad de entrada en un mercado fomentada por la norma en estudio (siendo 1 el bloqueo total del mercado y 100 la expugnabilidad perfecta), un sistema de concesión exclusiva de los derechos de producción a un solo operador recibiría una puntuación de 1. Es importante que las escalas ligadas a todas las variables consideradas se estructuren en la misma dirección —en el supuesto utilizado, 1 reflejaría el peor comportamiento desde el punto de vista de la competencia y 100, el más deseable.

[9] Un compendio amplio de las principales técnicas multicriterio se encuentra en BALLESTERO y ROMERO (1998).

Cuando la evaluación comporta la consideración simultánea de factores mensurables en unidades monetarias y otros puramente cualitativos, para proceder a su suma previamente deben normalizarse los factores monetarios a la misma escala que los componentes cualitativos. Una forma relativamente sencilla de hacerlo sería asignar la puntuación 100 al máximo valor que se estime puede tomar cada una de las variables que se miden en unidades monetarias. Más tarde, tomando esa referencia, una simple proporción permitiría asignar una puntuación entre 1 y 100 a los valores monetarios que han tomado esas variables.

— Asignación de una ponderación a cada una de las dimensiones identificadas, en función de su relevancia sobre los efectos competitivos de la regulación, de modo que la suma de todas las ponderaciones sea igual a 1 (si las ponderaciones se midieran en tanto por uno). A modo de ejemplo, si consideráramos que la creación de barreras a la entrada es esencial para variar la dinámica de competencia en un mercado, podríamos asignarle una ponderación muy elevada, como 0,8. La ponderación de estos factores debería depender en menor medida de la subjetividad del responsable del estudio; preferiblemente, de la estructura del mercado en estudio y los condicionantes sobre la asignación obtenida.
— Suma de las puntuaciones otorgadas a cada una de las variables cualitativas encontradas, ponderada cada una de ellas de acuerdo con el sistema descrito en el párrafo anterior. Al tratarse de una combinación lineal de puntuaciones en la misma escala numérica, el resultado será susceptible de interpretarse en idéntica escala, de modo que, a mayor proximidad a 100, mayor bondad de la regulación reflejará (efectiva o esperada).

El valor otorgado a las ponderaciones no tiene por qué ser la misma en todos los casos y dependerá básicamente de la estructura del mercado estudiado. Por ejemplo, haciendo abstracción de posibles ventajas competitivas surgidas a consecuencia de la regulación entre las empresas instaladas, la imposición de barreras a la entrada podría recibir una ponderación tanto mayor cuanto menor fuera el número de oferentes que operan en el mercado en la situación de partida.

e) *Valoración de la regulación y formulación de recomendaciones*

Al final del proceso anterior, la regulación o alternativas de regulación estudiadas habrán recibido un valor numérico representativo de su idoneidad desde la perspectiva de la competencia en los mercados a los que afectan. Si todas las variables producen efectos en el bienestar «monetizables», entonces el indicador asignado vendrá expresado en unidades monetarias, como resultado de sumar los costes y beneficios relevantes. Si alguna o todas las variables manejadas son de tipo cualitativo (o aun siendo cuanti-

ficables producen efectos sobre el bienestar no fácilmente monetizables), las TM habrán arrojado un índice en la escala 1-100.

En el primero de los casos, el signo del beneficio monetario neto permite, de una forma bastante directa, realizar comentarios sobre la idoneidad de la norma en cuestión. Comentarios que pueden acotarse en función del intervalo de error a que se prevea pueda encontrarse sometida la estimación del beneficio monetario neto. La evaluación de la norma puede verse acompañada de propuestas alternativas, preferentemente cuantificadas también en términos monetarios para favorecer la comparabilidad y fortalecer los argumentos empleados.

Cuando, a través del empleo de TM, se haya asociado un índice a una norma, la categorización de este resultado como «bueno» o «malo» entraña gran subjetividad. Por ello, en estos casos es especialmente recomendable la valoración de distintas alternativas, demostrando así que, sea cual sea el valor del índice obtenido, existen otras soluciones con efectos más deseables.

B. El problema de la cuantificación

En el esquema anterior, que recogía los pasos principales del procedimiento a seguir en un ACB convencional aplicado al ámbito de la competencia, deliberadamente se ha omitido desarrollar con mayor detenimiento la cuestión de las técnicas de cuantificación —cuando ésta sea posible— de los efectos de la regulación sobre las variables que inciden sobre el bienestar. Esta tarea, que cronológicamente se encuadraría dentro de la tercera fase del procedimiento, merece, por su complejidad, un tratamiento separado más pormenorizado.

Cuando hablamos de cuantificación, nos referimos a tres eslabones diferentes. Primero, la evaluación de los efectos de la regulación sobre variables relacionadas con la estructura de mercado y/o la conducta de las empresas que operan en él. Segundo, el efecto de estas alteraciones sobre las asignaciones en precios. Y tercero, las variaciones en bienestar generadas por las modificaciones en precios. En ocasiones, más que modificaciones en precios a consecuencia de la estructura de mercado o de las estrategias de las empresas se pueden detectar cambios en precios inducidos directamente por la regulación (por ejemplo, vía cambios en los costes), por lo que si se considera irrelevante podría descartarse el estudio del primer eslabón.

En este contexto, el problema de la cuantificación es triple. En primer lugar, se trataría de aproximar un valor para las alteraciones sobre la estructura de mercado que podría generar o ha generado la introducción de la regulación. Segundo, partiendo de un modelo teórico de funcionamiento del mercado, debería simularse la modificación estructural producida

por la regulación para aproximar el cambio en los precios de equilibrio. Finalmente, implicaría traducir los movimientos previstos o registrados en los precios de equilibrio en variaciones en bienestar expresables en unidades monetarias. Por tanto, obsérvese que para expresar un conjunto de costes y beneficios en unidades monetarias las tres condiciones deben ser secuencialmente satisfechas. Caso de que no se disponga de la información suficiente para cumplir cualquiera o varios de estos tres requisitos, al menos alguno de los costes o beneficios deberá tener una consideración puramente cualitativa, debiendo intervenir en este caso las TM.

Veamos a continuación qué técnicas suelen emplearse para cada una de las fases de cuantificación.

a) *Cuantificación de cambios estructurales y variaciones en precios*

En estudios a posteriori sobre los efectos de la regulación ya en vigor, habitualmente se usan modelos econométricos para cuantificar sus efectos sobre las características del mercado y/o los precios de equilibrio en el mismo. Es importante destacar que la simple observación de la variación experimentada por los precios vigentes en el mercado desde la entrada en vigor de la regulación no bastaría para cuantificar el efecto de ésta, ya que debería aislarse la parte de la variación debida exclusivamente a la introducción de la regulación (puede haber otros factores concurrentes, como variaciones en la tecnología, el precio de los *inputs*, etc., que desvirtuarían la medición).

Cambios estructurales. Los cambios estructurales en un mercado a que la regulación puede dar lugar son múltiples, por lo que es imposible recoger en un trabajo de esta extensión la gama completa de técnicas destinadas a cuantificarlos.

Valga como ejemplo citar el problema del acceso al mercado. La mayor parte de los trabajos [10] parten de la premisa de que la decisión de una empresa externa de invertir para entrar en un mercado se basa principalmente en la obtención de una tasa de retorno esperada positiva o superior a otras alternativas de inversión existentes. Por ello, se endogeniza dicha tasa de retorno en función de un vector de variables explicativas, lo que requiere dos pasos previos a la estimación. En primer lugar, buscar una variable *proxy* de la tasa de retorno de la decisión de entrada (a título ilustrativo, podría usarse el porcentaje de actividades dentro de un cierto mercado que desempeñan las empresas de la muestra). En segundo lugar, deberán identificarse las variables que inciden en esta tasa de retorno, que serán normalmente específicas de cada sector.

Ya especificado el modelo, se intenta captar el efecto de la regulación, habitualmente mediante la adición a la ecuación a estimar de variables fic-

[10] Buenos ejemplos pueden encontrarse en WILSON y DOOLEY (1993) y ECKARD (1985).

ticias[11] (esto es, que toman valores diferenciales en los años en los que ha estado o se espera esté en vigor la regulación). Estas variables ficticias pueden insertarse, bien en la ecuación general de a estimar, bien en las ecuaciones de estimación auxiliares de los regresores de la ecuación principal si se trata de estimar un sistema de ecuaciones. Estimadas las ecuaciones pertinentes y verificada la significatividad de los coeficientes relativos a la regulación, es posible aproximar los efectos de ésta sobre la tasa de rentabilidad del acceso. A partir de este dato y tomando algunas hipótesis adicionales sobre la relación entre la tasa de retorno de entrada al mercado y probabilidad de entrada, puede aproximarse el efecto de la regulación sobre el número de entrantes al mercado.

Variaciones en precios. Existen dos procedimientos principales para estimar el impacto de cambios estructurales sobre los precios: los ejercicios de simulación y las estimaciones econométricas directas.

Las simulaciones son especialmente útiles en evaluaciones de regulación *a priori*, cuando todavía no se dispone de datos sobre precios a posteriori. Hay dos procedimientos básicos para llevarlas a cabo. El más complejo (tanto operativamente como en términos de necesidades de datos), mediante estimación y calibración de sistemas de ecuaciones descriptivos de la estructura del mercado. El más extendido, mediante la utilización de hipótesis simplificadoras en la especificación y calibración (algunas de las cuales constituyen verdaderos supuestos «heroicos»), que reducen la necesidad de datos en la estimación, o incluso mediante la utilización de calibraciones estándar. La mayor parte de esta literatura procede del campo de la predicción del efecto de las concentraciones, si bien es mayoritariamente aplicable al área de los trabajos de *advocacy*. WERDEN, FROEB y SCHEFFMAN (2004) realizan algunas reflexiones interesantes sobre las principales restricciones a las que deben someterse este tipo de hipótesis.

En cuanto a las estimaciones econométricas, éstas suelen partir[12] de la especificación de una función de demanda de mercado lineal, a partir de la cual se deriva una ecuación de precios óptima en función del tamaño del *mark-up* óptimo, que anida tanto el caso extremo de competencia imperfecta como cualquier grado intermedio de poder de mercado inferior al de monopolio. El paso siguiente es desagregar esta expresión en aquellas variables correlacionadas con la dimensión de los costes marginales —con lo que se evita el conocimiento de éstos, rara vez disponibles— y las restantes variables relacionadas con la elasticidad de la función inversa de ingresos marginales. Esta especificación puede enriquecerse si se modelizan varios agentes y se establecen hipótesis sobre el tipo de equilibrio a partir del cual se generan los precios.

---

[11] Sobre posibles acotaciones al uso de variables ficticias en este contexto, es muy útil ver WHITE (2005).

[12] Un ejemplo claro lo constituye el trabajo de MAYO y OTSUKA (1991).

A partir de aquí hay varias maneras de introducir el impacto de la regulación. Bien se considera en forma de variable ficticia sobre las ecuaciones auxiliares de estimación de los regresores estructurales, bien se altera directamente el valor de los regresores estructurales durante la vigencia de la regulación de acuerdo con las conclusiones obtenidas en modelos instrumentales, bien se añaden variables ficticias a la ecuación de precios si se considera que la regulación no actúa a través de ninguna de las variables estructurales consideradas. En cualquier caso, conocido tras la estimación el valor de los parámetros asociados a cada regresor, será posible aproximar el efecto que la imposición de la regulación tiene sobre los precios de equilibrio.

Variaciones en la calidad. En mercados de productos diferenciados en los que la competencia se produzca tanto vía precios como calidad, este hecho debería tenerse en cuenta en el análisis sobre bienestar. Dada la escasa viabilidad de especular sobre estructuras concretas de las preferencias de los consumidores, la opción más viable es el cálculo de precios ajustados por los niveles de calidad (o precios hedónicos) como detonantes de las variaciones en bienestar. Estos últimos pueden estimarse a partir de regresiones sobre los precios observados del producto por distintos oferentes del mercado en función de distintas características del producto, más otras variables ficticias que recojan el posible impacto de la regulación sobre la calidad. Las bases del concepto teórico están sentadas en ROSEN (1974), y la técnica empírica, en BERNDT (1991). De carecerse de datos para plantear este tipo de regresiones, siempre quedaría el recurso a considerar los cambios en calidad como una variable cualitativa a ponderar mediante las TM.

b) *Cuantificación de los cambios en bienestar producidos a consecuencia de variaciones en los precios*

Si ha sido posible realizar una estimación de las variaciones en los precios que la norma ha producido/podría producir, el siguiente paso sería traducir los costes y beneficios que en el bienestar de los agentes producen en unidades monetarias. A este respecto, habría que considerar la posibilidad de valorar tanto cambios en el bienestar de los consumidores como de los productores.

Bienestar de los consumidores. En Teoría Microeconómica se utilizan usualmente tres medidas para aproximar las variaciones en bienestar a consecuencia de modificaciones en los precios. Las tres persiguen expresar el bienestar perdido o ganado por los consumidores en términos de incrementos o reducciones de su renta. Estas medidas son:

— El excedente del consumidor, o diferencia entre el precio máximo que éste estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades que adquiere (medido sobre la curva de demanda de mercado) y el precio

que realmente paga por todas las unidades que compra. Representa un potencial de bienestar no detraído por los productores que surge a consecuencia de la divergencia entre el precio único al que se adquieren todas las unidades en el mercado (al de la unidad marginal) y el precio decreciente y superior al marginal al que estarían dispuestos los consumidores a adquirir las unidades inframarginales. Gráficamente, el excedente del consumidor, para un nivel de precios dado, se representa mediante el (triángulo ABC) en la figura 1.

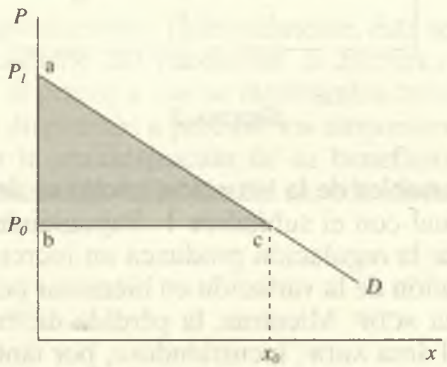


FIGURA 1

— La variación compensada, o renta que habría que dar al consumidor para que en la situación final (tras la variación de precios) tuviera el mismo nivel de utilidad que en la inicial.
— La variación equivalente, o renta máxima que el consumidor estaría dispuesto a pagar para evitar el cambio de la situación inicial a la final.

Dada la menor complejidad y mayor operatividad del concepto de excedente del consumidor, es ésta la medida utilizada con mayor frecuencia. Consiguientemente, los ejercicios de *advocacy* intentan aproximar de diversas formas las variaciones en el excedente del consumidor. Si bien existen diversos métodos de lograrlos, a buen seguro la más simple y práctica de ellas es la propuesta por DAVIES y MAJUMDAR (2002). Ésta consiste en calcular la variación en bienestar, en términos monetarios, como la variación en precio registrada multiplicada por la cifra de negocio del mercado afectado (representativa de la cantidad de bienes o servicios demandada agregadamente por todos los consumidores). En adelante, denominaré abreviadamente a este sistema como PX (precios por cantidades).

Veamos cómo se articula este sistema en función de si la evaluación de la regulación se efectúa antes o después de su puesta en vigor. Si es anterior y se han podido predecir las variaciones en los precios que la regulación puede acarrear, se multiplicaría la cifra de negocios actual del mercado por dicha variación en precios. La figura 2 reproduce la equivalencia gráfica de este cálculo.

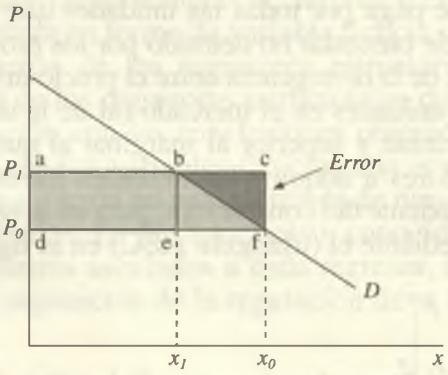


FIGURA 2

De nuevo, las variables de la situación inicial se denotan con el subíndice 0 y las de la final con el subíndice 1. Suponiendo que se prevea que la puesta en vigor de la regulación produzca un incremento de precios de equilibrio, la estimación de la variación en bienestar por el método PX vendría dada por el área ACDF. Mientras, la pérdida de excedente del consumidor se limitaría al área ABDF, incurriéndose, por tanto, en un error dado por el área BCF. El origen de esta sobreestimación de la pérdida de excedente sería la imposibilidad de predecir la variación en la demanda X_0-X_1 que, a consecuencia del incremento en los precios, ocasionan los consumidores para seguir maximizando su bienestar. Una cuantificación más exacta de la variación en el excedente del consumidor implicaría una estimación previa de la curva de demanda de mercado, lo cual no siempre permite la disponibilidad de datos.

Si la evaluación se produjera a posteriori, sobre datos ya observados, la situación sería la representada por la figura 3, supuesto que el análisis revele que la eliminación de la regulación permitiría una reducción de los precios de equilibrio en cuantía P_0-P_1:

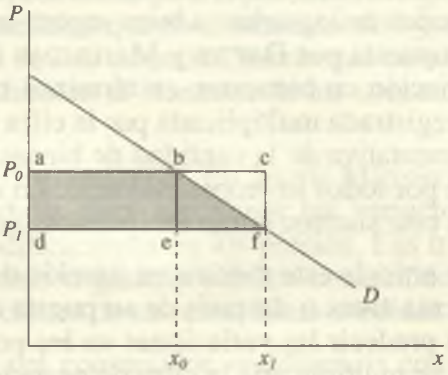


FIGURA 3

En la medida en que se conociera en este escenario la cifra de negocios anterior y posterior a la variación de precios, podría aproximarse el ahorro de excedente derivable a partir de la eliminación de la regulación mediante el cálculo del área del trapecio ABDEF. Este cálculo, en el caso de que la demanda de mercado fuera lineal, no llevaría consigo error alguno ni la necesidad de estimar previamente la ecuación de la demanda. Incluso aunque la demanda no fuera lineal, el error cometido por el área del trapecio sería inferior a aquel en que se incurriría si se aplicase el método PX, calculando el área del rectángulo ABDE, a cifra de negocios inicial.

Bienestar de los productores. Habitualmente, éste se cuantifica a través del concepto de excedente del productor, o diferencia, para la cifra de negocios total, entre el precio a que se intercambia la misma con el precio mínimo que estarían dispuestos a percibir los empresarios por cada unidad vendida, dictado por la maximización de su beneficio. En la figura 4 el área sombreada representa la variación del excedente del productor ante un incremento en los precios.

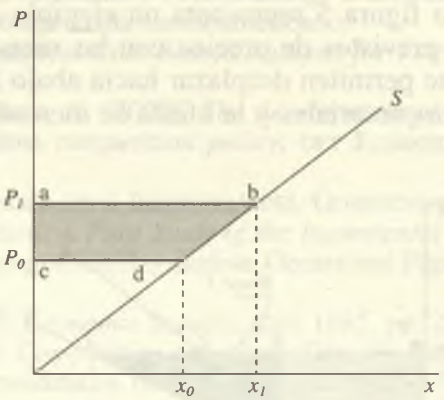


FIGURA 4

Es un debate controvertido y no resuelto enteramente hasta qué punto el bienestar de los productores debe incluirse en el análisis global del bienestar de las autoridades de competencia. La posición más extendida es que éstas deben ocuparse primordialmente del análisis del excedente del consumidor, dado que, a fin de cuentas, el carácter privado que casi siempre presenta la inversión empresarial implica la asunción de riesgos de rentabilidad por el propietario de la unidad productiva. Únicamente se tomarían en consideración los excedentes de productor en el caso en que la estructura de mercado permita predecir que éstos serán transferidos posteriormente al consumidor a través de una reducción de precios. Así, esta situación se presentará especialmente en los ejercicios de evaluación de regulación a priori. Sin embargo, a posteriori, suele asumirse que los aumentos en el excedente del productor que los empresarios hayan deci-

dido traspasar a precios ya se habrán reflejado en el nivel de los mismos, por lo que sólo se presta atención a los efectos de la variación de los precios en el excedente del consumidor.

En el caso de la evaluación a priori en que se estimara oportuno incluir el excedente del productor, podríamos encontrarnos ante dos escenarios:

— Uno, en que el incremento de aquél se prevea vaya a generarse por una elevación de precios a consecuencia de la regulación, por lo que su cuantía se compensaría con la merma en el excedente del consumidor, de acuerdo con el método P, arrojando un resultado neto nulo. Si se puede calcular de manera más exacta la secuencia temporal en que el excedente del productor incrementado se devolverá a los consumidores, éste podría ser descontado adecuadamente para ser expresado en unidades monetarias financieramente comparables con las pérdidas que sufren los consumidores ya en el presente.

— Otro, en el que, exista o no variación prevista de precios, el excedente del productor se amplía gracias a la aparición de eficiencias en costes. La figura 5 representa un ejemplo en el que coexisten incrementos previstos de precios con las mencionadas eficiencias en costes, que permiten desplazar hacia abajo las curvas de costes marginales empresariales y la oferta de mercado [13].

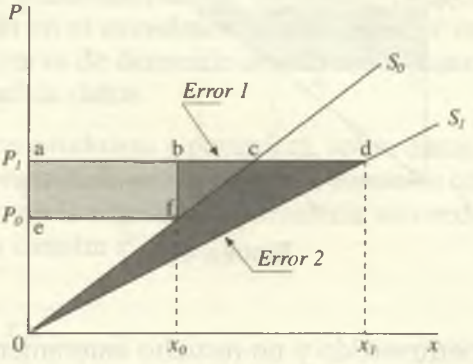


FIGURA 5

Arriba puede observarse que la estimación del incremento del productor por el método PX (área ABEF), coincidente pero con signo opuesto al excedente del consumidor, conduce a cometer dos clases de errores: uno, por el área BCF, inherente a este tipo de aproximaciones y que también encontrábamos al estimar la variación del excedente del consumidor. El

[13] Piénsese en una regulación que, simultáneamente, incentivara a concentrar la producción en aquellas empresas con una tecnología más eficiente, al tiempo que interpusiera barreras a la entrada, en la medida en que esta tecnología no fuera replicable por potenciales entrantes.

segundo, dado por el área 0CD, inducido por la reducción de costes, las más de las veces no mensurable cuantitativamente a priori. De aquí que quepa concluir que incluir en el análisis coste-beneficio el excedente del productor, cuando se prevea que pueden surgir eficiencias en costes, puede provocar la comisión de errores de gran calibre si se estima a través de una mera multiplicación de variación de precios por cifra de negocio.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTERO, E., y ROMERO, C. (1998), *Multiple Criteria Decision Making and its Applications to Economic Problems*, Kluwer Academic Publishers.

BERNDT, E. R. (1991), *The Practice of Econometrics: Classic and Contemporary,* Addison Wesley.

COOPER, J. C.; PAUTLER, P. A., y ZYWICKI, T. J. (2004), *Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC*, George Manson University School of Law, Working Paper Series, núm. 6.

CRAMPTON, P. (2003), *Competition and Efficiency as Organising Principles for All Economic and Regulatory Policymaking*, Documento preparado para el Primer Foro de Competencia Latinoamericano.

DAVIES, H. (1998), *Practical Cost-Benefit Analysis for Financial Regulators*, FSA Central Authority.

DAVIES, S., y MAJUMDAR, A. (2002), *The development of targets for consumer savings arising from competition policy*, OFT Economic Discussion Paper, núm. 4.

DEPARTAMENTO DE COMERCIO E INDUSTRIA DEL GOBIERNO DE REINO UNIDO, *The Impact of Regulation: A Pilot Study of the Incremental Costs and Benefits of Consumer and Competition Regulation*, Occasional Paper, núm. 7, noviembre de 2006.

ECKARD, E. W. (1985), *Economic Inquiry,* abril 1985, pp. 223-242.

EVENETT, S. J. (2006), *Competition advocacy: Time for Rethink?*, CEPR.

HICKS, J. (1939), «Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal* 49, pp. 696-712.

ICN (2002), *Advocacy and Competition Policy*.

— (2003), *Advocacy Provisions*.

— (2004), *Competition Advocacy in Regulated Sectors: Examples of Success*.

KALDOR, N. (1939), «Welfare Propositions of Economic and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49, pp. 549-552.

MAYO, J. W., y OTSUKA, Y. (1991), «Demand, pricing and regulation: evidence from the cable TV industry», *The RAND Journal of Economics*, vol. 22, núm. 3 (Autumn 1991), pp. 396-410.

MILGROM, P. R., y WEBER, R. J. (1981), *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, J. L. Kellog Graduate School of Management. Discussion Paper, núm. 447 (agosto 1981).

NERA(2004), *Empirical indicators for market investigations.*

OCDE (2005), *Competition Law and Policy in the European Union.*

— (2005), *Guiding Principles on Regulatory Quality and Performance.*

OFT (1999), *Quantitative Techniques in Competition Analysis*. Research Paper, núm. 17.

— (2006), *Evaluation Strategy for Market Studies.*

— (2006), *Strengthen and Streamline Consumer Advocacy*.
— (2007), *Completing Competition Assessments in Impact Assessments*.
PELTZMAN, S. (1976), «Towards a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, 19 (agosto), pp. 211-240.
ROSEN, S. (1974), «Hedonic Prices and Implicit Markets: Product Differentiation in Pure Competition», *Journal of Political Economy*, vol. 82, pp. 34-55.
SCITOVSKY, T. (1941), «A Note on Welfare Propositions in Economics», *Review of Economic Studies* 9, pp. 77-88.
STIGLER, G. (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, pp. 3-21.
WERDEN, G. J.; FROEB, L. M., y SCHEFFMAN, D. J. (2004), «A Daubert Discipline for Merger Simulation», *Antitrust Magazine*, Summer 2004.
WHITE, H. (2005), *Estimating the Effects of Natural Experiments*. University of California (San Diego).
WILSON, W. W., y DOOLEY, F. J. (1993), «An Empirical Examination of Market Access», *Southern Economic Journal*, vol, 60, núm. 1 (julio 1993), pp. 49-62.
WISE, M. (1999), «The Role of Competition Policy in Regulatory Reform», OECD *Journal of Competition Law and Policy*, vol. 1, núm. 1.

NO DEDUZCAMOS INGENUAMENTE EL ABUSO EN SUPUESTOS DE DESCUENTOS POR UNA EMPRESA EN POSICIÓN DOMINANTE

Amadeo PETITBÒ*
Economista

Antonio CREUS
Abogado

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es comentar la resolución administrativa de la autoridad peruana de competencia que subyace y que no fue abordada en cuanto a su sustancia por la sentencia reciente del Tribunal Constitucional de Perú (en adelante, TCP) de 5 de diciembre de 2006, Expte. 1963-2006-PA/TC Piura Ferretería Salvador S. R. L.[1]. En esta sentencia, por un voto mayoritario de 4 a 2, se desestimó una demanda de inconstitucionalidad de la resolución de INDECOPI[2] núm. 0256/2005, de 4 de marzo de 2005, por la que se consideró que la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo (en adelante, DINO) había abusado de su posición dominante en la modalidad de

---

* El presente artículo está inspirado en el dictamen que los autores realizaron para Distibuidora Norte Pacasmayo.

[1] El asunto empezó con una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia peruana por parte de Depósitos Santa Beatriz contra Distribuidora Norte Pacasmayo por presunto abuso de posición de dominio consistente en discriminación de precios y ventas atadas en el mercado de distribución de cemento y otros materiales de construcción. Posteriormente, otros dos operadores presentaron una nueva denuncia contra dicha Distribuidora y Cementos Pacasmayo que incluía, además, una supuesta negativa de venta por parte de Cementos Pacasmayo. Ambos asuntos fueron acumulados si bien la denuncia contra la cementera no fue admitida a trámite «al no haberse acreditado los medios probatorios necesarios para iniciar un procedimiento». En consecuencia, las actuaciones se refirieron exclusivamente contra las presuntas conductas contrarias a la competencia cuya actora sería Distribuidora Norte Pacasmayo. En el presente artículo se considerarán equivalentes los términos: ventas atadas, ligadas o vinculadas.

[2] Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, Sala). Ésta es la última instancia administrativa que entiende de los recursos presentados frente a las resoluciones de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, CLC), primera instancia que resuelve sobre los asuntos de competencia en la autoridad peruana de competencia, INDECOPI.

precios discriminatorios y ventas anudadas, ordenando la imposición de una sanción y el cese de la conducta. Adicionalmente, se pretende poner de manifiesto los riesgos de la falta de aplicación del moderno análisis económico de la competencia por parte de las autoridades responsables de la misma.

La sentencia del TCP considera que no existió infracción en relación con las normas constitucionales peruanas dado que las mismas permiten a la Administración, dentro del marco previsto en las normas de defensa de la competencia, interferir en la esfera contractual privada protegida por la libertad de contratación. Tampoco considera dicha sentencia que existiera una afectación a la recurrente, Ferretería Salvador, tercero en el procedimiento que se siguió, y cuya única relación era contractual con la empresa sancionada, dado que la Administración actuó correctamente en el procedimiento administrativo.

No entró el TCP en el fondo del asunto —de naturaleza esencialmente económica— alegando que en un procedimiento de amparo no cabe una actividad probatoria compleja «Más aún si, usualmente, para este tipo de controversias se requiere de la realización de análisis económico y jurídico-económico», cuestión que debe ser subrayada.

El TCP, al resolver sobre aquellas cuestiones jurídicas, obvió el debate sustantivo que planteaba el recurso entre las distintas calificaciones que recibió la denuncia por la Administración peruana, al desestimarla en una primera instancia, siguiendo una línea probatoria muy estricta, mientras que estimó la denuncia en segunda instancia tras un recurso sin seguir una línea probatoria tan estricta. El asunto no es nuevo. Este debate está hoy de actualidad en Europa en el replanteamiento del análisis de las conductas en relación con la aplicación del art. 82 del Tratado y, más aún, en relación con el art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo[3] que sostiene que «*En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del art. 81 o del art. 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue*».

En este artículo se pretende reflejar una obviedad en derecho, pero que a veces se olvida, cual es que la carga de la prueba incumbe a quien realiza la alegación. En el presente caso esto supone que la alegación de abuso de posición dominante debe probar inequívocamente las dos condiciones exigidas por el derecho de la competencia, a saber: la posición de dominio y el abuso. Este hecho admite que, como ocurre en la mayor parte de los casos, es necesario utilizar adecuadamente el análisis jurídico y recurrir a argumentos económicos sólidos. No cabe, pues, que probada, en su caso, la posición dominante, se asuma, por vía de presunción y a veces con cierto automatismo, el abuso.

---

[3] *DOCE* L 1/1, de 4 de enero de 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.

2. ANTECEDENTES

La Resolución de INDECOPI que se comenta[4] sancionaba las actuaciones de DINO, una empresa cementera que gozaba de posición dominante, por organizar un sistema de descuentos con discriminación de precios aunque concedía, también, ciertas ventajas a quienes distribuyeran otros productos suyos. INDECOPI calificó estas actuaciones de abusivas al considerar que suponían una discriminación de precios no justificada y un sistema de ventas atadas.

Dadas las condiciones del mercado y las dificultades de entrada en el mismo, parece indubitada, al menos a corto plazo, la posición dominante de DINO. En efecto, en el departamento del Piura, los costes de transporte hacen que el precio del cemento procedente de otros departamentos no sea competitivo o sea muy difícilmente competitivo. En consecuencia, únicamente se distribuye el cemento de Pacasmayo y su distribución se realiza a través de dos operadores: uno, DINO, que cuenta con una cuota de mercado, en cuanto a valor, del 87 %; y el otro operador con el restante 13 %[5].

El contrato de DINO con los subdistribuidores incluye las siguientes condiciones: compra exclusiva, obligación de compra mínima, exhibición de su logo en los locales de los redistribuidores e información sobre las ventas y los *stocks*. A cambio de estas obligaciones, DINO se compromete a facilitar material de publicidad, catálogos y, también, apoyo comercial y técnico, lo que beneficia a los subdistribuidores. El acuerdo tiene una duración anual[6].

La investigación llevada a cabo por la autoridad peruana de la competencia puso de manifiesto que DINO aplicaba unos precios diferenciados según que sus clientes estuvieran, o no, afiliados a su sistema. Lógicamente, los precios aplicados a sus afiliados eran inferiores. A partir de estos datos la instrucción de la autoridad peruana se dirigió a averiguar si la actuación de DINO tenía una justificación comercial y si generaba un daño a la competencia.

Conviene resaltar, por la importancia que tiene para el análisis del presente caso, que en la Resolución emitida por la CLC se incluye información acerca de las cuotas de mercado de las empresas que subdistribuyen el

---

[4] Dicha Resolución es la que pone fin al recurso frente a la decisión de la CLC, de 14 de mayo de 2003, núm. 006-2003-INDECOPI/CLC.

[5] Tal como se indica en la Resolución de la CLC, «Del total de compras de los dos distribuidores autorizados para el departamento de Piura, DINO S. R. L. adquiere y distribuye el 87 % de la producción de Cementos Pacasmayo S. A. A. mientras que Romero Trading S. A. adquiere y distribuye únicamente el 13 %. Asimismo DINO S.R.L. posee una participación de mercado en el departamento de Piura de alrededor 81 % mientras Romero Trading S. A. posee el restante 19 %». Tales datos no han sido cuestionados en el procedimiento. Nótese también que Cementos Pacasmayo tiene el 100 % de cuota de mercado, pues no parece que sea rentable a otros competidores vender en la zona del Piura.

[6] La duración anual del compromiso reduce considerablemente las barreras de salida, lo que, a su vez, contribuye a reducir el poder del distribuidor sobre los subdistribuidores.

cemento suministrado por DINO. Tales datos revelan la entrada de nuevos subdistribuidores de cemento en el mercado geográfico relevante (departamento del Piura) y, al mismo tiempo, cambios en sus cuotas de mercado a lo largo del tiempo.

En este punto debe señalarse que el único beneficio al que pueden aspirar las empresas denunciantes no es otro que la posibilidad de que mediante la intervención de la autoridad de la competencia se abaraten los costes de sus insumos; esto es, el precio del cemento que adquieren. Aun así, no se puede ver, desde la perspectiva de un mercado dinámico y en competencia, qué beneficios pudieran obtener a medio plazo, puesto que aun si obtuvieran precios inferiores no se deriva de ello, necesariamente, que puedan competir en mejor posición que otros competidores. De nuevo, aparece el riesgo de que el derecho de la competencia sea utilizado para defender a unos operadores económicos frente a la incomodidad provocada por las actuaciones competitivas de sus rivales.

En cuanto a las ventas ligadas, se plantea la falta de un elemento importante como la coercitividad de la medida que se impone, puesto que de lo contrario no se puede hablar de venta ligada o atada, sino de libertad de contratación. En el caso que se examina, el elemento de la coercitividad de la medida fue descartado en primera instancia por INDECOPI y sólo la Sala la asume, sin explicar sobre qué base o fundamento debe aceptarse la misma. La falta de este elemento explicativo —fundamental, en cualquier caso, en el campo del derecho de la competencia— debería hacer caer cualquier razonamiento jurídico-técnico que se quiera elaborar.

Es normal, y lícito, que en la vida comercial los clientes adquieran múltiples productos de la misma empresa y a tal fin se conceden todo tipo de ventajas. La conducta puede dejar de ser lícita cuando se impone, de alguna forma, la obligación de aceptar una transacción que en el curso normal de los negocios no se aceptaría. Tal imposición podría calificarse como abusiva si la empresa que la impone disfruta de posición dominante. Decir que podría no supone que dichas conductas siempre sean abusivas pues la conclusión acerca de la naturaleza de la conducta requiere el uso preciso del análisis económico y la consideración de los efectos de la conducta.

Ello no obstante, puede verse la otra cara de esa misma moneda: al imponer esa transacción comercial no deseada por quienes están fuera del sistema, se causa un perjuicio de algún tipo a la empresa que lo sufre. Las denunciantes son empresas competidoras de las empresas que supuestamente sufren la imposición de ventas ligadas. De ser correcta esta alegación obtendrían un beneficio del hecho que sus competidores sufrirían una desventaja comercial. Esto es, las denunciantes deberían haber podido probar o demostrar, pues a ellas les incumbe la carga de la prueba —o, llegado su momento, al órgano que decide, la CLC o la Sala— que la imposición de dicha transacción comercial no deseada, la venta ligada o atada, les supone algún tipo de perjuicio, demostrable y, además, cuantificable de

acuerdo con los usos generales en el comercio y con los principios del análisis económico [7].

No aparece, en las resoluciones citadas, prueba alguna de ese daño, perjuicio o merma empresarial. Y, de hecho, ni tan sólo una referencia clara de la misma. Por esta razón, se sigue de forma lógica que INDECOPI, en el informe de la CLC, acepte la inexistencia de esas supuestas ventas ligadas o atadas.

Por lo dicho anteriormente, es difícil de entender por qué el Tribunal de INDECOPI resuelve que existen ventas ligadas o atadas abusivas sobre todo cuando no se razona o sustancia dicha alegación ni, mucho menos, se basa en prueba alguna.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA COMPETENCIA APLICABLE AL CASO

Más allá de consideraciones basadas en la apariencia de los fenómenos o apoyadas en la tradición que recogen asuntos forzosamente generales, un análisis del caso estudiado —alejado de la generalidad— desde la perspectiva de la aplicación de los principios modernos de la teoría económica de los mercados y de la competencia y de la consideración de la jurisprudencia aplicable permite sostener dos principios: en primer lugar, que la conducta de la empresa que ostenta la posición de dominio ha sido, en todo momento, respetuosa con los principios de las normas de defensa de la competencia, pues en nada ha impedido el juego competitivo de las empresas; y, en segundo lugar, que no solamente no ha frenado la competencia en el mercado relevante —de producto y geográfico— de la distribución de materiales de construcción sino que, dadas las especiales condiciones del mercado relevante, por el contrario, ha sido claramente pro competitiva.

Como se pondrá de manifiesto, considerar que la conducta de la empresa dominante es contraria a la competencia —es decir, impide la competencia en el mercado relevante— supone una inadecuada aplicación del moderno análisis económico de la competencia y de los mercados que sitúa la consideración de los efectos de las conductas en el núcleo del análisis.

La reflexión que sigue se referirá al sistema de descuentos (cláusulas de «objetivos mínimos» y discriminación de precios), a las ventas atadas y a los flujos de información, pues éstas son las referencias utilizadas por la autoridad de defensa de la competencia peruana para apoyar su juicio acerca de la comisión de una conducta de abuso de posición de dominio por parte de la empresa dominante.

---

[7] Piénsese, por ejemplo, que conducir bajo el sistema de puntos causa unos costes a los conductores en términos de felicidad perdida por conducir bajo amenaza.

Que el moderno análisis económico de la competencia y de los mercados defienda un enfoque de la política de la competencia basado en los efectos, en lugar de en la forma, no es una cuestión trivial. No deben ser las intenciones lo que deben juzgarse[8], pues los efectos reales —empíricamente demostrados— deben ser el elemento determinante del análisis basado en las conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia. Conductas distintas pueden tener efectos similares y conductas idénticas pueden tener efectos distintos según las condiciones específicas (su estructura y las conductas) de los mercados. Por ello, fijarse solamente en la forma de las conductas puede contribuir a enjuiciar como contrarias a la competencia conductas que no lo son o a no someter a consideración prácticas que realmente limitan la competencia en los mercados.

La nueva aproximación contribuye a optimizar la consideración conjunta del análisis jurídico y del análisis económico. El derecho de la competencia se aleja, en consecuencia, de la aplicación mecánica de unos principios y se adentra en el análisis riguroso de la realidad que estudia, centrando las consideraciones acerca de las conductas sometidas a enjuiciamiento en el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de determinadas conductas que perjudican a los proveedores, clientes o competidores. También se basa en la consideración de situaciones concretas, a partir de un análisis sólido y apoyado en los hechos, más que en consideraciones abstractas o aplicaciones mecánicas de principios y conceptos —en ocasiones indeterminados— contemplados en las normas de defensa de la competencia.

Un ejemplo de dichos principios, que configuran el camino por el que discurre la aplicación del derecho de la competencia en Europa y EE.UU., se encuentra en el excelente documento «Un enfoque económico del art. 82», Informe del EAGCP (Grupo asesor económico en materia de política de competencia), del mes de julio de 2005[9], que, basado en la teoría y en la experiencia en el campo del análisis de la competencia y de los mercados, en estos momentos sirve de faro orientador a las reflexiones de la Unión Europea.

Más concretamente, de acuerdo con el citado documento, el núcleo del moderno enfoque económico de la competencia se apoya en la consideración de los efectos de las distintas conductas sobre los competidores, proveedores, consumidores y la eficiencia económica. En consecuencia, en sus análisis «*las autoridades de la competencia necesitan identificar un perjuicio para la competencia, y evaluar hasta qué punto dicho efecto negati-*

---

[8] Como hace, en algunos casos, la Ley española de Defensa de la Competencia, por ejemplo.

[9] Dicho Informe ha sido realizado por los siguientes expertos: Jordi GUAL (IESE Business School, Barcelona), Martín HELLWIG (Instituto Max Planck para la investigación sobre bines colectivos, Bonn), Anne PERROT (Universidad de París I y Consejo de la Competencia, París), Michele POLO (Universidad Bocconi, Milán), Patrick REY (Universidad de Toulouse, coordinador del Informe), Klaus SCHMIDT (Universidad de Munich) y Rune STENBACKA (Swedish School of Economics, Helsinki, y RUESG, Unidad de investigación sobre estructuras y crecimiento económico, Universidad de Helsinki).

vo para los consumidores queda potencialmente compensado por mejoras en la eficiencia». El análisis jurídico ya no basta. Las autoridades de defensa de la competencia deben acreditar formación bastante en los campos jurídico y económico, simultáneamente.

La anterior afirmación se apoya en el hecho de que, por regla general, el enjuiciamiento de las conductas relacionadas con el funcionamiento competitivo de las empresas en los mercados exige hacer un doble análisis: por una parte, en relación con el posible impacto de las conductas sobre los consumidores; y, por otra, del posible impacto de las conductas sobre la eficiencia económica. Eficiencia económica y bienestar son, pues, los dos ejes que debe tomar en consideración el análisis. No uno u otro, sino ambos, simultáneamente. Los juristas requieren complementar sus conocimientos con la oportuna formación económica y los economistas la suya con la oportuna formación jurídica.

También sostiene el Informe que el eje económico del análisis del abuso de posición de dominio tiene como referencia central la mejora del bienestar de los consumidores. Una consideración precisa de esta cuestión exige distinguir entre la protección de la competencia y la protección de los competidores, que son cosas distintas. Una de las virtudes de la competencia es su contribución a quebrar la vida tranquila de los operadores económicos y obligar a las empresas a ser receptivas a las necesidades de los demandantes. En definitiva, la competencia, al responder a las vibraciones competitivas de las empresas en el mercado, tiende a ofrecer productos de mejor calidad también a mejor precio y a tratar a los clientes y proveedores con mayor atención. En este proceso, las empresas menos competitivas se ven sometidas a una presión que contribuye a alcanzar mayores cotas de eficiencia y bienestar, aunque, con mucha frecuencia, resulte incómoda para algunos operadores económicos. En el proceso competitivo las empresas eficientes reemplazan a las menos eficientes y, en última instancia, la competencia beneficia al consumidor y contribuye a la mejora del conjunto de la economía. Por estas razones se defiende la competencia y los países modernos —o que quieren serlo— han organizado autoridades encargadas de su vigilancia. Pero dicha vigilancia debe ejercerse tomando como referencia los principios económicos modernos y los fundamentos jurídicos del sistema. No hacerlo supone introducir riesgos en el procedimiento cuyo coste puede ser considerable.

La articulación entre la formación económica y jurídica adquiere sentido si se considera que las autoridades de defensa de la competencia, en el marco de un procedimiento sancionador, deben demostrar, de forma inequívoca, que la conducta de las empresas sometida a su consideración causan perjuicios graves para la competencia. Y tal demostración tiene una naturaleza fundamentalmente económica apoyada sobre una plataforma jurídica. Las incomodidades provocadas a los competidores deben quedar fuera del análisis pues no son relevantes. Por su parte, las empresas con poder de dominio, encausadas por conductas presuntamente abusivas, deben centrar

su interés en demostrar que su conducta se traduce en ganancias en términos de eficiencia. Y las autoridades deben considerar, simultáneamente, los posibles abusos y las ganancias en términos de eficiencia y bienestar.

La literatura económica reciente incluye muchos ejemplos que revelan el uso perverso, con el correspondiente coste en tiempo y dinero, que se hace de las normas de defensa de la competencia como alternativa a la incapacidad de determinadas empresas de mejorar su posición competitiva en los mercados de bienes y servicios en los que compiten [10]. Pero, por otra parte, también hay datos que ponen de manifiesto la progresiva penetración del análisis económico en las discusiones ante las autoridades de defensa de la competencia. Por ejemplo, como señala UTTON, la inactividad de las autoridades de defensa de la competencia en relación con las conductas de discriminación de precios revela que «*ya no se trata de un instrumento político serio*», aunque esta afirmación no se vea reflejada en el caso que se examina.

Hay argumentos bastantes para sostener, en el presente caso, que la adhesión a los contratos de la empresa dominante supone introducir un elemento de diferenciación en la estrategia de los subdistribuidores, algo que no podrían conseguir con sus propios medios dada su pequeña dimensión. Como ocurre frecuentemente, la empresa dominante, sometida al escrutinio de las autoridades de defensa de la competencia, tiene que elaborar estrategias que combinen la eficacia con el respeto a las normas de defensa de la competencia. En el caso que se examina, la empresa dominante ofrece reputación y apoyo técnico y logístico, lo que supone costes cuya eficacia sólo se manifiesta si permite alcanzar los resultados establecidos en su estrategia empresarial.

El análisis económico permite sostener que la adhesión a la estrategia de la empresa dominante supone que un producto aparentemente homogéneo, como el cemento, debido a la adición de valor mediante el logo de dicha empresa y/o su apoyo logístico y técnico, aparece ante los ojos de los consumidores como un producto distinto, lo que no debería admitir mayor discusión. La diferenciación supone costes pero también permite alcanzar mayores beneficios, sólo si la estrategia resulta acertada. Y todo ello en beneficio de la competencia, no en menoscabo de la misma. Por otra parte, esta mejora de la capacidad competitiva de los sub distribuidores de la empresa dominante se alcanza, prácticamente, sin costes por su parte. Por el contrario, los subdistribuidores, si llevan a cabo su actividad con eficacia, obtienen el producto a un precio menor, mejorando, de esta forma, su posición competitiva en el mercado. Como, además, el número de subdistribuidores no se ha reducido sino que, por el contrario, ha aumentado en los últimos años, la aplicación del análisis económico revela que las condiciones de bienestar en el mercado relevante han mejorado significativamente. Y todo ello no en menoscabo de la competencia sino con un reforzamiento

[10] Ver, p. ej., M. A. UTTON, *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar (2.ª ed.), 2003.

de la misma, como refleja el aumento del número de oferentes que rivalizan entre ellos para conseguir nuevos clientes —o no perder los que han conseguido compitiendo eficientemente— de sus productos, permitiendo a aquéllos ejercer en mejores condiciones su capacidad de negociación.

Este tipo de circunstancias no son nuevas. Por citar un ejemplo, el caso FTC *vs.* Borden Company [383 US 637 (1966)] resulta esclarecedor: si la diferencia de precios entre un producto estándar y un producto apoyado por la actividad de una empresa (*premium*) refleja tan sólo las diferencias entre las preferencias de los consumidores en favor del producto *premium,* la conducta no puede considerarse contraria a las normas de defensa de la competencia dado que supone «*a rough equivalent of the benefit by way of the seller's national advertising and promotion which the purchaser of the more expensive brands product enjoys*». Lógicamente, si la diferenciación no se traduce en mayores precios sino en menores precios, la afectación a la competencia es todavía más débil, por no decir favorable.

A. Posición de dominio y abuso de posición de dominio

El primer paso en el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio es probar inequívocamente la existencia de una posición dominante. Una empresa disfruta de posición de dominio cuando dispone de fuerza suficiente en el mercado para actuar, durante un plazo suficientemente extenso, con independencia de sus rivales. La posición de dominio abre las puertas al abuso pero de este principio no se puede inferir que una posición de dominio desemboque, siempre y en todo caso, en abuso. La prueba de la posición de dominio [11] es un paso necesario, indispensable, pero no el único paso que debe darse para demostrar la existencia de un abuso de la misma.

Son numerosas las empresas que ostentan una posición de dominio en sus mercados relevantes respectivos. Sin embargo, tal situación no supone necesariamente que abusen de la misma, pues son muchas las circunstancias que pueden conducir a las empresas a disfrutar de tal situación [12]. Incluso, puede sostenerse que en multitud de ocasiones en el contexto de una economía globalizada la posición de dominio es algo deseable si es compatible con el respeto a las normas de defensa de la competencia.

De todas formas, las autoridades de defensa de la competencia todavía manifiestan muchas cautelas cuando enjuician las conductas de las empresas en posición de dominio. Pese a ello, los órganos encargados de la aplicación del derecho de la competencia se han referido a esta cuestión en

---

[11] Dicha prueba no es sencilla, pues son muchos los ingredientes que deben considerarse simultáneamente. La globalización de las economías complica aún más el análisis por su impacto sobre la delimitación precisa del mercado relevante.

[12] Eficiencia, procesos de concentración, por ejemplo.

multitud de ocasiones intentando aclarar la cuestión. Por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, TPI) en su sentencia Michelin [13] (en adelante, Michelin II), en su párrafo 55 expresa lo siguiente: «*Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común... Del mismo modo, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella...*».

De este párrafo, que se aporta por tratarse de una referencia reiterada y que recoge una secuencia doctrinal anterior, se deduce, en primer lugar, que no se puede reprochar a ninguna empresa que disfrute o goce de posición dominante en un mercado relevante. Para que exista una infracción a las normas de la competencia es preciso, además, que se acredite el abuso de dicha posición en beneficio de la empresa dominante y en perjuicio de sus proveedores, clientes y/o competidores. Es más, alcanzar la posición dominante debe ser el desiderátum de cualquier empresa, siempre que se realice mediante una correcta labor comercial y con el debido respeto a las leyes. No debe impedirse, en consecuencia, que las empresas incluyan entre sus objetivos la consecución de una posición de dominio.

Este reconocimiento no se matiza, sino que se realza, por la sentencia Michelin II cuando se refiere al especial deber que corresponde a dichas empresas. Este especial deber de cuidado se deriva de la posición dominante que ha alcanzado la empresa, y que claramente el Tribunal indica como «*independientemente de las causas que expliquen dicha posición*».

El Tribunal perfectamente podría haber finalizado su explicación en este punto pero admite —y, de hecho, entiende, permite y justifica— que una empresa en posición dominante realice determinadas actuaciones en el mercado que le permitan proteger sus intereses, siempre que no supongan un abuso.

Con tales referencias se examinarán los dos posibles abusos considerados en el caso que nos ocupa: el sistema de descuentos y las ventas vinculadas. El examen se justifica por la relevancia que tales cuestiones han tenido en el análisis de la competencia y en la aplicación del derecho de la competencia.

---

[13] Asunto T-203/01, de 30 de septiembre de 2003, *Rec.* II, p. 4071.

B. El sistema de descuentos

En materia de descuentos y posición dominante la doctrina actual la resume de manera clara y meridiana en la ya citada sentencia Michelin II del TPI, en los párrafos que se transcriben a continuación:

> *«58. En general se considera que los sistemas de descuento cuantitativos, vinculados únicamente al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante, no producen el efecto de excluir el acceso al mercado de los competidores, prohibido por el art. 82 CE ... En efecto, si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el proveedor, éste puede hacer que su cliente disfrute de esta reducción mediante una tarifa más favorable... Por consiguiente, se presume que los descuentos por volumen de ventas reflejan el aumento de eficiencia y las economías de escala obtenidas por la empresa en posición dominante.*
>
> *59. De ello se desprende que un sistema de descuentos en el que la cuantía del descuento aumenta en función del volumen de compras no infringe el art. 82 CE, salvo si los criterios y las modalidades de concesión del descuento ponen de manifiesto que el sistema no está basado en ninguna contraprestación económica que lo justifique, sino que pretende, como en el caso de un descuento de fidelidad y por objetivos, impedir el abastecimiento de los clientes acudiendo a sus competidores...*
>
> *60. Por tanto, para determinar el posible carácter abusivo de un sistema de descuentos cuantitativos procede apreciar el conjunto de las circunstancias y, en particular, los criterios y condiciones de concesión del descuento, y examinar si los descuentos pretenden, mediante la concesión de una ventaja no basada en ninguna contraprestación económica que la justifique, privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia...».*

La cita efectuada —sin duda, extensa— ahorra cualquier comentario. Sin embargo, en el presente contexto se considera pertinente clarificar que las empresas en posición dominante tienen derecho a aplicar sistemas de descuentos para mantener sus ventajas competitivas. No debe olvidarse que los sistemas de descuentos pueden tener un impacto positivo sobre los consumidores. El asunto no puede resolverse a partir de criterios apriorísticos. En consecuencia, es necesario proceder a un análisis complejo que tome en consideración las características fundamentales del mercado en el que tienen lugar los sistemas de descuentos. En otros términos, para considerar la posibilidad de abuso derivado de los sistemas de descuentos considerados en casos como el que nos ocupa hay que dar, como mínimo, los pasos siguientes: en primer lugar, analizar todas las circunstancias fácticas relativas a los precios y a los descuentos; en segundo lugar, determinar los criterios y condiciones de aplicación de los descuentos; en tercer lugar, examinar la intencionalidad de los descuentos; en cuarto lugar, verificar si los

descuentos tienen una contraprestación económica que los justifique; en quinto lugar, probar que el descuento priva o limita al comprador la libertad de elegir sus fuentes de abastecimiento, impide el acceso al mercado a competidores, aplica condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, o refuerza su posición dominante mediante la distorsión de la competencia; y, por último pero no menos importante, ver el impacto del sistema de descuentos sobre el excedente del productor y el consumidor.

El proceso que debe seguirse para probar el abuso no es sencillo, puesto que requiere un examen detallado de las circunstancias que rodean el sistema de descuentos, así como investigar en relación con la intencionalidad de los mismos y sus efectos. De hecho, la decisión de la CLC llevó a cabo todos los pasos mencionados en el citado párrafo 60 de la sentencia Michelin II del TPI, mientras que la decisión final de la Sala de Competencia de INDECOPI no realizó dicho análisis detallado y alcanzó una conclusión opuesta. El asunto, no escaso, prueba que la investigación sugerida no es trivial. De nuevo aparece la necesidad de combinar adecuadamente el análisis jurídico y el económico, incluyendo los efectos de las conductas [14]. La prohibición de aplicar descuentos no debe ser considerada como una prohibición *per se* en el caso de las empresas en posición de dominio, pues antes de llegar a la conclusión de que dicha práctica es condenable se requiere un análisis económico muy fino.

Con el fin de aclarar los hechos más relevantes en el presente asunto, a continuación se hará referencia a las cláusulas de «objetivos mínimos» y a la discriminación de precios.

a) *Las cláusulas de «objetivos mínimos»*

Según la resolución de la Sala de INDECOPI, «*Las cláusulas de objetivos mínimos que buscan lograr la "fidelidad" de los compradores, al ser utilizadas por una empresa en clara posición dominante, constituyen un mecanismo de presión sobre los compradores que busca impedir que éstos traten con los competidores de la empresa dominante como alternativa de suministro, constituyendo, por tanto, un abuso de posición dominante*».

En ausencia de apoyo empírico, pues la Sala no demuestra que realmente se haya impedido el trato entre compradores y empresas distintas a DINO, la autoridad de la competencia se refiere al asunto 322/81, Michelin I, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [15] (en adelante, TJCE).

---

[14] Véanse los asuntos Michelin o British Airways, por ejemplo. En estos casos, al realizar el análisis adecuado del abuso, se cumplieron los requisitos señalados, o al menos se consideraron cumplidos tras hacerlo, pues no existía otra explicación posible que la eliminación de competidores del mercado ni se encontró justificación al sistema por una contraprestación económica.

[15] Asunto 322/81, de 9 de noviembre de 1983.

La posición de la Sala es sorprendente, pues en la misma nota se refiere a la opinión de D. G. GOYDER cuando dicho autor menciona el caso Compagnie Maritime Belge Transports S. A. «*en la que señaló que era clara la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado debido a que la conducta infractora había sido llevada a cabo por un agente económico que contaba con más del 90 % de participación del mercado relevante y que únicamente tenía un competidor. Es claro que la misma conducta, realizada bajo distintas circunstancias, por ejemplo, llevada a cabo por una empresa con menor participación del mercado y que enfrentara más competencia, podría no haber sido calificada como abusiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*». Y éste sería justamente el caso, pues DINO —aunque ésta no sea la cuestión más relevante— ostenta cuotas inferiores al porcentaje considerado como umbral entre conductas con distinto impacto sobre la competencia. Además, otros elementos fácticos diferencian aquel caso del presente sujeto a examen, como se verá. Tales consideraciones, por su escaso análisis económico, son a todas luces insuficientes y ponen de manifiesto la inseguridad jurídica de las empresas cuando las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las condiciones de competencia en los mercados enjuician las conductas empresariales sin el uso suficiente y adecuado de los instrumentos que el moderno análisis económico pone a su alcance.

También, por analogía, merece la pena acudir a la Resolución Roca Radiadores[16] del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC). En dicha Resolución se discutía acerca de unos descuentos por cumplimiento del programa semestral de compras y otro descuento por la concesión de un premio. La conclusión del TDC fue rotunda: «*la simple existencia del programa de compras no parece en sí nociva, pues permite al fabricante conocer sus previsiones de producción, reducir los costes de producción y almacenamiento y, en definitiva, ajustar su producción a la demanda; la concesión de un descuento al distribuidor por cumplimiento del programa puede favorecer la competencia entre los distribuidores*».

Y, yendo al fondo de la cuestión, la Resolución del TDC sostiene que «*no hay prueba suficiente de que Roca haya utilizado este descuento, bien para evitar que se distribuyeran productos de otras marcas, bien para imponer a los distribuidores o a algunos de ellos unas condiciones o la compra de unas cantidades determinadas*».

En dicha Resolución se abordan las cuestiones nucleares del caso que nos ocupa. Por una parte, el cumplimiento de unos objetivos mínimos se traduce, en última instancia, en una reducción de costes; es decir, en ganancias de eficiencia, que es uno de los objetivos de las normas de defensa de la competencia, pues la propia competencia entre operadores económicos permite trasladarla, al menos parcialmente, a los consumidores, cuestión que no fue examinada con precisión en la Resolución, aunque sí se sentó el

[16] Resolución Expte. 356/94, Roca Radiadores, de 28 de septiembre de 1995.

principio de referencia. En segundo lugar, que los efectos anticompetitivos de una conducta deben ser demostrados inequívocamente, de manera que no quepa otra explicación alternativa mejor. Y tal demostración no consta en el expediente de la autoridad peruana. Por el contrario, la CLC sostuvo que la fidelidad «*constituye una posible justificación para el otorgamiento de menores precios para los afiliados*», conclusión que no ha sido desmentida por la Sala con el apoyo de la evidencia empírica que pusiera de manifiesto que tal estrategia era utilizada con fines distintos a los correspondiente a una estrategia comercial competitiva. Una vez más, la ausencia de análisis económico impide arrojar luz sobre cuestiones de importancia y coloca bajo sospecha determinadas estrategias empresariales que pueden contribuir a aumentar el excedente del consumidor.

Por su parte, la Audiencia Nacional al revisar la resolución del TDC se refirió a la jurisprudencia elaborada por el TJCE al resolver los asuntos Hoffmann-La Roche [17] y Michelin I citado, en el sentido de que son contrarios a la libre competencia: los descuentos vinculados a objetivos de aumentos de ventas en el mercado y las primas de fidelidad. Con estas referencias, la consideración del caso Roca Radiadores condujo a la Audiencia Nacional a sostener que dichos principios no ocurren en dicho caso «*puesto que los descuentos se vinculan al cumplimiento de un programa —que puede ser alterado al alza o a la baja en sucesivos periodos— ...*». En relación con las primas de fidelidad sostiene «*que tienden a facilitar la distribución en exclusiva de los productos, y se dan a aquellos que comercialicen en exclusiva o de forma preferente el producto primado. Tampoco en nuestro caso se vincula el descuento y el premio a la exclusión de otros productos*».

b) *La discriminación de precios*

No ha sido infrecuente que la doctrina económica y jurídica considerara la discriminación de precios como una conducta contraria a la competencia, pues se suponía que situaba a unos competidores en una posición de ventaja frente a otros. Sin embargo, dicha interpretación no incluía todos los elementos del problema en la reflexión. Los análisis recientes prueban que la discriminación de precios no siempre es perjudicial, pues, en determinadas circunstancias, puede incrementar el bienestar de los consumidores y del conjunto de la sociedad, especialmente cuando su primer efecto es un incremento de la producción. Esto puede ocurrir cuando la discriminación permite reducir los precios, aumentando la renta real de los consumidores y, en consecuencia, aumentar la demanda al poder atender a segmentos adicionales de clientes. También la discriminación puede contribuir a intensificar la competencia entre empresas oligopolistas que pugnan por incrementar sus cuotas de mercado respectivas, con el correspondiente

[17] Asunto 85/76, de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, p. 461.

beneficio para los consumidores. En todo caso, el eventual impacto perjudicial para la competencia tiene su origen en el posible efecto excluyente de los competidores, por lo que el análisis desde la perspectiva de la competencia en el mercado o mercados afectados deberá tomar en consideración esta posibilidad.

Parte el documento de la Sala de lo manifestado por la denunciante en el sentido de que la aplicación de menores precios a los subdistribuidores afiliados a la empresa dominante DINO —como contrapartida a la cláusula de compra exclusiva— en relación con los no afiliados no tiene justificación comercial. Se refiere también a la normativa peruana que menciona que la discriminación sin justificación comercial puede considerarse abusiva. Y, al amparo de dicha manifestación, sin que medie el correspondiente análisis, sostiene la Sala que dicha obligación de compra exclusiva «*constituye un ejercicio expreso y evidente de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de la empresa dominante DINO, con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores directos de DINO...*». Completa dicho aserto afirmando que los subdistribuidores «*no tienen opciones de libertad para rechazar el requerimiento, configurándose así la infracción restrictiva de la competencia*». Y concluye afirmando que «*esta conducta de DINO resulta una clara explotación abusiva exclusoria únicamente posible gracias a su posición dominante*». Las referencias empleadas para sostener tales afirmaciones son la sentencia del TJCE en el caso Hoffmann-La Roche y las directrices relativas a las restricciones verticales.

La consideración de las afirmaciones y juicios anteriores, analizados desde la perspectiva del moderno análisis económico de los mercados, constituyen un ejemplo de cómo no debe aplicarse el derecho de la competencia, pues la conclusión se alcanza exclusivamente mediante la referencia a dos documentos sin que medie análisis alguno, a pesar del esfuerzo instructor realizado en la resolución de referencia[18]. Este camino es claramente contrario al art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, y a lo requerido en el párrafo 60 de la sentencia Michelin II. En relación con este aspecto, varias son las cuestiones que es oportuno resaltar.

En primer lugar, no es sostenible la afirmación de que la discriminación carece de justificación comercial, por lo que puede considerarse abusiva. Sin olvidar la existencia de descuentos por volumen, tal discriminación se justifica por las contrapartidas ofrecidas a los afiliados, que tienen un coste económico y que, en algunos casos, se traducen en un instrumento competitivo a través de reducciones de costes y de mayor y mejor presencia en el mercado. Lo que realmente resultaría discriminatorio, en este caso para los afiliados, sería que éstos tuvieran las mismas condiciones que los no afiliados, pues en este caso la afiliación no tendría sentido. En otros términos, la posición de la Sala deja sin salida a DINO: la discriminación existiría en

[18] Con demasiada frecuencia se sustituye el razonamiento económico y jurídico con el acrítico procedimiento de «cortar y pegar».

un caso o en otro, lo que en términos del análisis de las conductas competitivas no tiene sentido. Por otra parte, nada impide que quien compita con DINO establezca estrategias para incrementar sus ventas dentro del marco de las normas de defensa de la competencia. El embrollo sólo puede resolverse mediante el oportuno análisis económico. En ausencia de dicho análisis la inseguridad jurídica es notable, pues quien enjuicia da prioridad a su intuición sobre el resultado de un análisis amparado en los principios del método científico y que ya cuenta con una larga tradición.

Sin ser directamente comparable, la resolución del TDC recaída en el asunto Roca Radiadores citada tiene suficientes puntos en común con el caso que se analiza que sirve como una referencia válida para interpretar con la precisión debida la decisión de la Sala.

También en aquel caso el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) consideró que un sistema de descuentos sobre la base a unos programas de compra y de una sala de exposición «*digna y de categoría*» constituía una conducta abusiva, lo que no dejaba de ser sorprendente. Los argumentos tienen una gran similitud con los esgrimidos por la Sala. Decía el SDC que «*la realización de estas dos conductas constituye abuso perjudicial para la estructura de mercado que obstaculiza las posibilidades de competencia, pues restringe la libertad de elección de los distribuidores, puede suponer una injustificada desigualdad de trato y tiene por efecto limitar el acceso al mercado de otros distribuidores*». Pese a tal afirmación, el TDC consideró más oportuno «*determinar si Roca, al distribuir sus productos, lo hace de una forma abusiva o si se encuentra en el límite de lo que es una lícita política comercial de una empresa que, al reducir sus costes, puede ofrecer sus productos a unos precios más bajos con beneficio para los usuarios de los mismos*». Y afirmaba el TDC que la concesión de descuentos puede favorecer la competencia entre distribuidores, lo que es una cuestión nuclear en un mercado en el que, por su propia naturaleza, la competencia entre operadores económicos tiene límites precisos.

En otros términos, la esencia del argumento del TDC puede resumirse como sigue: en aquellos mercados en los cuales el número de operadores con una dimensión mínima óptima es reducido, la competencia entre ellos siempre estará sujeta a limitaciones. En consecuencia, adquiere todo el sentido que dichos operadores establezcan procedimientos para desplazar la competencia a otros segmentos del mercado: los subdistribuidores, en el caso que nos ocupa. Por lo tanto, el sistema de descuentos permite que los subdistribuidores tengan capacidad para ofrecer precios distintos, compitiendo entre sí en beneficio de los operadores más eficientes y de los consumidores. De esta forma, la competencia no resulta restringida sino potenciada.

En relación con la presión sobre los compradores para que se provean exclusivamente de DINO debe subrayarse que el mercado ofrece otras posibilidades, entre las cuales se incluyen las derivadas de la libertad de recurrir a otro proveedor, lo que prácticamente no supone costes relevantes debido a la inexistencia de barreras de salida. En este punto debe subrayar-

se que la exigua diferencia de precios entre afiliados y no afiliados, alrededor de un 10 %, permite sostener que la misma no se traduce en un arma competitiva insalvable, pues dicha diferencia puede compensarse mediante pequeñas mejoras en la organización competitiva de las empresas. El argumento contrario supone caer en el terreno confuso de interpretar que las normas de defensa de la competencia tienen como misión proteger a los competidores. Los mercados vibran y al amparo de dichas vibraciones las empresas establecen estrategias para mejorar su posición competitiva frente a sus rivales. Y cuando los márgenes no permiten establecer estrategias basadas, de forma contundente, en los precios, la competencia exige adentrarse en estrategias relacionadas con las condiciones de distribución. Y esto es, precisamente, lo que hacía DINO, sin que quepa atribuir a dicha conducta la calificación de abusiva. Abona esta opinión el hecho de que la Sala, en ningún caso, hace mención alguna a la exclusión real de competidores. Y si no se acredita la exclusión no puede sostenerse que la discriminación tiene como objetivo la misma. En consecuencia, la conclusión de la Sala cae por el propio peso de la falta de acreditación de los efectos de la conducta abusiva que, dice, ha tenido lugar.

Tampoco resulta justificada la afirmación de la Sala de que los subdistribuidores «*no tienen opciones de libertad para rechazar el requerimiento, configurándose así la infracción restrictiva de la competencia*». Y no es cierta, además de por no demostrada, porque la condición de subdistribuidor se adquiere voluntariamente, por las ventajas que ofrece, y voluntariamente puede abandonarse, sin barreras significativas de salida, si quien abandona el acuerdo considera que es capaz de estructurar de forma más competitiva su negocio. Porque si no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el acuerdo alcanzado con DINO es el más eficiente de los posibles, lo cual alejaría el análisis del abuso de posición de dominio y lo acercaría al terreno de la eficiencia en beneficio de los consumidores, que es uno de los bienes que deben defender las autoridades de defensa de la competencia. En consecuencia, también desde esta perspectiva decaería el argumento de la Sala.

Tampoco es sostenible la afirmación de la Sala de que dichas conductas son posibles por la posición de dominio de DINO. Y no lo es, además de por indemostrada en el procedimiento, porque en un mercado competitivo el operador que debe estar más interesado por mejorar su posición competitiva es el que no dispone de posición de dominio. Y en el presente caso los hechos ponen de relieve que es precisamente el operador con posición de dominio el que introduce los necesarios elementos competitivos y de eficiencia. En consecuencia, el análisis de las conductas empresariales revela que las vibraciones competitivas resultan incómodas para competir con DINO. Las reacciones competitivas pueden ser desarrolladas tanto por las empresas con posición de dominio en el mercado como por las que no disponen de dicha condición. No es, pues, algo que recaiga en exclusiva en las empresas que, por una razón u otra, han alcanzado una posición hegemónica en el mercado.

Más aún, la evidencia empírica demuestra que en el marco de la subdistribución los competidores compiten. Baste para ello considerar las variaciones en su número y en sus cuotas de mercado. La ausencia de competencia se traduciría en una estabilidad de cuotas. Sin embargo, los datos revelan oscilaciones, en ocasiones significativas y, sobre todo, un incremento en el número de operadores, manifestación inequívoca de ausencia de barreras de entrada y de la existencia de vibraciones competitivas entre los operadores económicos. Es decir, en el mercado relevante se compite. La conducta de DINO, en consecuencia, no ha sido restrictiva de la competencia, sino todo lo contrario: se han incrementado las posibilidades de elección de los consumidores y, en consecuencia, la evidencia permite sostener que el bienestar de los consumidores también se ha incrementado en coherencia con uno de los bienes públicos que deben perseguir las autoridades de defensa de la competencia.

C. LAS VENTAS VINCULADAS

La venta vinculada consiste en condicionar la adquisición de un bien o servicio a la compra de otro. Las ventas vinculadas pueden referirse a bienes o servicios complementarios, sustitutivos o independientes y pueden reflejar proporciones fijas o variables. La cuestión relevante, en cualquier caso, es que dichos bienes o servicios sean adquiridos por los mismos compradores.

En el asunto analizado, los contratos de afiliación utilizados por la empresa que ostentaba la posición de dominio imponían la obligación de comprar exclusivamente todos los materiales de construcción (cemento y otros) a dicha empresa. La Sala de INDECOPI sostuvo que si el cliente se oponía al contrato de compra exclusiva —o, lo que es lo mismo, a comprar los productos vinculados— no era posible suscribir el contrato de afiliación «*y, en consecuencia, no podría comprar cemento a DINO o lo podría comprar en condiciones desventajosamente diferentes—en cuanto a cantidad, precio y condiciones de venta— a aquellas de quienes aceptaron la atadura*».

Sin embargo, un análisis de las condiciones de contratación [19] revelaba que la primera parte de la proposición del órgano de defensa de la competencia era falsa, pues los compradores podían dirigirse al operador dominante con independencia de su condición de afiliados o no al sistema de contratación. En consecuencia, y sólo por este hecho, la afirmación de la Sala no se sostiene, cayendo, por lo tanto, el núcleo de su argumentación y, en consecuencia, su conclusión.

Ahora bien, desde la perspectiva del análisis de la competencia, en el caso de las ventas vinculadas los hechos tampoco deben examinarse sobre

[19] La experiencia demuestra que uno de los medios para conocer las condiciones reales de competencia en los mercados —y, en especial, la posición real de dominio— es el análisis de los contratos.

la base de elementos abstractos o consideraciones generales. La referencia, como se ha dicho, deben ser los efectos de las conductas sobre el(los) mercado(s) afectado(s). El Informe del EAGCP considera que la cuestión fundamental reside en determinar inequívocamente si las ventas vinculadas benefician a la empresa que las impone, provocando la exclusión de sus rivales y perjudicando a los consumidores. Avala esta aproximación el hecho de que la evidencia empírica pone de manifiesto que el resultado final de las ventas vinculadas puede que no sea la eliminación de la competencia en el mercado afectado sino la mejora de la eficiencia y la calidad de los productos ofrecidos.

La consecuencia de dicha consideración es que no se puede sostener, sin más, que las ventas vinculadas deban ser prohibidas *per se*. En efecto, el estudio de la moderna teoría de los mercados revela que, a menudo, las ventas vinculadas generan beneficios para los consumidores pero también pone de manifiesto que pueden generar efectos anticompetitivos si la empresa dominante distorsiona el funcionamiento de la competencia con el fin de excluir o controlar a sus rivales o influir en las condiciones de entrada en el mercado. En otros términos, las ventas vinculadas benefician a la empresa dominante pero desde la perspectiva del bienestar sus resultados son ambiguos [20], debiéndose rechazar cualquier conclusión que no vaya acompañada del suficiente análisis económico. En este punto, en consecuencia, el análisis económico es fundamental y no puede eludirse. Y dicho análisis, como ocurre muy a menudo en diversos lugares, no se ha realizado en este caso por la Sala que, ni tan sólo, tomó en consideración el detallado estudio efectuado por la CLC.

En este caso, el núcleo de la cuestión sólo puede dilucidarse mediante el análisis de si las empresas rivales están situadas en una posición de desventaja competitiva de manera que no puedan competir eficazmente en el mercado adyacente. Es la imposición de condiciones lo que cuenta como referencia, no la ineficacia o la falta de vibraciones competitivas. En este caso, de nuevo, aparece la sombra de la aplicación del derecho de la competencia como un instrumento de ayuda a los competidores ante la incapacidad de que una empresa pueda contrarrestar eficazmente las estrategias competitivas de sus rivales. Subraya el informe de la CLC que «*Estas prácticas serán menos preocupantes cuando varias compañías suministren paquetes de bienes complementarios, ya que en este caso los precios suelen ser más bajos porque las empresas tienen en cuenta que un precio menor en uno de los productos aumenta la demanda de sus complementarios*». En definitiva, «*pueden existir razones sólidas de optimización de beneficios por las que las empresas dominantes intentan extender su poder de mercado más allá de su propio mercado doméstico*». Este mismo análisis puede extenderse a la consideración de conductas dentro de un mismo país.

Como se ha apuntado, de nuevo surge la referencia al riesgo de exclusión de los competidores que, como se ha sostenido, no puede alegarse pues

[20] Ver, por ejemplo, M. MOTTA (2004), *Competition Policy. Theory and Practice.*

no se ha demostrado que la conducta de la empresa dominante se haya traducido en la desaparición de competidores. Y si no hay tal desaparición el argumento de la Sala no se sostiene. En consecuencia, sus conclusiones son más apologéticas que consecuencia de un análisis riguroso —jurídico y, sobre todo, económico— de las condiciones de competencia en el mercado de referencia. El fantasma del error como resultado de la ausencia de un estudio riguroso de los hechos y sus consecuencias —con independencia de las razones de la misma— sobrevuela la aplicación del derecho de la competencia en perjuicio de unas empresas y en beneficio de otras. El problema adquiere una relevancia especial cuando las empresas perjudicadas son las empresas eficientes.

Tampoco puede sostenerse, como hace la Sala siguiendo la tradición, que la conducta del operador dominante sea perjudicial para los consumidores sobre todo si no se acredita inequívocamente tal perjuicio. El examen de los datos pone de manifiesto que los consumidores se benefician del sistema de descuentos porque en el marco competitivo de la actividad de la subdistribución, los menores costes para las empresas subdistribuidoras y la mejora de las condiciones de la oferta, unidas a las posibilidades de competir derivadas de las condiciones favorables ofrecidas por DINO, pueden traducirse en menores precios en beneficio, precisamente, de los consumidores. Son, precisamente, las favorables condiciones abiertas por la afiliación al sistema de ventas del operador dominante, la clave que abre las posibilidades de competir en un mercado que, sin la agitación competitiva de dicha empresa, las condiciones de oferta serían homogéneas en perjuicio, precisamente, de los consumidores y de la competencia. Por ello, puede afirmarse que la estrategia competitiva introducida por las condiciones que DINO ofrece a sus afiliados es el instrumento que permite introducir elementos de competencia en un mercado que, en otras circunstancias, difícilmente sería testigo de la competencia. El excedente del consumidor, por lo tanto, se incrementa.

Igualmente insostenible es que la estrategia del operador dominante influya negativamente en las condiciones de entrada. Otro suministrador —competidor de DINO— ofrece sus productos al mercado en las condiciones que estima más adecuadas. En consecuencia, la ruptura de las relaciones con el operador dominante no supone la expulsión del mercado. Tan sólo supone un cambio en las condiciones de adquisición de los bienes que son distribuidos posteriormente y en las condiciones en la que los oferentes ofrecen sus bienes. Pero asimilar el cambio de condiciones a la expulsión supone un salto argumental a todas luces insostenible, especialmente cuando lo que se enjuicia es la conducta de las empresas desde la perspectiva del análisis de la competencia. En otros términos, la falta de evidencia en relación con la afectación sensible a las condiciones de la entrada conducen a que la conclusión alcanzada por la autoridad de defensa de la competencia sea una conclusión vacía que no puede ser aceptada en el marco del derecho sancionador.

Tampoco hay evidencia alguna en la decisión del órgano de defensa de la competencia en relación con el comportamiento de los precios. La deter-

minación de los precios corresponde a la síntesis entre las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado relevante. Es decir, de los comportamientos de distribuidores y consumidores. A su vez, cada una de las partes está sometida a otro tipo de consideraciones, como sus estrategias o el nivel de renta, por ejemplo. Por lo tanto, el análisis del comportamiento de los precios no es una cuestión sencilla. Por el contrario, exige un análisis pormenorizado y detallado que conduzca a conclusiones inequívocas, algo que la Sala no ha hecho. Tal evidencia, por sí misma, invalida su conclusión, basada más en juicios de valor que en un análisis económico de la situación concreta que se enjuicia. En todo caso, si alguna conducta puede incidir en el comportamiento de los precios a la baja ésta es la relacionada con la reducción de los costes, condición necesaria pero no suficiente. Y en la tramitación del caso ha sido demostrado que tal reducción de costes ha tenido lugar. En consecuencia, desde esta perspectiva no puede declararse la conducta del operador dominante como anticompetitiva, pues el análisis de la estructura del mercado y de las conductas de los operadores económicos conduce justamente a la opinión contraria: la conducta de dicho operador favorece las condiciones de la competencia en el mercado relevante.

Por último, y con la finalidad de abordar la totalidad de argumentos avanzados por la Sala de Competencia, se examinará una cuestión adicional relacionada con los flujos de información.

D. Los flujos de información

Reconoce la Sala que DINO limitaba su riesgo comercial y aumentaba su penetración en el mercado apoyándose en la información que le suministraban sus subdistribuidores. La información se refería a las ventas y existencias de los afiliados y de sus estados financieros y era una contrapartida por la cesión del logo de DINO y el apoyo publicitario, comercial, técnico y promocional. Ciertamente, mediante dicha información DINO obtenía información en relación con el estado del mercado relevante. Sobre estas cuestiones poco cabe objetar. Lo que es discutible y debe ser discutido con el apoyo del análisis económico es la conclusión que alcanza la Sala: «*Dicha información le permite a* DINO *reforzar su posición dominante, al poder elaborar estrategias que anticipen cualquier movimiento de sus competidores e impedir cualquier intento de burlar la obligación de exclusividad por parte de sus afiliados*».

Aun aceptando que DINO persiguiera asegurar el cumplimiento de sus contratos con los subdistribuidores, lo que resulta a todas luces lógico, no puede aceptarse la relación causal entre obtención de información y abuso de posición de dominio. Lo que pretendía DINO era obtener información con el objetivo de conocer el mercado y adoptar sus estrategias a los movimientos del mismo, tal como sucede en una economía de mercado dominada por las vibraciones competitivas de cuantos intervienen en el mismo. A las empresas les interesa más el conocimiento de las conductas —es

decir, de las estrategias— que el estado —término de significado estático que se refiere a la estructura del mercado— del mercado. Para ello las empresas necesitan información y DINO obtenía información sobre el mercado a través de sus sub distribuidores, lo que tiene todo el sentido. Y el resultado de las reacciones de DINO ante los movimientos del mercado se traducían en reducciones de costes susceptibles de ser trasladadas a los precios, en beneficio de los subdistribuidores y, en última instancia, de los consumidores.

En ocasiones, las autoridades de defensa de la competencia, al prescindir del análisis económico y del conocimiento real de los movimientos de las empresas en los mercados competitivos, pueden manejar los argumentos alejándolos de la realidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la Sala llega a afirmar que «*al incrementar la transparencia del mercado, puede facilitar la colusión entre proveedores...*». Siendo a todas luces imposible que en el presente caso tal movimiento colusivo pueda darse, lo cierto es que la Sala ni lo demuestra, pues si así lo hiciera su obligación hubiera sido instar la apertura de un expediente por acuerdo entre operadores económicos susceptible de falsear la competencia en el mercado, lo que no hizo.

4. CONCLUSIONES

En la resolución de la Comisión de libre competencia de INDECOPI se recoge un punto fundamental: «*266. Sin embargo, en opinión de la Secretaría los descuentos por fidelidad deben recibir un tratamiento similar al que la Comisión ha tenido para el resto de prácticas de abuso de posición de dominio, es decir, un análisis bajo la regla de la razón y no merecen una condena por sí misma* (per se) *sin haberse analizado sus posibles justificaciones y sus efectos sobre la competencia y los consumidores*».

Éste debería ser un elemento crucial y un punto de guía en las resoluciones o decisiones que valoren las situaciones de abuso de posición dominante. En Perú y también en Europa. Como se ha desarrollado, no puede aceptarse, como hacen diversos autores, que los descuentos por fidelidad desde una posición de dominio impliquen necesariamente un abuso. El análisis económico subyacente a este tipo de situaciones es complejo y debe aplicarse con precisión tanto por los profesionales como por las autoridades de defensa de la competencia: desde el órgano instructor hasta quien toma la decisión definitiva. De no hacerlo de esta manera pueden condenarse conductas que mejoran la eficiencia económica y/o incrementan el excedente del consumidor causando un daño que puede ser irreversible en un contexto caracterizado por la ausencia de indemnizaciones por error de las administraciones.

El realizar este examen no es ni más ni menos que cumplir con lo previsto en el art. 2 del Reglamento núm. 1/2003 del Consejo; esto es, descar-

garse de la carga de la prueba con independencia de quién sea quien deba probar inequívocamente: la Administración, una empresa o los ciudadanos afectados por un abuso presunto o real.

Y como telón de fondo, este análisis pone de relieve que en las modernas economías de mercado quienes se dediquen a los menesteres relacionados con la defensa de la competencia, desde cualquier posición, deberán combinar sus conocimientos jurídicos con los pertinentes conocimientos de análisis económico de los mercados. De no hacerlo, quienes administran el derecho de la competencia serán responsables de los errores. A quienes ejercen la profesión el mercado les juzgará.

LOS BENEFICIOS DE UNA COMPETENCIA INCIPIENTE: DESCUENTOS Y BONIFICACIONES A OFICINAS DE FARMACIA

Joan-Ramón BORRELL*
Universitat de Barcelona

Anna Merino-Castelló**
Generalitat de Catalunya

1. EL LENTO AVANCE DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO ESPAÑOL

España es uno de los países con una regulación de los precios de los medicamentos más extensiva e intensiva del mundo. Extensiva porque el Ministerio de Sanidad y Consumo fija administrativamente los precios de la mayoría de fármacos con la excepción de aquellos que no están financiados por la Seguridad Social como, por ejemplo, las especialidades publicitarias[1].

Además, la regulación es intensiva, ya que no sólo se regula el precio máximo de venta de los laboratorios (PVL) sino también el margen comercial bruto de los mayoristas y de las oficinas de farmacia.

A pesar de este rígido marco regulador, la oferta y la demanda de medicamentos están experimentando intensos cambios que provocan cierta tensión en el mercado y, a su vez, evidencian que la regulación específica del sector ha quedado obsoleta y que las reformas realizadas hasta la fecha son, probablemente, inadecuadas para que la competencia beneficie tanto a los consumidores como a la propia Administración pública.

---

* Departamento de Política Económica e Instituto de Economía Aplicada (IREA) de la Universitat de Barcelona; jrborrell@ub.edu.

** Direcció General de Defensa de la Competència, Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya y Universitat Pompeu Fabra (CRES-UPF); amerino@gencat.net.

[1] Ver R. NONELL y J. R. BORRELL, «Mercado de Medicamentos en España. Diseño Institucional de la Regulación y de la Provisión Pública», *Papeles de Economía Española*, 1998, 76, pp. 113-131, y NONELL, R., y BORRELL, J. R., «Public Demand for Medicines, Price Regulation and Government-Industry Relationship in Spain», *Environment and Planning C: Government and Policy*, 2001, 19(1), pp. 119-34.

A nuestro entender, la oferta de medicamentos ha cambiado drásticamente en los últimos años como consecuencia de importantes cambios legislativos: i) a partir de la entrada en vigor de la Ley de Patentes de 1986 que reconoce la patentabilidad de los productos farmacéuticos en España y de la firma de los Acuerdos Internacionales de Comercio en Materia de Propiedad Industrial (ADPIC) en el año 1995, España entra en el club de países que protegen los laboratorios innovadores durante la primera etapa de vida de los productos en el mercado[2] y, posteriormente, ii) en el año 1997, la aprobación de la Ley[3] por la cual se aprueba la comercialización de los genéricos, competidores de los medicamentos innovadores que irrumpen en el mercado a partir de la caducidad de sus patentes.

Por tanto, debido a este nuevo marco normativo, el mercado español de fármacos ha pasado de ser un mercado caracterizado por una competencia relativamente vigorosa entre productos de marca equivalentes (es decir, entre originales y copias) a ser un mercado con medicamentos de marca (sólo originales de laboratorios innovadores y sus licenciatarios) que viven una primera etapa de monopolio y compiten en precios con sus correspondientes genéricos una vez la patente ha caducado. Esta competencia no sólo se ha establecido entre productos de marca y genéricos sino también entre las versiones genéricas de un mismo principio activo comercializadas por distintos laboratorios[4].

La demanda de medicamentos también ha vivido cambios sustanciales en los últimos años. España ha pasado de tener una asistencia sanitaria pública centralizada e insertada, en cuanto a financiación y gestión, en la Administración General del Estado, a tener una asistencia sanitaria pública financiada y gestionada de forma descentralizada por las Comunidades Autónomas (CCAA)[5]. Esta distribución competencial lleva implícito un contrasentido ya que es el gobierno central quien regula y fija los precios de los fármacos mientras que son las CCAA quienes pagan y asumen los costes económicos de dichas decisiones.

Además, los medicamentos de marca con patente caducada y sus correspondientes genéricos están sometidos a una doble regulación de precios, la tradicional y aquella establecida por el sistema de precios de referencia[6]. Este sistema, en vigor desde el año 2000[7], implica hoy en día que

---

[2] Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.

[3] Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social.

[4] Ver J. R. BORRELL y A. MERINO-CASTELLÓ, «Efectos perversos de la regulación farmacéutica en España: ¿hasta dónde se traslada la competencia?, *Gaceta Sanitaria*, 2006, vol. 20, núm. Supl. 2, pp. 41-50.

[5] Ver J. PUIG-JUNOY, «Incentives and pharmaceutical reimbursement reforms in Spain», *Health Policy* 2004b, 67, pp. 149-165, y COSTA-FONT, J., y PUIG-JUNOY, J. «The pharmaceutical market regulation in Spain: is drug cost-containment under question?», *Journal of Pharmaceuticals Finance, Economics and Policy* 2005, 13, pp. 33-49.

[6] Ver J. PUIG-JUNOY, «Los medicamentos genéricos pagan el precio de ser referencia», *Revista de Administración Sanitaria*, 2004, 2, pp. 35-59.

[7] El sistema de precios de referencia fue aprobado por primera vez por el Real Decreto 1035/1999 por el que se regula el sistema de precios de referencia en la financiación de medicamen-

el precio máximo de reembolso de estos fármacos a cargo de fondos públicos no puede superar una cuantía que se ajusta, periódicamente, a la media de los precios autorizados de los tres genéricos más baratos, eliminando así una de las principales variables de competencia dinámica en la prescripción y dispensación de los genéricos.

Este escenario ha favorecido la proliferación de lo que se conoce como descuentos y bonificaciones de los laboratorios de genéricos hacia las oficinas de farmacia permitiendo así aflorar, indirectamente, la competencia efectiva en la parte final de la cadena del medicamento.

Así pues, el objetivo de este trabajo es poner de manifiesto la existencia de competencia efectiva en precios entre los laboratorios de genéricos en forma de bonificaciones y descuentos a las oficinas de farmacia, evaluar el impacto de estas bonificaciones sobre la competencia y cuantificar el ahorro potencial que representaría para la factura farmacéutica pública si esta situación concurrencial se pudiera trasladar a los precios finales de venta al público.

A partir de un panel de datos con información mensual de descuentos y consumo en Cataluña de 262 genéricos que corresponden a 16 principios activos, se calcula el diferencial entre el margen teórico y el margen real que estos descuentos representan para las oficinas de farmacia y, posteriormente, se cuantifica el ahorro potencial para el *Servei Català de la Salut* (SCS) y los consumidores.

No obstante, una modificación de la situación existente con el fin de trasladar la competencia a los compradores finales en el corto o medio plazo no parece viable en el mercado español por los siguientes motivos: i) por una parte, los laboratorios de genéricos no tienen incentivos para tramitar una reducción del PVL de sus fármacos ya que pierden un instrumento comercial de gran valor, los descuentos, que les permiten competir para conseguir que sus genéricos sean dispensados en las oficinas de farmacia y, por otra, ii) la rigidez legislativa que persiste en la fijación de precios en España no contempla la posibilidad de poder trasladar directamente el potencial impacto de este incremento de competencia al precio final de venta al público.

El trabajo se estructura en seis secciones. Tras esta introducción, en la Sección 2 se analiza la naturaleza de los descuentos aplicados a los genéricos desde el punto de vista de la teoría económica así como su potencial impacto sobre la competencia y el bienestar social. La Sección 3 aporta evidencia empírica sobre la existencia y magnitud de los descuentos en Cataluña. La Sección 4 muestra el porcentaje que representan estos descuentos sobre el total de la factura farmacéutica pública de Cataluña así como la importancia relativa de los descuentos en relación al margen bruto

---

tos. Actualmente, el art. 93 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios establece la fórmula para el cálculo del precio de referencia.

farmacéutico. Finalmente, la última sección concluye y presenta algunas reflexiones sobre cómo se podría reformar la regulación actual para canalizar los beneficios de la competencia hacia los compradores de medicamentos, ya sean los consumidores finales o los organismos autonómicos correspondientes.

2. DESCUENTOS Y BONIFICACIONES EN LA DISPENSACIÓN DE GENÉRICOS

La entrada de los genéricos, así como la aprobación de los precios de referencia y de las normas de sustitución obligatoria, no sólo han fomentado la competencia entre productos de marca y genéricos sino también entre los laboratorios de genéricos que luchan por conseguir que sus medicamentos sean los dispensados por los farmacéuticos cuando la receta médica se realiza por principio activo. Así como, en el caso de las recetas de fármacos de marca, los prescriptores identifican un nombre comercial y, consecuentemente, su laboratorio productor, en las recetas genéricas, los médicos prescriben utilizando el nombre del principio activo y, por tanto, dejan a criterio del farmacéutico la elección del laboratorio productor del genérico que finalmente será dispensado.

Así pues, las oficinas de farmacia han adquirido un papel que va más allá del puro dispensador, convirtiéndose en un nuevo agente decisorio, circunstancia que no ha pasado desapercibida a los laboratorios de genéricos. Con el objetivo de influir en este proceso de dispensación, y aprovechando un vacío interpretativo de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, estos laboratorios empezaron a ofrecer descuentos y bonificaciones sobre sus productos a las oficinas de farmacia para conseguir que su genérico fuera el medicamento dispensado en aquellos casos en que los médicos recetan utilizando el nombre del principio activo, o en el caso de que se deba sustituir obligatoriamente un medicamento recetado mediante nombre comercial por un genérico a elección de la oficina de farmacia.

Aunque este tema surgió hace unos años como una reacción meramente coyuntural, la aplicación de descuentos y bonificaciones sobre los genéricos se ha popularizado hasta convertirse en una práctica habitual del sector. En el año 2002, la situación fue denunciada por organizaciones de defensa de los consumidores que argumentaban que un sistema de bonificaciones de estas características implicaba un fraude fiscal y sanitario ya que los descuentos no se trasladaban al precio final de venta del medicamento.

Ante la incertidumbre generada por el mencionado informe, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios emitió una circular en la cual se prohibían expresamente las bonificaciones y, meses después, Sanidad anunció que las mencionadas prácticas serían consideradas como una infracción de la normativa sectorial.

Después de un viaje de ida y vuelta en el que, incluso, las bonificaciones se llegaron a considerar legales, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su art. 3.6 prohíbe expresamente dichas prácticas exceptuando los descuentos por pronto pago y por volumen de compras que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la factura correspondiente. Adicionalmente, la Ley de 2006 califica como infracción grave, con sanciones de 30.000 a 60.000 euros, tanto el ofrecimiento como la aceptación de bonificaciones o descuentos prohibidos, mientras que en la Ley de 1990 tan sólo el ofrecimiento de incentivos, primas u obsequios era calificado como infracción de carácter leve con sanciones de 6.000 a 30.000 euros[8].

Aun así, los descuentos ofrecidos por los laboratorios genéricos o los distribuidores mayoristas a las oficinas de farmacia han sido una realidad en los últimos años, mediante ofertas que tomaban la forma del tipo «dos por el precio de uno», «pague uno y llévese cinco» y similares. Aunque es cierto que la nueva Ley es más explícita y estricta respecto a esta prohibición, fuentes del sector indican que estos descuentos se han adaptado al nuevo entorno legislativo incorporándose a la factura en forma de descuentos por pronto pago o descuentos por volumen.

De hecho, se trata de un descuento vinculado a unas cantidades vendidas por el cual la bonificación se aplica a todas las unidades facturadas y el precio unitario se reduce *de facto* según la relación entre el número de unidades pagadas y las unidades entregadas gratuitamente (dos por tres equivale a un descuento de 1/3 = 33 %, dos por uno equivale a un descuento del 1/2 = 50 %, cinco por uno equivale a un descuento del 4/5 = 80 %).

Estos descuentos permiten realizar lo que los economistas conocen como discriminación de precios indirecta o de segundo grado, es decir, las empresas diseñan un amplio menú de ofertas de precios y cantidades con el fin de que los consumidores se autoseleccionen según el consumo previsto. Este tipo de discriminación, a priori, mejora el bienestar social y, por ello, ni en los EE.UU. ni en los países de la Unión Europea, los descuentos vinculados a cantidades compradas están prohibidos *per se*. Ahora bien, tal y como señala MOTTA (2004), los descuentos también pueden convertirse en eficaces instrumentos para cambiar la estructura y funcionamiento de los mercados, especialmente, cuando intentan evitar la entrada de nuevos competidores (*entry pre-emption*) o expulsar a competidores ya establecidos, en cuyo caso, la discriminación de precios puede llegar a utilizarse de forma anticompetitiva.

Siguiendo la simple pero didáctica forma de exponer la discusión sobre los efectos competitivos de los descuentos de MOTTA (2004), se muestra a

---

[8] Según aquello establecido en los arts. 101.2.*b)* 29.º de infracciones y en el art. 102.*b)* de sanciones de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

continuación bajo qué circunstancias los descuentos a oficinas de farmacia pueden tener efectos beneficiosos para el bienestar y en qué casos no los tienen.

Tal y como muestra la figura 1, la demanda de los distintos laboratorios de un medicamento genérico está predeterminada por la prescripción médica y, en general, es insensible al precio del medicamento, por lo que, en el extremo y por simplicidad gráfica, se podría representar como una línea vertical. Ahora bien, el precio máximo que pagan los servicios de salud autonómicos por cualquiera de estas versiones está fijado y es igual al precio de referencia (p_R). Supongamos que sólo existe una única versión genérica en el mercado comercializada por el laboratorio establecido (*incumbente*) y que en él quiere entrar un segundo laboratorio comercializando otra versión genérica (*entrante*). Las cuestiones a responder son: *¿qué laboratorio puede tener interés en ofrecer descuentos? y ¿qué efectos tienen los descuentos para el bienestar social?*

Con este objetivo se analizan varios escenarios según si el laboratorio más eficiente es el entrante ($c_I > c_E$, siendo c_I el coste marginal de producción del incumbente y c_E el coste marginal de producción del entrante) o si, por el contrario, el laboratorio más eficiente es el incumbente ($c_I<c_E$). En la primera fase del juego, cuando el laboratorio establecido es el único productor del genérico, su precio será, previsiblemente, igual al precio de referencia (p_R) y no será hasta la entrada del nuevo productor cuando se iniciará la dinámica competitiva de precios.

En el escenario de $c_I > c_E$, el entrante puede solicitar la autorización de su producto a un precio igual al de referencia y, por tanto, al del incumbente ($p_I = p_E = p_R$), en cuyo caso el mercado quedaría repartido a partes iguales entre el establecido y el entrante. Por el contrario, si el entrante fijase un precio inferior al del incumbente ($p_E < p_I$), este último podría escoger, en el momento de la revisión del precio de referencia, entre igualar el menor precio del entrante y dividirse el mercado en partes iguales o rebajar el precio hasta c_I para así convertirse de nuevo en genérico de menor precio. El entrante puede, a su vez, mantener el precio por encima o igual a c_I y compartir el mercado con el incumbente o bien fijar un precio por debajo de c_I y así quedarse con todo el mercado[9].

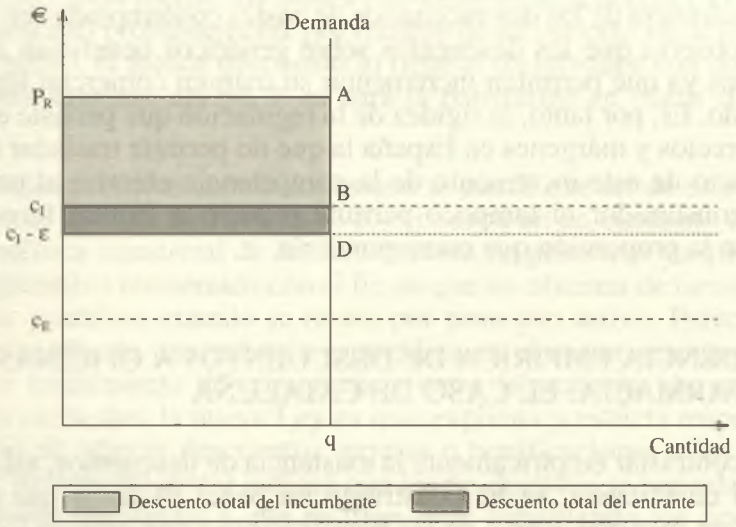
Así pues, cuando los costes del incumbente y del entrante son inferiores a los precios fijados administrativamente, existe margen comercial para ofrecer descuentos a las oficinas de farmacia y, en particular, si $c_I>c_E$, el entrante siempre estará en disposición de ofrecer un descuento total equivalente [$p_R AD(c_I-\varepsilon)$] superior al que podría ofrecer el laboratorio establecido [$p_R ABc_I$] para conseguir que las oficinas de farmacia dispensen su nuevo producto y no el de su competidor (ver figura 1).

---

[9] Esta dinámica competitiva se puede repetir hasta el infinito llevando a la conocida paradoja de BERTRAND por la que la competencia en precios entre sólo dos competidores puede llevar el precio hasta el coste marginal del competidor menos eficiente.

FIGURA 1

DESCUENTOS EN EL ESCENARIO $c_I > c_E$



En este escenario, la entrada del segundo laboratorio redistribuye rentas del proveedor al dispensador de medicamentos, es decir, el farmacéutico. Los descuentos no tienen, en este caso, efectos anticompetitivos ya que gana la batalla el laboratorio más eficiente. Adicionalmente, la existencia de descuentos constituye evidencia suficiente de que sería posible reducir el precio de referencia que fija el gobierno y paga la sanidad pública autonómica ya que éste se sitúa muy por encima del coste marginal del proveedor más eficiente.

Tal y como muestra la figura 1, ante esta amenaza, el incumbente puede también ofrecer un descuento total equivalente a sus beneficios del área $p_R ABc_I$ pero, en la carrera por los descuentos, siempre perdería ante el entrante ya que éste puede rebajar el precio unitario un poco más allá. Sólo si existieran efectos externos que ligasen las ventas en este mercado con los beneficios en otros mercados, el incumbente podría ofrecer descuentos totales superiores a sus beneficios directos. Bajo estas circunstancias de subsidios cruzados entre mercados conexos, estos descuentos pueden tener efectos anticompetitivos de disuadir la entrada de competidores eficientes (*entry deterrence*) tal y como AGHION y BOLTON (1987) ponen de manifiesto. Se trataría de uno de los casos analizados por ARMSTRONG y VICKER (1993) en el que la discriminación de precios puede llevar a precios por debajo de costes marginales (predación de precios) con posibles consecuencias anticompetitivas [10].

[10] Para más información sobre los efectos anticompetitivos de los precios predatorios, ver S. GRAU-ARNAU y A. MERINO-CASTELLÓ, «Sentencia Altadis: elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO.

En el escenario de $c_I<c_E$, la situación es a la inversa ya que es el incumbente quien, en el extremo, puede ofrecer descuentos superiores al entrante hasta el punto que eviten la entrada de un laboratorio menos eficiente.

En cualquiera de los dos escenarios de costes contemplados en esta sección, se observa que los descuentos sobre genéricos benefician a los farmacéuticos ya que permiten incrementar su margen comercial legalmente establecido. Es, por tanto, la rigidez de la regulación que persiste en la fijación de precios y márgenes en España la que no permite trasladar el potencial impacto de este incremento de la competencia efectiva al precio que paga el consumidor ni tampoco permite reducir la factura farmacéutica pública en la proporción que correspondería.

3. EVIDENCIA EMPÍRICA DE DESCUENTOS A OFICINAS DE FARMACIA: EL CASO DE CATALUÑA

Para contrastar empíricamente la existencia de descuentos, así como su magnitud cuantitativa, se ha construido un panel de datos que contiene información mensual acerca de las bonificaciones que ofrecen los laboratorios de genéricos a las oficinas de farmacia y de la facturación en valor de aquellos Equivalentes Farmacéuticos Genéricos (EFGs) que se venden con incentivos en Cataluña.

La información sobre descuentos ha sido proporcionada por agentes del sector farmacéutico y los datos sobre facturación en valor de los EFGs seleccionados han sido aportados por la *Divisió d'Atenció Farmacèutica i Prestacions Complementàries del Servei Català de la Salut* (SCS).

El ámbito geográfico del estudio es la Comunidad Autónoma de Cataluña y el periodo de análisis comprende de enero de 2003 a mayo de 2005. La muestra contiene información sobre 262 EFGs que corresponden a 16 principios activos, entre ellos el omeprazol, la paroxetina, la simvastatina, el ibuprofeno y el paracetamol, moléculas que se encuentran entre el grupo de fármacos más consumidos tanto en Cataluña como en el resto de CCAA.

La información disponible sobre las bonificaciones aplicadas a los diferentes EFGs está expresada en número de envases que los laboratorios regalan a las oficinas de farmacia por envases efectivamente pagados; por ejemplo, 1+1 «*pague uno y llévese dos*», 3+1 «*pague tres y llévese cuatro*», etc. Esta variable contiene 1.535 observaciones que corresponden a los meses de octubre de 2003, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2004 y enero de 2005. En particular, el mes con menor número de observaciones es agosto 2004 con sólo 15 datos y el mes con mayor número de observaciones es julio 2004 con 506 observaciones seguido por septiembre 2004 con 423, noviembre 2004 con 160 y octubre 2003 con 152.

El análisis descriptivo de la variable descuentos y bonificaciones muestra que el valor medio durante el periodo de octubre 2003 a enero 2005 fue

del 34 % para el conjunto de los 262 EFGs identificadas en las ofertas emitidas por los mayoristas de farmacia, siendo octubre 2003 y enero 2005 los meses con mayores descuentos (38 y 36 %, respectivamente), mientras que julio y agosto 2004 fueron los meses con menores descuentos (33 y 26 %, respectivamente) probablemente por tratarse de un periodo vacacional. Por principio activo, el menor descuento lo tiene el diclofenaco con un 17 % y el descuento máximo del 50 % es para la paroxetina en enero 2005 (ver tabla 1).

Una de las primeras conclusiones que se puede extraer de este análisis descriptivo es que los descuentos se convirtieron en un elemento estructural de la política comercial de los laboratorios de genéricos ya que actúan como un incentivo económico con el fin de que las oficinas de farmacia dispensen sus genéricos cuando se receta por principio activo. Parece, pues, que no se trataba de una práctica esporádica en el sector sino que era un importante instrumento de competencia entre laboratorios de genéricos. Aunque es cierto que la nueva Ley es más explícita y estricta respecto a la prohibición de ofrecer descuentos, primas o bonificaciones a los agentes decisores, fuentes del sector indican que los productores se han adaptado al nuevo entorno legislativo y que podrían estar camuflando los descuentos tradicionales en forma de descuentos por pronto pago o descuentos por volumen.

Debido a la irregularidad temporal de la información disponible sobre descuentos, se puede considerar que se trata de una variable discreta o truncada; no obstante, para calcular el ahorro potencial será necesario disponer de esta información mensualizada para el periodo enero de 2003 a mayo de 2005. Por este motivo, se transforma la variable de descuentos en una variable continua que se pueda aplicar a la variable de facturación mensual. Con este objetivo, se ha calculado el descuento medio correspondiente al periodo de análisis 2003-2005 para cada uno de los EFGs (ver tabla 1).

A pesar de esta limitación metodológica, se comprueba, mediante un test de diferencias de medias, que la dimensión de estos descuentos se mantuvo estable durante el periodo 2003-2005 y, por tanto, que la utilización del descuento medio de todo el periodo para cada EFG no sesga los resultados de la estimación del ahorro potencial ni del margen real de los farmacéuticos. Este test en diferencias se calcula tomando como referencia los datos de descuento del mes de septiembre de 2004 ya que es el ecuador del periodo analizado. Con este objetivo, se construye una variable *dummy* que coge el valor 1 si se trata de una oferta del mes de septiembre de 2004 y 0 para cualquier otro mes de la serie y se plantea la hipótesis nula de que no existen diferencias significativas entre una submuestra y otra. La tabla 2 muestra los resultados de este test y, en ningún caso, se rechaza la hipótesis nula de igualdad de los descuentos a lo largo del tiempo [11].

[11] Los cálculos se han realizado con un nivel de significación del 1 %. Este nivel de significación muestra el riesgo de rechazar la hipótesis nula de igualdad de medias entre las dos submuestras cuan-

TABLA 1.

DESCUENTO MEDIO POR PRINCIPIO ACTIVO

Principio activo EFGs	*Octubre 2003*	*Julio 2004*	*Agosto 2004*	*Septiembre 2004*	*Octubre 2004*	*Noviembre 2004*	*Enero 2005*	*Descuento medio*
Azitromicina (18)		30 %		33 %	32 %	32 %	37 %	33 %
Captopril (16)	37 %	33 %	33 %	34 %	36 %	33 %	32 %	34 %
Ciprofloxacino (33)	40 %	30 %	22 %	30 %	35 %	38 %	37 %	33 %
Claritromicina (18)	31 %	31 %		34 %	37 %	37 %	38 %	34 %
Diclofenaco (5)	21 %	17 %	17 %	17 %	17 %	17 %	17 %	17 %
Diltiazem (2)	33 %	30 %		30 %	33 %	33 %	33 %	31 %
Doxazosina (6)	33 %	30 %		35 %	42 %	42 %	46 %	36 %
Enalapril (21)	41 %	36 %	29 %	38 %	36 %	36 %	37 %	37 %
Fluoxetina (26)	44 %	35 %	25 %	36 %	34 %	34 %	33 %	35 %
Ibuprofeno (4)	33 %	29 %		28 %	29 %	29 %	28 %	29 %
Omeprazol (41)	37 %	32 %	28 %	32 %	32 %	31 %	32 %	32 %
Paracetamol (4)	34 %	22 %		27 %	38 %	38 %	33 %	29 %
Paroxetina (6)		25 %		41 %	25 %	25 %	50 %	35 %
Ranitidina (37)	40 %	38 %	33 %	38 %	39 %	38 %	40 %	38 %
Simvastatina (19)	42 %	36 %		35 %	36 %	33 %	36 %	36 %
Trifusal (5)		48 %		48 %	42 %	33 %	38 %	44 %
Total	38 %	33 %	26 %	34 %	35 %	35 %	36 %	34 %

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de descuentos y bonificaciones.

TABLA 2.
RESULTADOS DEL TEST EN DIFERENCIAS

Principio activo	*Grados de libertad*	*t*	*P > t*
Azitromicina	74	0,0334	0,9735
Captopril	89	–0,0061	0,9952
Ciprofloxacino	228	2,1278	0,0344
Claritromicina	138	–0,0278	0,9778
Diclofenaco	32	1,0185	0,3161
Diltiazem	22	0,847	0,4061
Doxazosina	40	0,1666	0,8685
Enalapril	132	–0,3407	0,7339
Fluoxetina	182	–0,4687	0,6389
Ibuprofeno	13	0,4086	0,6895
Omeprazol	218	0,0166	0,9868
Paracetamol	19	0,307	0,7622
Paroxetina	18	–1,7162	0,1033
Ranitidina	167	0,0147	0,9883
Simvastatina	107	0,5994	0,5501
Trifusal	n.d.	n.d.	n.d.

La otra variable necesaria para calcular el ahorro potencial en la factura farmacéutica pública es el consumo mensual en valor (euros corrientes), correspondiente a cada una de estos EFGs durante el periodo comprendido entre enero 2003 y mayo 2005, información que ha sido proporcionada por el SCS. El enlace entre las variables de descuentos e importe facturado se ha realizado a partir del código nacional que identifica cada EFG; en particular, del total de 262 EFGs con información sobre bonificaciones, sólo 144 tienen consumos positivos y, por tanto, los cálculos que se presentan en las siguientes secciones se realizan sobre esta submuestra.

do ésta es cierta. Para un nivel de significación menos exigente del 5 %, sólo encontramos diferencias en la media de los descuentos a lo largo del tiempo para el caso de ciprofloxacino.

4. IMPACTO DE LOS DESCUENTOS SOBRE LA FACTURA FARMACÉUTICA PÚBLICA Y EL MARGEN REAL DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

A. Impacto de los descuentos sobre la facturación farmacéutica pública

Así pues, para estimar el ahorro potencial que hubiese implicado el traslado de estos descuentos al precio pagado por la administración autonómica y los consumidores, se aplica al importe de la facturación mensual de cada EFG el descuento medio calculado según la metodología de la sección anterior [12].

Este ahorro se podría trasladar, por un lado, a los consumidores mediante una rebaja directa del precio de venta al público (PVP) y, por otro, a la administración autonómica mediante la rebaja del precio o mediante la fijación en los conciertos de unos descuentos globales que las oficinas de farmacia deberían aplicar a los organismos pagadores según las unidades de genéricos vendidos. Así pues, a partir de estos cálculos, se obtiene el ahorro potencial que aportaría cada uno de estos principios activos en el importe de la factura farmacéutica genérica y total de Cataluña. Adicionalmente, se calcula el potencial ahorro en el caso de que estos descuentos se hicieran extensivos al resto de principios activos del ámbito del SCS y, finalmente, se realiza un ejercicio de extrapolación de los resultados obtenidos en Cataluña al resto de CCAA.

El ahorro potencial en términos de importe de la factura farmacéutica del SCS que implicaría el traslado de los descuentos identificados en el conjunto de 16 principios activos (144 EFGs) para el año 2003 sería de 3,8 millones de euros, de 4,8 millones de euros para el año 2004 y de 2,6 millones de euros para los primeros cinco meses del año 2005. Teniendo en cuenta el importe de la facturación que implican estos EFGs para el SCS, se puede concluir que el porcentaje de ahorro sería, para los años 2003, 2004 y 2005, de 25,4, 24,1 y de 23,5 %, respectivamente (ver tabla 3).

Dado que unos principios activos tienen mayor peso que otros en la facturación farmacéutica genérica del SCS, el ahorro se concentra en aquellos principios activos de mayor consumo para los cuales existen descuentos y bonificaciones; en particular, el omeprazol representa un 38 % del ahorro total y el enalapril y el ibuprofeno un 10 % cada uno de ellos. El resto de principios activos representan menos del 10 % en el ahorro total e incluso algunos de ellos, debido a su reducido consumo, cuentan con porcentajes inferiores al 5 % aunque su descuento medio puede ser superior al 30 % (ver figura 2).

---

[12] Como es habitual en este sector, se distingue el importe de la facturación farmacéutica del ámbito del SCS del gasto farmacéutico del SCS. El importe es la suma de la aportación de los beneficiarios (copago, que supone en torno al 7 %), la aportación de las farmacias (descuento, que supone en torno al 3 %) y el gasto farmacéutico efectivamente soportado por el SCS (90 %).

TABLA 3

AHORRO POTENCIAL SOBRE EL IMPORTE DE LA FACTURA FARMACÉUTICA GENÉRICA DE LOS 16 PRINCIPIOS ACTIVOS ANALIZADOS (?)

	2003	*2004*	*Enero-mayo 2005*
Ahorro (144 EFG)	3.831.154	4.800,678	2.610.627
Facturación (144 EFG)	15.073.996	19.889.911	11.088.426
% ahorro/facturación genética	25,4 %	24,1 %	23,5 %

Si se asume como cierta la premisa de que los descuentos identificados por los 16 principios activos representados en la submuestra permiten un ahorro de entre el 25,4 y el 23,5 % del gasto farmacéutico en genéricos y estas cifras se aplican al resto de EFGs para cada uno de los años analizados, se podría alcanzar un ahorro potencial máximo de 32 millones de euros anuales en el gasto farmacéutico de genéricos y en torno al 2 % en el gasto farmacéutico total de Cataluña (ver tabla 4).

Si se extrapolan los resultados obtenidos en Cataluña al resto de CCAA, se obtiene que el traslado de los descuentos y bonificaciones a las administraciones autonómicas reduciría en un 1,8 % el gasto farmacéutico público, cifra que representa unos 163 millones de euros. Para aquellas CCAA con un

FIGURA 2

DESCUENTO MEDIO Y AHORRO POR PRINCIPIO ACTIVO

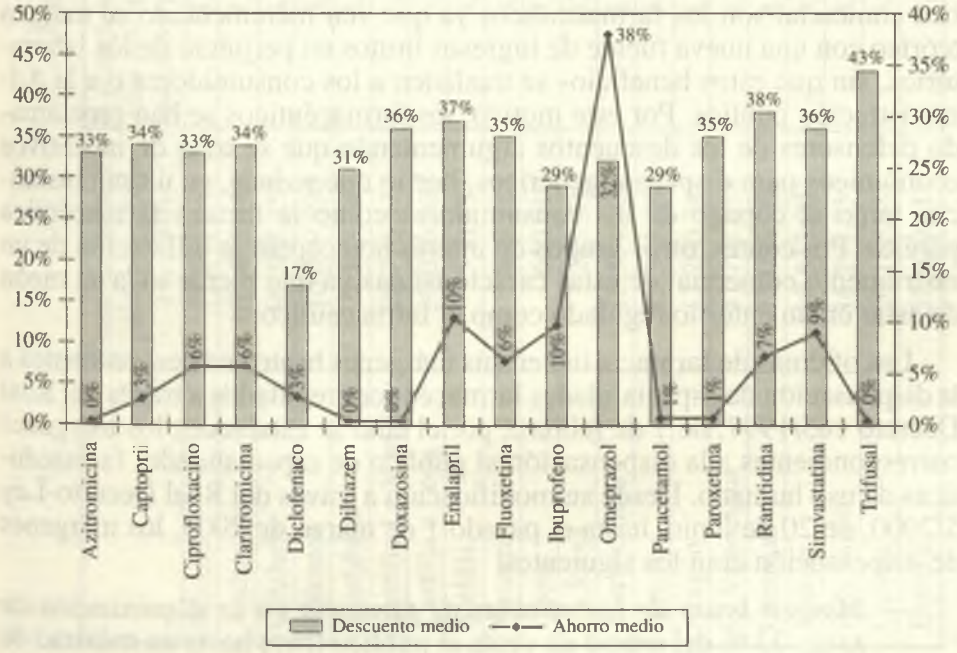


TABLA 4

AHORRO POTENCIAL DEL GASTO FARMACÉUTICO DEL SCS

Gasto público farmacéutico en genéricos en Cataluña			
Año	*Gasto PVP (€)*	*Ahorro potencial (%)*	*Ahorro potencial (€)*
2003	127.527.411	25,4	32.391.962
2004	129.909.543	24,1	31.308.200
Enero-mayo 2005	64.415.433	23,5	15.137.627
Gasto público farmacéutico total en Cataluña			
Año	*Gasto PVP (€)*	*Ahorro potencial (%)*	
2003	1.483.198,112	2,18	
2004	1.551,361,179	2,02	
Enero-mayo 2005	678.432,065	2,23	

mayor consumo de genéricos, el ahorro potencial también sería mayor, como es el caso de Andalucía y Madrid (ver tabla 5).

B. IMPACTO DE LOS DESCUENTOS SOBRE EL MARGEN REAL DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

A priori, parece evidente que los principales beneficiados de esta práctica comercial son los farmacéuticos ya que ven incrementado su margen teórico con una nueva fuente de ingresos brutos en perjuicio de los laboratorios, sin que estos beneficios se trasladen a los consumidores o a la Administración pública. Por este motivo, los farmacéuticos se han proclamado defensores de los descuentos argumentando que se trata de incentivos económicos para dispensar genéricos, hecho que reduce, en última instancia, tanto el copago de los consumidores como la factura farmacéutica pública. Por contra, otros grupos de interés no aceptan la utilización de un instrumento comercial de estas características ya que pierde toda su razón de estar en un entorno regulado como el farmacéutico.

Las oficinas de farmacia tienen sus márgenes brutos correspondientes a la dispensación de especialidades farmacéuticas regulados a través del Real Decreto 165/1997, de 7 de febrero, por el cual se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano. Desde su modificación a través del Real Decreto-Ley 5/2000, de 20 de junio, hasta el pasado 1 de marzo de 2005, los márgenes de dispensación eran los siguientes:

— *Margen bruto de las oficinas de farmacia en la dispensación de EFGs:* 33 % del precio de venta al público (PVP) hasta un máximo de

TABLA 5

AHORRO POTENCIAL POR CCAA

	Gasto farmacéutico público genérico (€, 2005)	*% gasto farmacéutico público genérico/gasto farmacéutico público total*	*Ahorro potencial (€, 2005)*	*Gasto farmacéutico público total (€, 2005)*	*% ahorro potencial sobre gasto farmacéutico público total (2005)*
Madrid	77.261.243	8,5	19.315.311	909.448.330	2,12
Andalucía	107.443.449	7,3	26.860.862	1.475.531.284	1,82
Cataluña	96.565.355	6,8	24.141.339	1.426.391.642	1,69
Baleares	10.019.890	6,4	2.504.972	156.648.412	1,60
Cantabria	7.148.749	6,4	1.787.187	111.550.129	1,60
Castilla-La Mancha	25.776.877	6,2	6.444.219	418.120.645	1,54
Castilla y León	30.016.900	5,7	7.504.225	525.084.913	1,43
Melilla	530.387	6,6	132.597	8.035.379	1,65
Navarra	7.426.253	6,2	1.856.563	119.926.715	1,55
Ceuta	650.010	6,2	162.502	10.526.198	1,54
La Rioja	3.285.506	5,5	821.377	60.056.665	1,37
Extremadura	12.554.002	5,1	3.138.500	246.622.006	1,27
Asturias	12.545.889	5,0	3.136.472	251.880.002	1,25
Aragón	13.200.347	4,7	3.300.087	281.855.551	1,17
C. Valenciana	41.792.358	3,7	10.448.089	1.116.061.247	0,94
Canarias	15.088.962	4,0	3.772.240	381.419.717	0,99
Murcia	10.853.003	3,7	2.713.251	290.126.277	0,94
País Vasco	16.291.059	3,8	4.072.765	424.829.136	0,96
Galicia	20.186.681	3,1	5.046.670	645.539.807	0,78
España	651.920.617	7,4	162.980.154	8.859.653.575	1,84

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Grupo Safa (http:\\www.elglobal.net).

33,54 euros para aquellas especialidades que tienen un PVL superior a 78,34 euros.

— *Margen bruto del mayorista:* 9,6 % del precio de venta del mayorista hasta un máximo de 8,32 euros para aquellas especialidades que tienen un PVL superior a 78,34 euros.

El Real Decreto 2402/2004 redujo los precios de las especialidades farmacéuticas y los márgenes regulados de la distribución con efectos legales a partir del 1 de marzo de 2005. A partir de esta fecha los márgenes regulados pasan a ser los siguientes:

— *Margen bruto de las oficinas de farmacia:* 27,9 % del precio de venta al público hasta un máximo de 37,94 euros para aquellas especialidades que tienen un PVL superior a 89,62 euros.
— *Margen bruto del mayorista en 2005:* 8,6 % del precio de venta del mayorista hasta un máximo de 8,43 euros para aquellas especialidades que tienen un PVL superior a 89,62 euros.
— *Margen bruto del mayorista en 2006:* 7,6 % del precio de venta del mayorista hasta un máximo de 7,37 euros para aquellas especialidades que tienen un PVL superior a 89,62 euros.

Si el margen porcentual para los productos de marca y genéricos coincide (27,9 %), como es el caso de España desde el 1 de marzo de 2005, el farmacéutico recibe menos ingresos cuando dispensa genéricos ya que sus precios medios son menores que los de sus equivalentes de marca. Por el contrario, si el margen porcentual del farmacéutico es mayor en el caso de los genéricos, como ha sido en España del 2000 en el 2005 (33 % para los genéricos *versus* el 27,9 % para los productos de marca), el resultado es incierto ya que, en algunas ocasiones, la remuneración del farmacéutico será mayor en la dispensación de los productos genéricos mientras que en otros lo será el de marca dependiendo de si el diferencial de los precios de salida de laboratorio sea grande o pequeño. Así pues, los descuentos y bonificaciones pueden convertirse en un instrumento comercial por los laboratorios genéricos no solamente para asegurar su dispensación cuando la receta es por principio activo sino también para asegurar que los ingresos de los farmacéuticos originados por la dispensación de los genéricos puedan superar los ingresos totales de dispensar el equivalente de marca.

A partir de la información de facturación facilitada por el SCS y de los márgenes regulados, se puede estimar la facturación adicional obtenida por las oficinas de farmacia si se tienen en cuenta los ingresos extras que proporcionan los descuentos y bonificaciones de los genéricos.

En particular, estos descuentos y bonificaciones permiten a los farmacéuticos recibir, en concepto de incentivos económicos, una cantidad equivalente a tres cuartas partes (76 %) de lo que reciben como contraprestación del servicio público de dispensación de las versiones genéricas de los principios activos analizados en el ámbito de este estudio. En otras palabras, las oficinas de farmacia ven incrementado considerablemente su margen

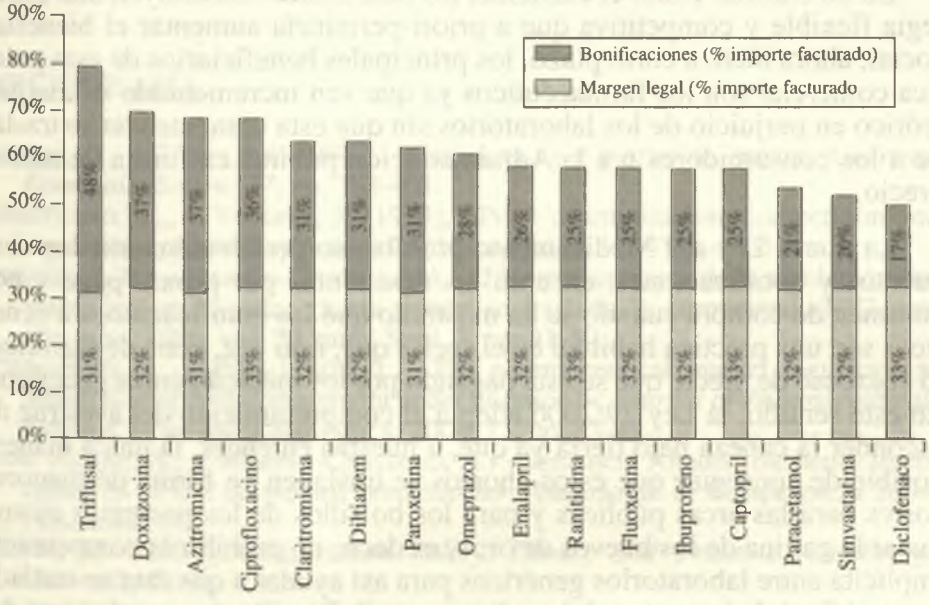
comercial establecido por Ley (de 27,9 o 33 % según la Ley vigente a 49 %) sin la obligación de trasladar total o parcialmente estas ganancias derivadas de la competencia al sistema público de salud [13]. Para algunos principios activos, las bonificaciones representan un porcentaje superior al margen legal (más del 100 %), como es el caso del trifusal, doxazosina, azitromicina y ciprofloxacino (ver figura 3), mientras que para otros (simvastatina o diclofenaco), las bonificaciones representan un 50 % del margen legal, siendo la media un 76 %.

5. CONCLUSIÓN

El trabajo realizado pone de manifiesto que las reformas reguladoras introducidas en el mercado farmacéutico español en los últimos años han creado una situación de competencia efectiva entre los laboratorios de genéricos. No obstante, estas modificaciones legislativas se han quedado cortas ya que las ganancias derivadas de la competencia entre genéricos no se pueden trasladar a la sanidad pública ni a los consumidores debido a la rigidez legislativa existente en el sistema de precios de los medicamentos.

FIGURA 3

MARGEN LEGAL Y BONIFICACIONES DE LOS PRINCIPIOS ACTIVOS INCLUIDOS EN LA MUESTRA (ENERO 2003-MAYO 2005)



[13] En algunas Comunidades Autónomas, el concierto firmado entre farmacéuticos y la unidad correspondiente del Departamento de Sanidad contempla un porcentaje de descuento que se aplica al importe de la factura farmacéutica pública.

Este estudio ha realizado un ejercicio de simulación para cuantificar el potencial ahorro para la factura pública farmacéutica, tanto genérica como total, del SCS si el marco regulador permitiera trasladar esta competencia a los precios que paga la Administración a las oficinas de farmacia. En particular, se estima que el ahorro potencial que se obtendría de los descuentos y bonificaciones para un número reducido de 16 principios activos de los cuales existen diversas versiones genéricas dispensadas en el ámbito del SCS es de 4,8 millones de euros para el año 2004. Este ahorro representa, aproximadamente, un 25 % del importe de la factura farmacéutica genérica del SCS asociado a estos 16 principios activos (144 EFGS). Si estos resultados se extrapolaran a la totalidad de principios activos con especialidades genéricas, el ahorro potencial máximo en el gasto farmacéutico de genéricos en el ámbito del SCS sería de unos 32 millones de euros, cifra que representa un 2 % del gasto farmacéutico público de Cataluña.

Adicionalmente, estos descuentos y bonificaciones permiten a los farmacéuticos recibir, en concepto de incentivos económicos, una cantidad equivalente a tres cuartas partes (76 %) de lo que reciben como contraprestación del servicio público de dispensación de las versiones genéricas de los principios activos analizados en el ámbito de este estudio. En otras palabras, las oficinas de farmacia ven incrementado considerablemente su margen comercial establecido por ley (de 27,9 o 33 a 49 %) sin la obligación de trasladar total o parcialmente estas ganancias derivadas de la competencia al sistema de salud.

En un entorno como el existente, los descuentos constituyen una estrategia flexible y competitiva que a priori permitiría aumentar el bienestar social; ahora bien, a corto plazo, los principales beneficiarios de esta práctica comercial son los farmacéuticos ya que ven incrementado su margen teórico en perjuicio de los laboratorios sin que esta competencia se traslade a los consumidores o a la Administración pública en forma de menor precio.

La nueva Ley del Medicamento prohíbe, sorprendentemente, los descuentos y bonificaciones, excepto los descuentos por pronto pago y por volumen de compra cuando se ha mostrado que las bonificaciones a genéricos son una práctica habitual en el sector que, a su vez, pone de manifiesto el exceso de precio que se está pagando por los medicamentos genéricos. En este sentido, la Ley 29/2006 adopta el comportamiento del avestruz de esconder la cabeza bajo tierra ya que, a nuestro entender, la única manera posible de conseguir que estos ahorros se trasladen en forma de menores costes para las arcas públicas y para los bolsillos de los pacientes es «no matar la gallina de los huevos de oro», es decir, no prohibir la competencia implícita entre laboratorios genéricos para así ayudar a que ésta se traslade hasta el final de la cadena del medicamento [14]. Por ello, los reguladores del

[14] En Holanda, en febrero de 2004, se firmó un convenio entre el Ministerio de Sanidad (VWS), la Asociación de Aseguradoras (ZN), la Asociación de Farmacéuticos (KNMP) y la Asociación de

mercado farmacéutico y los gestores de la prestación farmacéutica deberían alejarse de aquellas intervenciones basadas en precios y costes y adoptar políticas y regulaciones «con incentivos».

El concepto de «regulación con incentivos» no es nuevo sino que se aplica con éxito en numerosos servicios públicos y de interés general sometidos a regulaciones de precios. De hecho, el *National Health Service* (NHS) británico utiliza una política de este tipo para fijar la remuneración de las oficinas de farmacia que prestan los servicios esenciales. Las negociaciones de esta remuneración se realizan por periodos plurianuales y en cada negociación se acuerda cuál es el descuento que los laboratorios harán a las oficinas de farmacia y que el NHS recuperará en forma de menores márgenes brutos de dispensación. Como en un sistema de regulación de precios de *revenue sharing,* el NHS no puede reclamar a posteriori más aportaciones de los farmacéuticos si los descuentos superan las previsiones.

En este sentido, sería recomendable reformar la remuneración de los farmacéuticos a fin de que parte de los beneficios de la competencia que actualmente quedan en sus manos se canalice hacia la Administración pública sanitaria y los pacientes. El reforzamiento de la capacidad de concertación de los servicios autonómicos de salud con las oficinas de farmacia puede permitir la canalización de parte de los ahorros que genera la competencia sin eliminar los incentivos de los laboratorios y farmacéuticos a competir para ofrecer descuentos y mejor calidad de la prestación farmacéutica pública, tal como lo hacen las «regulaciones con incentivos» que se aplican en otros sectores regulados (SAPPINGTON, 1994).

BIBLIOGRAFÍA

AGHION, P., y P. BOLTON (1987), «Contracts as a barrier to entry», *American Economic Review*, 77, pp. 388-401.

ARMSTRONG, M., y VICKERS, J. (1993), «Price discrimination, competition and regulation», *Journal of Industrial Organization*, 41 (4), pp. 335 y ss.

BORRELL, J. R., y MERINO-CASTELLÓ, A., «Efectos perversos de la regulación farmacéutica en España: ¿hasta dónde se traslada la competencia?, *Gaceta Sanitaria*, 2006, vol. 20, núm. Supl. 2, pp. 41-50.

COSTA-FONT, J., y PUIG-JUNOY, J., «The pharmaceutical market regulation in Spain: is drug cost-containment under question?», *Journal of Pharmaceuticals Finance, Economics and Policy*, 2005, 13, pp. 33-49.

GRAU-ARNAU, S., y MERINO-CASTELLÓ, A., «Sentencia Altadis: elemento intencional en el test de precios predatorios», *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.

Fabricantes de Medicamentos Genéricos (BOGIN) con la intención de sustituir los descuentos a las farmacias por precios oficiales más bajos. Ejemplo obtenido del artítulo de análisis publicado por Jorge MESTRE-FERRÁNDIZ en la *Revista Economía de la Salud,* vol. 6, núm. 1.

NONELL, R., y BORRELL, J. R., «Mercado de Medicamentos en España. Diseño Institucional de la Regulación y de la Provisión Pública», *Papeles de Economía Española*, 1998, 76, pp. 113-131.

— «Public Demand for Medicines, Price Regulation and Government-Industry Relationship in Spain», *Environment and Planning C: Government and Policy*, 2001; 19(1), pp. 119-34.

PUIG-JUNOY, J., «Incentives and pharmaceutical reimbursement reforms in Spain», *Health Policy* 2004b; 67, pp. 149-165.

— Los medicamentos genéricos pagan el precio de ser referencia. *Revista de Administración Sanitaria* 2004a; 2, pp. 35-59.

SAPPINGTON, D. E. M. (1994), «Designing Incentive Regulation», *Review of Industrial Organization*, 9(3), pp. 245-72.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMO DEFENSA FRENTE A LAS OPAS HOSTILES: REFLEXIONES SOBRE EL CASO ORACLE/PEOPLESOFT

Francisco MARCOS *
Director del Servicio de Defensa de la Competencia
Tribunal de Defensa de la Competencia
Comunidad de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Los recursos y las acciones ante los tribunales y ante otros órganos administrativos encargados de aprobar y supervisar una oferta pública de adquisición (OPA) constituyen una de las principales y más eficaces medidas a las que, en principio, podría acudir la dirección de las sociedades cuyas acciones pretenden ser adquiridas para intentar frustrar la OPA [1]. Se trataría, por tanto, de la utilización de un mecanismo defensivo más, en el que la función táctica y estratégica, encaminada a prolongar o retardar el desarrollo de la oferta, suele ser primordial [2].

En particular, los administradores y directivos de una sociedad cuyas acciones sean objeto de una oferta pública de adquisición hostil pueden encontrar en el derecho de defensa de la competencia un eficaz aliado para derrotar la OPA hostil. Como es sabido, las normas de defensa de la competencia se encuentran entre las normas sustantivas cuyo cumplimiento puede resultar cuestionado por el éxito de la OPA. En efecto, la concentración empresarial que se realiza como consecuencia de la oferta puede dar

* francisco.marcos.fernandez@madrid.org.

[1] En Estados Unidos se trata de una medida a la que se acude de manera automática y que es empleada en casi todos los casos por los ejecutivos y administradores de la sociedad sobre cuyas acciones recae la oferta de adquisición (hasta el punto de que primero se interpone la acción y luego se piensa y decide sobre su posible fundamentación), que se ha demostrado tremendamente eficaz. Véase, con referencias, Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los recursos y acciones contra las OPAS como medida defensiva», en *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, Civitas, Madrid 1999, 164-165.

[2] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, 168.

lugar a la notificación de la operación a las autoridades de defensa de la competencia y su examen por parte de estas para evaluar en qué medida la adquisición puede dar lugar a un debilitamiento de la competencia en el mercado.

La protección del interés de los accionistas y del funcionamiento del mercado, que subyace como principal objetivo del régimen jurídico de las OPAS, ha de cohonestarse con la salvaguardia del funcionamiento competitivo de los mercados, que inspira el control administrativo de las operaciones de concentración empresarial[3].

La regulación española y comunitaria del control de concentraciones impone al adquirente el deber de notificar la concentración de empresas con carácter previo, y ello tiene particularidades en el caso de que la operación se realice a través de una OPA, pero el régimen vigente no concede a la sociedad objeto de adquisición y a sus directivos ningún cauce para oponerse a la operación que se fundamente en los posibles incumplimientos del derecho de defensa de la competencia y en el carácter restrictivo de la competencia de la operación[4].

Por otra parte, como es sabido, en España el vigente régimen jurídico de las OPAS impone a los administradores de la sociedad afectada por la OPA una obligación de pasividad, que limita fuertemente sus actuaciones[5]. El deber de pasividad persigue evitar que los administradores de la sociedad afectada por la OPA actúen para intentar frustrar o impedir el éxito de la oferta. Se pretende de este modo evitar cualquier conflicto entre sus intereses personales y los de los accionistas.

---

[3] La coordinación de ambas normas no resulta siempre fácil, sin ir más lejos la celeridad (relativa) que inspira la regulación de las OPAS, y que persigue distorsionar lo menos posible el funcionamiento empresarial y de los mercados de valores, contrasta con la necesaria lentitud (relativa) que exige el examen de la operación por las autoridades de defensa de la competencia (particularmente en aquellos casos en los que el examen de la operación se realiza en segunda fase).

[4] Además, a diferencia de otros ordenamientos, la regulación española no contempla la posible impugnación judicial de la operación por terceros afectados fundándose en la infracción del derecho de defensa de la competencia. En el Derecho Federal norteamericano el art. 16 de la *Clayton Act* legitima a cualquier persona que pueda resultar perjudicada por la infracción de la ley para solicitar medidas cautelares (y el art. 7 prohíbe las concentraciones «*que puedan tener por efecto una reducción sustancial de la competencia o que tiendan a crear un monopolio*»). Los tribunales norteamericanos discuten en qué medida pueda considerarse perjudicada a la sociedad sobre la que recae la OPA (y no, más bien, todo lo contrario). Véanse Brent W. HUBER, «Target Corporations, Hostile Horizontal Takeovers and Antitrust Injury Under Section 16 of the Clayton Act After Cargill», *Ind. L. J.* 66 (1991), pp. 625-649, y Matina KESARIS, «Antitrust Standing of Target Corporations to Enjoin Hostile Takeovers Under Section 16 of the Clayton Act», *Fordham L. Rev.* 55 (1987), pp. 1.039-1.057.

Una reflexión sobre el impacto negativo en el bienestar social, que debería llevar a proscribir la legitimación activa para ejercitar estas acciones por los administradores de la sociedad sobre la que recae la oferta, en Joseph Gregory SIDAK, «Antitrust Preliminary Injunctions in Hostile Tender Offers», *Kans. L. Rev.* 30 (1982), pp. 492-515. En términos parecidos, Frank H. EASTERBROOK y Daniel R. FISCHEL, «Antitrust Suits by Targets of Tender Offers», *Mich. L.Rev.* 80 (1982), pp. 1155-1178.

[5] Véase art. 14 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio. La Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas en materia de ofertas públicas de adquisición habilita a los Estados miembros a adoptar cualquier postura sobre este tema (véase considerando 21 y arts. 9 y 12).

Para paliar el riesgo de posibles actuaciones que sean contrarias al interés de los accionistas, el régimen vigente convierte al órgano de administración en un «órgano de mera gestión dependiente» de la Junta de accionistas, lo cual conlleva la necesidad de que todas las actuaciones que puedan afectar desfavorablemente al desarrollo de la operación sean objeto de aprobación por la Junta General[6]. De otro lado, el lanzamiento de la OPA no debe impedir que los administradores continúen dirigiendo la sociedad y adoptando decisiones de administración ordinarias.

Como se ha dicho, en su caso la notificación de la operación ante las autoridades se ha de realizar por la sociedad oferente[7] y no está prevista una intervención de la sociedad afectada en el procedimiento de control de concentraciones, que por lo demás podría encontrarse afectada por el deber de pasividad antes indicado. Ello podría suscitar algún problema en aquellos casos en los que las autoridades de defensa de la competencia pidieran información a los administradores y directivos de la sociedad sobre cuyas acciones recae la oferta pública de adquisición[8], aunque extender la pasividad a la respuesta a esas solicitudes de información parezca un tanto exagerado. Otro tanto puede decirse de la eventual participación en el procedimiento ante las autoridades de defensa de la competencia como parte interesada[9]: en efecto, con carácter general es razonable pensar que la salvaguardia del interés social puede aconsejar la intervención de los administradores de la sociedad afectada por la oferta en el procedimiento administrativo que evalúa los efectos de un eventual éxito de la OPA en la competencia en el mercado.

Desde luego, en ningún caso cabe una intervención de los administradores de la sociedad adquirida dirigida a obstaculizar y entorpecer el desarrollo de la OPA. Por ello, no ha de considerarse legal que los administradores y directivos de la sociedad sobre cuyas acciones recae la OPA tomen la iniciativa de facilitar información a las autoridades de defensa de la competencia que aumente la posibilidad de que aquéllas denieguen la autorización a la operación o pongan condiciones o requisitos[10].

---

[6] GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, pp. 178-179.

[7] Es difícilmente imaginable un incumplimiento de la obligación de notificación en estos casos, puesto que la propia CNMV puede ponerlo en conocimiento de las autoridades de la competencia (art. 37.1 *in fine* del Real Decreto 1197/1991), pero además está previsto que éstas puedan requerir la notificación cuando no se hubiere realizado (art. 11 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre).

[8] Previsto en los arts. 8.2, 12.3, 14.2 y 14.3 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre y el art. 11 del Reglamento 139/2004, de 20 de enero.

[9] Contemplada en el art. 15.2 del Real Decreto 1443/2001 y en los arts. 18 del Reglamento CE/139/2004 y 16 del Reglamento CE/802/2004, de 7 de abril.

[10] En este sentido se pronuncia GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, 189 («no podrían ni siquiera adoptar una actitud activa de *lobbying* o de presión al objeto de lograr una declaración de improcedencia de la concentración proyectada»). En cambio, parece contemplar mayores posibilidades de acción Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Controles administrativos sobre una OPA y probabilidades de defensa», *RDBB* 89 (enero-marzo 2003), pp. 251-274, que considera la posibilidad de incitar a la CNMV o directamente al SDC para que reclame la notificación de la operación o la posibilidad de que se tomen en consideración

La situación es muy distinta en otros ordenamientos, señaladamente el norteamericano. Como es sabido, los administradores de la sociedad afectada gozan allí de una mayor discrecionalidad en la adopción de medidas de defensa frente una adquisición hostil. No se afirma una obligación de pasividad como la impuesta en el ordenamiento español, que ha de atender a sus deberes de lealtad y diligencia, lo cual les otorga una mayor latitud que tienen los administradores para oponerse o dificultar las ofertas de adquisición no deseadas [11].

La mayor frecuencia de las ofertas de adquisición hostiles en aquel mercado ha dado lugar a una rica experiencia práctica sobre este particular [12]. Téngase además en cuenta también que allí la aplicación del derecho de la competencia se confía en gran parte a los particulares, que están legitimados para perseguir las infracciones de estas normas directamente ante los órganos jurisdiccionales [13].

La adquisición en 2004 de la compañía de software PeopleSoft Inc. por su rival Oracle Corp. proporciona un inmejorable «botón de muestra» de las dificultades que se pueden suscitar en el marco del control de concentraciones para el éxito de una OPA hostil [14], que se analiza en las siguientes páginas. Además, este caso permite constatar diferencias de criterio y mati-

---

datos relevantes que pudieran suministrar los administradores de la sociedad destinataria de la oferta, aunque no sean directamente interesados

[11] Una defensa de esta regla (frente a la propuesta de decisión de los accionistas de gran parte de la doctrina), en la medida que aumenta el valor de la sociedad afectada, precisamente referida a este caso, en Jennifer ARLEN, «Regulating Post-Bid Embedded Defenses: Lessons from Oracle versus PeopleSoft», próximamente en *Harvard Negotiation Law Review* 2006, manuscrito disponible como WP del NYU Center for Law and Economics, núm. 06-30, agosto 2006, en http://ssrn.com/abstract=922052, visitado el 25 de septiembre de 2006. En cambio, una crítica al excesivo protagonismo de los administradores facilitado por el Derecho federal y del Estado de Delaware, que retrasó el éxito de la oferta de Oracle en perjuicio de los accionistas de PeopleSoft, en David MILLSTONE, «Between Wilmington and Washington: Lessons from Oracle-PeopleSoft», próximamente en *Harv. Negot. L. Rev.* (2006).

[12] Son muchas las causas y fundamentos de acciones judiciales a disposición de los administradores de la sociedad sobre cuyas acciones recae la OPA, generalmente inspirados en una estrategia de dificultar o al menos retrasar su éxito; véase Michael ROSENZWEIG, «Target Litigation», *Mich. L. Rev.* 85 (1986), pp. 110-150 (para quien el perjuicio al interés de los socios, dado el claro conflicto de interés de los administradores, aconseja la adopción de normas que limiten o permitan controlar el ejercicio de acciones judiciales por los administradores).

[13] También las operaciones de concentración, véase David A. BALTO, «Private Merger Challenges: A Critical Supplement to Government Enforcement», *Mergers & Acquisitions Newsletter* 4/3 (summer 2004), pp. 2-14 (siempre y cuando el particular en cuestión pueda sufrir algún perjuicio anticompetitivo como consecuencia de la fusión).

[14] Mathias PFLANZ, «Oracle/Peoplesoft: The Economics of the EC Review», *ECLR* 26/3 (2005), p. 123, la describe como «*the most extraordinary EC merger case of recent years*» (además fue un procedimiento de una duración sin precedentes, desde el 14 de octubre de 2003 hasta el 26 de octubre de 2004, en el que la Comisión cambió de posición desde las objeciones que formuló en la fase uno y la aprobación definitiva de la operación en la fase dos). Se trata para otros del «*most extensively litigated merger case in the recent history*»; David A. BALTO, «The "Bleak House" of Merger Enforcement: Obstacles to Future DOJ Oversight of Mergers After Oracle/PeopleSoft», *The M&A Lawyer* 8/5 (octubre 2004), p. 1.

Un buen resumen novelado de la operación en Christian DUVERNOY y Sven VÖLCKER, «Oracle in Brussels», *The M&A Journal* 5/8 (marzo 2005), pp. 1-15 (disponible en http://law/bepress.com/wilmer/papers/art56/, visitado el 25 de septiembre de 2006).

ces que distinguen a las autoridades norteamericanas y a las autoridades europeas en su análisis de la operación de concentración.

2. LA OFERTA DE ADQUISICIÓN HOSTIL DE ORACLE Y LA RELEVANCIA DEL CONTROL DE LA OPERACIÓN POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

El 6 de junio de 2003 Oracle Corp. lanzó una oferta pública de adquisición de las acciones de PeopleSoft Inc [15]. La oferta se realizaba poco tiempo después de que Peoplesoft hubiera adquirido JD Edwards, uno de sus competidores en el mercado de aplicaciones informáticas para empresas.

La oferta de Oracle consistía en 16 US$ por acción de PeopleSoft, lo que suponía una prima del 6 % sobre su valor de mercado. Ante el rechazo de esta oferta por el consejo de administración de PeopleSoft, Oracle realizaría dos ofertas más, elevando el precio: la segunda oferta —que también fue rechazada— incorporaba una prima del 29 % sobre el valor de mercado (19,50 US$) y, finalmente, la oferta definitiva en febrero de 2004 de 26 US$ por acción [16].

El órgano de administración de PeopleSoft no se limitó a rechazar la OPA hostil de Oracle por considerar el precio demasiado bajo, sino que también puso en marcha otras medidas defensivas [17] y alertó de la imposibilidad de que la operación fuera autorizada por las autoridades federales encargadas de controlar las fusiones y concentraciones empresariales.

---

[15] En el verano de 2002 Oracle y PeopleSoft ya habían discutido la posibilidad de fusionarse, pero no hubo acuerdo sobre la administración de la compañía que hubiera resultado de la fusión. PeopleSoft se había fundado en 1987 dedicada principalmente a las aplicaciones informáticas de recursos humanos para empresas, su consejero delegado Craig Conway es el responsable de su crecimiento en el mercado de aplicaciones informáticas para empresas (hace once años Conway trabajaba en Oracle bajo las órdenes de Larry Ellickson, consejero delegado de Oracle).

A finales de 2005 Oracle adquirió Siebel Systems, Inc., una compañía de aplicaciones de software empresarial en materia de gestión de relaciones con clientes (CRMS) y Business Intelligence Software (Caso COMP/M.3978-Oracle Siebel), notificado a la Comisión europea el 18 de noviembre de 2005 (*Diario Oficial* núm. C 297, de 29 de noviembre de 2005, 12) y autorizado en primera fase por la Comisión a través de Decisión de 22 de diciembre de 2005 (http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/ decisions/m3978_20051222_20310_en.pdf).

[16] Sobre el caso véase, ampliamente (con infinidad de detalles), David MILLSTONE y Guhan SUBRAMANIAN, «Oracle v. PeopleSoft: A Case Study», proximamente en *Harv. Neg. L. Rev.* (2006), borrador disponible en http://ssrn.com/abstract=816006. visitado el 25 de septiembre de 2006). Las acciones de ambas sociedades se negociaban en NASDAQ.

[17] Entre las medidas defensivas que ya se existían con anterioridad a la OPA, la sociedad había adoptado en la primavera de 1995 un programa renovado de derechos para los accionistas (*revamped shareholder rights plan*) que era en el fondo una «píldora envenenada» (*poison pill*), que hubiera inundado el mercado con acciones de PeopleSoft a un precio muy bajo, diluyendo el capital de la sociedad, y haciendo imposible la adquisición. Si cualquier entidad adquiría más del 20 % de las acciones de PeopleSoft sin la aprobación del consejo de administración, el resto de los accionistas tenían derecho a adquirir acciones por la mitad de su valor en el mercado. Sobre este mecanismo (y su defectuosa configuración en el caso de PeopleSoft, hasta el punto de que hubiera perjudicado a PeopleSoft misma, y hubiera permitido —si hubiera sido ejecutada— una adqui-

Entre las medidas que el órgano de administración de PeopleSoft puso en marcha destaca el Plan de Reembolso al Cliente (*Customer Refund Plan*), a través del que modificó su Programa de Garantía al Cliente (*Customer Assurance Program*), y por cuya virtud se prometía a los potenciales clientes entre el doble y el cuádruple de lo abonado por los productos PeopleSoft adquiridos en caso de que PeopleSoft fuera adquirido en los dos años siguientes y el adquirente redujera el mantenimiento de las aplicaciones de PeopleSoft en los cuatro años siguientes [18].

La operación suscitaba ya, desde un principio, dudas sobre su compatibilidad con el funcionamiento competitivo del mercado de aplicaciones informáticas para empresas, pero sólo el 26 de febrero de 2004 el Departamento de Justicia (DOJ) solicitó a los tribunales el bloqueo de la adquisición por considerar que conducía a una grave restricción de la competencia [19]. El juez federal del 9.° distrito en una sentencia de 9 de septiembre de 2004 rechazó la pretensión del Departamento de Justicia [20].

Por otra parte, la Comisión Europea formuló objeciones a la operación en la primera fase del procedimiento de control de concentraciones (todavía de acuerdo con el Reglamento 4064/89) [21], que fue objeto de un análisis detallado en la segunda fase del procedimiento de control previsto por el Reglamento 4064/1989, y finalmente la aprobó el 26 de octubre de 2004 [22].

---

sición por Oracle a un precio más bajo del finalmente pagado), véase Guhan SUBRAMANIAN, «Bargaining in the Shadow of PeopleSoft's (Defective) Poison Pill», próximamente en *Harv. Neg. L. Rev.* 2006.

Por otro lado, en agosto de 2003, PeopleSoft adoptó un plan de «paracaídas dorados» (*golden parachutes*) y «paracaídas de hojalata» (*tin parachutes*) que preveían indemnizaciones a administradores, directivos y personal de PeopleSoft por un importe de 200 millones de dólares en caso de un cambio en el control de la sociedad.

[18] El plan fue modificado en cinco ocasiones pendiente la OPA [véase MILLSTONE y SUBRAMANIAN, *Harv. Neg. L. Rev.* (2006), pp. 11 y 26 del borrador]. Existen (y existían a la sazón) sólidos argumentos legítimos para defender esta medida: Oracle había puesto en entredicho la continuidad de PeopleSoft y sus productos si la oferta triunfaba, lo que dibujaba un panorama comercial poco halagüeño para la compañía y menoscababa gravemente su reputación de proveedor de calidad en el mercado (véase ARLEN, *Harv. Neg. L. Rev.* 2006, pp. 16-19 del WP). Además, es innegable que benefició a los accionistas en la medida que facilitó el camino a una oferta por un precio sustancialmente más elevado, aumentando el valor de la compañía (*id.*, 3).

[19] El procedimiento de control de concentraciones en Derecho federal norteamericano contempla que la decisión de bloquear una operación de concentración sólo pueda adoptarse por los órganos jurisdiccionales; véase John H. SHENEFIELD e Irwin M. STELZER, *The Antitrust Laws. A Primer*, AEI, Washington D.C. 1993, p. 56.

[20] United States v, Oracle Corp., 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D.Cal. 2004), disponible en http://www.usdoj.gov/atr/cases/f205300/205388.pdf: para un breve comentario véase Douglas F. BRODER, *ECLR* 26/3 (2005) núms. 48-49.

[21] Declaración de Objeciones de la Comisión de 12 de marzo de 2003.

[22] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, Caso COMP/M.3216- Oracle/Peoplesoft (disponible en inglés en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3216_en.pdf). Véase Andreas WEITBRECHT, «EU Merger Control in 2004-An Overview», *ECLR* 2005, pp. 71-72.

El análisis de la operación por las autoridades norteamericanas y europeas muestra claramente la tensión que se produce en la delimitación del mercado relevante (véase *infra* apartado 3) y en la predicción de los posibles efectos de la fusión (véase *infra* apartado 4).

3. LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Como en cualquier operación de concentración el paso previo a cualquier análisis es la delimitación del mercado afectado, para evaluar los posibles efectos restrictivos de la competencia que se deriven de la concentración empresarial. La clave radica en comprender el área más amplia de productos/servicios que los consumidores y los oferentes consideran sustitutivos unos de otros. Para ello se utiliza el test de la subida sustancial y significativa en el precio («*substantial and significant increase of the price*» o SSNIP), conforme al cual, quedarían cubiertos por el mercado en cuestión todos aquellos productos que los consumidores y los oferentes consideran sustitutivos[23].

En el caso en cuestión el mercado afectado por la operación es el de aplicaciones informáticas (*software*). Como en cualquier operación de concentración la delimitación exacta del mismo es esencial para analizar sus posibles efectos anticompetitivos[24]. La experiencia existente hasta la fecha es buena prueba de las mayores dificultades que se han encontrado en la definición de mercados en las fusiones y adquisiciones de empresas en la industria de los ordenadores personales y de las aplicaciones informáticas[25]. Como cualquier mercado de productos de innovación o nuevas tecnologías, el mercado de las aplicaciones informáticas es un mercado dinámico, de productos muy diferenciados, que no son fácil ni perfectamente sustituibles por otros.

---

[23] Las claves del análisis a nivel europeo se recogen en la *Comunicación sobre Definición del mercado relevante (Diario Oficial* núm. C 372 de 9 de diciembre de 1997, 5-13*), y también las Directrices sobre concentraciones horizontales (Diario Oficial* núm. C 31 de 5 de febrero de 2004, pp. 5-18, disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2004/c_031/c_03120040205es00050018.pdf). A nivel federal norteamericano las pautas principales aparecen recogidas en las *Horizontal Merger Guidelines*, publicadas por el Department of Justice (DOJ) y la Federal Trade Commission (FTC) el 2 de abril de 1992 (revisadas el 8 de abril de 1997), disponibles en http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf.

[24] Es una cuestión preliminar y crítica, como subrayan tanto Richard A. POSNER, *Antitrust Law*, 2.ª ed., University of Chicago Press, Chicago & Londres 2001, 147, como Massimo MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge University Press*, Cambridge 2004, 101. De hecho, como afirma el Tribunal Supremo norteamericano:. «*... only a further examination of the particular market-its structure, history and probable future- can provide the appropriate setting for judging the probable anticompetitive effect of the merger*», *Brown Shoe v. U.S.*, 370 U.S. 294, 322, núm. 38 (1962).

[25] Algunos supuestos similares se analizan en David A. BALTO, «Antitrust Analysis of Computer Software Mergers», *Antitrust Report* 82 (winter 2003), pp. 92, 98-99, 101-103. En general, véase Andrew CHIN, «Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach», *Harvard Journal of Law & Technology* 18/1 (fall 2004), pp. 25-42 (disponible en http://iolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v18/18HarvJLTech001.pdf).

Oracle y PeopleSoft desarrollan y venden aplicaciones informáticas para empresas. Compiten entre sí en el mercado de programas que resuelven cuestiones y problemas de planificación, organización, ejecución y colaboración empresarial. No se trata de aplicaciones destinadas a la producción por el personal de la empresa (procesadores de textos, hojas de cálculo, etc.), sino de aplicaciones que integran y automatizan la información y datos de la organización empresarial en todas sus funciones administrativas (*enterprise application software* o EAS).

Estas aplicaciones de software para empresas apoyan la dirección de las actividades empresariales en todas las áreas. Permiten dirigir las finanzas societarias, automatizar las ventas y gestionar el marketing de la empresa, organizando los recursos necesarios para la realización de los proyectos empresariales. Son aplicaciones que se venden como paquetes, relativamente estandarizados[26], aptos para satisfacer las necesidades de cualquier organización empresarial. La adquisición de estas aplicaciones se realiza a través de negociaciones y operaciones individuales para cada cliente. Existen sustanciales costes de cambio de un proveedor a otro (*switching costs*), mayores cuanto más ajustada y medida sea la aplicación informática a la empresa en cuestión.

Dentro de las aplicaciones de software para empresas se distinguen distintas categorías según las funciones que la aplicación desempeñe o los objetivos que persiga. Las categorías tienen que ver con las distintas áreas sobre las que se proyecta la actividad empresarial: recursos internos, relaciones con clientes y relaciones con proveedores.

Las aplicaciones para planificación de los recursos internos de la empresa (*Enterprise Resource Planning* o ERP) comprenden todas las herramientas de software para gestionar el uso óptimo de los recursos de la empresa (los empleados, los activos empresariales y las finanzas)[27]. Estas aplicaciones se comercializan como paquetes y plataformas autónomas, adecuadas para satisfacer las concretas necesidades de una empresa en cualquiera de esas áreas, aunque naturalmente son compatibles y complementarias entre sí.

Las aplicaciones de gestión de las relaciones con clientes (*Customer Relationship Management*) automatizan los procesos y las funciones relativas a los clientes de la empresa.

Las aplicaciones de gestión de las relaciones con proveedores (*Supply Chain Management*) comprenden las herramientas destinadas a organizar y

---

[26] La mayor complejidad de la empresa usuaria determina una mayor adaptación de las aplicaciones a su entorno y sus necesidades y una mayor capacidad de soportar múltiples accesos simultáneos.

[27] Financial Management Systems (FMS), Enterprise Project Management (EPM) y Human Resources (HR). La Comisión había analizado ya operaciones en este mercado, sin detenerse en una delimitación detallada del mismo (véase Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 1998, Caso IV/M.1114-SAP/Heildelberger, disponible en alemán en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1114_de.pdf).

planificar el proceso de producción y distribución de los productos de la empresa.

La alemana SAP es la principal productora mundial de aplicaciones informáticas para empresas (EAS), Oracle y PeopleSoft son los principales competidores de gran dimensión, aunque el mercado mundial se encuentra muy fragmentado.

En efecto, aunque Oracle y PeopleSoft operan en casi todos los segmentos del mercado de aplicaciones de software para empresas, tanto las autoridades norteamericanas como las europeas encontraron que el principal mercado en el que la concentración podía suscitar problemas de competencia era el de algunas de las aplicaciones para planificación de los recursos de la empresa (ERP), fundamentalmente los paquetes de administración y gestión financiera de la empresa (*Financial Management Systems)* y de gestión de recursos humanos (*Human Resources*) destinados a las grandes y complejas organizaciones empresariales. Ello naturalmente requería definir el mercado relevante ciñéndose a ese tipo de aplicaciones y para empresas de ese tamaño, con la necesidad de acreditar el cumplimiento de estas condiciones.

La singularidad del mercado de aplicaciones informáticas para las grandes empresas constituye el eje fundamental alrededor del cual se construye la objeción del Departamento de Justicia federal sobre los potenciales efectos anticompetitivos de la operación [28]. Según este planteamiento, tanto las características y capacidades de los productos, como el tamaño y complejidad de las empresas usuarias, configurarían éste como un mercado separado, en el que el solapamiento de las actividades de Oracle y PeopleSoft era mayor.

Por tanto, el Departamento de Justicia (DOJ) construyó una definición del mercado de aplicaciones de software para empresas que se circunscribía a grandes empresas y a aplicaciones con alto nivel de funcionalidad (*high-function software*) [29]. En ese mercado competían sólo Oracle, PeopleSoft y la alemana SAP [30].

---

[28] La existencia de una demanda diferenciada de los clientes grandes y pequeños no es ajena a los estudios de evolución de la industria informática; véanse Francisco MALERBA, Richard NELSON, Luigi ORSENIGO y Sidney WINTER, «Competition and industrial policies in a "history friendly" model of the evolution of the computer industry», *Int'l J. Ind. Org.* 19 (2001), pp. 642-643, 647(«*These users differ in their threshold requirements for the attributes of cheapness and performance, with individuals having more stringent minimum requirements for cheapness but less stringent requirements for performance than do big firms*»), y Timothy F. BRESNAHAN y Shane GREENSTEIN, «Technological competition and the structure of the computer industry», *J. Ind. Econ.* 47 (1999), p. 2.

[29] *U.S. D.O.J. et al. Initial complaint*, 24 de febrero de 2004, pp. 7-9 (§§ 14-22).

[30] Una simulación de los efectos de la fusión si a ellos se hubiera circunscrito la delimitación del mercado hallaba una pérdida de bienestar para los clientes de entre el 10 y el 18 % (en función de si se pudieran hipotetizar eficiencias moderadas derivadas de la operación), véase Claes BENGTSSON, «Simulating the Effect of Oracle's Takeover of Peoplesoft», en *Modelling European Mergers. Theory, Competition Policy and Case Studies* (ed. Peter A. G. van BERGEIJK y Erik KLOOSTERHUIS), Edward Elgar, Cheltenham 2005, pp. 141-147.

Además, constreñía el mercado a los Estados Unidos, en el que la principal competidora de Oracle era precisamente PeopleSoft, y donde SAP tenía una presencia mucho menos importante, y en el que además los precios no se verían afectados por los de otros lugares del mundo. La Comisión, aunque coincidió con la delimitación material del mercado que hace el DOJ, estimaba que el ámbito territorial del mercado era mundial.

La definición del mercado se fundamenta tanto en las características de los productos (aplicaciones de alta funcionalidad), en su sofisticación y en la posibilidad de utilizarse en lenguas y jurisdicciones diferentes, con servicios de atención y asistencia permanentes[31]. En principio, por tanto, el mercado se delimita por la mayor capacidad y complejidad de los productos y, consecuentemente, según la cuantía de los contratos de licencia —ingresos por licencia superiores a un millón de euros— [32] y por el tamaño de los clientes —empresas grandes y complejas—, a las que se considera por tener más de 10.000 trabajadores o ingresos de más de un miliardo de euros. No obstante, aunque los analistas del sector y las empresas que operan en este mercado coinciden en afirmar la existencia de cierta diferenciación de mercado basada en esos parámetros, no existen unos límites claros para la misma y tampoco ningún fundamento para pensar que esa diferenciación sea relevante a efectos de la delimitación de los mercados relevantes para el análisis de la operación por las autoridades de defensa de la competencia[33].

El Tribunal de Distrito del 9.º Circuito rechazó la definición de mercado realizada por el Departamento de Justicia, porque la consideró especulativa al fundarse en las opiniones de los consumidores y usuarios[34]. La industria carecía de unos parámetros establecidos para delimitar ese seg-

---

[31] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 65-78, *Plaintiffs post-trial brief*, 3-10, 10-11, 13-14 (con testimonios de clientes).

[32] El «alto nivel de funcionalidad» se materializa en la capacidad del sistema de soportar miles de usuarios alternativos y decenas de miles de operaciones simultáneas, que se integran en un sistema que asocia la administración y gestión financiera de la empresa (FMS) y la gestión del personal (HR). Sólo SAP, Oracle y PeopleSoft fabrican estos programas.

El «nivel medio de funcionalidad», en cambio, satisface exigencias y necesidades menores y los proveedores alternativos se incrementan (junto a los anteriores AMS y Lawson)

[33] PFLANZ, *ECLR* 26/3 (2005), 124 (y además: los fabricantes de aplicaciones informáticas operan tanto en uno como en otro «mercado»; el carácter multidimensional de estos productos impide clasificarlos en función de sus capacidades, los clientes los consideran de manera diferente según los distintos atributos que a cada uno valora más, 331 *F. Supp 2d.* 1115).

[34] 331 *F. Supp 2d.* 1130-1131 («*The issue is not what solution the customer would like or prefer for their data processing needs; the issue is what they could do in the event of an anticompetitive price increase by a post-merger Oracle. Although the witnesses speculated on the subject, their speculation was not backed up by serious analysis that their sales had performed or evidence they presented [...] [e]ach testified with the kind of rote, that they would have no choice but to accept a ten per cent price increase by a merger Oracle/PeopleSoft*»).

Como recoge BALTO, *Antitrust Report* 82 (winter 2003), p. 88, en la opinión disidente de uno de los miembros de la FTC en la adquisición de Aldus por Adobe en 1994 [«*[O]ne can always posit an scenario of a small number of users who have a favorite product or two, but that does not necessarily constitute a legitimate antitrust market*». Dissenting Statement of FTC Commissioner Deborah Owen on Proponed Consent Agreement in Adobe Sys, Inc., núm. 941-0059, 1994 FTC LEXIS 55 (5 de agosto de 1994)].

mento del mercado, las propias empresas afectadas utilizan indicativos cuantitativos diferentes[35]. En definitiva:

> *«[E]l tribunal no puede delimitar la dimensión material del mercado en procesos de concentración de empresas cuyo volumen de negocios es de varios billones de dólares fundándose en la simple noción de que hay "algo diferente" entre los productos fabricados por las empresas que se fusionan y el resto, especialmente cuando ese "algo diferente" no puede expresarse en términos que hagan que la sentencia del tribunal tenga sentido. Es necesario más»*[36].

La Comisión, en cambio, encontró suficientemente convincente la delimitación del mercado de aplicaciones informáticas de recursos humanos y gestión financiera para empresas de elevada funcionalidad[37] en la medida en que constituye el núcleo y la columna administrativa de una organización empresarial[38]. Las características, necesidades y complejidades de las grandes organizaciones empresariales hacen difícilmente sustituible este producto[39].

Al margen de la divergencia en la delimitación material del mercado, según el Tribunal de Distrito del 9.° Circuito, el Departamento de Justicia minusvaloró a los competidores y potenciales competidores de Oracle/PeopleSoft, como la Comisión Europea excluyó expresamente a esos sujetos de su descripción del mercado[40].

Sin embargo, existían pruebas sólidas presentadas por Oracle, que acreditaban la existencia de proveedores alternativos de aplicaciones informáticas para empresas al margen de Oracle, PeopleSoft y SAP. AMS, Lawson, IFS, Intentia, QAD e incluso Microsoft habían ganado propuestas de provisión de software a grandes y complejas empresas en competencia con las anteriores. Por ello, el Tribunal tuvo muy en consideración la existencia de proveedores alternativos de paquetes de administración y gestión financiera de la

---

[35] Para PeopleSoft son las empresas con ingresos superiores a 500 millones de dólares, para SAP son aquellas con ingresos superiores a 1.500 millones de dólares, y Oracle tiene en cuenta el volumen de ingresos y el número de empleados (331 *F. Supp 2d. 1104*)

[36] 331 *F. Supp 2d.* 1159. Un resultado similar, frente a un intento del DOJ de limitar el mercado de servicios de recuperación informática en caso de desastre en United States v. Sungard Data Systems, Inc., 172 *F. Supp. 2d.* 172 (D.C: noviembre de 14, 2001)

[37] Discrepan también el juez y la Comisión también del parámetro empleado para identificar a los usuarios en uno y en otro mercado, mientras el tribunal de apelación rechaza la construcción y rechaza la separación fundada en un precio de 500.000 US$, la Comisión fija el umbral en 1 millón de euros y, alternativamente en compañías con más de 10.000 empleados o con beneficios por encima de 1 miliardo de euros (Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 118, 121 y 123).

[38] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, § 59.

[39] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 60-62 y 86-87.

[40] En la evaluación de las limitaciones que para la empresa resultante de la fusión pudieran suponer estos «competidores» difiere el análisis de la Comisión, para la que ni la subcontratación (Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 100-104), ni las consultoras o empresas de integración de sistemas (*id.*, §§ 110-113), ni las aplicaciones informáticas individuales de calidad (*best-of-breed*) forman parte del mercado relevante (*id.*, §§93-97).

empresa (*Financial Management Systems)* y de gestión de recursos humanos (*Human Resources*) destinados a las grandes y complejas organizaciones empresariales, incluyendo las empresas de consultoría, las empresas especializadas de integración de sistemas y la subcontratación de estos servicios (*outsourcing*)[41]. Estos sujetos competirían con Oracle/PeopleSoft, evitando que la fusión produjera efectos perjudiciales para los consumidores.

En fin, tampoco la delimitación del mercado geográfico del Departamento de Justicia, que se ceñía a los Estados Unidos, fue aceptada. Como la Comisión Europea[42], el Tribunal de Distrito del 9.º Circuito concluyó que el mercado relevante era de dimensiones mundiales[43], en la medida en que existían frecuentes y significantes importaciones y exportaciones de productos desde y hacia el área geográfica a la que el DOJ había circunscrito la delimitación del mercado[44]. En ocasiones el mercado se ha circunscrito del territorio nacional cuando elementos estructurales de las aplicaciones los hacían aptos exclusivos para el mercado doméstico. Así, por ejemplo, en la adquisición de Intuit (empresa líder en software de finanzas personales y cuentas) por Microsoft en 1995[45].

4. LOS EFECTOS DE LA FUSIÓN

Al margen de posibles divergencias en la delimitación del mercado, tanto el Tribunal de Distrito del 9.º Circuito como la Comisión UE analizaron la objeción sobre sus efectos en el funcionamiento competitivo del mercado de las aplicaciones informáticas para empresas, para concluir que tampoco se sostenía. Desde esta perspectiva se discutía si la fusión conduciría a una disminución sustancial en la competencia en ese mercado, sin posibilidades de reacción por parte de los restantes competidores[46].

El análisis de los efectos anticompetitivos de cualquier concentración en los mercados de alta tecnología, como es el mercado de aplicaciones informáticas, aconseja alcanzar un equilibrio entre el riesgo de consolidar posiciones dominantes inexpugnables y el efecto positivo que este tipo de operaciones pueden tener en la promoción de la innovación y en la difusión de los resultados de la innovación entre consumidores[47].

---

[41] 331 *F. Supp 2d. 1159-1160* (Accenture, Fidelity, ADP, Mellon, Exult, Hewitt, Aon y Converge).

[42] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 173, y 179.

[43] *331 F. Supp 2d* 1165.

[44] Será frecuentemente así en los mercados tecnológicos y de innovación; véase Ronald W. DAVIS, «Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective», *Antitrust Law Journal* 71/2 (2003) 700.

[45] Véase BALTO, *Antitrust Report* 82 (winter 2003), p. 90.

[46] De acuerdo con la construcción del mercado del DOJ, como consecuencia de la fusión, la cuota de Oracle en el mercado FMS de alta funcionalidad sería de 47,4 % (HHI 3,833) y en el de HRM de alta funcionalidad de 67,7 % (HHI 5,707). Véase *Plaintiff's post-trial Brief*, 27.

[47] Sobre algunas de las particularidades de la aplicación del derecho de defensa de la competencia a estos mercados, especialmente en cuando hay derechos de propiedad intelectual implicados,

En primer lugar, las autoridades descartaron los posibles efectos cooperativos o de dominancia colectiva que se podrían derivar de la adquisición de PeopleSoft por Oracle[48]. Como en otros casos en los que empresas informáticas se han visto implicadas[49], la escasa transparencia, la falta de homogeneidad y elevada diferenciación de este tipo de productos, cuya contratación es objeto en última instancia de negociación individualizada, dificulta el comportamiento colusivo[50]. Otro tanto ocurre con el dinamismo de este tipo de mercados por la innovación y la ausencia de barreras de entrada significativas en los mercados de aplicaciones informáticas[51], que empece aún más la colusión entre los competidores. La evidencia extraída de los concursos y pujas realizados en el mercado últimamente así lo indicaban[52].

Pero el Departamento de Justicia y la Comisión consideraron, en cambio, que sí era posible que se produjeran efectos unilaterales anticompetitivos[53]. La teoría predice los efectos anticompetitivos de las fusiones hori-

---

véanse William J. BAER y David A. BALTO, «Antitrust Enforcement and High-Technology Markets», *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 5 (1999), pp. 73-90 (disponible en http://www.mttlr.org/volfive/balto.pdf, visitada el 25 de septiembre de 2006); Susan CREIGHTON y Perry NARANCIC, «Mergers & Acquisitions: Antitrust Issues in Hi-Tech and Emerging Markets», *PLI/Corp* 1122 (1999), 766; DAVIS, *Antitrust Law Journal* 71/2 (2003), pp. 677-703; Richard A. POSNER, «Antitrust in the New Economy», *Antitrust L. J.* 68 (2001), pp. 925-943 (que subraya las deficiencias en el plano de administración y aplicación de las normas); Cento G. VELJANOVSKI, «Competition Law issues in the Computer Industry: An Economic Perspective», *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 3/1 (2003), 3-27 (disponible en http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLJJ/2003/2.html y en http://www.casecon.com/data/pdfs/competitioncompu.pdf) (que analiza con especial detenimiento la problemática de los efectos de red).

[48] La Comisión consideró inicialmente la posibilidad de efectos conglomerados verticales; véase Decisión de 26 de octubre de 2004, §139, pero con la definición del mercado de la Decisión final, ese efecto no se mantenía.

[49] BALTO, *Antitrust Report* 82 (winter 2003), p. 86.

[50] 331 *F. Supp. 2d* 1113 (2004). Véase también CREIGHTON y NARANCIC, 1133 PLI/CORP 761 (1999).

Contra *Plaintiff's Post-trial Brief* 42-46

Demuestra indirectamente la inexistencia de tendencia a colusión tras las fusiones horizontales en un estudio de las fusiones en la industria minera y fabril norteamericana entre 1963 y 1978, B. Espen ECKBO, «Horizontal Mergers, Collusion, and Stockholder Wealth», *J. Fin. Econ.* 11 (1983), pp. 241-273 (sin rendimientos anormales en el precio de las acciones de las sociedades rivales tras la fusión, aunque sí encuentran datos que evidencian el carácter maximizador del valor de las fusiones —eficiencia productiva—, con variaciones en función de que la operación sea cuestionada por las autoridades antitrust federales —que parecen atacar a las fusiones más rentables—.

[51] Aunque en ocasiones las autoridades han considerado que las barreras existían y eran elevadas, considerando las dificultades de desarrollar y probar un producto competitivo, comercializarlo, y adquirir una reputación de calidad [así, respecto, del DOJ, véase BALTO, *Antitrust Report* 82 (winter 2003), pp. 89, 100, 102-103] o dados los elevados costes de cambio de un sistema/proveedor a otro [*id. últ.*, 96].

[52] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, § 197-214.

[53] Suele haber una mayor tendencia a los efectos unilateriales que coordinados; véase DAVIS, *Antitrust L. J.* 71/2 (2003), p. 701. En el caso concreto, sobre la problemática de la evidencia económica de estos efectos y su prueba, con la existencia de divergencias notables entre los datos de la Comisión y los de las autoridades estadounidenses, véase Oliver BUDZINSKI y Arndt CHRISTIANSEN, «The Oracle/PeopleSoft Case: Implications of Unilateral Effects Analysis in Merger Control», *WP Philipps-University of Marburg*, 2006, disponible en http://www.schumpeter2006.org/conftool/uploads/228/2-BudzinskiChristiansenOracle.pdf. En el fondo era muy dudoso que a la sazón los estándares de análisis del Departamento de Justicia y de la Comisión coincidieran; véase RUIZ CALZADO, *Anuario de la Competencia 2004*, pp. 168-170.

zontales: el incremento en la concentración del mercado conduce a una reducción en el bienestar del consumidor por el aumento de precios al incrementarse el poder de la empresa resultante de la fusión de fijar precios muy superiores al coste marginal de producción[54]. En otras palabras, la idea que subyace a la doctrina de los efectos unilaterales anticompetitivos es que la empresa resultante de la fusión podrá subir los precios de manera unilateral e independiente dada su elevada cuota de mercado. En este sentido, las Directrices en materia de concentraciones del Departamento de Justicia presumen que una fusión entre dos competidores cercanos con cuota de mercado conjunta superior al 35 % es anticompetitiva[55].

La doctrina de los efectos unilaterales anticompetitivos requiere analizar en qué medida los productos de las empresas que se fusionan compiten entre sí y cómo les afecta o constriñe la competencia de los productos rivales (antes e, hipotéticamente, después de la fusión). Los efectos anticompetitivos existirán y serán mayores cuanto mayor fuera la competencia previa a la fusión y menor fuera la posibilidad de constricción por productos de empresas rivales[56].

En concreto, y dada la particularidad del tipo de productos que se contratan en este mercado, cuyos precios son negociados individualmente, en la fase dos del procedimiento comunitario de concentración la Comisión examinó centenares de concursos para la provisión de software para la administración y gestión financiera (FMS) y de gestión de recursos humanos (HR) organizados por grandes empresas[57], y aplicó análisis econométricos a los datos e información sobre los mismos que revelaban que el comportamiento de Oracle no se veía afectado ni por el número de competidores que concurrieran al concurso ni por la identidad de sus competidores en las fases finales del concurso, sin que Oracle ofreciese descuentos más o menos agresivos en función de que compitiera con PeopleSoft, SAP o con terceros[58].

Las autoridades, sobre todo el Departamento de Justicia, construyeron parcialmente su teoría de los efectos unilaterales anticompetitivos basán-

---

[54] Algunos estudios no corroboran estos efectos, véase Robert STILLMAN, «Examining Antitrust Policy Towards Horizontal Mergers», *J. Fin. Econ.* 11 (1983), pp. 225-240 (sin impacto significativo y robusto de las decisiones de las autoridades federales en once fusiones horizontales en Estados Unidos sobre el precio de las acciones de las empresas rivales). Ello supone ignorar los efectos positivos en términos de complementariedad en la producción y distribución y en el mercado de administradores del sector.

[55] Véase U.S. DOJ/FTC, *U.S. Merger Guidelines*, §2.211, 24, y *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines 2006*, marzo de 2006, 25-26 (disponible en http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelines March2006.pdf).

[56] Con más detalle véase RUIZ CALZADO, *Anuario de la Competencia 2004*, pp. 174-177.

[57] En la fase uno la Comisión sólo pudo examinar un número reducido de concursos y encontró poca evidencia significativa de efectos unilaterales anticompetitivos, aunque de los datos que poseía concluía que existía una competencia fuerte entre Oracle y PeopleSoft en los concursos. Algunos indicios económicos en apoyo de esta tesis fueron proporcionados por PeopleSoft (según los cuales los descuentos ofrecidos por ésta aumentaban en la medida que crecían los competidores en el concurso). Véase BUDZINSKI y CHRISTIANSEN, *WP Philipps-University of Marburg*, 2006, pp. 11-13

[58] Contra *Plaintiffs' Post-trial Brief* 20-22. PFLANZ, ECLR 26/3 (2005), p. 126.

dose en el testimonio de algunos grandes clientes (Daimler Chrysler AG, Pepsi Americas, Inc., Verizon Communications, Inc.) sobre las dificultades de acudir a proveedores de nivel medio distintos de Oracle, PeopleSoft o SAP, pero el Tribunal de Distrito consideró su testimonio como meras preferencias, declaraciones especulativas y no demostradas.

En efecto, en el detallado análisis del Tribunal de Distrito y de la Comisión Europea encontraron varios proveedores de aplicaciones informáticas para empresas en materia de gestión financiera de recursos humanos que ejercían una presión competitiva frente a Oracle, PeopleSoft y SAP[59].

El Tribunal de Distrito del 9.° Circuito y la Decisión final de la Comisión consideraron que ese efecto es improbable si, a pesar de que la cuota combinada en el mercado de las empresas que se fusionan supera el treinta y cinco, existe un competidor con una cuota similar en los mercados afectados (en el caso de SAP), se definan los mercados como se definan[60].

En mercados dinámicos como los de alta tecnología y software, cuando son competitivos, y no existen barreras de entrada significativas (como en este caso en las que no se aprecian externalidades de red), la afirmación de efectos anticompetitivos unilaterales exige que existan operadores con cuotas de mercado superiores al 50 %[61].

V. CONCLUSIONES

A pesar de diferir en su caracterización del mercado, de las aplicaciones informáticas para empresas, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Distrito norteamericano descartaron los efectos anticompetitivos de la adquisición de PeopleSoft por Oracle. Su análisis coincide en subrayar el dinamismo y la competitividad del mercado de aplicaciones informáticas para empresas, incluso para la Comisión Europea que realiza una delimitación mucho más estrecha del mercado existen al menos siete operadores en competencia (Oracle, PeopleSoft, SAP, Lawson, Intentia, IFS, QAD y Microsoft[62]), lo que dificulta, dadas las características del mercado, cualquier efecto anticompetitivo de la fusión.

El caso Oracle-PeopleSoft constituye un inmejorable ejemplo de las posibilidades que ofrece la utilización del derecho de defensa de la compe-

---

[59] Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, §§ 145-146.

[60] Lo cual cuestiona la vigencia de las Merger Guidelines; véase Stanley GORISON, Mary O'CONNOR y Emmanuelle ROUCHEL, «America's Antitrust Shake-Up», *European Lawyer*, noviembre de 2004, 14 (disponible en http://www.kilpatrickstockton.com/publications/downloads/antitrustarticle.pdf).

[61] Sobre la necesidad de ponderar las ratios de concentración con las barreras de entrada y con la mayor o menor tendencia a la concentración del mercado, véase Andrew CHIN, «Antitrust by Chance: A Unified Theory of Horizontal Merger Doctrine», *Yale L. J.* 106 (1997), pp. 1165-1191.

[62] En algún momento, todos ellos han ganado licencias de concursos de provisión de EAS por importe superior a un millón de euros.

tencia (*rectius* el control de concentraciones) como mecanismo de defensa frente a operaciones de adquisición hostiles. Los diferentes Ordenamientos Jurídicos varían en la laxitud que proporcionan al órgano de administración de la sociedad afectada por la oferta una vía formal para utilizar este «escudo». Sin embargo, las características de las autoridades de competencia y del funcionamiento en la práctica del control de concentraciones ponen de relieve cómo, una vez notificada la operación, la decisión de las autoridades y el resultado del proceso escapa del control de las partes, convirtiendo este mecanismo de defensa en algo que puede volverse en contra de la sociedad que pretende utilizarlo como «escudo»[63].

El análisis de la operación por las autoridades judiciales y administrativas en Estados Unidos y en la Unión Europea pone de relieve las dificultades que puede suscitar la delimitación del mercado en el sector de los servicios informáticos y nuevas tecnologías, así como la complejidad de predecir o evaluar los posibles efectos anticompetitivos de la operación en estos mercados. De hecho, como ocurrió en Oracle/PeopleSoft, ambas cuestiones pueden estar tan imbricadas que sea aconsejable abordarlas conjuntamente, especialmente en lo que atañe a los efectos unilaterales[64].

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, G., y y AUGSPURGER, S., «Defensive Tactics to Hostile Tender Offers-An Examination of Their Legitimacy and Effectiveness», *J. Corp. L.* 11 (1986), pp. 651-714.

ARLEN, J., «Regulating Post-Bid Embedded Defenses: Lessons from Oracle versus PeopleSoft», próximamente en *Harvard Negotiation Law Review.* 2006, manuscrito disponible como WP del NYU Center for Law and Economics, núm. 06-30, agosto 2006, en http://ssrn.com/abstract=922052, visitado el 25 de septiembre de 2006).

BALTO, D. A., «The "Bleak House" of Merger Enforcement: Obstacles to Future DOJ Oversight of Mergers After Oracle/PeopleSoft», *The M&A Lawyer* 8/5 (octubre 2004), pp. 1-7.

— «Private Merger Challenges: A Critical Supplement to Government Enforcement», *Mergers & Acquisitions Newsletter* 4/3 (summer 2004), pp. 2-14.

— «Antitrust Analysis of Computer Software Mergers», *Antitrust Report* 82 (winter 2003), pp. 82-122.

BAER, W. J., y BALTO, D. A., «Antitrust Enforcement and High-Technology Markets», *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 5 (1999), pp. 73-90 (disponible en http://www.mttlr.org/volfive/balto.pdf, visitada el 25 de septiembre de 2006).

BENGTSSON, C., «Simulating the Effect of Oracle's Takeover of Peoplesoft», en *Modelling European Mergers. Theory, Competition Policy and Case Studies*

---

[63] Herbert M. WACHTELL, «Special Tender Offer Litigation Tactics», *Bus. Law.* 32 (1977), pp. 1433-1439.

[64] Como subraya RUIZ CALZADO, *Anuario de la Competencia 2004*, pp. 184-187 (el análisis se confunde y la evidencia empírica es esencial).

(ed. P. A. G. van BERGEIJK y E. KLOOSTERHUIS), Edward Elgar, Cheltenham 2005, pp. 133-149.

BRESNAHAN, T. F., y GREENSTEIN, S., «Technological competition and the structure of the computer industry», *J. Ind. Econ.* 47 (1999), pp. 1-40.

BUDZINSKI, O., y CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft Case: Implications of Unilateral Effects Analysis in Merger Control», WP Philipps-University of Marburg, 2006, disponible en http://www.schumpeter2006.org/ conftool/uploads/228/2-BudzinskiChristiansenOracle.pdf.

CHIN, A., «Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach», *Harvard Journal of Law & Technology* 18/1 (fall 2004), pp. 1-83 (disponible en http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v18/18HarvJLTech001.pdf).

— «Antitrust by Chance: A Unified Theory of Horizontal Merger Doctrine», *Yale L. J.* 106 (1997), pp. 1165-1191.

COMISIÓN UE (1999), *Comunicación sobre Definición del mercado relevante*, *Diario Oficial* núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5-13.

— (2004) *Directrices sobre concentraciones horizontales (Diario Oficial* núm. C31, de 5 de febrero de 2004, pp. 5-18, disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2004/c_031/c_0312004 0205es00050018.pdf, visitado el 25 de septiembre de 2006).

CREIGHTON, S., y NARANCIC, P., «Mergers & Acquisitions: Antitrust Issues in Hi-Tech and Emerging Markets», *PLI/Corp* 1122 (1999), pp. 753-797.

DAVIS, R. W., «Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective», *Antitrust Law Journal* 71/2 (2003), pp. 677-703.

DUVERNOY, C., y VÖLCKER, S., «Oracle in Brussels», *The M&A Journal* 5/8 (marzo de 2005), pp. 1-15 (disponible en http://law/bepress.com/wilmer/papers/art56/, visitado el 25 de septiembre de 2006).

EASTERBROOK, F. H., y FISCHEL, D. R., «Antitrust Suits by Targets of Tender Offers», *Mich. L.Rev.* 80 (1982), pp. 1.155-1.178.

ECKBO, B. E., «Horizontal Mergers, Collusion, and Stockholder Wealth», *J. Fin. Econ.* 11 (1983), pp. 241-273.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los recursos y acciones contra las OPAS como medida defensiva», en *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, Madrid 1999, Civitas, pp. 159-197.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Controles administrativos sobre una OPA y probabilidades de defensa», *RDBB* 89 (enero-marzo 2003), pp. 251-274.

HUBER, B. W., «Target Corporations, Hostile Horizontal Takeovers and Antitrust Injury Under Section 16 of the Clayton Act After Cargill», *Ind. L. J.* 66 (1991), pp. 625-649.

KESARIS, M., «Antitrust Standing of Target Corporations to Enjoin Hostile Takeovers Under Section 16 of the Clayton Act», *Fordham L. Rev.* 55 (1987), pp. 1039-1057.

MALERBA, F.; NELSON, R.; ORSENIGO, L., y WINTER, S., «Competition and industrial policies in a "history friendly" model of the evolution of the computer industry», *Int'l J. Ind. Org.* 19 (2001), pp. 635-664.

MILLSTONE, D., «Between Wilmington and Washington: Lessons from Oracle-PeopleSoft», próximamente en *Harv. Negot. L. Rev.* (2006).

MILLSTONE, D., y SUBRAMANIAN, G., «Oracle v. PeopleSoft: A Case Study», proximamente en *Harv. Neg. L. Rev.* (2006), borrador disponible en http://ssrn.com/abstract=816006. visitado el 25 de septiembre de 2006).

MOTTA, M., *Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge University Press*, Cambridge 2004.

PFLANZ, M., «Oracle/Peoplesoft: The Economics of the EC Review», ECLR 26/3 (2005), pp. 123-127.
POSNER, R. A., *Antitrust Law*, 2.ª ed., University of Chicago Press, Chicago & Londres 2001.
— «Antitrust in the New Economy», *Antitrust L. J.* 68 (2001), pp. 925-943.
ROSENZWEIG, M., «Target Litigation», *Mich. L. Rev.* 85 (1986), pp. 110-150.
RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones: reflexiones a propósito del asunto Oracle/Peoplesoft», *Anuario de la Competencia 2004*, Madrid-Barcelona 2005, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 167-188.
SHENEFIELD, J. H., e STELZER, I. M., *The Antitrust Laws. A Primer*, AEI, Washington D.C. 1993.
SIDAK, J. G., «Antitrust Preliminary Injunctions in Hostile Tender Offers», *Kans. L. Rev.* 30 (1982), pp. 492-515.
STILLMAN, R., «Examining Antitrust Policy Towards Horizontal Mergers», *J. Fin. Econ.* 11 (1983), pp. 225-240.
SUBRAMANIAN, G., «Bargaining in the Shadow of Peoplesoft's (Defective) Poison Pill», próximamente en *Harv. Neg. L. Rev.* 2006.
U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, 2 abril 1992 (revisado 8 abril 1997), disponible en http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf, visitado el 25 de septiembre de 2006.
— Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, march 2006 (disponible en http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelinesMarch2006.pdf).
VELJANOVSKI, C. G., «Competition Law issues in the Computer Industry: An Economic Perspective», Queensland University of Technology Law and Justice Journal 3/1 (2003), 3-27 (disponible en http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLJJ/2003/2.html y en http://www.casecon.com/data/pdfs/competitioncompu.pdf).
WACHTELL, H. M., «Special Tender Offer Litigation Tactics», *Bus. Law.* 32 (1977), pp. 1433-1442.
WEITBRECHT, A., «EU Merger Control in 2004-An Overview», *ECLR* 2005, pp. 67-74.

DECISIONES DE LOS TRIBUNALES FEDERALES NORTEAMERICANOS

Brown Shoe v. U.S., 370 U.S. 294 (1962).
United States v. Sungard Data Systems, Inc., 172 F. Supp. 2d. 172 (D.C:, nov. 14, 2001).
United States v. Oracle Corp., 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D.Cal. 2004), disponible en http://www.usdoj.gov/atr/cases/f205300/205388.pdf y una versión abreviada en http://www.unclaw.com/chin/teaching/antitrust/S2005/oracle05.pdf).

DECISIONES DE LA COMISIÓN CE

Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 1998, caso IV/M.1114-SAP/Heildelberg (disponible en alemán en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1114_de.pdf).

Decisión de la Comisión de 26 de octubre de 2004, caso COMP/M.3216-Oracle/PeopleSoft, C(2004), 4217 final (disponible en inglés en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/ decisions/m3216_en.pdf).

Decisión de 22 de diciembre de 2005, caso COMP/M.3978-Oracle/Siebel (http://ec.europa.eu/_comm/competition/mergers/cases/decisions/m3978_20051222_20310_en.pdf).

CONCENTRACIONES EN EL SECTOR ENERGÉTICO: GAS NATURAL/ENDESA *VS* GAZ DE FRANCE/SUEZ. ALGUNOS APUNTES COMPARATIVOS

Jordi FORNELLS DE FRUTOS *
Subdirección General de Concentraciones
Servicio de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea existe un sistema de control de concentraciones con dos niveles competenciales paralelos: el de la Comisión Europea y el de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Cuando la Comisión Europea está habilitada legalmente para estudiar una operación de concentración, la competencia de los Estados miembros queda automáticamente excluida.

Por otra parte, el sector energético es un sector estratégico en el que la Comisión Europea ha impulsado un proceso de liberalización con el objetivo de crear un mercado único de la energía, que servirá para garantizar los objetivos comunitarios de sostenibilidad, competitividad y seguridad de abastecimiento [1]. No obstante, todavía persisten numerosas barreras entre los distintos mercados nacionales, como las diferencias regulatorias o la falta de capacidad de interconexión, que por el momento imposibilitan la integración de los mismos.

En este contexto, las operaciones de concentración entre empresas del sector energético inciden de manera significativa en la configuración de los mercados nacionales energéticos y en la efectividad del proceso de liberalización. Estas operaciones pueden ser pro competitivas, facilitando la eliminación de la fragmentación nacional de los mercados energéticos, pero a

---

* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional del Servicio de Defensa de la Competencia.

[1] Ver Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo: *Una Política Energética para Europa*. COM (2007)1, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2007/com2007_0001es01.doc.

su vez pueden tener efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva o sobre la seguridad de suministro energético.

El análisis de competencia de las operaciones de concentración en el sector energético suele corresponder a la Comisión Europea, dado el elevado volumen de negocios que por norma general tienen las empresas afectadas.

Sin embargo, existen casos, especialmente en las concentraciones entre empresas del mismo país, en los que la operación de concentración no es de dimensión comunitaria, como consecuencia de la regla de los dos tercios prevista en el Reglamento CE 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas[2], y por lo tanto son competentes para estudiarla las autoridades nacionales de competencia.

Un buen ejemplo de la aplicación de la regla de los dos tercios ha sido la operación de concentración GAS NATURAL/ENDESA[3], estudiada por las autoridades de competencia españolas, y que se instrumentaba a través de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) lanzada por la primera sobre la segunda el 5 de septiembre de 2005.

Cabe resaltar en relación con esta operación de concentración GAS NATURAL/ENDESA que las distintas autoridades que han intervenido en la misma han mantenido criterios diferentes.

Por una parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) recomendó en su Informe-dictamen preceptivo y no vinculante de 5 de enero de 2006[4] la prohibición de la operación de concentración[5].

Por otra parte, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), en su informe preceptivo y no vinculante de 20 de diciembre de 2005[6], recomendó autorizar la operación de concentración con determinadas condiciones[7].

---

[2] Tanto el apartado 2 como el 3 del art. 1 de este Reglamento 139/2004, que regulan los umbrales de volumen de negocios a partir de los cuales una operación de concentración tiene dimensión comunitaria, prevén una excepción denominada la regla de los dos tercios. En los casos en los que todas las empresas participantes en la concentración obtienen más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en el mismo Estado miembro, la operación de concentración deja de tener dimensión comunitaria, independientemente de que se superen o no los umbrales.

[3] En este caso, la misma aplicación de la regla de los dos tercios fue polémica, pues ENDESA consideró que para calcular su volumen de ventas de 2004 eran de aplicación las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), y que con esas cuentas su volumen de ventas en España no superaba los dos tercios de su volumen de ventas en la Unión Europea. No obstante, la Comisión Europea consideró que la regla de los dos tercios sí que se cumplía en este caso (ver decisión en el caso M.3986 GAS NATURAL/ENDESA —todavía no publicada—).

Esta decisión de la Comisión Europea ha sido confirmada mediante sentencia, de 14 de julio de 2006, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el caso T-417/05.

[4] Ver informe C-94/05 GAS NATURAL-ENDESA, en http://www.tdcompetencia.es/PDFs/concentraciones/9405.pdf.

[5] Este informe-dictamen contó con un voto particular discrepante, que recomendaba autorizar la operación con determinadas condiciones.

[6] Ver informe disponible en http://213.27.142.19/cne/doc/publicaciones/cne33_05.pdf.

[7] Esta decisión fue contestada por cuatro vocales de la CNE, que consideraron que las condiciones propuestas eran insuficientes para solventar los problemas de competencia detectados.

Finalmente, el Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 acordó autorizar con condiciones la operación de concentración [8], las cuales se diferenciaban en algunos casos de las recomendadas por la CNE o el voto particular del TDC.

Ante estas posiciones discrepantes entre las autoridades españolas que han intervenido en el caso GAS NATURAL/ENDESA, puede ser interesante comparar el análisis de este caso con el análisis que la Comisión Europea hizo en una operación de concentración, el caso M.4180 GAZ DE FRANCE/SUEZ. En ambos casos están involucradas empresas presentes en los sectores del gas natural y de la electricidad.

Por ello, el objeto del presente artículo va a ser trazar unos apuntes comparativos entre ambas operaciones de concentración, sin ánimo de exhaustividad, a fin de destacar sus similitudes y diferencias.

En un primer apartado se va analizar el caso GAS NATURAL/ENDESA, describiendo la naturaleza de la operación de concentración y sus partes, los mercados afectados, los problemas sobre la competencia efectiva detectados y las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros para solventarlos.

En un segundo apartado se va a analizar el caso GAZ DE FRANCE/SUEZ, describiendo la naturaleza de la operación de concentración y sus partes, los mercados afectados, los problemas sobre la competencia efectiva detectados y los compromisos aceptados por la Comisión para solventarlos.

Por último, se van a plantear algunas similitudes y diferencias existentes entre ambos casos, lo que va a permitir concluir que existe una razonable convergencia entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia españolas a la hora de analizar operaciones de concentración en el sector energético.

2. CASO GAS NATURAL/ENDESA

A. La operación y las partes

La operación de concentración de GAS NATURAL/ENDESA se planteó como la adquisición por GAS NATURAL SDG, S. A. (GAS NATURAL) del control exclusivo de ENDESA, S. A. (ENDESA) mediante una OPA sobre el 100 % de su capital social, anunciada el 5 de septiembre de 2005.

GAS NATURAL es una compañía energética integrada, activa primordialmente en el aprovisionamiento, distribución y suministro de gas natural, que también es un nuevo entrante en el sector de la generación, distribución

[8] Publicado en *BOE* de 4 de febrero de 2006. Ver http://www.dgdc.meh.es/Acuerdos%20Consejo%20Ministros/N05082ACMWEB.pdf.

y suministro de electricidad. Su principal actividad se desarrolla en el sector gasista en España, donde es el principal agente.

GAS NATURAL está en el momento de la notificación bajo el control conjunto [9] de REPSOL-YPF, S. A. (REPSOL) y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (LA CAIXA).

ENDESA es una compañía energética integrada, activa primordialmente en la generación, distribución y suministro de electricidad, donde es uno de los primeros operadores, aunque también es un nuevo entrante en el sector del aprovisionamiento, distribución y suministro de gas natural. ENDESA no está en el momento de la notificación bajo el control de ninguna persona física o jurídica.

B. MERCADOS AFECTADOS

El TDC distinguió tres grandes bloques de mercados afectados en el caso GAS NATURAL/ENDESA: mercados del sector de gas natural, mercados del sector eléctrico y otros mercados afectados [10].

a) *Mercados del sector del gas natural*

Dentro del sector del gas natural, el TDC delimitó como mercados afectados:

— *Aprovisionamiento*. Comprende la adquisición y realización de las actividades necesarias para situar el gas en el territorio en el que va a ser consumido.

El TDC consideró que la dimensión geográfica de este mercado alcanza, al menos, a la totalidad del Espacio Económico Europeo (EEE), incluyendo a Rusia y Argelia. Sin embargo, el TDC centró su análisis de este mercado sobre el gas aprovisionado con destino a España.

---

[9] No obstante, el SDC, el TDC y el Consejo de Ministros consideraron que GAS NATURAL no formaba parte de ningún grupo a los efectos del art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Por este motivo, LA CAIXA y REPSOL no fueron incluidos dentro de GAS NATURAL a efectos del cálculo de su volumen de ventas o de la sujeción a las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros. Sin embargo, sí se tuvo en cuenta la presencia de REPSOL en los mercados energéticos a efectos del análisis sustantivo.

Esta situación contrasta con la normativa europea, en particular el art. 5.4 del Reglamento 139/2004, conforme al cual GAS NATURAL, REPSOL y LA CAIXA hubiesen formado parte de un grupo a efectos del cálculo del volumen de ventas de GAS NATURAL.

[10] En particular, el TDC analizó las actividades que comprenden los hidrocarburos líquidos y los GLP, a pesar de que ENDESA no estaba presente en los mismos. Hizo esto porque estos hidrocarburos son sustitutivos cercanos al gas natural y se utilizan como combustible en algunas centrales de generación eléctrica. No obstante, estos mercados no se desarrollarán en este artículo porque el Consejo de Ministros no impuso condiciones que afectasen a estos mercados.

— *Infraestructuras de importación.* Comprende las plantas de regasificación de gas natural licuado (GNL) y los gasoductos internacionales.

Este mercado fue delimitado geográficamente por el TDC como nacional peninsular.

— *Transporte.* Abarca los gasoductos nacionales de la red básica y secundaria y, en su caso, las infraestructuras de almacenamiento.

Su dimensión geográfica fue delimitada como nacional peninsular.

— *Distribución.* Incluye los gasoductos de 16 o menos bares de presión y aquellos que tienen por objeto conducir el gas a un único consumidor.

El TDC consideró que su ámbito geográfico comprende el área que abarcaban las autorizaciones administrativas. No obstante, el TDC estudió la dinámica competitiva de estos mercados en el nivel nacional.

— *Suministro a clientes finales.* Como consecuencia del proceso de liberalización, el TDC optó por no diferenciar entre suministro a tarifa y comercialización a precio libre, pues todos los consumidores tienen derecho a acudir al mercado libre, y un número importante de ellos lo ha hecho (80% del gas suministrado en 2004).

En cambio, el TDC optó por distinguir el suministro a grandes clientes, el suministro a clientes domésticos y PYMES y el suministro para generación eléctrica, puesto que las características del suministro varían sustancialmente en función del tipo de cliente al que se dirija.

El TDC delimitó geográficamente estos mercados como nacionales.

b) *Mercados del sector eléctrico*

Dentro del sector eléctrico, el TDC delimitó como mercados afectados:

— *Generación.* El TDC consideró que comprende tanto la actividad de generación de electricidad como la importación. También lo denominó mercado mayorista, que abarca tanto las transacciones que se producen en el mercado organizado [11] como a través de contratos bilaterales físicos.

Dentro de este mercado el TDC tuvo en cuenta que dadas las características propias de la red de transporte, existen ciertas zonas geográficas donde se generan restricciones técnicas que sólo pueden ser resueltas por un escaso número de centrales de generación, a menudo todas ellas pertenecientes a la misma empresa, que actúa en tales circunstancias en régimen de monopolio. Por ello, el TDC diferenció un mercado de resolución de restricciones técnicas.

[11] El pool eléctrico, que gestiona en España OMEL. El TDC incluye en el mercado de generación las transacciones del mercado diario, el intradiario y los servicios complementarios.

La dimensión geográfica del mercado de generación fue considerada nacional peninsular.

En cambio, el mercado de restricciones técnicas fue definido como local, abarcando las zonas afectadas por las restricciones técnicas.

— *Distribución.* Incluye la red eléctrica que transmite la electricidad desde la red de transporte a alta tensión hasta el consumidor final.

El TDC consideró que su ámbito geográfico comprende el área que abarcaban las autorizaciones administrativas. No obstante, el TDC estudió la dinámica competitiva de estos mercados en el nivel nacional.

— *Suministro a clientes finales.* Al igual que en el suministro de gas, el TDC optó por no diferenciar entre suministro a tarifa y comercialización a precio libre, pues todos los consumidores tienen derecho a acudir al mercado libre y un número importante de ellos lo ha hecho (36 % de la electricidad suministrada en 2005).

El TDC distinguió entre suministro a alta tensión y a baja tensión, puesto que las características del suministro varían sustancialmente en función de la tensión a que se suministre al cliente final.

El TDC delimitó geográficamente estos mercados como nacionales.

C. Problemas sobre la competencia efectiva detectados

El TDC analizó la estructura de los anteriores mercados, y destacó que presentan estructuras de oferta bastante concentradas y que en ellos persisten importantes barreras de entrada.

En relación con los *mercados de aprovisionamiento, infraestructuras de importación y transporte de gas natural*, el TDC señaló que GAS NATURAL era el aprovisionador dominante de gas natural con destino a España [12], que tenía reservada casi la totalidad de la capacidad disponible en los gasoductos internacionales de gas, y que estaba presente en el Consejo de Administración y en el capital social de ENAGAS, titular y gestor de gran parte de la red de transporte y de las infraestructuras de importación.

En línea con esta estructura descrita por el TDC, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 (ACM) [13] indicó que los principales

---

[12] Con una cuota del 60-70 % en 2004, aunque una parte de la misma (17 puntos porcentuales) se destina por ley a ENAGAS, el operador del sistema, que lo transmite a los distribuidores para el suministro de los consumidores a tarifa.

[13] A la hora de delimitar cuáles eran los efectos de la operación de concentración GAS NATURAL/ENDESA en los mercados afectados se va a tomar como referencia el ACM, pues el Consejo de Ministros es la autoridad administrativa suprema en materia de control de concentraciones, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. No obstante, no existen diferencias sustanciales a la hora de describir los efectos (aunque sí al valorar sus implicaciones) de la operación de concentración entre el ACM, el informe del TDC y el informe de la CNE.

efectos de la operación de concentración en estos mercados eran la adición de la cuota de mercado de aprovisionamiento correspondiente a ENDESA (3 % en 2004) y su desaparición como competidor potencial en este mercado, la adición de la participación de ENDESA del 12 % en el proyecto del gasoducto de Medgaz, cuya entrada en funcionamiento está prevista para 2009, y la adquisición por parte de GAS NATURAL de las participaciones de ENDESA en las regasificadoras de Sagunto y Mugardos, así como de la participación en el capital y en el consejo de administración de ENAGAS.

En lo que respecta al *mercado de mayorista de generación eléctrica*, el TDC indicó que estaba muy concentrado, pues dos empresas (ENDESA e IBERDROLA) copaban gran parte de la capacidad de generación, con parques de centrales eléctricas relativamente complementarios e indispensables para atender la demanda en numerosos periodos. Ambas empresas eran operadores pivotales, tanto en periodos de demanda alta como baja, siendo el resto de los operadores precio-aceptantes, incluida GAS NATURAL.

Como consecuencia de lo anterior, el ACM consideró que los principales efectos de la operación en este mercado eran el refuerzo de la capacidad de generación y, por tanto, del poder de mercado de ENDESA, mediante la suma de la capacidad instalada de ENDESA (40 %) y de GAS NATURAL (3 %). Este refuerzo era significativo al incorporar centrales de ciclo combinado, tecnología especialmente flexible.

Además, el ACM señaló que la suma de las centrales de ciclo combinado de ambos operadores podía desincentivar la realización de los proyectos que ambos tenían en cartera, con lo que se frenaría el aumento de capacidad instalada en los años siguientes y, con ello, se mantendría el déficit de generación que permite el ejercicio de poder de mercado en el pool en los momentos de demanda alta.

En lo que respecta al *mercado de restricciones técnicas*, el TDC destacó que seis provincias españolas (Cádiz, Castellón, Murcia, Toledo, Córdoba y Barcelona) acumulaban más del 78 % del volumen anual de restricciones consistentes en subir energía en el periodo 2002-2005, y que la naturaleza de la red provocaba que las restricciones técnicas sólo podían ser resueltas por las centrales de generación próximas a la zona de la restricción. En este sentido, para resolver las restricciones de las provincias de Cádiz y Barcelona habían sido requeridas tanto centrales de GAS NATURAL como de ENDESA.

Por ello, el ACM indicó que la adición de capacidad instalada derivada de la operación podía llevar a que GAS NATURAL tuviese el monopolio para la solución de las restricciones técnicas en determinadas zonas de Cataluña y Andalucía.

Por otra parte, el TDC resaltó la *integración vertical existente entre los mercados de generación eléctrica y de suministro de gas natural a centrales eléctricas*. En este último mercado, GAS NATURAL era el único suminis-

trador a terceros, lo que le permitía tener información asimétrica, al conocer las pautas de consumo de las centrales a las que suministra y el coste marginal de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, el ACM consideró que otro de los efectos de la operación era el refuerzo de la integración vertical entre suministro de gas a centrales eléctricas y generación de electricidad, lo que permitiría a la entidad resultante aumentar los precios del gas natural como *input* para la generación y en paralelo aumentar los precios del *pool,* aprovechando además la información sensible de los competidores a los que suministrase gas.

En relación con los *mercados de distribución y suministro de gas natural y electricidad*, el TDC señaló que:

— GAS NATURAL era el principal distribuidor de gas natural, con cuotas superiores al 85 % en 2004, mientras que ENDESA disponía de una cuota del 2 %. Ambas entidades coincidían en Andalucía, Valencia, Castilla y León, Extremadura y Aragón, especialmente en estas dos últimas.
— GAS NATURAL era el principal suministrador en los mercados de suministro de gas natural a grandes clientes, con una cuota del 52 % en 2004, y de suministro a clientes domésticos y PYMES, con una cuota del 90 % en 2004. Por su parte, ENDESA era un nuevo entrante, con una cuota en 2004 del 5 % en el primer mercado y del 3,5 % en el segundo. En suministro de gas para centrales eléctricas, GAS NATURAL era el único suministrador a terceros, entre ellos ENDESA.
— ENDESA era el principal distribuidor de electricidad, con una cuota del 41,5 %, mientras que GAS NATURAL tenía una presencia marginal.
— ENDESA era un importante suministrador, parejo a IBERDROLA, en los mercados de suministro de electricidad a alta tensión, con una cuota del 35 % en 2003, y de suministro a baja tensión, con una cuota del 40 % en 2003. Por su parte, GAS NATURAL era un nuevo entrante, con una cuota en 2003 del 3 % en el primer mercado (que se incrementa al 5,7 % en 2004) y del 0,1 % en el segundo (que también se incrementa al 5,7 % en 2004).
— La integración vertical entre distribución y suministro daba lugar a problemas de información asimétrica, puesto que el distribuidor tenía acceso privilegiado sobre los patrones de consumo de los clientes finales.

En línea con lo anterior, el ACM consideró que los efectos de la operación eran que quedaban en manos de un único operador las redes de gas y electricidad en Andalucía, Aragón, Cataluña y sur de Extremadura, lo que podía reforzar los efectos de la integración vertical ya existente en cada uno de los mercados del gas y de la electricidad, especialmente en el suministro de gas natural a clientes domésticos y PYMES, y en el suministro de electricidad a baja tensión.

Asimismo, esto podía dar lugar a un efecto conglomerado de redes de distribución de gas y electricidad que reforzaría los problemas de información asimétrica existentes, y podía dar una ventaja significativa a la entidad resultante para realizar ofertas duales de gas y electricidad.

Adicionalmente, el ACM señaló que se reforzaba la posición de la entidad resultante en el suministro de gas y electricidad mediante la adición de los respectivos negocios, desapareciendo un competidor potencialmente significativo en cada uno de los mercados de suministro.

En lo que respecta a las *barreras a la entrada*, que reforzaban los anteriores efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva señalados por el ACM, el TDC destacó en el sector del gas las dificultades de acceso directo a las fuentes primarias de aprovisionamiento [14], el limitado desarrollo de los mercados mayoristas al contado, la saturación de las infraestructuras de importación (en particular, de los gasoductos internacionales), la escasez de capacidad de almacenamiento, las elevadas inversiones necesarias para acceder al suministro de gas [15], la integración vertical de los principales operadores, la existencia de tarifas reguladas de suministro de gas excesivamente bajas en relación con los costes reales y la fidelización de los clientes.

En el sector eléctrico el TDC resaltó las barreras a la entrada derivadas de la falta de capacidad de interconexión con otros países, la existencia de activos estratégicos [16], las elevadas inversiones necesarias para acceder y diversificar las fuentes de generación de electricidad, la existencia de los costes de transición a la competencia (CTC) [17], la falta de desarrollo de los contratos bilaterales físicos, la integración vertical de los operadores y la fidelización de los clientes.

D. Condiciones impuestas

El ACM decidió autorizar con condiciones la operación de concentración GAS NATURAL/ENDESA, a fin de compensar los efectos restrictivos sobre la competencia efectiva derivados de la operación [18].

---

[14] En particular, destacó que para acudir a ellas se necesitaba cerrar contratos a largo plazo, con volúmenes de compra muy elevados.

[15] Que implican escalas mínimas eficientes de entrada bastante elevadas.

[16] El TDC señaló que los mejores emplazamientos para centrales eléctricas y el acceso a los recursos hidroeléctricos estaban en manos de los operadores incumbentes. Asimismo, destacó que era difícil acceder a los combustibles necesarios para las centrales eléctricas, especialmente el gas para las centrales de ciclo combinado.

[17] Los CTC fueron introducidos durante el proceso de liberalización del sector eléctrico. Buscaban compensar las insuficiencias de ingresos para amortizar las infraestructuras eléctricas planificadas previamente a la liberalización. La existencia de estas compensaciones distorsionó el funcionamiento de los mercados mayoristas y minoristas, dado que su reconocimiento efectivo estaba ligado a la evolución del precio del mercado mayorista.

[18] Conviene tener presente que el TDC había recomendado prohibir la operación de concentración porque consideraba que no existían condiciones razonables, realistas, proporcionales y eficaces que

En lo que se refiere a las condiciones para compensar los efectos negativos de la operación en el *mercado de aprovisionamiento de gas natural* a España, el ACM optó por establecer programas de liberación de gas mediante subasta de diversos paquetes de gas a los mejores postores.

Estos programas fueron justificados por el ACM sobre la base de la experiencia de su aplicación en algunas operaciones de concentración comunitarias o en España [19], por su efectividad a la hora de fomentar la competencia en los mercados mayoristas de gas y para limitar el poder de mercado de GAS NATURAL, así como por garantizar que el gas implicado se destinaría efectivamente a aumentar la competencia en el mercado español.

En particular, el ACM estableció dos programas de liberación de gas a través de subasta, por tres años a partir de 2007, con cantidades y características diferentes, por un total cercano a los 3 bcm [20], lo que representaba cerca del 10 % de la demanda total en 2005.

El primer programa liberaba cantidades anuales equivalentes al aprovisionamiento de ENDESA durante el ejercicio 2005, cercano a los 2 bcm. Con ello se compensaba la adición horizontal de cuotas de ENDESA.

Como complemento de la anterior, y con el fin de compensar la desaparición de ENDESA como competidor independiente y favorecer la liquidez del mercado mayorista de gas, el ACM estableció un segundo programa de asignación de cantidades mensuales de gas con un horizonte anual de asignación de hasta 1 bcm al año del exceso que resultase del contrato SAGANE I sobre el suministro preciso para cubrir las necesidades de ENAGAS en cuanto a la venta a tarifa [21].

El ACM encomendaba a la CNE el diseño del procedimiento de subasta, aunque establecía un precio mínimo de salida [22] y que el gas natural adjudicado debía entregarse en cualquiera de los puntos de entrada al sistema gasista peninsular. Asimismo, en relación con el segundo programa de libe-

---

pudieran compensar los daños de carácter irreversible que la operación conllevaba. En cambio, el voto particular del TDC y el informe de la CNE sí que habían propuesto una serie de condiciones, distintas en algunos casos, que permitían autorizar la operación de concentración. Las condiciones que finalmente impuso el ACM toman como referencia las propuestas por el voto particular del TDC y por la CNE, pero no las siguió miméticamente.

[19] Ver caso comunitario M.3868 DONG/ELSAM/ENERGI E2, y Orden Ministerio de Economía, de 29 de junio de 2001, sobre aplicación del gas procedente del contrato de Argelia, que estableció un programa de liberación de gas natural en España en los años 2001-2003 que obligaba a GAS NATURAL, el antiguo monopolista, a subastar determinadas cantidades de gas para facilitar la transición a la competencia del sector de gas recientemente liberalizado.

[20] El bcm (*billion cubic meters o* mil millones de metros cúbicos) es una unidad de medida del gas natural, que equivale a 10.000 Mte (millones de termias), a 0,73 millones de toneladas de GNL, a 0,9 Mtep (millones de toneladas equivalentes de petróleo) o a 11.626,4 GWh.

[21] Este contrato había sido firmado con SONATRACH (Argelia) cuando SAGANE, ahora filial de GAS NATURAL, era de titularidad pública. Al escindir ENAGAS de GAS NATURAL en el año 2000, el regulador obligó a GAS NATURAL a vender el gas proveniente de este contrato a ENAGAS, que era quien suministra a los distribuidores el gas vendido a tarifa. Este gas natural penetra en España a través del gasoducto del Magreb y es el más barato en términos económicos.

[22] Ligado a costes de aprovisionamiento y gestión del gas natural a subastar.

ración, el ACM indicó que los excesos que GAS NATURAL percibiese por encima del coste de aprovisionamiento debían ser aplicados a incrementar las inversiones en redes e infraestructuras, en beneficio de la calidad y eficiencia del servicio.

El ACM justificó las cantidades y plazos de estos programas de liberación teniendo en cuenta el tiempo medio necesario para la consecución de contratos de aprovisionamiento en los mercados internacionales, el peso relativo del GNL y su evolución prevista, así como los significativos efectos que sobre la estructura competitiva en aprovisionamiento tendría la entrada en funcionamiento del gasoducto del Medgaz y de nuevas capacidades de regasificación.

Respecto a los *mercados de infraestructuras de importación y transporte de gas natural*, el ACM obligaba a la entidad resultante a desinvertir las participaciones de ENDESA en las regasificadoras de Sagunto y Mugardos, a reducir su participación en el capital de ENAGAS al 1 % y a salir del consejo de administración. De esta manera el ACM buscaba romper la integración vertical estructural con estas infraestructuras de entrada y transporte de la entidad resultante y se evitaban los efectos negativos derivados de la misma.

En relación con los *mercados de generación de electricidad y restricciones técnicas*, el ACM estipuló que la entidad resultante debía enajenar centrales de generación eléctrica con una capacidad instalada equivalente a 4.300 mw. Asimismo, fijó unas condiciones mínimas para los activos a desinvertir: debían ser de tecnologías retirables (de las que al menos 1.200 mw tenían que corresponder a centrales de ciclo combinado o hidroeléctricas modulables); estar en funcionamiento o en pruebas; tener al menos diez años de vida útil restante; y estar instalados en la España peninsular. Con estos requisitos el ACM buscaba que el poder de mercado en el *pool* de la entidad resultante no superase el de ENDESA, y se pretendía evitar desincentivar el desarrollo de nuevos ciclos combinados.

La capacidad de generación a desinvertir era superior a la adición horizontal de cuotas de GAS NATURAL, algo que el ACM justificaba con el argumento de que era necesario compensar los efectos verticales y conglomerados derivados de la mayor integración de los negocios de gas y electricidad de la entidad resultante.

Para evitar la adición horizontal de cuotas en zonas con restricciones técnicas, el ACM obligaba a la entidad resultante a desinvertir al menos 400 mw en Cataluña y en Andalucía.

Por otra parte, a fin de evitar los riesgos del acceso a información sensible de terceros por parte de la entidad resultante, el ACM otorgaba a los clientes de GAS NATURAL en el suministro de gas natural para generación eléctrica un derecho de rescisión unilateral de sus contratos. Esto, unido a los programas de liberación de gas, buscaba dar a dichos clientes la capacidad de optimizar sus decisiones de suministro para sus centrales de ciclo combinado sin depender de la entidad resultante.

Respecto a los *mercados de distribución y suministro de gas natural y electricidad*, el ACM obligaba a vender el negocio de comercialización de electricidad de GAS NATURAL y el negocio de comercialización de gas de ENDESA, y también establecía que se debían romper todos los vínculos con competidores en suministro de gas natural y electricidad. Así, el ACM buscaba compensar las adiciones horizontales de cuotas en el suministro de gas natural y electricidad y evitar los vínculos estructurales entre la entidad resultante y sus competidores.

Por otra parte, el ACM imponía la enajenación de redes de distribución completas con un mínimo de 1.500.000 puntos de suministro, a al menos dos compradores (cada uno de los cuales debe adquirir al menos 250.000 puntos).

De esta manera, el ACM buscaba posibilitar el desarrollo de la competencia referencial de GAS NATURAL (compensando la pérdida de ENDESA como competidor independiente), teniendo en cuenta el carácter regulado y de monopolio natural de esta actividad. Adicionalmente, el ACM señalaba que esta medida compensaba los posibles efectos de conglomerado de redes de gas y electricidad.

El ACM también impuso condiciones para solventar los problemas de integración vertical entre distribución y suministro de gas y electricidad, en particular, la posible coordinación o actuación discriminatoria de la empresa de distribución resultante con respecto a los comercializadores ajenos a su grupo, y el uso de la información privilegiada para dificultar el cambio de suministrador.

Concretamente, el ACM obligaba a la entidad resultante a ceder a una empresa independiente la información y los medios para realizar el cambio de suministrador de aquellos clientes de sus redes de distribución en las zonas en que se produce solapamiento de las de gas y electricidad como consecuencia de la operación de concentración, así como a proceder a la separación funcional de las actividades reguladas y liberalizadas.

3. CASO GAZ DE FRANCE/SUEZ

A. La operación y las partes

La operación de concentración de GAZ DE FRANCE/SUEZ consistía en la fusión de GAZ DE FRANCE, S. A. (GDF) con SUEZ, S. A. (SUEZ), mediante la absorción de la segunda por la primera a través de un intercambio de acciones.

Esta operación de concentración fue notificada a la Comisión Europea el 10 de mayo de 2006 y, tras una investigación en profundidad, fue autorizada con condiciones el 14 de noviembre de 2006[23].

[23] Ver decisión en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4180_20061114_20600_fr.pdf.

GDF es una empresa pública (el Estado francés tiene cerca del 80 % de su capital social) dedicada primordialmente a las actividades de producción, transporte, almacenamiento y suministro de gas natural, especialmente en Francia y Bélgica. Asimismo, también tiene una presencia significativa en el sector eléctrico en Bélgica.

SUEZ es una empresa multinacional activa en el sector energético (electricidad, gas y servicios relacionados) y en el sector de servicios medioambientales (especialmente gestión de agua), que no estaba controlada en el momento de la notificación por ninguna persona física o jurídica.

B. Mercados afectados

Los principales mercados afectados por la operación se encontraban en el sector del gas y la electricidad en Bélgica y Francia, aunque la Comisión también analizó los efectos de la operación en otros mercados energéticos [24] y otros países [25].

a) *Mercados del sector del gas natural*

A diferencia del análisis del TDC en el caso GAS NATURAL/ENDESA, la Comisión Europea diferenció dentro de cada mercado de gas natural entre gas de bajo poder calorífico (gas L) y gas de alto poder calorífico (gas H) [26].

Otra diferencia significativa es que la Comisión no definió como mercados afectados los de aprovisionamiento, transporte, infraestructuras de importación, distribución y almacenamiento de gas, a pesar de que GDF y SUEZ estaban presentes en los mismos en Bélgica y Francia. Sin embargo, la Comisión sí que tuvo en cuenta esta presencia en el análisis sustantivo de la operación, a efectos de las barreras a la entrada en los mercados de suministro de gas natural.

Los mercados afectados definidos por la Comisión fueron:

— *Mercado de compraventa física mayorista (trading) de gas.* Abarca las compraventas mayoristas que tienen lugar en un mercado organi-

---

[24] En particular, la Comisión analizó los efectos de la operación de concentración en el mercado de concesión de la gestión de redes de calor en Francia, en el que detectó efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva derivados de la operación. Por este motivo, aceptó el compromiso de desinversión de filiales de la entidad resultante en este mercado.

Por otra parte, la Comisión también analizó los efectos de la operación en los mercados de mantenimiento de calderas de gas, de ventilación de instalaciones nucleares, de mantenimiento multi-técnico, y en los mercados de gestión de agua y de residuos. En ninguno de ellos detectó efectos perjudiciales para la competencia efectiva.

[25] Concretamente, analizó los efectos de la operación en los mercados de gas en Luxemburgo, Reino Unido, Hungría y Holanda. Sin embargo, en los mismos no detectó efectos perjudiciales para la competencia efectiva.

[26] El gas L proviene de Holanda y no se utiliza en España. La Comisión justificaba esta segmentación en que cada tipo de gas tiene una infraestructura de transporte y distribución específica, y en que es muy costoso transformar un tipo de gas en otro.

zado en un determinado punto geográfico (*hub*)[27]. La Comisión consideró que la dimensión geográfica de este mercado abarca tanto al *hub* de Zeebrugge como el de NBP, porque consideró que existe una convergencia en precios entre ambos *hubs* y se habían previsto aumentos significativos de la capacidad de interconexión entre ambos.

— *Mercados de suministro de gas natural a clientes finales*. En este caso, la Comisión definió de manera diferente los mercados de suministro afectados en Francia y Bélgica, dado el diferente grado de liberalización existente en ambos países. En particular, en Bélgica no distinguió entre suministro a tarifa y comercialización a precio libre, mientras que en Francia sí que lo hizo[28].

En ambos países, la Comisión diferenció el mercado según el tipo de cliente:

- Suministro para generación de electricidad.
- Suministro de gas a revendedores de gas. Este mercado no fue definido por el TDC en el caso GAS NATURAL/ENDESA. Los clientes del mismo son los distribuidores que suministran el gas a tarifa por obligación legal y los comercializadores que adquieren en el mismo país el gas que revenden a sus clientes finales.
- Suministro de gas a grandes clientes industriales.
- Suministro de gas a pequeños clientes industriales y comerciales,
- Suministro de gas a clientes domésticos. A diferencia del análisis del TDC del caso GAS NATURAL/ENDESA, la Comisión diferenció el suministro a clientes residenciales, por tener un grado de liberalización mucho más reducido[29].

La delimitación geográfica de estos mercados de suministro que hizo la Comisión fue nacional en Bélgica[30], mientras que en Francia segmentó por zonas de equilibrio de la red de gas[31].

b) *Mercados del sector eléctrico*

La Comisión únicamente consideró afectados los mercados de electricidad en Bélgica. Al igual que en el sector del gas, no consideró mercados

---

[27] Ejemplos de *hub* eran el de Zeebrugge (Bélgica), el de NBP (Reino Unido) y el de TTF (Holanda).

[28] En particular, en Francia hizo esa distinción para los mercados de suministro a grandes clientes industriales y de suministro a pequeños clientes industriales y comerciales. En los mismos sólo examinó el mercado de comercialización a precio libre.

[29] En Flandes todos los clientes podían acudir al mercado de comercialización a precio libre. No obstante, pocos aprovechan para cambiar de suministrador. Por otra parte, en Bruselas y Valonia sólo iba a ser posible a partir del 1 de enero de 2007, y en Francia a partir del 1 de julio de 2007.

[30] Aunque dejó abierta la posibilidad de segmentar por zonas regionales (Flandes, Bruselas, Valonia), dado el diferente grado de liberalización existente entre ellas. Asimismo, en Bruselas sólo se suministra a clientes residenciales gas L.

[31] La Comisión distinguió cinco zonas: Norte, Sur, Este, Oeste y Sudoeste. Esta distinción se fundamentaba en que las tarifas de transporte de gas eran diferentes en cada zona y en que el grado de liberalización de cada zona también era distinto.

afectados los de transporte y distribución de electricidad, a pesar de que SUEZ estaba presente en los mismos. No obstante, tuvo en cuenta esta presencia a efectos del análisis sustantivo de las barreras a la entrada. La Comisión definió como mercados afectados:

— *Mercado de generación y compraventa mayorista de electricidad*, que comprende la producción y la importación de electricidad.
— *Mercado de servicios complementarios y de ajuste*[32] (incluye restricciones técnicas).
— *Mercados de suministro de electricidad a clientes finales*. La Comisión también diferenció según el tipo de clientes:

  • Suministro de electricidad a alta tensión.
  • Suministro de electricidad a baja tensión a clientes industriales y comerciales.
  • Suministro de electricidad a clientes domésticos. Al igual que para el suministro de gas, la Comisión diferenció el suministro a clientes residenciales, por tener un grado de liberalización mucho más reducido[33].

La Comisión consideró que todos estos mercados del sector eléctrico tenían una dimensión nacional en Bélgica[34], dada la congestión de las interconexiones y las diferencias regulatorias y de infraestructuras existentes con otros países.

C. Problemas sobre la competencia efectiva detectados

El análisis de la Comisión puso de manifiesto que gran parte de los mercados afectados por la operación de concentración estaban altamente concentrados, y que los principales efectos de la operación derivaban de la adición horizontal de cuotas y de la desaparición del competidor mejor posicionado para crecer frente al operador incumbente, efectos que se veían agravados por las elevadas barreras a la entrada existentes.

a) *Mercados del sector del gas natural en Bélgica*

En el *mercado de trading de gas natural en Zeebrugge y NBP*, la Comisión descartó la existencia de efectos negativos sobre la competencia, pues la cuota de la entidad resultante no superaba el 5 %.

---

[32] Entre otros servicios se incluyen la regulación primaria, secundaria y terciaria, también existentes en España, que se utilizan para preservar en todo momento el equilibrio entre oferta y demanda de electricidad.

[33] En Flandes todos los clientes podían acudir al mercado de comercialización a precio libre. No obstante, en este caso pocos aprovechan para cambiar de suministrador. Por otra parte, en Bruselas y Valonia sólo iba a ser posible a partir del 1 de enero de 2007.

[34] Aunque dejo abierta la posibilidad de segmentar por zonas regionales (Flandes, Bruselas, Valonia), dado el diferente grado de liberalización existente.

En el *mercado de suministro de gas para generación de electricidad*, SUEZ tenía una cuota del 90-100 % en gas H y gas L, sin que GDF estuviese presente en el mismo. Sin embargo, la Comisión consideró que GDF era el competidor potencial mejor posicionado para entrar en este mercado, en particular, para suministrar a las centrales de ciclo combinado de su filial SPE.

En el *mercado de suministro de gas a revendedores de gas*, se reforzaba la posición dominante de SUEZ (80-90 % de cuota en gas L y H) con la cuota de GDF (10-15 %). Asimismo, este efecto se agravaba por el hecho de que SUEZ y GDF eran los únicos importadores de gas L en Bélgica.

En el *mercado de suministro de gas a grandes clientes industriales*, se reforzaba la posición dominante de SUEZ, que tenía cuotas de 70-80 % en gas H y de 80-90 % en gas L, al adquirir las cuotas de GDF, que era el segundo operador (15-20 % tanto el gas H como gas L).

En el *mercado de suministro de gas a pequeños clientes industriales y comerciales*, SUEZ, que tenía cuotas del 60-70 % en gas H y 70-80 % en gas L, reforzaba su posición dominante al adquirir al segundo operador, GDF, que tenía cuotas del 20-30 % en gas H y 10-15 % en gas L. Asimismo, la Comisión destacó que SUEZ y GDF eran los únicos operadores que tenían capacidad para hacer ofertas duales de gas y electricidad, algo bastante importante para competir en este mercado.

En el *mercado de suministro de gas a clientes domésticos*, la única región abierta a la competencia era Flandes. En dicha región, SUEZ reforzaba su cuota del 70-80 % en gas H y gas L con el 15-20 % de GDF. Asimismo, en Valonia y Bruselas, que se iban a abrir a la competencia en 2007, GDF era el competidor potencial más importante por detrás de SUEZ.

La Comisión señaló que todos estos efectos horizontales no coordinados en los mercados de gas de Bélgica se veían reforzados por el hecho de que GDF era el operador que mayor presión competitiva ejercía sobre SUEZ porque: i) era el operador incumbente en un país limítrofe, Francia; ii) tenía un abanico de fuentes de aprovisionamiento de gas amplio y diversificado, siendo el tercer importador de gas del EEE (5-10% del total) y el primero de GNL (20-30 % del total); iii) era el único competidor de SUEZ que tenía acceso independiente a gas L; iv) tenía capacidad de almacenamiento flexible de gas L en Francia (que no existía en Bélgica) y derechos preferentes de almacenamiento de gas H en Bélgica, donde había problemas de congestión, y v) tenía el control conjunto sobre algunos puntos de acceso y salida a la red belga, con importantes capacidades de entrada reservadas.

Los anteriores efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva se veían agravados por las barreras a la entrada en:

— Aprovisionamiento de gas hacia Bélgica: gran parte del gas consumido en Bélgica provenía de la entidad resultante (en gas H, SUEZ importa el 84 % y GDF el 10 %; en gas L, SUEZ el 88 % y GDF 12 %),

que además poseía casi todos los contratos de aprovisionamiento a largo plazo.

— Acceso a infraestructuras de importación, transporte y almacenamiento: SUEZ, a través de su filial FLUXYS, controlaba la única regasificadora de gas, parte de los gasoductos internacionales (en algunos casos junto con GDF), las redes de transporte de gas y las infraestructuras de almacenamiento, en un entorno en el que faltaba capacidad de entrada, existían problemas de congestión y las reglas de asignación de capacidad tenían problemas. Adicionalmente, tanto SUEZ como GDF tenían reservadas importantes niveles de capacidad de entrada y transporte. Por otra parte, SUEZ controlaba conjuntamente algunas distribuidoras de gas.
— Existían unas especificaciones de calidad del gas restrictivas en algunos puntos de entrada a Bélgica.
— El *hub* de Zeebrugge no tenía suficiente liquidez, dados los problemas de congestión y regulatorios.
— Existían en Bélgica obligaciones de equilibrio de oferta y demanda de cada operador en cada hora (en vez de cada día) que perjudicaban a los nuevos entrantes.

b) *Mercados del sector de electricidad en Bélgica*

En el *mercado de generación de electricidad*, SUEZ, con una cuota del 70-80 % tanto en producción como capacidad, adquiría a su principal competidor, GDF[35], con una cuota del 5-10 % en ambas. Asimismo, la entidad resultante pasaba a ser la única propietaria de centrales que determinaban el coste marginal del mercado.

En el *mercado de servicios complementarios y de ajuste*, había adición de cuotas en todos los segmentos y la entidad resultante tenía una cuota del 90-100 % en todos ellos, excepto en el de reserva terciaria, donde su cuota era de 70-80 % (50-60 % de SUEZ). No obstante, el resto de los servicios terciarios eran proporcionados por clientes interruptibles, que difícilmente podían incrementar su cuota de mercado.

En el *mercado de suministro de electricidad a grandes clientes industriales y comerciales*, sólo estaba presente SUEZ, con una cuota del 70-80 %. Sin embargo, GDF era uno de los competidores potenciales más significativos en este mercado.

En el *mercado de suministro de electricidad a pequeños clientes industriales y comerciales*, GDF, con una cuota del 20-30 %, era el principal competidor de SUEZ, que tenía una cuota del 70-80 %.

---

[35] Que actuaba en el sector eléctrico a través de una filial, SPE, que controlaba conjuntamente junto a Centrica.

En el *mercado de suministro de electricidad a clientes residenciales*, sólo existía competencia en Flandes, donde SUEZ, con una cuota del 50-60 % adquiría a su principal competidor, GDF, que tenía una cuota de 20-30 %. En Valonia y Bruselas SUEZ y GDF eran los competidores mejor posicionados para penetrar el mercado una vez se hiciese efectiva la liberalización.

Por otra parte, dada la vinculación existente entre los mercados del sector del gas natural y la electricidad, la Comisión resaltó que la operación daba lugar a una serie de efectos verticales y conglomerados negativos. En particular:

— La entidad resultante suministraba casi todo el gas para generación de electricidad (90-100 %). Tenía la capacidad y el incentivo (pues era el operador dominante en generación de electricidad y gran parte de su energía producida era de base y, por lo tanto, se beneficiaría de una subida del coste marginal) a aumentar los costes, en términos monetarios o de falta de flexibilidad, a las centrales de ciclo combinado de sus competidores, lo que tendría efectos negativos sobre el mercado de generación.

  Asimismo, la entidad resultante tenía acceso a información sobre los costes de las centrales de ciclo combinado actuales o en proyecto, lo que incrementaba las barreras a la entrada en el mercado de generación de electricidad.

— La entidad resultante pasaba a ser la única capacitada para hacer ofertas duales de gas y electricidad en condiciones competitivas, lo que le permitía beneficiarse en exclusiva de las economías de alcance y le servía para captar clientes en el suministro de gas y electricidad (55 % de los clientes de electricidad también demandaban gas). Esto le daba una ventaja competitiva irreplicable, algo especialmente importante de cara a la liberalización de los mercados residenciales de gas y electricidad en Valonia y Bruselas en 2007.

— La entidad resultante tenía la capacidad y los incentivos para aumentar los costes de los servicios complementarios y de ajuste de electricidad, a fin de dañar a sus competidores en generación y suministro de electricidad.

Asimismo, la Comisión señaló que los anteriores efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva se veían reforzados por las elevadas barreras a la entrada existentes en los mercados de electricidad en Bélgica. Concretamente, destacó:

— Las barreras a la introducción de nueva capacidad de generación, derivadas de la regulación, los elevados costes de inversión, la ausencia de emplazamientos adecuados, duración de proyectos de inversión, etc.

— La falta de liquidez del mercado de compraventa física y financiera de electricidad, liquidez que podía ser reducida por la entidad resultante.

— La regulación belga, que obligaba a los suministradores de electricidad a clientes finales a aportar una serie de certificados verdes emitidos en Bélgica, que certificasen que parte de la energía suministrada era de fuentes renovables. Esto dificultaba la entrada de nuevos suministradores.
— SUEZ controlaba conjuntamente a ELIA, el gestor y transportista del sistema eléctrico belga, y a algunos distribuidores de electricidad, lo que podía generar conflictos de intereses y darle acceso a información privilegiada.

c) *Mercados de gas natural en Francia*

En el *mercado de suministro de gas a grandes clientes industriales del mercado liberalizado*, GDF adquiría a uno de sus principales competidores, reforzándose la posición dominante de GDF en todas las zonas de equilibrio de gas H. En la zona Norte, se eliminaba al segundo competidor alternativo y la cuota resultante era muy elevada (90-100 %[36]). En la zona Este, se eliminaba al primer competidor alternativo, y la cuota resultante también era muy elevada (80-90 %). En la zona Oeste, desaparecía el segundo competidor alternativo, la cuota resultante era elevada (60-70 %), y GDF suministraba el gas al primer competidor alternativo (TOTAL). En la zona Sur también se eliminaba al segundo competidor alternativo y la cuota resultante era muy elevada (70-80 %). En la zona Sudoeste, donde TOTAL tenía una posición de dominio (80-90 %), sólo competían GDF y SUEZ, con lo que la operación de concentración reforzaba a TOTAL.

En lo relativo al gas L, los únicos efectos perjudiciales se producían en la zona Norte (única zona donde se consume este gas), en la que GDF era el operador dominante (90-100 % de cuota), y desaparecía uno de los tres competidores alternativos. Más aún, SUEZ era el único que importaba gas L a Francia y que tenía reservada capacidad de entrada.

En *los mercados de suministro de gas a pequeños clientes industriales y comerciales del mercado liberalizado*, GDF también adquiría a uno de sus principales competidores, lo que tenía efectos perjudiciales sobre la competencia en todas las zonas de equilibrio de gas H. En las zonas Norte, Este, Oeste y Sur se eliminaba a uno de los competidores alternativos y la cuota resultante era muy elevada (90-100 %). Por otra parte, en la zona Sudoeste se eliminaba a uno de los competidores alternativos y la cuota resultante era muy elevada (80-90 %)

En lo relativo al gas L, en la zona Norte desaparecía uno de los tres competidores alternativos, que era el único que importaba gas L y que

[36] Todas las cuotas de mercado de este mercado toman como referencia las derivadas del test de mercado que realizó la Comisión, que a veces divergen significativamente de las aportadas por las notificantes.

tenía reservada capacidad de entrada. La cuota resultante era muy elevada (90-100 %).

En los mercados de *suministro de gas a revendedores* no había adición horizontal de cuotas y GDF era el principal operador. Sin embargo, SUEZ era un entrante potencial en el corto plazo, por lo que la Comisión consideró que se producían perjuicios a la competencia efectiva en gas H en las zonas Norte y Este y en gas L en la zona Norte.

En los mercados de *suministro de gas a clientes residenciales*, la competencia se iba a abrir el 1 de julio de 2007. Sin embargo, GDF y SUEZ eran competidores potenciales importantes en el corto plazo, por lo que la Comisión concluyó que la operación tenía efectos negativos en gas H en las zonas Norte, Este, Oeste, Sur y Sudoeste y en gas L en la zona Norte.

En los mercados de *suministro de gas a productores de electricidad* todavía no existía competencia, pues la única central de ciclo combinado en funcionamiento era propiedad y estaba siendo suministrada por GDF. Sin embargo, hasta 2010 había proyectos para abrir centrales por cerca de 6.500-6.700 mw, y SUEZ era uno de los competidores potenciales mejor posicionados. Por ello, la Comisión consideró que se perjudicaba la competencia efectiva en gas H en las zonas Norte y Este y en gas L en la zona Norte.

Por otra parte, la Comisión señaló que todos los anteriores efectos horizontales se veían agravados por el hecho de que SUEZ, a través de su filial DISTRIGAZ, era el operador que mayor presión competitiva ejercía sobre GDF porque: i) era el operador histórico en un país limítrofe, Bélgica; ii) tenía un abanico de fuentes de aprovisionamiento de gas amplio y diversificado, y contaba con una amplia experiencia en esta actividad, y iii) era el principal competidor alternativo de GDF y TOTAL, los operadores incumbentes.

Asimismo, la Comisión señaló que los anteriores efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva se veían reforzados por las elevadas barreras a la entrada existentes en los mercados de gas en Francia. En particular, resaltó:

— Aprovisionamiento de gas hacia Francia: gran parte del gas consumido en Francia proviene de la entidad resultante (en gas H, GDF 86 % y Suez 3 %; en gas L, GDF 99 % y SUEZ 1 %), que además tienen mayor peso en los contratos a largo plazo. Todo ello reforzaba la barrera a la entrada.
— Acceso a infraestructuras de importación, transporte, almacenamiento y distribución: GDF, a través de su filial GRTgaz, controlaba todas las regasificadoras de GNL de Francia, parte de los gasoductos internacionales, las redes de transporte de gas y las infraestructuras de almacenamiento (excepto en la zona Sudoeste), y el 96% de las redes de distribución, en un entorno en el que faltaba capacidad de entrada, existían problemas de congestión y las reglas de asignación de capacidad tenían problemas. Asimismo, GDF, y en menor medi-

da SUEZ, tenían reservadas importantes niveles de capacidad en estas infraestructuras.

— Las tarifas de gas en el mercado regulado no repercutían todos los costes de suministro del gas, lo que dificultaba la captación de clientes en la comercialización a precio libre.

D. COMPROMISOS ACEPTADOS

Para hacer frente a los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva detectados por la Comisión en los sectores de gas y electricidad en Bélgica y Francia, las notificantes presentaron una serie de compromisos el 20 de septiembre de 2006.

Estos compromisos consistían primordialmente en: i) la desinversión de una entidad de nueva creación, en la que se acumularían los contratos de suministro de gas a clientes finales no residenciales de Distrigaz (filial de SUEZ) en Bélgica y Francia, se le cederían determinadas capacidades de transporte y almacenamiento, se le cederían algunos contratos con productores de gas y a la que la entidad resultante suministraría determinados volúmenes de gas durante un periodo seis-ocho años; ii) establecimiento de un programa de liberación de gas en Bélgica por seis años; iii) desinversión de la participación de GDF en SPE (que canalizaba toda la presencia de GDF en los mercados de electricidad en Bélgica), y iv) reducción de la presencia de la entidad resultante en FLUXYS.

Tras el test de mercado realizado por la Comisión, en la que la mayoría de los encuestados consideraba insuficientes estas condiciones, las notificantes presentaron el 13 de octubre de 2006 unos nuevos compromisos. Estos compromisos consistían en:

— Desinversión de DISTRIGAZ[37].

— Desinversión de la participación de GDF en SPE (51%).

— Reorganización de las actividades de FLUXYS para asegurar la separación jurídica entre las actividades reguladas y no reguladas. Asimismo, la entidad resultante se comprometió a no controlar ni *de jure* ni *de facto* FLUXYS, S. A.[38], que gestionaría las actividades reguladas, y a limitar su poder de decisión en FLUXYS INTERNATIONAL S. A.[39], que gestionaría las actividades no reguladas.

— Adopción de medidas adicionales para incrementar la capacidad de las infraestructuras de importación y transporte de gas en Bélgica y Francia: creación de un único punto de entrada en Zeebrugge

---

[37] No obstante, la entidad resultante conservaría la participación de DISTRIGAZ en INTERCONNECTOR UK LTD. y en dos metaneros. Asimismo, la entidad resultante suscribiría con DISTRIGAZ contratos *back to back* para el suministro de gas a los ciclos combinados de SUEZ en Bélgica.

[38] Con una participación máxima del 45% y nombramiento de 7 de los 21 consejeros.

[39] Con una participación máxima del 60% y capacidad de FLUXYS, S. A., para influir en las decisiones sobre los planes de inversión en infraestructuras

(Bélgica) y compromisos en Francia de desarrollo de nueva capacidad de almacenamiento, mejora de los mecanismos correctivos sobre reserva y uso de capacidad, creación de una planta de desodorización y aplicación de medidas de buen gobierno y mayor transparencia en la red de transporte y almacenamiento de GRTgaz, filial de GDF.

La Comisión estimó que los compromisos eran suficientes para compensar los perjuicios sobre la competencia efectiva porque:

— La desinversión de DISTRIGAZ, que fue considerada por la Comisión como una competidora viable frente a la entidad resultante en los mercados de gas en Francia y Bélgica, iba más allá de la mera eliminación de la adición horizontal de cuotas en los mercados de suministro de gas a revendedores, para generación de electricidad y a grandes clientes industriales en Bélgica. Por otra parte, eliminaba la adición horizontal de cuotas en los mercados del sector del gas en Francia afectados.
— La desinversión de SPE eliminaba la adición horizontal de cuotas en los mercados de suministro de gas a pequeños clientes industriales, comerciales y residenciales en Bélgica, y en los mercados del sector de electricidad en Bélgica afectados.
— El resto de medidas reducían las barreras a la entrada en los mercados del sector del gas en Francia y Bélgica.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO

Como ha quedado patente en los apartados anteriores, los casos GAS NATURAL/ENDESA y GAZ DE FRANCE/SUEZ presentan ciertas similitudes, en tanto que ambos afectaban a los sectores del gas y la electricidad, en un entorno de progresiva apertura a la competencia de los mercados.

En ambos casos los mercados afectados estaban bastante o muy concentrados, en un contexto de integración vertical de los operadores incumbentes, por lo que el principal efecto perjudicial sobre la competencia efectiva no era tanto la adición horizontal de cuotas como la pérdida de presión competitiva por parte de un operador bien posicionado para aumentar su cuota en los mercados afectados. Asimismo, en ambos casos existía efecto conglomerado gas y electricidad.

Ante estos escenarios, tanto el Consejo de Ministros como la Comisión optaron por autorizar con remedios ambas operaciones de concentración. En ambos casos, estos remedios iban, en algunos mercados, más allá de la mera eliminación de la adición horizontal de cuotas, y buscaban limitar la integración vertical de la entidad resultante y reducir las barreras a la entrada.

Por otra parte, también es cierto que ambos casos presentan diferencias significativas, especialmente por las distintas circunstancias de los merca-

dos geográficos afectados. Esto afectó a las características de los remedios que se aplicaron en ambos casos.

En cambio, las diferencias entre los procedimientos de control de concentraciones aplicados en cada caso, en particular el hecho de que el Consejo de Ministros impuso condiciones mientras que la Comisión aceptó compromisos, no influyó significativamente sobre la naturaleza de los remedios adoptados, pues en ambos casos el principio de proporcionalidad obligaba a buscar decisiones equilibradas y suficientes para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva minimizando las intromisiones en la libertad de empresa.

Hay que tener en cuenta las diferencias en el grado de liberalización de los sectores de gas y electricidad entre España (que era más avanzado), Francia y Bélgica (que estaban más retrasados, con la excepción de Flandes), en el grado de concentración de los mercados (que solía ser más elevado en Francia y Bélgica que en España), en la flexibilidad de aprovisionamiento de gas (que era mayor en España entre otras razones gracias a la mayor capacidad de regasificación), etc., implican que las pérdidas de competencia potencial o presión competitiva en el caso GAS DE FRANCE/SUEZ serían mucho más significativas para la competencia efectiva que en el caso GAS NATURAL/ENDESA.

En lo que respecta a la delimitación de los mercados afectados del sector eléctrico y del gas en ambos casos, existe una diferencia de enfoque entre el caso español y el caso comunitario. En el primero, las actividades de aprovisionamiento, infraestructuras de importación y transporte de gas y distribución de gas y electricidad fueron definidos como mercados afectados. En cambio, en el segundo se describieron a efectos del análisis de las barreras a la entrada en el sector del gas y la electricidad.

Sin embargo, en el análisis sustantivo esta diferencia es mucho menos significativa, porque en ambos casos se tuvo en cuenta la integración vertical de la entidad resultante, las dificultades de aprovisionamiento de gas, la falta de capacidad en las infraestructuras de entrada y transporte, los problemas de información asimétrica, etc., a la hora de valorar los efectos de la operación sobre la competencia efectiva.

En cuanto a los *efectos horizontales del sector del gas*, los efectos unilaterales de ambas operaciones son parecidos, en tanto que en ambos casos una de las partes es un operador dominante, la adición horizontal de cuotas es relativamente reducida y el principal problema es la pérdida de presión competitiva de un operador bien posicionado para crecer en el sector del gas.

No obstante, existen diferencias. Tanto en Francia como en Bélgica el operador dominante (SUEZ en Bélgica; GDF en Francia) tenía una posición mucho más consolidada que el de España (GAS NATURAL), estaba verticalmente integrado con transporte y distribución (en España sólo con distribución) y en muchos mercados la adición horizontal de cuotas era mayor en Bélgica (de GDF) y Francia (de SUEZ) que en España (ENDESA).

Asimismo, la pérdida de presión competitiva era mucho más significativa en Francia y Bélgica (donde había un número reducido de operadores alternativos presentes) que en España (donde IBERDROLA, UNIÓN FENOSA e incluso GDF eran competidores creíbles).

Esto sirve para explicar, entre otras razones, por qué en el caso español el programa de liberalización de gas sí es considerado suficiente para compensar la reducción de competencia potencial y el incremento de las barreras a la entrada, mientras que en el comunitario no.

En particular, en Bélgica y Francia era necesario preservar un competidor verticalmente integrado con la actividad de aprovisionamiento de gas (DISTRIGAZ), pues no existían apenas aprovisionadores independientes alternativos. Mientras, en España sí existían y las infraestructuras de importación tenían más flexibilidad (gracias al peso de las regasificadoras) y perspectivas de crecimiento, por lo que bastaba con un programa de liberación de gas para compensar los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva.

En España las desinversiones/subastas van más allá de la adición horizontal de cuotas en los mercados de aprovisionamiento[40] y en suministro a clientes domésticos y PYMES[41]. En Bélgica, los compromisos van más allá de la adición horizontal en aprovisionamiento de gas, suministro para generación de electricidad, reventa y suministro de gas a grandes clientes industriales[42]. En cambio, en Francia simplemente eliminan la adición horizontal de cuotas.

En lo que respecta a los *efectos horizontales del sector eléctrico*, los efectos unilaterales de ambas operaciones son parecidos, en tanto que en ambos casos una de las partes es operador dominante (aunque en España es dominio conjunto con IBERDROLA), la adición horizontal de cuotas es relativamente reducida, y el principal problema es la pérdida de presión competitiva de un operador bien posicionado para crecer en el sector eléctrico. No obstante, al igual que en el sector del gas, el grado de concentración en el sector eléctrico y las adiciones horizontales de cuotas son mucho mayores en Bélgica que en España, y el operador incumbente está verticalmente integrado con las actividades de transporte y distribución en Bélgica, pero sólo con distribución en España.

Sin embargo, los remedios simplemente eliminan la adición horizontal de cuotas en Bélgica, mientras que en España van más allá en el mercado

---

[40] Los plazos de vigencia de las subastas eran sólo de tres años y las cantidades a subastar se quedaban por debajo de la adición horizontal de ENDESA en el futuro. No obstante, esto puede ser suficiente para compensar los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva, si se tienen en cuenta los incrementos significativos previstos en el aprovisionamiento de gas por terceros, especialmente gracias a la puesta en funcionamiento del gasoducto Medgaz y las nuevas capacidades de regasificación.

[41] Esto ocurre porque se obliga a desinvertir la cuota de comercialización de ENDESA y más puntos de suministro (que conllevan suministro de gas a tarifa) de los que aporta ENDESA.

[42] Pues DISTRIGAZ es mayor que GDF en estas actividades en Bélgica.

de generación de electricidad, para compensar los efectos verticales y de conglomerado de la operación.

En lo que respecta a los *efectos verticales*, los remedios del caso español eliminan toda integración vertical con las infraestructuras de importación y transporte, mientras que en el comunitario se limita esta integración vertical en Bélgica pero no en Francia[43]. En lo que respecta a la integración vertical con las redes de distribución, sólo se limita parcialmente en el caso español.

En lo que respecta al *efecto conglomerado de gas y electricidad*, en el caso español se introducen compromisos específicos para compensarlos (imponiendo desinveriones más allá de la adición horizontal o limitando la integración vertical), mientras que en el caso comunitario estos efectos no son objeto de compromisos específicos.

5. CONCLUSIÓN

La finalidad del presente artículo ha sido comparar los rasgos principales de dos operaciones de concentración, GAS NATURAL/ENDESA y GAZ DE FRANCE/SUEZ, que están entre las más importantes que han afectado al sector energético europeo en los últimos años.

En ninguno de los casos ha sido posible hacer una valoración *ex post* de la efectividad de los compromisos aplicados, puesto que la operación de concentración GAS NATURAL/ENDESA no se va a ejecutar (pues GAS NATURAL ha renunciado a su OPA), y la operación de concentración GAZ DE FRANCE/SUEZ todavía no se ha ejecutado[44].

Las comparaciones trazadas entre ambos casos sirven para destacar los paralelismos existentes entre el análisis de control de concentraciones en el sector energético realizado por la Comisión y el realizado por las autoridades de competencia españolas. A pesar de las evidentes diferencias existentes entre ambos casos, ambas autoridades de competencia han llegado a conclusiones similares ante problemas de competencia parecidos.

En particular, ambas operaciones de concentración se produjeron en un contexto de mercados concentrados, con operadores dominantes integrados verticalmente y con efectos conglomerado gas-electricidad. En ambos casos, el principal efecto perjudicial sobre la competencia efectiva detecta-

---

[43] Aunque respecto a los mercados franceses se adoptan remedios para compensar la congestión de estas infraestructuras.

[44] En este momento, su ejecución está paralizada hasta el 1 de julio de 2007, por decisión del Consejo Constitucional de Francia de 30 de noviembre de 2006, al pronunciarse sobre la Ley 2006-1537, de 7 de diciembre de 2006, relativa al sector de la energía, que autoriza a rebajar hasta el 33,3 % la participación del Estado francés en el capital social de GAZ DE FRANCE, S. A. Esta rebaja de la participación del Estado francés es una condición necesaria para la ejecución de la operación GAZ DE FRANCE/SUEZ.

do era la pérdida de presión competitiva por parte de un operador bien posicionado para crecer. Asimismo, en ambos casos los remedios implementados buscaban compensar la adición horizontal de cuotas, garantizar la permanencia de competidores viables, limitar la integración vertical con las actividades reguladas y reducir las barreras a la entrada.

Por este motivo, la principal conclusión que se podría extraer de este análisis comparativo es que existe una razonable convergencia en la aplicación del sistema de control de concentraciones por la Comisión y las autoridades de competencia españolas, lo que da estabilidad al sistema de competencias paralelas existente, incluso cuando se ven afectados sectores estratégicos como el energético.

EL SECTOR CINEMATOGRÁFICO ANTE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

María Jesús MAZO VENERO *
Subdirectora Adjunta
Subdirección General de Concentraciones

1. INTRODUCCIÓN

El sector cinematográfico se ha dividido tradicionalmente en tres niveles: producción, responsable de la creación de las películas; distribución, que adquiere los derechos de comercialización de las películas a las productoras, y exhibición, que se dedica a la proyección en cines de las películas arrendadas a las distribuidoras. Los ingresos de estos tres niveles están íntimamente ligados y determinan relaciones entre ellos muy intensas y no siempre armoniosas, sobre todo entre distribuidoras y exhibidores.

El sector cinematográfico ha estado desde siempre en el punto de mira de las autoridades de competencia de todo el mundo. Quizás el caso más antiguo sea *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, de 1939.

Otras autoridades pioneras en el estudio del sector han sido las británicas, que desde 1966 han publicado sucesivos informes sobre las relaciones entre ambos sectores (*Films: A report on the supply of films for the exhibition in cinemas in the UK*).

En España, durante mucho tiempo, con objeto de resolver los conflictos entre distribución y exhibición, existieron comisiones de arbitraje, como la Comisión Mixta de Arbitraje, durante la dictadura, o la Asociación Federativa de Relaciones Comerciales, ya en la democracia. Sin embargo, los desacuerdos entre ambos grupos llevaron a partir de mediados de los ochenta a la disolución de estos organismos y a la defensa de sus intereses de modo independiente. Tales desencuentros perduran hoy, tal y como muestra la reciente denuncia por parte de la

---

* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional del Servicio de Defensa de la Competencia.

asociación de exhibidores FECE contra las principales distribuidoras y sus diferentes posturas ante la nueva Ley del Cine, actualmente en proceso de elaboración.

La actuación de las autoridades de competencia españolas ha sido más tardía que en otros países y especialmente intensa a partir de los noventa, con la instrucción y resolución de expedientes concretos. Así, en el ámbito de conductas restrictivas, se han investigado —y, en ocasiones, sancionado— diversos comportamientos abusivos de las distribuidoras sobre los exhibidores, como la negativa a suministrar copias o la imposición de lotes de películas. Más recientemente, la atención se ha centrado en la colusión entre las principales distribuidoras en cuanto a las condiciones de suministro que aplican a los exhibidores. Por el contrario, en el ámbito de concentraciones, la actividad se ha volcado más en la exhibición, sobre todo en los últimos años.

La finalidad de este trabajo es entender el comportamiento del sector cinematográfico desde la óptica de la defensa de la competencia. Para ello, el artículo comienza con una descripción de la estructura y evolución del sector en España durante la última década. A continuación, se detallan las principales actuaciones, tanto del Servicio como del Tribunal de Defensa de la Competencia, en materia de conductas y concentraciones (con una breve referencia a casos estudiados en otros países), para, finalmente, valorar las distintas actuaciones del sector y sus efectos sobre la competencia.

Cabe destacar en la introducción que quedan fuera del ámbito de este artículo asuntos de gran interés y actualidad, entre otros el impacto de la piratería o de las modificaciones legislativas tanto sobre el sector cinematográfico como sobre otros íntimamente relacionados, como la televisión y otros medios audiovisuales.

2. EL SECTOR CINEMATOGRÁFICO

El mercado cinematográfico se estructura en tres niveles: la producción, responsable de la creación del producto película; la distribución, que adquiere a las productoras los derechos de comercialización de sus películas, y la exhibición, que adquiere de la distribución el derecho a exhibir películas en salas de cine.

Los productores poseen un derecho de explotación cinematográfica que ceden a las distribuidoras mediante un contrato, en virtud del cual las distribuidoras son titulares de un derecho de distribución exclusiva sobre determinadas películas en un territorio, lo cual quiere decir que para el exhibidor que quiere alquilar una película concreta sólo existe un oferente en el mercado.

La distribución cinematográfica se configura como una actividad mediadora entre producción y consumo: la distribuidora recibe las pelícu-

las del productor y las sirve a los exhibidores o salas de proyección que, a su vez, sitúan las películas en posición de ser consumidas por los clientes, es decir, los espectadores.

En general, las distribuidoras se pueden clasificar en grandes y medianas o pequeñas. Las primeras trabajan en todo el territorio nacional y pueden ser bien filiales de distribuidoras y estudios norteamericanos (con el encargo específico de comercializar el producto a los exhibidores nacionales) o bien distribuidoras de origen nacional (que obtienen los derechos sólo para el país).

Las distribuidoras medianas y pequeñas pueden ser de zona (operan en una única zona de distribución) o regionales (llevan a cabo su actividad en varias zonas). También puede hablarse de subdistribuidoras, que son distribuidoras generalmente regionales o de zona, que distribuyen títulos de una gran distribuidora en las poblaciones de una «cabecera» o área determinada, a excepción de la capital (donde distribuye directamente la distribuidora nacional) a cambio de una comisión.

Cada distribuidora decide el número de copias que sirve a los exhibidores basándose en el éxito que espera que alcance la película, es decir, el volumen de facturación esperado y el segmento de público objetivo, siempre buscando maximizar los beneficios y ubicar las copias en aquellas salas que considera más rentables. Las principales variables con las que compiten son el acceso a las pantallas y las fechas de estreno.

Las distribuidoras sublicencian los derechos de exhibición a las salas de cine. La exhibición de películas se suele complementar con la provisión de servicios de restauración y venta de alimentos y se acompaña de publicidad que aparece en pantalla y en otros soportes publicitarios de las salas.

Los exhibidores compiten en la localización de las salas, con ubicaciones preferiblemente en centros comerciales, que permitan englobar la oferta de cine dentro de una oferta global de ocio y servicios, en emplazamientos de fácil acceso y aparcamiento; calidad de las instalaciones (profesionalidad del personal, comodidad de las salas, tamaño de las pantallas, calidad del sistema de proyección y acústico, programación adecuada, puntualidad, climatización, limpieza); facilidades para la compra de entradas, con posibilidad de reserva anticipada y pago mecánico; creación de tarjetas de fidelidad, tarifas planas por edades —carné joven o descuentos para mayores de 65 años, etc.

En cuanto a la estructura del sector cinematográfico en España, el cuadro núm. 1 recoge la evolución de las magnitudes más representativas del sector cinematográfico.

En España operan numerosas productoras (el Ministerio de Cultura se refiere a 25 como principales), entre las que destacan Estudios Picasso, El Deseo, Mediaproducción y Castelao, tanto por número de espectadores

CUADRO 1

EVOLUCIÓN DEL SECTOR CINEMATOGRÁFICO ESPAÑOL EN LA ÚLTIMA DÉCADA

	1997	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*	*2002*	*2003*	*2004*	*2005*	*2006*
Número de cines	1.226	1.329	1.334	1.298	1.254	1.223	1.194	1.126	1.049	936
Número de pantallas	2.627	3.064	3.343	3.500	3.770	4.039	4.253	4.390	4.398	4.299
Películas exhibidas	1.577	1.673	1.653	1.718	1.831	1.877	1.916	1.795	1.729	1.748
Largometrajes producidos	—	65	82	98	107	137	110	133	142	150
Recaudación (millones euros)	359,86	429,80	495,86	536,33	616,42	625,90	639,43	691,60	634,87	619,85
Espectadores (millones)	107,1	119,8	131,3	135,3	146,8	140,71	137,47	143,93	127,62	118,52

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Ministerio de Cultura[1].

[1] El Ministerio de Cultura publica periódicamente en su página web http://www.mcu. es/cine/MC/CDC/index.html las cifras más representativas del sector cinematográfico, a partir de la información aportada por los exhibidores al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA).

como por recaudación[2]. El número de películas producidas anualmente alcanzó en 2006 las 150, lo que supone la cifra más elevada de los últimos veinticinco años.

En cuanto a la distribución, de entre las 25 entidades a las que se refiere el Ministerio de Cultura destacan, tanto por número de espectadores como por recaudación, cinco: Hispano Foxfilm SAE, United Internacional Pictures, S. L. (UIP), The Walt Disney Company Iberia, S. L., Sony Pictures Releasing de España, S. A.[3] y Warner Bros Entertainment España, S. L. Todas ellas están integradas verticalmente con distribuidoras o productoras norteamericanas y algunas mantienen también vínculos con circuitos de exhibición[4].

La importancia relativa de las distribuidoras varía año a año en función del éxito de las películas con cuyos derechos cuenten. En cualquier caso, durante la última década la cuota conjunta de estas cinco entidades se ha situado como mínimo en el 68-70 %, tanto en términos de espectadores como de recaudación. Esta posición contrasta con la de las 20 distribuidoras restantes, ninguna de las cuales obtuvo una cuota de mercado superior al 10 %.

En cuanto a la exhibición cinematográfica, actualmente existen 931 cines y 4.268 salas. Estas cifras son el resultado de dos tendencias que se han producido en los últimos tiempos. Por un lado, el cierre de cines, generalmente de una sola sala y situados en los centros urbanos. Así, desde 1999 hasta la actualidad el número de cines ha disminuido un 30 %. Y, por otro, la apertura de nuevas y modernas salas agrupadas en circuitos o multicines ubicados en complejos de ocio en las afueras de las ciudades. Así, desde 1997 el número de pantallas o salas se ha incrementado un 62 % y casi el 60 % de los locales cuentan con más de una pantalla.

Entre los multicines destacan: Cinesa (392 pantallas), Yelmo Cineplex (313), Área Catalana d'Exhibició Cinematográfica —ACEC— (234), Grupo Cinebox (339) y Kinépolis que, en su conjunto, representan aproximadamente el 48 % de la recaudación y el 45 % de los espectadores en España.

Además, cabe destacar un incremento del poder de negociación de muchos exhibidores que, para conseguir mejores condiciones de contratación con las distribuidoras y el acceso a los principales títulos, actúan como centrales de compra, adquiriendo tanto los derechos de exhibición para las salas de cine que ellas mismas explotan como para las salas cuya programación les ha sido encomendada por otros exhibidores en cuyo nombre contratan películas.

---

[2] Cabe señalar que la importancia relativa de estas productoras varía sustancialmente de año a año, en función del número de películas producidas y del éxito obtenido.

[3] Anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España.

[4] Es el caso de Warner Sogefims con Warner Lusomundo Sogecable y de UIP con Cinesa.

Por último, en 2006 las salas de exhibición españolas proyectaron 1.748 películas, de las cuales casi el 80 % fueron largometrajes extranjeros, que representaron el 84 % de la recaudación y del número de espectadores.

El recuadro anterior muestra, tal y como se ha descrito, que el número de locales de exhibición tiende claramente a la baja desde 1999, al contrario que el número de pantallas, que se ha incrementado de forma continua entre 1997 y 2005, siendo 2006 el primer año en que disminuyen.

El descenso de locales frente a la estabilidad de pantallas refuerza la tendencia al desplazamiento de locales con pocas salas en favor de otros con mayor número de ellas, aunque más pequeñas. Otro dato significativo es el progresivo aumento del porcentaje de salas o pantallas en locales de 10 o más salas, que ha pasado del 11 % en 1998 al 41 % en 2006[5].

Por último, el número de películas proyectadas en España se incrementa desde 1997 (salvo en 1999, 2005 y 2006). Paralelamente, la recaudación aumenta entre 1997 y 2004 y disminuye en los dos últimos años. El comportamiento de los espectadores es más irregular: aumenta desde 1997 hasta 2001, disminuye en 2002 y 2003, vuelve a crecer en 2004 y baja los dos últimos años.

Para finalizar la descripción del sector cinematográfico español, cabe hacer una referencia a las principales asociaciones de operadores en cada nivel: Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales Españoles (FAPAE), Federación de Distribuidores Cinematográficos (FEDICINE) y Federación de Cines de España (FECE).

FAPAE es una entidad sin ánimo de lucro que integra a la práctica totalidad de las empresas de producción de cine, televisión y publicidad en España. Está compuesta por casi 400 productoras, que han ido asociándose tanto territorialmente como en función de la especialización y de las peculiaridades del sector audiovisual.

FEDICINE es una asociación profesional, federación de tres asociaciones de distribuidores (Adican, Andice y Andicca), constituida en 1988, con el objeto de defender y representar los intereses de las distribuidoras españoles ante la Administración y ante asociaciones integradas por sociedades o profesionales de otros operadores del sector cinematográfico.

Por su parte, FECE es el interlocutor de los empresarios de la exhibición (agrupa el 80 % de las pantallas de España) ante la Administración y los distintos organismos nacionales e internacionales.

---

[5] «Noveno censo de salas de cine», publicado en marzo de 2006 por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC).

3. ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A. Conductas restrictivas

a) *Conductas estudiadas por las autoridades de competencia*

i) Conductas de las distribuidoras

Desde mediados de los ochenta hasta la actualidad, el Servicio y el Tribunal han analizado la conducta de las distribuidoras en numerosos expedientes. La mayoría de ellos comenzaron como denuncias de exhibidores individuales contra determinadas distribuidoras por prácticas concretas, básicamente negativas de suministro. Sin embargo, en relación con el sector cinematográfico, en España, destacan especialmente dos expedientes: el Expte. 255/89, que dio como resultado dos resoluciones del Tribunal (2 de marzo y 19 de julio de 1990) y la resolución del Expte. 588/05, Grandes distribuidoras de cine[6].

Expte. 255/89 («expediente Adican»)

En 1986 la Federación de Entidades de Empresarios de Cine (FEECE[7]) denunció a la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional (ADICAN) y a diversas distribuidoras asociadas a ella por supuestas prácticas restrictivas consistentes en aplicar plazos unificados para el cobro de las cantidades adeudadas por los exhibidores y dar idéntico tratamiento a los morosos, bajo la amenaza de suspensión inmediata del suministro de copias y en imponer lotes cerrados de películas a los exhibidores.

El procedimiento de cobro de las cantidades adeudadas a las distribuidoras era el siguiente: los pagos por el alquiler de las copias debían satisfacerse el día en que la película dejó de proyectarse en la sala, si la modalidad de contratación fue el tanto alzado o el último día de cada semana de proyección, si el sistema de contratación era el de porcentaje. De no integrar a las distribuidoras las cantidades adeudadas en la fecha correspondiente, la distribuidora acreedora denunciaría la falta de pago y advertiría al exhibidor deudor de que las distribuidoras suspenderían el suministro de películas a sus salas.

Por otra parte, la contratación por lotes o bloques cerrados de películas consiste en ligar el alquiler de una película de grandes expectativas de taquilla al de otras de menor interés comercial. Los exhibidores

---

[6] Este expediente se encuentra actualmente recurrido ante la Audiencia Nacional.

[7] Las denominaciones Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España (FEECE), Federación de Entidades y Empresas de Cine de España (FEECE) y Federación de Cines de España son equivalentes (FECE).

se ven obligados a contratar el lote completo si quieren exhibir en sus salas la película de cabecera. Las películas de menor interés se contratan bajo la modalidad de tanto alzado y a un precio mucho más reducido que la película cabecera del lote, puesto que lo que se pretende es que los exhibidores las contraten, con independencia del precio. Prueba de ello es que, en muchas ocasiones, los exhibidores ni siquiera llegan a proyectarlas.

Esta práctica tiene larga tradición en España. Ya desde la década de los cincuenta las distribuidoras españolas se veían obligadas a contratar no sólo las grandes películas, cuyo éxito estaba asegurado, sino todas las que les imponían los estudios americanos, por lo que ellas presionaban a los exhibidores, obligándoles también a contratar todo el lote.

Posteriormente, la imposición de lotes fue analizada en el Expte. R 147/96, Manuel Salvador[8]; en el Expte. r 552/03, El Señor de los Anillos y, más recientemente, en el Expte. 588/05, Grandes distribuidoras de cine, que se describe a continuación.

La imposición de lotes también ha sido estudiada por otras autoridades de competencia, como la *Competition Commission* británica[9], la Comisión francesa de la Competencia («Informe relativo a la competencia en la difusión de películas cinematográficas», de 28 de junio de 1979) y el Tribunal Federal de Nueva York, en una sentencia de 2 de diciembre de 1988.

Expte. 588/05, Grandes distribuidoras de cine

Casi veinte años después de la primera denuncia contra ADICAN, en febrero de 2003, la FEECE vuelve a denunciar a esta asociación y a las cinco distribuidoras más importantes[10] (todas ellas verticalmente integradas y poseedoras de los derechos de exhibición de las películas de mayor recaudación, como se ha descrito en el apartado anterior sobre la evolución del sector en España); pero, en este caso, lo hace por un conjunto mucho más amplio de prácticas, calificadas tanto de colusorias como de abuso de posición de dominio, consistentes en imponer condiciones comerciales muy similares —e incluso a veces idénticas— a los exhibidores, como lotes de películas, precios de taquilla, salas, tiempo de exhibición, condiciones de pago[11], control

[8] La denuncia de imposición de lotes cerrados fue formulada en el escrito de recurso, por lo que no fue objeto de investigación en el marco del expediente señalado.

[9] Informes de la *Competition Commission* (anteriormente denominada *Monopolies and Merger Commission*) *Films: A report on the supply of films for the exhibition in cinemas in the UK*, publicados en 1966, 1983 y 1994.

[10] Incluso se exigía responsabilidad personal a varios directivos de las distribuidoras denunciadas.

[11] En esta ocasión las distribuidoras acordaron la liquidación semanal de las películas contratadas a porcentaje, con pagos en un plazo de 25 a 30 días y el pago previo a la retirada de las copias de los almacenes de las distribuidoras, en caso de contratación a tanto alzado.

de liquidación, publicidad y promoción de las películas, entrega y devolución de copias, etc., todo a ello a partir de contratos tipo similares, tanto en forma como en contenido.

Asimismo, ADICAN fue acusada de servir como foro en el que se organizaba el supuesto cártel entre las grandes distribuidoras, facilitando el intercambio de información entre ellas a través de una base de datos cuyo acceso estaba restringido exclusivamente a sus socios.

Otros expedientes

Otros comportamientos de las distribuidoras estudiados por el Servicio y el Tribunal han sido la negativa de suministro de copias para su estreno, la exigencia de adelantos a cuenta o la rescisión de contratos. Todas estas actuaciones han tenido como origen la denuncia contra determinadas distribuidoras individuales por parte de exhibidores.

La negativa de suministro ha sido denunciada tanto como una forma de abuso de posición de dominio por las distribuidoras (Expte. R 147/96, Manuel Salvador, y Expte. r 651/2005, Cines Andalucía) como por el resultado de un acuerdo entre ellas (Expte. r 651/2005, Cines Andalucía).

Adicionalmente, en el Expte. R 68/93, Distribuidores de Cine, el Servicio y el Tribunal estudiaron la rescisión de contratos de exhibición a diversos cines por parte de algunas distribuidoras, como respuesta a diversos problemas de impago o a la falta de presentación de cartas de crédito y la solicitud por una distribuidora de adelantos a cuenta a los exhibidores.

Actuaciones de otras autoridades de competencia

Son numerosas las actuaciones de otras autoridades de competencia en el ámbito cinematográfico. Entre ellas se pueden citar el caso *Interstate Circuit, Inc. v. United States* [12], la Decisión en 2001 de la *Autorità Garante della Concorrenza* de sancionar un acuerdo prohibido entre distribuidoras y exhibidores [13] y la Decisión en 2002 de la OFT de autorizar un acuerdo entre distribuidoras relativo a las condiciones de exhibición aplicables a los cines [14].

Interstate Circuit, Inc. v. United States es probablemente el caso más antiguo. *Interstate Circuit* era una empresa exhibidora, monopolista del denominado cine de estreno (cuando existía diferencia entre salas de cine

[12] *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208, de 1939.
[13] I363 *Accordo Distributori ed Esercenti Cinema*, 26 de julio de 2001.
[14] Caso CP/1321-00/S, 1 de febrero de 2002.

de estreno y de reestreno), en varias ciudades de Texas en los años treinta, que se dirigió a todas las distribuidoras de cine comunicándoles que si en los cines de reestreno en los que sus películas se exhibieran el precio era inferior a 25 centavos, dejaría de exhibir tales películas en sus cines de estreno (cuyo precio era de 40 centavos). Todas las distribuidoras aceptaron la solicitud de Interstate y fueron demandadas por algunos exhibidores de reestreno que, con el cambio de política, se veían forzados a aceptar una cláusula de «precio de reventa impuesto» en sus relaciones con las distribuidoras.

Este caso todavía es discutido hoy y constituye la base de numerosos debates sobre conductas conscientemente paralelas, restricciones verticales e imposición de precios de reventa.

En julio de 2001 la *Autorità Garante della Concorrenza* sancionó la conducta de distribuidoras, exhibidores y sus respectivas asociaciones (UNIDIM y FIDAM, para las distribuidoras, y ANEC, para los exhibidores) por concertar las condiciones contractuales del pago del alquiler de las copias y los precios de taquilla e intercambiar información sobre la recaudación y audiencia de los cines en Italia.

La *Autoritá* consideró que el acuerdo vertical entre estas asociaciones en cuanto al pago del alquiler de las copias servía para la fijación de un precio intermedio y constituía una forma de coordinación de la conducta de sus miembros con respecto a una variable competitiva clave. Además, también concluyó que ambas asociaciones habían intentado entre 1991 y 1999 estandarizar los precios de taquilla y promociones.

De acuerdo con la *Autorità*, el acuerdo restringía gravemente la competencia, puesto que tenía un objeto anticompetitivo, se había aplicado durante casi diez años y las asociaciones implicadas representaban a casi todos los distribuidores y exhibidores presentes en Italia, factores que le llevaron a imponer multas por un total aproximado de 20.000.000 de euros.

Por otra parte, en 2002 la OFT autorizó a la asociación de distribuidoras FDA un acuerdo sobre las condiciones de exhibición de películas, después de modificar algunas cláusulas restrictivas relativas a la fijación de precios de taquilla, actividades promocionales y uso de las pantallas.

ii) Conductas de los exhibidores

Los exhibidores han sido mucho menos protagonistas que las distribuidoras ante las autoridades de competencia españolas. En particular, sólo se ha producido una denuncia contra algunos de ellos y no ha sido interpuesta por distribuidoras sino por una asociación de consumidores (Unión de Consumidores de España), por un supuesto acuerdo (o recomendación) de prohibir a los espectadores el consumo en sus cines de productos adquiridos en el exterior (r 317/98, Salas de Cine).

b) *Valoración de las conductas*

i) Conductas de las distribuidoras

Para valorar el comportamiento de las distribuidoras cinematográficas desde el punto de vista de la defensa de la competencia es esencial conocer algunos rasgos de su negocio.

La distribución cinematográfica es un negocio altamente arriesgado. Sus beneficios dependen del éxito de las películas sobre las cuales se dispone de derechos en exclusiva y serán mayores en función de su capacidad de decisión sobre las siguientes variables:

— países en los que se estrena la película, decisión que viene determinada por los gustos de cada público;
— número de copias;
— ritmo al que se sacarán copias al mercado;
— estrategias de promoción y lanzamiento;
— fecha de estreno, semanas en cartelera y número de pases diarios;
— salas de exhibición, seleccionadas de acuerdo con sus características (calidad de medios técnicos, capacidad, ubicación, tipo de público, etc.) y de la situación financiera del exhibidor y su regularidad en los pagos;
— pagos de los exhibidores por la cesión del derecho a proyectar la película en sus salas.

A continuación se describe y valora la decisión del Tribunal ante cada una de las prácticas investigadas o denunciadas en los expedientes referidos. Cabe señalar que este análisis se realiza de forma individualizada para cada conducta, si bien, como se explicará posteriormente, la gravedad de los comportamientos en el ámbito de la defensa de la competencia viene determinada por la suma de todos ellos.

Uniformidad de los plazos de cobro

Tanto en el expediente de ADICAN como en el de las grandes distribuidoras de cine, el Tribunal declaró prohibida la homogeneización de los plazos de pago exigidos por las distribuidoras a los exhibidores.

Lo que determina que esa práctica sea prohibida no es tanto el plazo de pago concreto que se exige, sino el hecho de que concertadamente las distribuidoras deciden cuál es ese plazo, eliminando la competencia entre ellas e imponiendo una condición comercial a los exhibidores.

Imposición de lotes cerrados

Esta práctica ha sido calificada por el Tribunal como un abuso de la posición de dominio —individual o conjunta— de las distribuidoras en el

mercado nacional de distribución de películas cinematográficas. Esta calificación exige la definición del mercado relevante, la demostración de la existencia de posición de dominio de las distribuidoras y la justificación de que la práctica constituye un abuso.

En diversos precedentes comunitarios [15] se ha considerado que la actividad de distribución de películas a los exhibidores constituye la última etapa de la cadena del cine y puede considerarse un mercado relevante por sí mismo. Las dudas se han planteado más en cuanto a posibles segmentaciones de ese mercado según las características de las películas.

Así, en el caso M.1219-Seagram/Polygram, la Comisión señaló que las películas pueden considerarse productos heterogéneos, puesto que cada una combina el talento artístico y creativo de numerosas personas en ámbitos diversos, incluyendo idea original, guión, diseño, actuación, banda sonora o título. En particular, la Comisión planteó la posibilidad de que los grandes estrenos, producidos generalmente por estudios norteamericanos, pudieran representar una categoría distinta de las películas de menor presupuesto, no necesariamente dirigidas a amplias audiencias internacionales.

Incluso la Comisión se ha planteado [16] la posibilidad de segmentar dentro de los grandes estrenos los largometrajes norteamericanos, puesto que en sus investigaciones de mercado la mayoría de los exhibidores consideran que no sería apropiado distinguir las películas americanas del resto, porque todas se negocian en el mismo mercado y, en general, por los mismos distribuidores y porque las condiciones del suministro de las películas americanas y no americanas son similares [17].

Sin embargo, la Comisión no ha llegado a cerrar la definición de segmentos concretos dentro del mercado de la distribución cinematográfica.

Por su parte, el Tribunal, en el expediente ADICAN [18], señaló que, si bien en casos concretos el mercado relevante podría ser la distribución de cada película, en general, cabía diferenciar tres mercados principales de acuerdo con las características, precio y función de las películas: *a)* grandes estrenos, en los que puede suceder que un título concreto no sea sustituible por ningún otro a juicio de los espectadores; *b)* reposiciones o películas clásicas, y *c)* películas de menor interés comercial.

El segmento relevante a efectos de la calificación de la imposición de lotes es el de los grandes estrenos, que constituyen la cabecera de los lotes que las distribuidoras ofrecen a los exhibidores, quienes, si desean exhibir una película de éxito, deben contratar otras de menor interés comercial.

---

[15] Entre otros, M. 2050 Vivendi/Canal +/Seagram y M.3595-SONY/MGM.

[16] COMP/M.2050-Vivendi/Canal +/Seagram (2000) y COMP/M.3595-SONY/MGM (2005).

[17] «A majority of these exhibitors found that it would not be appropriate, to distinguish US motion pictures from non-US pictures, arguing inter alia, that these pictures are negotiated on the same market and to a large extent by the same distributors and because rental terms for US and non-US motion pictures are alike».

[18] Y posteriormente en el Expte. R 147/96, Manuel Salvador.

Más recientemente, en la Resolución r 651/05, Cines de Andalucía, el Tribunal ha estimado que la distinción entre grandes estrenos, películas clásicas o meras reposiciones y otras películas de menor interés comercial ha quedado obsoleta y es inapropiada, si bien no ha propuesto una nueva definición. Sí lo ha hecho en el ámbito de control de concentraciones, concretamente en el marco de la operación C98/06 ÁBACOCINE/CINEBOX, donde señala que la observación de la evolución experimentada por el sector en los últimos años permite comprobar que son escasas las reposiciones que se ofrecen y que incluso las empresas que ofrecen películas en versión original exhiben películas comerciales que se ofrecen en versión doblada en los circuitos convencionales. Los segmentos de reposiciones y películas de menor interés comercial han pasado a ser actividades de carácter residual y los ingresos correspondientes al segmento de películas comerciales representan más del 90% de la recaudación total en taquilla.

Por tanto, se puede definir un mercado de compraventa de derechos de exhibición de películas comerciales en salas de cine.

En cuanto al mercado geográfico relevante, el Tribunal (r 552/2003, El Señor de los Anillos) entiende que la distribución de películas es un mercado nacional, en el que las distribuidoras nacionales obtienen los derechos sólo para España y las internacionales, integradas verticalmente con las productoras norteamericanas operan en España mediante filiales, con el encargo específico de comercializar a los exhibidores españoles.

Así lo ha entendido también la Comisión Europea[19] que, aunque no ha cerrado la definición, justifica que el mercado geográfico relevante de la distribución de películas de cine probablemente es nacional, aduciendo razones vinculadas al lenguaje común, similitudes en las preferencias de los consumidores, licencias de distribución de ámbito nacional sujetas a una misma regulación de copyright o de censura y campañas de marketing y de publicidad, generalmente en televisión, diseñadas a nivel nacional atendiendo a las características de la audiencia[20].

La posición de dominio de las distribuidoras se deriva de su titularidad en exclusiva del derecho de distribución de una película, en virtud de un contrato con la productora, lo que significa que sólo existe un oferente de esa película en todo o parte del territorio nacional.

Esta postura ha sido confirmada recientemente por el Tribunal en el informe C 98/06 ÁBACOCINE/CINEBOX, en el que señala que «en el mercado ascendente de cesión o venta de derechos de exhibición de películas comerciales a salas de cine, las distribuidoras suelen tener en exclusiva los derechos de exhibición de películas y otorgan licencias a los exhibidores. Las

---

[19] M. 3595 SONY/MGM (2005), COMP/M.902 Warner Bross/Lusomundo/Sogecable (1997).

[20] Adicionalmente, en el caso M.1219-Seagram/Polygram argumentó que el hecho de que algunas distribuidoras operaran en distintos países, de que distribuidoras integradas con estudios norteamericanos aplicaran condiciones diferentes en los distintos Estados europeos y de que sus cuotas de mercado variaran de un país a otro eran indicadores de que el mercado de distribución podía ser nacional.

grandes distribuidoras de cine están verticalmente integradas con las productoras estadounidenses de grandes estrenos y cuentan con un significativo poder de negociación al acordar las condiciones de la contratación de los derechos de exhibición».

En cuanto al abuso, se deriva del carácter difícilmente sustituible del producto, sobre todo de las películas de gran fama y calidad. Existe una clara asimetría entre las distribuidoras (tanto si actúan individualmente como, sobre todo, si conciertan sus actuaciones) y los exhibidores. Mientras las distribuidoras, integradas verticalmente con las productoras estadounidenses de las películas más populares explotan comercialmente éstas a nivel mundial, los exhibidores centran su negocio en un ámbito local o, como mucho, en el caso de las cadenas de cines, nacional. Esta asimetría provoca que mientras que una gran distribuidora puede prescindir de un determinado exhibidor al comercializar sus películas en España, éste difícilmente podrá mantenerse en el mercado si no accede a las películas de gran estreno que controlan las distribuidoras, muy especialmente en el caso de exhibidores pequeños, con un número reducido de pantallas.

Negativa de suministro

Las distribuidoras seleccionan los cines en los que se van a exhibir cada una de las películas sobre las que tienen derechos exclusivos tratando de maximizar la audiencia y así sus beneficios. Para ello, deben decidir el número de copias que van a realizar para el estreno de la película, los cines a los que van a suministrar copias y el orden en que van a suministrárselas, teniendo en cuenta que los pagos exigidos a los exhibidores son una proporción decreciente en el tiempo de la recaudación en taquilla.

El número de copias, por elevado que sea, es limitado y los exhibidores tratan de convencer a las distribuidoras de que sus salas son las mejor situadas, las de mejor calidad, ubicación, acceso, tecnología, etc., para atraer al público en las primeras semanas. Los cines que no reciben copias en un primer momento generalmente las reciben con posterioridad, si lo desean, mientras que la negativa absoluta de suministro es menos frecuente.

Cuando una distribuidora niega el suministro de copias de una película a un exhibidor que se las solicita o le niega ese suministro en el momento del tiempo en que lo requiere y por razones distintas a la falta o retraso en el pago del exhibidor en cuestión, le está impidiendo proyectar dicha película en competencia con otros cines que sí reciben copias. La valoración por parte del Tribunal de si esta conducta es restrictiva o no de la competencia ha variado en el tiempo.

Así, en el Expte. R 147/96, Manuel Salvador, el Tribunal puso el acento en la libertad empresarial de las distribuidoras y consideró que la exclusiva que poseen sobre una película potencia su derecho de imagen y, por consiguiente, sería anticompetitivo y no resultaría adecuado obligar a una

distribuidora cinematográfica a estrenar simultáneamente una misma película en todos los cines de una ciudad, sino que habría que permitirle optar libremente por exhibir la película en aquella sala que, a su juicio, en cada momento, reuniera las mejores condiciones para el estreno.

De acuerdo con el Tribunal, circunstancias imperantes en el mercado tales como el número de copias disponibles, la estrategia comercial, la localización de las salas o su aforo, etc., así como el incumplimiento de algunas estipulaciones contractuales, especialmente las relativas al control de taquilla, pueden justificar la negativa de suministro.

No obstante, más recientemente, en el Expte. r 651/2005, Cines Andalucía, el Tribunal no valora la negativa de suministro y se limita a señalar que sus posibles efectos anticompetitivos se deben analizar a partir de las relaciones entre distribuidores y comercializadores y la posición de cada uno de ellos en los mercados afectados.

Determinación de salas y aforos

Los ingresos de las distribuidoras dependen del número de espectadores que acuden a ver una película, por lo que resulta esencial conseguir salas con el aforo suficiente para acomodar la demanda que esperan. Por lo tanto, las salas son una variable fundamental de competencia entre las distribuidoras.

La determinación concertada por las distribuidoras tanto de la sala como del aforo de la sala en la que habrá de exhibirse una película supone una limitación a la libre elección de la sala de estreno por el exhibidor y al eventual traslado de la película de una sala a otra, si lo estima conveniente (lo razonable sería que a medida que pasara el tiempo fuera trasladándose a salas más pequeñas). Asimismo, dificulta el acceso a otras distribuidoras.

De acuerdo con el Tribunal, la elección de una determinada sala para el estreno no supondría un problema para el funcionamiento competitivo del mercado siempre y cuando las distribuidoras compitieran entre sí con otras variables, por ejemplo, eligiendo las mismas fechas para el estreno de sus películas. Sin embargo, en España, como se explicará a continuación, a través de la base de datos de FEDICINE las distribuidoras conocían de antemano las fechas de estreno de las películas de sus competidores, lo que les permitía acomodar sus estrategias para evitar la competencia directa con las películas más populares.

En relación con la determinación de salas y aforos, la OFT, en la Decisión sobre el caso CP/1321-00/S, consideró prohibidas las cláusulas que limitaban la capacidad de los exhibidores de determinar el uso de sus pantallas, por ejemplo, impidiendo mostrar distintas películas en la misma pantalla en un periodo dado de tiempo o trasladar una película de una pantalla a otra.

Fechas y duración de la exhibición

Resulta lógico, desde un punto de vista económico, que las distribuidoras tengan interés en elegir una fecha determinada para el estreno de sus películas y en fijar un periodo mínimo de exhibición que les permita maximizar sus ingresos esperados. Así, es práctica habitual de las distribuidoras exigir a los exhibidores que proyecten las películas durante un periodo mínimo que excede de los siete días.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el número de salas en cada localidad es limitado, este tipo de comportamiento genera efectos restrictivos, que se manifiestan en tres ámbitos:

— las distribuidoras ven restringido su acceso a las pantallas ocupadas por otras películas en cártel forzoso,
— los exhibidores ven afectado su beneficio, sobre todo los que tienen pocas pantallas, porque los multicines pueden acomodar las películas en la sala más adecuada y seguir proyectando otras,
— los consumidores ven restringida su libertad de elección.

Fijación de precios

Existen dos fórmulas de pago a las distribuidoras: tanto alzado y porcentaje. La fórmula de tanto alzado consiste en pagar una determinada cantidad por película independientemente de su recaudación. Es poco empleada y se suele limitar a cines de pequeñas localidades o a películas de reposición. Lo habitual, especialmente en el caso de películas de estreno, es la entrega a la distribuidora de un porcentaje sobre la recaudación. En ambos casos, por tanto, los ingresos de las distribuidoras están directamente ligados a los ingresos que obtienen los cines por la exhibición de las películas.

Los porcentajes varían básicamente en función del tipo de película, éxito y número de semanas de proyección. En Francia el método para calcular la retribución se basa en un porcentaje de los ingresos de taquilla, desde un mínimo de 25 % hasta un máximo de 50 % por semana. Estos porcentajes mínimos y máximos se establecen en la *Décision Réglementaire* N. 15 del *Centre National de la Cinématographie*, de 7 de octubre de 1948[21].

En Alemania los porcentajes no son números enteros (incluyen cifras decimales), las disminuciones de los porcentajes son de entre dos y tres puntos, durante las tres primeras semanas permanecen en el mismo nivel y se conceden descuentos por pronto pago, siempre que se proporcione la contabilidad sobre la película.

---

[21] http://www.cnc.fr/Site/Template/A2.aspx?SELECTID=34&ID=35&TextId=50&secteur=0&Dtexte=1948&Dpublication=0&ret=1&t=1.

En Reino Unido[22] existen dos métodos principales para calcular los porcentajes: *nut method* o método de gasto fijo en operaciones y *sliding scale* o escala creciente. Con el *nut method* se negocia una cifra que refleja los costes del cine por pantalla específica, incluyendo la contribución a gastos generales de explotación y un margen sobre beneficios. La cantidad que se paga por pantalla es la cifra mayor entre: *a)* el 25 % de los ingresos semanales de taquilla, y *b)* el 90 % del remanente de los ingresos de taquilla después de deducir la *nut*.

Con el método *sliding scale* el porcentaje de recaudación semanal por pantalla crece a medida que la recaudación de taquilla aumenta por encima de las cifras previamente establecidas de cobertura de costes para la pantalla, generalmente entre un mínimo de 25 % y un máximo de 50 %.

En España, el porcentaje sobre la recaudación no está reglamentariamente fijado[23]. Tal y como recoge el Tribunal en su resolución 588/05, las principales distribuidoras establecen como precio de alquiler un porcentaje de la cantidad recaudada por el exhibidor, siempre se fija como un número entero, que suele comenzar en un valor de 60 % y disminuye gradualmente de cinco en cinco puntos a medida que transcurren las semanas de exhibición.

De acuerdo con el Tribunal no hay ningún elemento de la estructura del negocio de las distribuidoras que justifique un comportamiento similar de éstas en cuanto a los pagos que exigen a los exhibidores, puesto que cada película es una mercancía única, frecuentemente insustituible, con unos costes de producción y publicidad distintos; además, los costes de explotación son distintos y los resultados de explotación no pueden predecirse. Por lo tanto, no puede deberse a la casualidad ni a una mera coincidencia que el porcentaje máximo exigido por las principales distribuidoras a los exhibidores sea idéntico.

Tampoco justifican la similitud los usos y prácticas del sector ni la necesidad de formular un contrato tipo para hacer frente a los miles de operaciones de alquiler que anualmente realiza cada una de ellas.

En cuanto a la base sobre la que las distribuidoras aplican el porcentaje, la recaudación en taquilla viene determinada por el producto del número de entradas vendidas por el exhibidor y el precio de venta de esas entradas. Durante la segunda mitad de los ochenta, como respuesta a la disminución global de espectadores pese a la presencia de películas de gran nivel en la cartelera de entonces, se generalizaron promociones como el día del espectador, día de la pareja, dos por uno, sesión matutina, tarifa joven, tarifa para mayores de 65 años, tarjetas de fidelización, etc.

---

[22] www.competition-comission.org.uk.

[23] La fijación de un porcentaje máximo sobre la recaudación es una demanda continua y creciente de los exhibidores al Ministerio de Cultura. Actualmente y con vistas a la aprobación de la nueva Ley del Cine, los exhibidores reclaman un porcentaje máximo del 48 %.

Estas campañas inciden sobre los ingresos tanto de exhibidores como de distribuidoras. Los primeros pretenden atraer espectadores, de modo que el incremento de público junto con los ingresos por el consumo en las salas compense la disminución de los precios de taquilla y les permitan incrementar beneficios. Por su parte, las distribuidoras tienen incentivos a impedir a los exhibidores este tipo de promociones y descuentos, puesto que ello se refleja directamente en una disminución de sus ingresos.

Dada la relación entre los ingresos de exhibidores y distribuidoras resulta lógico que las segundas traten de influir sobre los primeros. Sin embargo, ello no justifica que sea admisible desde el punto de vista de la defensa de la competencia puesto que, además de ser una inferencia sobre la libertad de empresa de los exhibidores (el hecho de que los exhibidores tengan vías de ingresos no accesibles a las distribuidoras no justifica que éstas les limiten el tipo de descuentos aplicable), en la práctica se constata que la influencia de distribuidores sobre los precios de taquilla es en el sentido de impedir que disminuyan.

Tal y como constató el Tribunal en el Expte. 588/05, en España las distribuidoras no prohíben directamente a los exhibidores la aplicación de descuentos y promociones, sino que lo hacen indirectamente, exigiéndoles que en ningún caso les repercutan los descuentos que ofrezcan sin su consentimiento expreso.

Una conducta similar pretendió la asociación inglesa FDA, que propuso a la OFT que le permitiera obligar a los exhibidores a aplicar los precios de taquilla previamente acordados con sus integrantes, las principales distribuidoras en Reino Unido, y que, a falta de acuerdo, esos precios nunca fueran inferiores a los vigentes en la última negociación sobre condiciones de exhibición para películas similares. La OFT resolvió [24] que tales cláusulas eran restrictivas para la competencia.

Intercambio de información

Los integrantes de FEDICINE (y no de ADICAN, como se denunció) acordaron la creación de una base de datos que les permitía el intercambio de información sobre estrenos previstos, fechas de estreno, número de copias de cada película, salas en las que eran exhibidas, recaudación y número de espectadores, a partir de la información aportada por sus distribuidoras asociadas. Asimismo, consensuaron un modelo común de hoja de taquilla que impusieron a los exhibidores para controlar la asistencia a las salas y la recaudación de sus películas.

Tal y como establecía la antigua Comunicación sobre acuerdos, decisiones y prácticas concertados relativos a la cooperación entre empresas [25],

[24] Caso CP/1321-00/S, 1 de febrero de 2002.
[25] *DOCE* núm. C 75/3, de 29 de julio de 1968.

no restringen la competencia los acuerdos —bien entre las propias empresas o bien a través de un órgano tercero— que tienen como único objeto el intercambio de opiniones y la experiencia, el estudio en común de los mercados, la realización en común de estudios comparados sobre empresas y sectores económicos o la elaboración en común de estadísticas y esquemas de cálculo.

Sin embargo, FEDICINE, que incluye a todas las distribuidoras que operan en el país (catalanas, nacionales e internacionales), ponía a disposición de sus asociados una base de datos a través de la cual exclusivamente ellos tenían acceso mediante una clave a información sobre sus competidores y clientes (los exhibidores). Se trataba de información de carácter sensible (sobre clientes; recaudación en taquilla que, como se ha explicado, es la base de cálculo de los pagos de los exhibidores a las distribuidoras, etc.; fechas de estreno) muy desagregada (para cada película se indicaba la recaudación y número de espectadores diarios en cada sala de cada cine y, en cuanto a los estrenos, se informaba sobre los que se preveía que se producirían en un plazo de un año), periódica y sobre el pasado inmediato (la información sobre recaudación era histórica, pero referida a un pasado muy reciente) o futuro (estrenos de hasta un año vista).

Especial relevancia tiene el intercambio de información sobre fechas de estreno. La fijación de las fechas de estreno de las películas es una variable fundamental de competencia entre las distribuidoras. Puesto que las pantallas son un recurso limitado, es comprensible que las distribuidoras quieran planificarse y evitar que el estreno de sus películas potencialmente más taquilleras coincida con el de otras películas de similares características.

Por ello, existe un incentivo a la coordinación de las fechas de estreno entre las distribuidoras. En el caso de que esta coordinación diera como resultado un escalonamiento de los estrenos a lo largo del año, podría considerarse beneficiosa para los consumidores, que contarían con un flujo de estrenos equilibrado en el tiempo.

Sin embargo, las distribuidoras tienden a concentrar los estrenos en momentos concretos, como Navidad u otros periodos vacacionales. Esta práctica reduce las posibilidades de elección de películas por los consumidores en esos periodos y expulsa a las distribuidoras con menor poder para colocar sus estrenos en esas fechas.

El Tribunal consideró acreditado en el expediente 588/04 que de las 25 películas con mayor recaudación, 22 de las cuales fueron distribuidas por las imputadas, sólo en dos ocasiones coincidieron los estrenos el mismo día, a pesar de que los estrenos suelen concentrarse en ciertas épocas del año.

En definitiva, el Tribunal concluyó que FEDICINE (no ADICAN) infringió el art. 1.1 de la LDC por servir de vehículo para el intercambio de información determinante para definir estrategias comerciales individuales, intercambio que generaba una elevada transparencia en el mercado de la distri-

bución y suponía un obstáculo importante para el funcionamiento de la libre competencia.

Control de recaudación

Puesto que, como se ha indicado anteriormente, por lo general los pagos a las distribuidoras se basan en un porcentaje sobre la recaudación en taquilla y, por tanto, dependen del número de espectadores y del precio que se les ha cobrado (que es información en poder de los exhibidores), resulta lógico que las distribuidoras quieran verificar la recaudación obtenida por los cines.

Sin embargo, eso no justifica que el medio empleado por todas las distribuidoras para llevar a cabo el control sea el mismo: la entrega diaria de las hojas de taquilla por los exhibidores, hojas que, además, siguen un modelo tipo diseñado y consensuado en el marco de FEDICINE.

Cabe señalar en relación con el control de la recaudación que la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (art. 9), y el Real Decreto 81/1997, de 24 de enero (art. 13), prevén el control de la asistencia y declaración de rendimientos de las salas de exhibición a partir de un parte-declaración en el que figuren las obras cinematográficas proyectadas, los billetes vendidos y la recaudación obtenida.

Son, por tanto, los exhibidores los que tienen obligación de suministrar información, el destinatario de la misma es la Administración y su contenido está reglamentariamente fijado. No se prevé en ningún caso la definición del contenido de las hojas por las distribuidoras —ni de forma individual ni mucho menos consensuada— ni tampoco que los exhibidores deban aportarles esa información.

Conclusión sobre las prácticas de las distribuidoras

La distribución de películas de cine es un negocio arriesgado, cuyos beneficios dependen del éxito alcanzado por cada película y, por lo tanto, de las condiciones de exhibición, básicamente, lugar en el que se exhiben las películas (tanto cine como sala), tiempo de exhibición, actividades de lanzamiento previas al estreno y precios de taquilla (un porcentaje de los cuales son los ingresos para las distribuidoras).

El Tribunal ha constatado que la política de las principales entidades que distribuyen películas en España es similar en numerosos aspectos, tanto en cláusulas contractuales como en comportamientos:

— Lugar de exhibición limitado, lo que impide la libre elección por parte del exhibidor de la sala de estreno y el eventual traslado de la película de una sala a otra u otras, si lo estima conveniente.

— Fecha de estreno y periodo durante el cual la película debe ser exhibida.
— Mismas condiciones de pago a tanto alzado y a porcentaje.
— Diversas coincidencias respecto a los porcentajes exigidos a los exhibidores y a las políticas de descuentos sobre los precios de taquilla.
— Control de la recaudación a partir de copias de las hojas de taquilla consensuadas en FEDICINE.

En el análisis de la conducta de las distribuidoras desde el punto de vista de la defensa de la competencia hay que tener en cuenta que muchas de las actuaciones estudiadas, por sí mismas, podrían no tener la entidad suficiente para constituir conductas colusorias prohibidas. Sin embargo, la generalización de identidades o similitudes en factores de competencia relevantes sólo pueden explicarse razonablemente como el resultado de un acuerdo colusorio que falsea el juego de la libre competencia, aún más cuando las actoras son las principales distribuidoras.

A ello se añade la actuación de FEDICINE, asociación que agrupa a las principales distribuidoras cinematográficas en España, que ponía a disposición de sus asociados una base de datos a través de la cual exclusivamente ellos tenían acceso a información sobre sus competidores y clientes, de carácter sensible, muy desagregada, periódica y sobre el pasado inmediato o futuro.

Este conjunto de comportamientos restringe la libertad de decisión de los exhibidores, empresarios independientes y libres para gestionar su negocio de la forma que consideren más conveniente.

En consecuencia, el Tribunal resolvió sancionar a las cinco principales distribuidoras en España y a FEDICINE con una multa por importe de 12.900.000 euros, decisión que se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional.

ii) Conductas de los exhibidores

En cuanto al único expediente contra exhibidores cabe destacar la postura del Tribunal respecto a las restricciones al consumo de alimentos o bebidas adquiridas fuera de locales en los que se venden.

Con independencia de que en el caso concreto que se denunciaba no quedaran acreditadas las prácticas denunciadas, el Tribunal justificó la limitación del consumo a los productos servidos por los cines y, en general, por los recintos o establecimientos dedicados a distintas actividades deportivas, recreativas o de espectáculos que cuentan con bares y cafeterías instalados en su interior como un comportamiento normal y no restrictivo de la competencia, puesto que su actividad se limita a horarios reducidos y con máxima afluencia de público, lo que influye tanto en los costes como en los ingresos de explotación de estos negocios.

B. Concentraciones

La actividad del Servicio en materia de concentraciones relacionadas con el sector cinematográfico se ha desarrollado fundamentalmente en los tres últimos años [26] y exclusivamente en el ámbito de la exhibición, con las operaciones N-04052 BAIN CAPITOL/LOEWS CINEPLEX ENTERTAINMENT, N-05046 CINESA/WLS, N-06014 CINESA/AMC y N-06058 ÁBACOCINE/CINEBOX (C 98/06 del Tribunal).

La primera operación (N-04052) consistió en la adquisición por el fondo de inversión Bain Capital Fund VII L.P. de Loews Cineplex Entertainment Corporation, lo que suponía la adquisición del control conjunto sobre la empresa exhibidora Yelmo Cineplex, S. L.

En 2005, Cinesa adquirió el control exclusivo sobre WLS —Warner Lusomundo Sogecable Cines de España, S. A.— (N-05046) y un año más tarde adquirió la totalidad del capital social de AMC Entertainment España, S. A. (N-06014). Estas dos operaciones le convirtieron en el primer exhibidor en España [27].

También en 2006, ÁBACO adquirió (N-06058) el 100% del capital social de CINEBOX y de CIECI y de forma indirecta de LANOCA, lo que implicaba la adquisición del control de 27 multicines, con un total de 294 pantallas, junto con la programación de 16 pantallas ubicadas en tres cines propiedad de terceros. Esta operación reforzó la posición de ÁBACO como exhibidor en España, pasando de cuarto a segundo operador, por detrás de CINESA y por delante de Yelmo Cineplex y ACEC [28].

C. Autorizaciones singulares

En cuanto a autorizaciones singulares, sólo se ha concedido una, el 25 de junio de 2004 [29], para un acuerdo de cooperación de servicios de alquiler de películas entre los exhibidores CINESA y WLS, en virtud del cual, durante un periodo de tres años, CINESA prestaría servicios de intermediación a WLS

---

[26] Con anterioridad sólo se notificaron dos operaciones: en 1999, la operación N-027 A3TV/MOVIERECORD CINE, relativa a la venta o cesión de espacios publicitarios en salas de cine, y en 2002, la operación N-225 RMB CINE ESPAÑA, S. A./DISTEL, S. A., que el Servicio consideró que no constituía una concentración a los efectos de la LDC.

[27] Como se indicó anteriormente, el mercado geográfico relevante de exhibición cinematográfica se considera de dimensión local. La referencia aquí al mercado español debe entenderse en sentido ilustrativo. Para conocer la posición de cada exhibidor por provincias pueden consultarse los informes señalados, todos ellos publicados en la web del Servicio www.dgdc.meh.es o, en su caso, del Tribunal, www.tdcompetencia.es.

[28] Esta operación fue objeto de remisión al Tribunal, sobre la base de cuyo informe (C98/06 ÁBACOCINE/CINEBOX) el Consejo de Ministros acordó el 20 de octubre de 2006 (*BOE* núm. 279, de 22 de noviembre de 2006) no oponerse a la operación, siempre y cuando se adaptaran el pacto de no competencia y el acuerdo de programación para poder ser considerados restricciones accesorias.

[29] A 320/2002 CINESA-Warner.

en las negociaciones con las distribuidoras, de forma que pudiera beneficiarse de su experiencia.

No obstante, la operación N-05046 referida anteriormente sustituyó la relación contractual entre ambas por un vínculo estructural, en forma de control exclusivo de CINESA sobre WLS.

D. Otras

En 1995 el Tribunal publicó el informe «La competencia en España: balance y nuevas propuestas», en el que ponía de manifiesto las restricciones existentes a la competencia en diversos sectores, entre ellos el cinematográfico.

Criticaba el Tribunal la intensa y detallada regulación, cuyo objeto era proteger la obra cinematográfica española como producto cultural propio, puesto que era dudoso que lograra su objetivo y, en todo caso, dificultaba los avances en la liberalización del sector.

El Tribunal propuso suprimir restricciones específicas o limitarlas en el tiempo y reordenar la regulación para facilitar la transparencia en el mercado. En particular, en la producción propuso controlar las ayudas públicas y disminuirlas gradualmente, así como suprimir la licencia de rodaje de películas extranjeras, sustituyéndola por una comunicación al ICAA.

En la distribución, el Tribunal propuso suprimir las licencias de doblaje que, a su juicio, habían contribuido a transformar un mercado fragmentado, con numerosas empresas españolas, en otro concentrado en cinco grandes distribuidoras norteamericanas.

En exhibición, el Tribunal sugirió eliminar la cuota de pantalla (reserva de parte del tiempo de exhibición a películas nacionales o comunitarias) que, entre otros aspectos negativos, fomenta la contratación en lotes, prohibida por la LDC.

Además, recomendaba vigilar la actuación de los operadores (distribuidoras y exhibidores) para evitar situaciones de abuso de poder de mercado.

Sólo algunas de estas propuestas se han puesto en práctica. Bajo los argumentos de que la creación cinematográfica y audiovisual es parte destacada de la cultura y decisiva para el mantenimiento de la diversidad cultural, los poderes públicos siguen regulando en exceso el sector y todavía se mantienen las ayudas a la producción y la cuota de pantalla[30].

---

[30] Actualmente, los exhibidores están obligados a programar un día de cine europeo por cada tres de cine procedente de terceros países. Si bien la Disposición adicional primera de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual, prevé que el Gobierno pueda eliminar, en el plazo de cinco años desde su entrada en vigor, la cuota de pantalla, ésta sigue existiendo. No obstante, con ocasión de la elaboración de la nueva Ley del Cine y ante las exigencias de los exhibidores es posible que se elimine en un futuro próximo.

4. CONCLUSIÓN

La interdependencia de los beneficios de exhibidores y distribuidoras determina que las relaciones entre ellos sean muy intensas y no siempre armoniosas.

Esto se ha reflejado en la actividad continua de las autoridades españolas de defensa de la competencia en relación con el sector cinematográfico durante los últimos veinticinco años, actividad que se ha intensificado sustancialmente desde mediados de los noventa, a través de la instrucción y resolución de expedientes complejos y laboriosos, tanto en el ámbito de conductas como de concentraciones.

MEJOR REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES

Borja CASTROMIL LASSALA
Jefe de Área de Asuntos Jurídicos
Subdirección General de Asuntos Jurídicos
y Relaciones Institucionales
Servicio de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El sector de los servicios profesionales, como se entiende al conjunto de las profesiones liberales, posee una relevancia extraordinaria en el marco de los objetivos de Lisboa de crecimiento y empleo. No en vano, abarca en España el 8,8 % del empleo nacional y supone más del 8 % del PIB español.

Por otra parte, su importancia también radica en que tienen un impacto directo sobre los consumidores y usuarios.

Por ello, en los últimos años, este sector de la economía está siendo objeto de una profunda revisión por parte de las instituciones de la Unión Europea, y en el caso de la Comisión Europea, no sólo por la Dirección General de Mercado Interior, sino muy especialmente por la Dirección General de Competencia.

Por una parte, se trata de un sector que usualmente se caracteriza por un elevado nivel de regulación, ya sea en forma de regulación legal, ya sea por la existencia de normas internas impuestas por las organizaciones profesionales. Por otra parte, no nos encontramos ante un sector en donde la regulación de la competencia sea fácil, ya que entran en juego muchos intereses, no sólo los que corresponden a los profesionales y a los consumidores, sino también el interés general o público. De ahí que la Comisión Europea se muestre en general respetuosa con las legislaciones nacionales.

En cualquier caso, sin olvidar los intereses públicos que confluyen en el ejercicio de algunas profesiones tituladas, en varias profesiones se observa que determinadas barreras de entrada o regulaciones restrictivas caracterizan el acceso o el ejercicio de las mismas, desincentivando la competencia, la máxima calidad del servicio, la innovación y siendo dañinas para los consumidores.

En consecuencia, la Comisión Europea en los últimos años (concretamente, y como veremos, desde 2004) está emplazando a los Estados miembros a procurar una «mejor regulación» de los servicios profesionales, ya sea una desregulación (o liberalización), o simplemente la sustitución o corrección de aquellas regulaciones que supongan restricciones injustificadas o innecesarias para una competencia efectiva.

En este trabajo haremos, en primer lugar, un repaso de la política reciente de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, con el estudio en profundidad del Informe de la Comisión de 2004, y nos referiremos al apoyo prestado por el Parlamento Europeo a dicha política. Después de su valoración, nos adentraremos en los niveles de regulación y las prácticas de promoción de la competencia desarrolladas en los Estados miembros de la Unión Europea para la mejor regulación de los servicios profesionales. Y reservaremos para el final cuál es el panorama existente en España, esto es, las reformas normativas acometidas y actividades emprendidas por los organismos de defensa de la competencia.

Antes de empezar con la exposición de los principales trabajos de la Comisión Europea, cabe realizar una aproximación al sector haciendo una clasificación de profesiones liberales no exhaustiva (dada la amplia variedad de profesiones que existen) y atendiendo a las ramas de conocimiento que caracterizan la titulación de las mismas. En España merecen destacarse las siguientes clases de servicios:

— *Servicios jurídico-sociales:* abogado, procurador, notario, registrador de la propiedad y mercantil, graduado social, gestor administrativo, agente de la propiedad inmobiliaria, agente de la propiedad industrial, trabajador social y asistente social, educador social, etc.
— *Servicios económicos:* economista, titulado mercantil y empresarial, auditor de cuentas, censor jurado de cuentas, actuario, etc.
— *Ingenierías:* con muy diversas titulaciones en España.
— *Profesiones científicas:* biólogo, físico, químico, geólogo, etc.
— *Servicios de arquitectura:* arquitecto y aparejador (arquitecto técnico).
— *Servicios sanitarios:* médico, enfermero, farmacéutico, óptico-optometrista, odontólogo, podólogo, veterinario, etc.

2. EL INFORME DE 2004 DE LA COMISIÓN EUROPEA

A. Precedentes

Antes de adentrarnos en el Informe de 2004, cabe mencionar dos antecedentes que precedieron a la publicación del mismo:

1. A principios de 2003 el Instituto de Estudios Avanzados de Viena publicó, por encargo de la Dirección General de Competencia de la

Comisión Europea, un informe sobre el impacto económico de la regulación de las profesiones liberales[1]. Este estudio independiente concluyó que en un número considerable de Estados miembros los profesionales estaban sujetos a regulaciones altamente restrictivas, las cuales distorsionaban la competencia y podrían ser consideradas inaceptables en muchas esferas de la actividad económica. Por ejemplo, en relación con los precios (tarifas fijas), publicidad (prohibiciones de publicidad de precios), límites a la cooperación interprofesional y estructuras empresariales restrictivas.

2. En octubre de 2003 la Comisión Europea organizó en Bruselas una Conferencia sobre la Regulación de los servicios profesionales[2]. En ésta, los profesionales, empresarios, organizaciones de consumidores, autoridades de competencia y responsables políticos tuvieron la oportunidad de discutir sobre el impacto de las regulaciones en el desarrollo de los negocios profesionales y en el propio ámbito de protección de los consumidores.

B. Contenido del Informe de 2004

El «Informe sobre la competencia en los servicios profesionales» es un punto de inflexión de la política comunitaria de competencia en los servicios profesionales. Fue publicado por la Comisión Europea el 9 de febrero de 2004[3].

Tiene como principal propósito recoger las reflexiones de la Comisión Europea bajo una perspectiva de reforma y modernización de determinadas normas reguladoras de las profesiones liberales.

El Informe parte de la importancia de los servicios profesionales para la economía de la Unión Europea y el contexto en el que se enmarca es el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, que, como es sabido, adoptó un programa de reforma económica con el objetivo de convertir a la UE en 2010 en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo.

El trabajo de la Comisión Europea se concentra, y así básicamente ha seguido hasta hoy, en un número limitado de profesiones, a saber: abogados/asesores fiscales, notarios, auditores/contables, arquitectos, ingenieros y farmacéuticos.

---

[1] «Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different EU Member Status», Institute for Advanced Studies, Viena, enero de 2003. Accesible en la página web http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html.

[2] Programa y ponencias de la misma pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/conferences/20031028/index.html.

[3] Comunicación de la Comisión. Informe sobre la competencia en los servicios profesionales. 9 de febrero de2004. COM(2004) 83 final (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 52004DC0083:EN:NOT).

Como punto de partida fundamental, el Informe identifica y analiza en detalle cinco categorías principales de normativas potencialmente restrictivas en el sector de las profesiones liberales de la UE, que son:

— Fijación de precios (fijos o mínimos).
— Precios recomendados.
— Restricciones de publicidad (prohibiciones u otras limitaciones).
— Requisitos de acceso al ejercicio y actividades o derechos reservados (barreras de entrada, incompatibilidades, restricciones territoriales o demográficas...).
— Regulaciones de la estructura de las empresas y de las prácticas multidisciplinares (estructura de la propiedad empresarial, colaboración con otras profesiones, apertura de establecimientos...).

De un lado, el Informe concluye que una proporción significativa del resultado de la investigación empírica muestra que regulaciones restrictivas, excesivas o desproporcionadas, u obsoletas, pueden tener efectos negativos sobre los consumidores. Tales regulaciones son susceptibles de eliminar o limitar la competencia entre los prestadores de los servicios y asimismo reducen los incentivos para los profesionales de trabajar de forma eficiente vía costes, con precios más reducidos, de aumentar la calidad del servicio y de ofrecer servicios innovadores.

De otro lado, el Informe reconoce que hay esencialmente tres razones que explican por qué una regulación de servicios profesionales puede llegar a ser considerada necesaria:

— Primero, la asimetría de información entre clientes y profesionales: una característica definitoria de los servicios profesionales es que requieren un nivel alto de conocimientos técnicos que los consumidores pudieran no poseer.
— Segundo, externalidades, en la medida en que estos servicios pudieran producir un impacto sobre terceros.
— Tercero, ciertos servicios profesionales son considerados en el Derecho nacional «servicios públicos».

Desde este análisis, el Informe señala que quienes defienden ciertas regulaciones potencialmente restrictivas para la competencia argumentan que las mismas están diseñadas para mantener la calidad de los servicios y para proteger a los consumidores del mal ejercicio de la profesión.

Partiendo de estas premisas, la Comisión Europea, reconociendo que algunas regulaciones podrían estar plenamente justificadas, considera también que, para algunos casos, otros mecanismos pro competitivos pueden y deberían ser usados en lugar de mantener las reglas restrictivas tradicionales.

Llegados a este punto, el Informe entra en el campo de acción que viene a proponer la Comisión Europea.

Teniendo en cuenta las normas de competencia del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) el Informe distingue entre la responsabilidad

potencial de las organizaciones profesionales (Colegios Profesionales, Corporaciones Profesionales, Asociaciones Profesionales...) y la de los Estados miembros.

Si una organización profesional regula la conducta económica de sus miembros, las regulaciones adoptadas constituyen «decisiones de una asociación de empresas» en el sentido del art. 81 del TCE, en cuya virtud se consideran prohibidos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas empresariales que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia. No obstante, la jurisprudencia comunitaria precisa que aquellas regulaciones que sean objetivamente necesarias para garantizar el buen ejercicio de la profesión, tal y como esté organizada en el Estado miembro de que se trate, quedan fuera del ámbito de prohibición del art. 81 (sentencia *Wouters del Tribunal de Justicia Europeo*[4]).

En lo que respecta a los Estados, el Tribunal de Justicia Europeo[5] también ha afirmado que si una regulación estatal impone o favorece una conducta anticompetitiva, o refuerza sus efectos, viola los arts. 3.1.*g)*, 10, segundo párrafo, y 81 del TCE. Según el segundo párrafo del art. 10 del Tratado los Estados miembros están obligados a abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado, entre estos fines el art. 3.1 en la letra *g)* recoge el de un «régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior». Además, también se infringen dichos preceptos cuando el Estado ha delegado en las organizaciones profesionales la responsabilidad de adoptar una regulación que interviene en materia económica privando del carácter estatal a ésta (por ejemplo sin reservarse la potestad de decisión en última instancia, sin controlar su ejecución o sin precisar claramente los objetivos de interés público a cumplir).

---

[4] Sentencia *Wouters*, de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99. Esta sentencia planteó por primera vez la cuestión de la conformidad con el Derecho comunitario de una prohibición nacional (Países Bajos) de colaboración entre abogados y auditores. El Colegio de Abogados de los Países Bajos había justificado su resolución prohibitiva en la necesidad de garantizar la independencia de los abogados. El Tribunal consideró que este Colegio de Abogados, como órgano regulador que adopta un reglamento que se impone a todos sus miembros, debe considerarse como una asociación de empresas en el sentido del Derecho comunitario de la competencia, ya que, no estando sujeto por ley a tomar decisiones de interés general, adopta normativas que prohíben la colaboración entre profesionales. A partir de esta premisa, el Tribunal estimó que la prohibición de colaboración producía efectos restrictivos de la competencia en el mercado de servicios jurídicos (privando a los clientes recibir ofertas de servicios multidisciplinares y afectando al intercambio comercial entre Estados miembros). Sin embargo, admitió que puede darse una cierta incompatibilidad entre la actividad de «asesoramiento» que ejerce el abogado y la actividad de «control» desarrollada por el auditor dado que éste no está sujeto en Holanda a un secreto profesional comparable al del abogado. Bajo tales circunstancias, concluyó que la normativa holandesa imponía una regulación, a pesar de sus efectos restrictivos de la competencia, necesaria para el buen ejercicio de la abogacía, y además compatible con las normas comunitarias de libre establecimiento y libre prestación de servicios.

[5] A destacar la sentencia *Arduino*, de 19 de febrero de 2002, asunto C-35/99, que cita reiterada jurisprudencia sobre la aplicación de los arts. 81 y 10 del Tratado, y también la reciente sentencia *Cipolla*, de 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04 (*Macrino*).

En última instancia, la Comisión Europea considera que en todo escrutinio de las regulaciones nacionales debe ser aplicado un «test de proporcionalidad». Este test supone analizar que las normas deban ser objetivamente necesarias para alcanzar el interés público objetivo, legítimo y claramente articulado, e igualmente deban constituir el mecanismo menos restrictivo a la competencia para conseguir dicho objetivo. Tales reglas, por tanto, deben servir a los intereses tanto de los profesionales como de sus clientes.

En la última parte del Informe, la Comisión Europea apela a la responsabilidad de los miembros de las profesiones y de los Estados miembros.

Por un lado, el Informe invita a todos los agentes públicos y privados afectados a realizar un esfuerzo conjunto para reformar o eliminar aquellas regulaciones que sean injustificadas. Especialmente a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC), cuyo trabajo de promoción de la competencia es fundamental. Por su parte, las autoridades reguladoras nacionales y las organizaciones profesionales deben revisar las normas vigentes tomando en consideración si son necesarias para el interés público, si son proporcionadas y si están justificadas. De esta manera se resalta la necesidad de insertar mecanismos que sean pro competitivos y conduzcan a mayor transparencia.

Por otro lado, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la competencia, las ANC tienen un papel prevalente, especialmente con la incoación de los correspondientes expedientes sancionadores. A este respecto el Informe no olvida la importancia del trabajo de coordinación dentro de la Red de Autoridades de Competencia[6] para la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE.

El Informe de 2004, por tanto, plantea las aspiraciones fundamentales sobre las que trabaja la Comisión Europea en aras a lograr el mayor nivel de competencia posible en los mercados europeos de servicios profesionales. Debe, además, ponerse de relieve que la Dirección General de Competencia trabaja estrechamente con los departamentos de Mercado Interior, Empresa y Consumidores; en este sentido, no debe olvidarse la importancia de las normas comunitarias del mercado interior, en concreto los arts. 43 (libertad de establecimiento) y 49 (libertad de circulación de servicios) del TCE.

C. Actividad posterior de la Comisión Europea

Desde el Informe de 2004 la Comisión Europea se ha centrado en dos trabajos fundamentales con el objetivo de lograr resultados en los países miembros:

---

[6] Creada a partir del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del TCE, y regulada en cuanto a su funcionamiento en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03).

a) Por un lado, en septiembre de 2005 publicó una nueva Comunicación sobre el seguimiento o progreso realizado por los Estados desde el Informe de 2004.
b) Por otro lado, ha desempeñado varias iniciativas de promoción de la competencia.

a) *El Informe de 2004 ya preveía un nuevo informe para el año siguiente para el análisis del progreso conseguido*[7]

Este informe de progreso o seguimiento (denominado *follow-up report*) fue publicado el 5 de septiembre de 2005. Consta de dos documentos separados. El primero es una Comunicación de la Comisión Europea, publicada en la página web de la Dirección General de la Competencia con el título *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*[8]. El segundo documento de trabajo, anexo a la Comunicación, es más amplio, con el título «Progreso de los Estados miembros en la revisión y eliminación de restricciones injustificadas a la competencia en el área de los servicios profesionales».

La mencionada Comunicación ofrece una visión general del progreso realizado por cada Estado miembro en los procesos de revisión y reforma de restricciones identificadas como injustificadas tomando como punto de partida el Informe de 2004. Recoge conclusiones, valoraciones, críticas, destaca «mejores prácticas» y señala el camino hacia delante.

El Informe advierte que la mayoría de las ANC están ya «activadas» en la promoción del cambio. Destaca el trabajo realizado por las mismas mediante discusiones bilaterales con organizaciones profesionales, ejercicios de recopilación de información y estudios sectoriales. También constata la apertura de expedientes sancionadores en varios países.

No obstante, advierte diferencias significativas, y así, mientras algunos países están plenamente embarcados en actividades de reforma, otros acaban de tomar iniciativas y de algunos no se conoce actividad de promoción o reforma (entre éstos situaba a España). Además, sugiere que la cuestión de modernización de estas regulaciones sea insertada en los Programas Nacionales de Reformas para la implementación de la Estrategia de Lisboa.

---

[7] Al margen de este nuevo informe, en noviembre de 2004 fue publicado por la Comisión Europea un estudio complementario al Informe de 2004 sobre los niveles y tipos de regulación de los servicios profesionales en los diez nuevos países miembros (*Stocktaking Exercise on Regulation of Professional Services in the ten new EU Member States).*

[8] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 5 de septiembre de 2005 COM (2005) 405 final. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0405:EN:NOT)

Tras ser el Informe explicado a la prensa y publicado, comenzaron a surgir reacciones opuestas a los planteamientos y a las conclusiones adoptadas por la Comisión Europea.

Por un lado, algunos países (Finlandia, España...) expresaron sus reticencias ya que habían emprendido reformas con anterioridad al Informe de 2004 que no eran destacadas en el Informe de 2005.

Otras críticas surgieron desde las organizaciones profesionales europeas. Criticaban a la Comisión Europea que no habían sido invitados a participar en la redacción del Informe. También que sometían al sector de los servicios profesionales a planteamientos estrictamente economicistas, sin tener en cuenta los intereses generales y deontológicos que priman en el ejercicio de las profesiones, que conllevan a que las normas de competencia no puedan ser reflejadas como en otros sectores de la economía. En este sentido, el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE [9]) precisaba que la Comisión Europea debía distinguir claramente entre las diferentes profesiones, y consideraba incorrecto y simplista realizar una revisión de la profesión de abogado únicamente sobre consideraciones económicas. También añadía que las Autoridades de los Estados miembros están mejor situadas para definir las reglas y normas a aplicar a las profesiones liberales ya que éstas comprenden cuestiones que sobrepasan el ámbito del Derecho de la competencia y conciernen asimismo a la libertad, seguridad y justicia, y más generalmente, a la protección del Estado de Derecho.

b) *Los otros campos de actuación de la Comisión Europea han sido de promoción de la competencia*

Tanto en los años 2005 como 2006 se ha organizado por parte del país que tenía la presidencia del Consejo de la UE, con colaboración de la Comisión Europea, una jornada de conferencias en Bruselas dedicada al sector de las profesiones:

— El 21 de noviembre de 2005, bajo la presidencia inglesa, se organizó una Conferencia sobre *Mejor regulación de los servicios profesionales* [10]. En esta jornada las Autoridades Nacionales de Competencia aportaron proyectos, experiencias e ideas para promover reformas, desde el punto de vista analítico y desde el punto de vista de la práctica. Entre las ideas señaladas, se destacó que no todos los procesos de reforma deben encaminarse a la liberalización o desregulación de un sector, sino también pueden venir dirigidos a la reordenación y reestructuración del régimen jurídico, con vistas

[9] Se trata de la organización representativa y oficialmente reconocida en la UE y en el Espacio Económico Europeo de la profesión de abogado.

[10] Programa y ponencias de la misma pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/conferences/20051121/index.html.

a suprimir o sustituir reglas tradicionales no procompetitivas. Se destacó la importancia en todo proceso de negociación de la participación de todos los agentes afectados e interesados, con especial relevancia de los cuerpos organizativos de profesionales y consumidores. También se explicaron procesos concretos de reforma que se han acometido en algunos países; en ellos se procura identificar el interés del consumidor y el interés público concurrente.

— El 13 de diciembre de 2006, bajo la presidencia finlandesa, la Conferencia se centró en el análisis económico, con el título *El argumento económico para la reforma de los servicios profesionales*[11]. Las ponencias presentaron estudios y experiencias asumidas en algunos Estados miembros desde el punto de vista economicista, que evidencian la importancia de llevar a cabo reformas normativas. Se trata, por tanto, de un enfoque que la Comisión Europea quiere resaltar a primera vista: la cuestión económica como justificación de las reformas nacionales. Una primera parte de la jornada trató sobre las conclusiones de dos estudios económicos relativos respectivamente a las profesiones de asesoría jurídica y farmacéutica. Una segunda, partiendo de las conclusiones provisionales de un estudio económico comparativo a nivel de UE que tiene previsto publicar la Comisión Europea en 2007, tuvo como objeto la regulación de las profesiones concernientes a los mercados de traspasos inmobiliarios. Una tercera parte, más práctica, debatió sobre los beneficios de un sistema jurídico con un nivel bajo de regulación, en particular el finlandés, y a continuación, sobre la experiencia italiana tras su profunda reciente reforma de los servicios profesionales de agosto de 2006, orientada a los objetivos de Lisboa, y a la que luego se hará referencia.

Por otra parte, la Comisión Europea también ha concertado reuniones bilaterales con organizaciones europeas de profesionales y se ha mostrado abierta para organizaciones profesionales de ámbito nacional. También ha concedido una importancia relevante a las organizaciones de consumidores y a organizaciones independientes que puedan recopilar y publicar información histórica y objetiva sobre servicios profesionales.

Otro campo de promoción de la competencia ha sido la publicación del documento elaborado en el seno de la Red de Autoridades de Competencia *Perspectiva sobre las actividades de promoción de la competencia y de incoación y resolución de expedientes llevadas a cabo por las Autoridades Nacionales de Competencia en el área de los servicios profesionales (febrero 2004-primavera 2006)*[12], que informa cómo y en qué medida las ANC están promoviendo la reforma de los servicios profesionales a nivel nacional desde el Informe de 2004. El documento expone las estrategias,

---

[11] Programa y ponencias de la misma pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/conferences/20061230/index.html.

[12] Disponible en la página web de la ECN (Red de Autoridades de Competencia): http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/reference_paper.pdf (*Overview of National Competition Authorities' advocacy and enforcement activities in the area of professional services (february 2004-Spring 2006).*

los métodos de trabajo e instrumentos de promoción de la competencia utilizados y presenta una visión general de la actividad de expedientes desarrollada.

Sus conclusiones son las siguientes:

— Los intentos de promoción de la competencia varían entre los Estados miembros en términos generales, debido a las diferentes circunstancias, marco legal o niveles de recursos empleados por cada Autoridad nacional.
— Casi todas las Autoridades combinan, por su igual importancia, la actuación de incoación de expedientes y la de promoción de la competencia.
— Muchas Autoridades informan de sus previsiones para recurrir a la promoción de la competencia de manera más sistemática. La experiencia muestra la utilidad de ésta cuando está bien estructurada y con un plan de acción determinado.
— También informan de la importancia de la intervención o informe preceptivo de la Autoridad de Competencia en los procesos de reformas normativas.

3. MENCIÓN A LAS RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO

Ya existían algunos pronunciamientos del Parlamento Europeo sobre competencia en el sector de las profesiones liberales antes del Informe de 2004, por ejemplo la Resolución de 5 de abril de 2001 sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna [13], y en 2004 otra Resolución sobre las disposiciones en materia de mercado y competencia para las profesiones liberales [14].

En el año 2006 se han dado dos pronunciamientos por parte de la institución asamblearia europea. En la Resolución de 23 de marzo, sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos, el Parlamento Europeo declaró que las reformas son más eficaces si se efectúan a nivel nacional en base al criterio de autoridad mejor posicionada para definir las normas de los profesionales del Derecho, y en su papel controlador de la actividad de la Comisión Europea, incitó a ésta a aplicar su nueva política de «menos regulación, mejor regulación» de manera prudente.

La resolución última, de 12 de octubre de 2006, denominada *Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento del Informe*

[13] *DOCE* núm. C21 E, de 24 de enero de 2002.
[14] *DOCE* núm. C91 E, de 15 de abril de 2004.

sobre la competencia en los servicios profesionales[15], adopta una posición de claro apoyo a la Comisión Europea en sus esfuerzos de eliminar regulaciones restrictivas nacionales, considerando los beneficios consiguientes para la economía y los consumidores. Destacamos las siguientes declaraciones, en la medida en que pretenden «empujar» a la Comisión Europea y a los Estados miembros a seguir trabajando en la revisión y reforma de las regulaciones profesionales:

1. Acoge con satisfacción el diálogo entablado entre la Comisión Europea, los Estados miembros y las organizaciones profesionales con el fin de eliminar las barreras a la competencia injustificadas o que perjudique la consecución del interés general y las normas desventajosas para los consumidores y, en definitiva, para los propios prestadores de servicios.
2. Pide a todos los participantes en el proceso de reforma que lo prosigan de forma constructiva.
3. Reconoce el derecho de regular sobre la base de peculiaridades tradicionales, geográficas y demográficas; a este respecto, destaca que deben elegirse aquellas normas que restrinjan la competencia lo menos posible y que en el sistema actual tienen que impulsarse los procesos de reforma con el fin de apoyar la consecución de los objetivos de Lisboa.
4. Pide a la Comisión Europea:

   — Que garantice, en el sector de las profesiones liberales, el cumplimiento de las normas del Tratado relativas a la protección de la competencia y del mercado interior.
   — Que exponga las repercusiones en términos de nuevos puestos de trabajo y de crecimiento adicional que se esperan de una reforma sistemática favorable a la competencia en el sector de los servicios profesionales.
   — Que examine atentamente las diferencias entre los diferentes tipos de categorías profesionales en cada Estado miembro y el impacto esperado de la plena eliminación de los obstáculos innecesarios a la competencia.
   — Que amplíe su análisis en lo referente a la subdivisión de la protección reguladora según los diferentes grupos de consumidores, realizando estudios más precisos del ámbito de las pequeñas y medianas empresas, y a que tenga en cuenta y estudie con más precisión el hecho de que el sector público no es fuente de una demanda homogénea, sino que se divide en numerosas unidades pequeñas que demandan servicios profesionales de manera independiente y con intensidad diversa. Advierte no pasar por alto que las reglamentaciones obtienen su legitimación en que la prestación de servicios profesionales puede

[15] Accesible en la página web siguiente: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0418+0+DOC+XML+V0//ES.

entrañar «externalidades» y que determinados servicios profesionales pueden considerarse «bienes públicos».

5. Pide a los Estados miembros:

   — Que estudien de forma constructiva las experiencias prácticas de los procesos de reforma de otros Estados miembros en el ámbito de los servicios profesionales para poder aprovecharlas de la mejor manera posible para los esfuerzos de reforma propios.
   — Ser responsables de controlar el alcance de la autorregulación nacional para evitar que perjudique los intereses de los consumidores o la realización del interés general.

6. También se pronuncia el Parlamento Europeo sobre la necesidad de superar restricciones de tarificaciones fijas o mínimas(adoptando medidas menos restrictivas y más adecuadas al respeto de los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad y activando mecanismos de consulta con todas las partes interesadas), de acceso y movilidad profesional, de cooperación y prestación de servicios interprofesionales, y regulaciones especiales en materia de publicidad que deberán limitarse a casos excepcionales debidamente justificados.

4. NIVELES DE REGULACIÓN Y PRÁCTICAS DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EUROPA

Desde el Informe de 2004 y bajo los impulsos de la Comisión Europea, en diversos países europeos se han emprendido reformas o estudios u otras actividades destinadas a reforzar la competencia de los mercados de profesionales.

Refirámonos en primer lugar a los niveles de regulación que se han estudiado respecto de este sector en el ámbito de los países de la Unión Europea, para luego destacar la actividad de promoción de la competencia que se ha implementado en algunos de ellos, con vistas a llevar a cabo reformas nacionales.

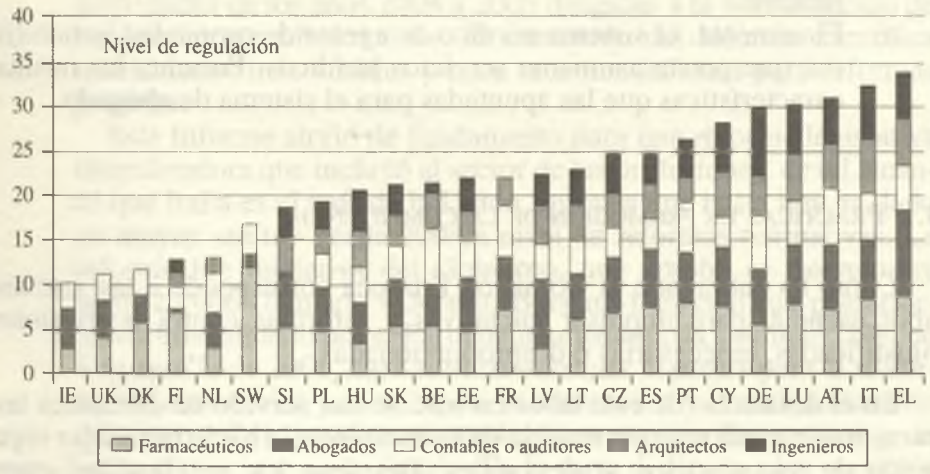
A. Niveles de regulación en los países de la UE

Como antes hemos señalado, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea encargó al Instituto de Estudios Avanzados de Viena un estudio independiente sobre regulación de las profesiones liberales, que salió a la luz a principios de 2003. Este estudio reveló unos niveles de regulación considerablemente distintos según los Estados miembros y también según las diversas profesiones. También llegó a la conclusión de que nada

indicaba que los mercados de los países relativamente menos regulados funcionasen de forma incorrecta. Al contrario, la conclusión del estudio era que una mayor libertad en las profesiones facilitaría una mayor creación de riqueza en general. La gráfica con los niveles de regulación de cada país de la UE se hizo sobre las profesiones de farmacéuticos, abogados, contables o auditores, arquitectos e ingenieros, y aparece recogida tanto en el Informe de 2004 como en la Comunicación de 2005, en esta última incorporando a los nuevos países miembros y en la que España aparece en octavo lugar (figura 1):

FIGURA 1

ÍNDICE DEL NIVEL DE REGULACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS



Un ejemplo más práctico de estudio de niveles de regulación será el que salga a la luz en 2007, y al que antes se ha hecho referencia, sobre los servicios profesionales que actúan en los traspasos inmobiliarios (*conveyancing services*). En la señalada Conferencia de Bruselas de 13 de diciembre de 2006 la Comisión Europea adelantó algunas conclusiones. Se trata de un estudio importante de contenido económico y comparativo sobre el impacto en la competencia de la regulación de dichos servicios. En dichas conclusiones llama la atención la clasificación de sistemas jurídicos en la UE en función de los niveles de regulación. Cabe señalar los mismos por su interés:

a) El sistema tradicional del notariado latino. Es el dominante en Europa y caracterizado por una elevada regulación. La notaría es una oficina pública, el notario interviene indispensablemente para la eficacia de los negocios jurídicos, las tarifas profesionales son fijas y la regulación de la estructura del mercado y del ejercicio de la actividad suele ser estricta (como consecuencia de las funciones que corresponden a un funcionario público).

b) El sistema desregulado del notariado holandés. Holanda se configura como el país más desregulado en lo que respecta a la profesión notarial. El notario es un empresario que lleva a cabo tareas públicas, no un servidor público. En este modelo no hay *numerus clausus*, las tarifas son negociables y la estructura del mercado y el ejercicio de la actividad son en términos generales más flexibles.

c) El sistema de abogacía, propio de las Islas Británicas, Hungría, República Checa y Dinamarca. En este modelo hay un control en el acceso a la profesión limitado a exámenes y licencias para garantizar la calidad de las prestaciones profesionales, los precios son también negociados en el mercado y el nivel de regulación tiende a ser bajo. Si en el Derecho anglosajón suele haber un *solicitor* (representante legal) para el comprador y otro para el vendedor, en el Derecho continental suele actuar un único abogado en el negocio jurídico.

d) Finalmente, el sistema nórdico de agente de propiedad inmobiliaria, que presta asimismo servicios jurídicos. Presenta las mismas características que las apuntadas para el sistema de abogado.

B. Prácticas de promoción de la competencia

Como ha subrayado la Comisión Europea corresponde a las ANC una labor esencial para impulsar iniciativas y reformas contra restricciones injustificadas, innecesarias o desproporcionadas.

En el desarrollo de esta labor las ANC se han servido de diferentes instrumentos o medios de promoción de la competencia hacia una mejor regulación de los servicios profesionales. Destacan los estudios, informes, recomendaciones y ejercicios de recopilación de información (cuestionarios, documentos de consulta...), tendentes no sólo al análisis jurídico, sino también al económico. También se han realizado actividades de coordinación administrativa (reuniones interministeriales o sectoriales, creación de comités u órganos de coordinación que agrupen a las autoridades reguladoras y los cuerpos profesionales, etc.); actividades de relación con las Cámaras parlamentarias (presentación de informes anuales, recomendaciones, intervención en comisiones parlamentarias...); de promoción del debate público (jornadas temáticas, seminarios...); y finalmente informes sobre el impacto de proyectos normativos o normas en vigor en las condiciones de competencia de los mercados (llamado *competition screening*).

Como ejemplos de prácticas de algunas Autoridades Nacionales de Competencia merece destacarse:

1. La Autoridad irlandesa es quizá quien más se ha adentrado en la realización de estudios e informes sobre servicios profesionales con la publicación de varios informes (incluso con consulta pública) concernientes a varias profesiones. En sus estudios describe los

mercados, identifica restricciones injustificadas y realiza recomendaciones preliminares orientadas a la reforma. Recientemente, en diciembre de 2006, la Autoridad de Competencia publicó su Informe final sobre competencia en los servicios jurídicos. En el mismo se recomienda la adopción de una nueva ley sobre servicios jurídicos que supere los problemas restrictivos de competencia que se identifican. Añade que esta normativa debería establecer una Comisión independiente que actuase como organismo regulador del sector, en lugar del modelo ordinario de autorregulación, siempre respetando las funciones que corresponden al *Law Society* y al *Bar Council*. El Informe contiene hasta un total de 29 recomendaciones sobre problemas de competencia existentes actualmente en el sector.

2. La Autoridad italiana también publicó en 2005 un «Informe sobre actividades en los años 2004 a 2005 dirigidas a la liberalización de los servicios profesionales». El contenido del Informe identifica restricciones más visibles y hace recomendaciones para reformas posibles.

   Este Informe sirvió de fundamento para una reforma legislativa liberalizadora que incluyó al sector de las profesiones, de tal alcance que Italia es el país de la Unión Europea que hasta hoy ha dado un mayor «salto» desde 2004 a nivel de reformas normativas. La reforma fue iniciativa del Gobierno, que aprobó el Decreto-ley núm. 223/06 (llamado «Decreto Bersani»), el cual fue posteriormente convalidado por el Parlamento mediante la Ley núm. 248, de 4 de agosto de 2006, bajo el título «normas urgentes para la reactivación económica y social, para la contención y la racionalización del gasto público, así como medidas en materia de ingresos y de lucha contra la evasión fiscal». En la parte dedicada a los servicios profesionales se introducen medidas destinadas a otorgar más flexibilidad para los profesionales y mayor libertad de elección a los consumidores. Tres medidas son relevantes:

   i) Se derogan las tasas y honorarios fijos y mínimos. Éstos serán negociados por las partes y estarán directamente relacionados con los servicios prestados.
   ii) Profesionales autónomos podrán hacer publicidad de sus servicios, de manera que los clientes puedan tomar decisiones con mayor información.
   iii) Luz verde para sociedades interdisciplinarias formadas por diversos profesionales (arquitectos, abogados, contables, etc.), para una oferta más extensa de servicios integrados y para mayor competitividad internacional de las empresas italianas.

3. Otros informes o estudios sobre la competencia en el sector de las profesiones liberales se han elaborado en Luxemburgo (informe de abril de 2005), en Eslovaquia (2005), en Polonia (2004) o en Francia (2005). El análisis polaco, sobre restricciones a la compe-

tencia en las profesiones liberales, fue realizado en una doble vertiente: por una parte, legal, con estudio de las profesiones de asistencia jurídica (*barristers* y *legal advisers*), notarios, farmacéuticos y asesores fiscales, y alumbrando reformas necesarias; por otra parte, económica. En Francia el estudio sobre la regulación de las profesiones liberales abarcó el ámbito de la UE, EE.UU. y Canadá, por iniciativa de las autoridades ministeriales. En el informe eslovaco, sobre la regulación legal, se hicieron las oportunas consultas a ministerios y organizaciones profesionales.

4. Otros países han optado por informes o propuestas de reforma de ámbito más reducido (Reino Unido en lo que respecta a la regulación de los servicios jurídicos), documentos de consulta (Holanda) o recomendaciones de la Autoridad de Competencia para el Parlamento y los agentes afectados (Hungría respecto del servicio notarial).

5. REFORMAS NORMATIVAS Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

En España existe una ley general de regulación de las profesiones colegiadas: la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP). También las Comunidades Autónomas, que han asumido competencias en materia de Colegios Profesionales a través de sus Estatutos de Autonomía, han dictado sus leyes reguladoras de Colegios y del ejercicio de profesiones tituladas, en concreto todas menos Asturias[16]. Ello ha motivado la proliferación de Colegios de ámbito autonómico y provincial.

Además, en España se da un nivel importante de autorregulación en base a la potestad de los Colegios de ordenación de la actividad profesional del art. 5.*i)* de la LCP (concretamente, la función de «*ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial*»).

A. REFORMAS NORMATIVAS SOBRE EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES

Antes del Informe de 2004 de la Comisión Europea, España había llevado a cabo ya reformas importantes en el sector de los servicios profesionales.

---

[16] Recientemente Cataluña ha aprobado una nueva Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los Colegios Profesionales, derogando la anterior de 1982.

El impulso hay que atribuírselo al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que elaboró en 1992 un estudio importante sobre todo el sector. Se trata del *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, publicado en junio de 1992, que incluyó una descripción y evaluación de las principales restricciones a la competencia, y concluyó con una propuesta concreta de modificación de la Ley de Colegios Profesionales en forma de borrador de proyecto de Ley de reforma.

Fruto de este Informe, la Ley de Colegios Profesionales fue objeto de varias de sus más importantes enmiendas. La reforma en particular fue llevada a cabo a través de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales.

El significado liberalizador de esta reforma la destaca el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 20 de septiembre de 2006, donde dice que «*la Ley 7/1997 liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, por ello tales aspectos en su manifestación de libre competencia quedan fuera de la potestad administrativa de ordenación de la Administración Corporativa, pues han pasado a ser determinados por Ley, precisamente la que regula la libre competencia*». Por consiguiente, se trata, a juicio del Tribunal Supremo, de un cambio de un sistema que imponía ciertas restricciones a la oferta de servicio de las profesiones colegiadas a otro de libre competencia, pues anteriormente venía admitiéndose sin discusión la posibilidad de establecer límites en su ejercicio con base en las potestades de ordenación de los Colegios y Consejos Profesionales.

La actual Ley establece una regulación de los Colegios Profesionales sometida plenamente al Derecho de la Competencia cuando éstos actúan como entidades de base asociativa privada. El art. 2 de la LCP, reformado por la Ley 7/1997, establece en el apartado 1, párrafo segundo, que «el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable». Y en el apartado 4 se sujeta a los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica a los límites del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Otros aspectos de reforma fueron los siguientes:

— El principio de colegiación única (art. 3, también modificado por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio).
— La supresión de la potestad de los Colegios de fijar honorarios mínimos, admitiéndose la posibilidad de establecer baremos de honorarios de carácter meramente orientativos [letra *ñ)* del art. 5].

Volviendo ahora a la nueva etapa resultante a partir del Informe de la Comisión Europea de 2004, debemos mencionar a continuación reformas

recientes de nuestro país que han entrado, por consiguiente, en el camino de la modernización reguladora de los servicios profesionales:

— En lo que respecta a abogados y procuradores, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.
— En cuanto a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, hay que citar las siguientes disposiciones:

  • Los Reales Decretos 173/2007, de 9 de febrero, sobre demarcación Notarial, y 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
  • El Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento notarial de 2 de junio de 1944. Subraya con la modificación del art. 1 que los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Y con la modificación del art. 3 se dispone que los particulares tienen el derecho de libre elección del notario sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico. Destaca asimismo la regulación de una publicidad que no afecte a la competencia en el art. 71, exigiendo únicamente que la publicidad de la oficina pública notarial y de su titular deba realizarse *preferentemente* a través de los sitios web de los Colegios Notariales y del Consejo General del Notariado, en los que se incluirá el nombre y apellidos del notario, su fotografía si éste lo solicitara, y la dirección, correo electrónico y números de teléfono y fax de la oficina notarial; y por otra parte, manteniendo la prohibición de que los notarios puedan anunciarse directa o indirectamente a título de sucesores de un titular de la misma notaría, así como la publicidad del local de la oficina a través de una placa, respecto de las que las Juntas Directivas podrán adoptar medidas sobre la forma y dimensiones.

— Asimismo, hay que referirse al gran avance que supone a escala normativa la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a las que se le facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente. Ya el TDC en su Informe de 1992 propuso como reforma para la LCP que los profesionales pudieran asociarse libremente para el ejercicio de la actividad, debiendo establecer las sociedades profesionales de modo claro y preciso en sus correspondientes estatutos a quién debe imputarse la responsabilidad profesional. Mediante la Ley 2/2007 se posibilita la aparición de una nueva clase de profesional colegiado a través de una organización colectiva y se consigna un adecuado régimen de responsabilidad a favor de los usuarios de los servicios prestados. La Ley moderniza aspectos como:

  • Posibilita las prácticas multidisciplinares disponiendo que las sociedades profesionales puedan ejercer varias actividades profe-

sionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario (art. 3).

- Liberaliza parcialmente la propiedad de las oficinas de farmacia, dejando a salvo la regulación especial sobre la titularidad de las mismas (disposición adicional sexta).
- También hay que subrayar (disposición final segunda) la habilitación normativa al Consejo de Ministros para regular el ejercicio profesional en el seno de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de varias actividades profesionales y el régimen de incompatibilidades aplicable a las sociedades profesionales y a profesionales que en éstas desarrollen su actividad; hasta entonces, se mantienen vigentes las normas actualmente aplicables sobre incompatibilidades para el ejercicio de actividades profesionales.

B. Prácticas de promoción de la competencia en España

En el campo de los estudios e informes sectoriales ya nos hemos referido al *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* elaborado por el TDC en 1992, y base de las enmiendas a la LCP aprobadas por la Ley 7/1997.

En el marco actual, el Servicio de Defensa de la Competencia ha desarrollado actividades de coordinación interadministrativa además de funciones consultivas sobre proyectos normativos, por ejemplo, sobre Estatutos Generales de Colegios Profesionales. Bajo el impulso de la Comisión Europea, el Servicio ha organizado dos reuniones en Madrid con participación de ésta, de ministerios reguladores de determinadas profesiones y de representantes de colegios profesionales:

— La primera, en abril de 2005, sentó en la misma mesa a funcionarios de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea y a representantes de aquellos ministerios cuya responsabilidad comprende las profesiones que habían sido seleccionadas por la Comisión Europea en su Informe de 2004: abogados, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, auditores, farmacéuticos, ingenieros y arquitectos.
— La segunda reunión, en julio de 2006, ahondó aún más en el análisis de los problemas de competencia del Derecho español de los servicios profesionales. Esta reunión se limitó a las profesiones jurídicas, de ingeniería, arquitectura y auditoría. Contó, además de con la Comisión Europea y del Tribunal de Defensa de la Competencia, con más número de ministerios como el Ministerio de Educación y Ciencia para los temas relativos a acceso a las profesiones, mayor representación colegial e incluso la participación del Instituto Nacional de Consumo.

La reunión de julio de 2006 centró uno de sus debates en la compatibilidad con el Derecho comunitario de los «baremos de honorarios orientati-

vos», que antes hemos mencionado en relación con la reforma de la LCP por la Ley 7/1997. La Comisión Europea ha planteado dudas sobre la compatibilidad con el art. 81 del TCE de los citados baremos en base principalmente a su Decisión de 24 de junio de 2004 en el asunto *Colegio Belga de Arquitectos*[17], que multó al Colegio con 100.000 euros por una práctica de precios recomendados, aunque en los razonamientos quedaron demostrados los efectos puramente vinculantes de los mismos. El Servicio de Defensa de la Competencia, con fundamento en el Derecho comunitario, remitió cartas a finales de 2006 a los Colegios de abogados, ingenieros y arquitectos solicitando información sobre medidas promovidas para suprimir tales baremos de honorarios orientativos.

6. CONCLUSIONES

Con este trabajo hemos querido hacer un trazado de los nuevos y últimos enfoques que priman en el Derecho de la competencia sobre el sector de los servicios profesionales. Estos nuevos retos y planteamientos tienen su base en el «Informe sobre la competencia en los servicios profesionales» de febrero de 2004 publicado por la Comisión Europea.

A partir del mismo, la Comisión Europea, siendo consciente de la extraordinaria relevancia de este sector para los objetivos de la Estrategia de Lisboa, lleva realizando hasta hoy una política de impulso a los Estados miembros para que éstos acometan reformas normativas que tengan como finalidad superar y eliminar regulaciones que, aunque tradicionales, se materializan en restricciones a la competencia innecesarias objetivamente o desproporcionadas, y por ende injustificadas. En esta política, que ha sido apoyada por el Parlamento Europeo en su reciente Resolución de 12 de octubre de 2006, la Comisión Europea prefiere usar los términos de «mejor regulación» (como fue el objeto de la Conferencia en Bruselas de noviembre de 2005 bajo la presidencia inglesa del Consejo), antes que de liberalización o desregulación.

Ahora bien, tratándose de un sector con diversos intereses en juego, esto es, los de los profesionales, los de los consumidores y usuarios y, en gran medida, el interés general o público, toda iniciativa de reforma requiere esencialmente la consulta de todos los agentes afectados.

En el recorrido que llevamos desde febrero de 2004, algunas Autoridades Nacionales de Competencia de la UE, siguiendo los argumentos de la Comisión Europea, han promovido procesos de reformas normativas. Pero también es llamativo que la actividad de promoción de la competencia se ha impulsado en este sector como en otros pocos. Los medios de promoción de la competencia empleados por las Autoridades Nacionales de Competencia han sido muy variados: estudios, informes sectoriales,

[17] Decisión núm. 2005/8, de 24 de junio de 2004 (*DOUE* núm. L4, de 6 de enero de 2005).

cuestionarios, consultas públicas, reuniones administrativas o con los sectores afectados, recomendaciones al Gobierno o Parlamento, promoción del debate público, informes sobre el impacto en la competencia de proyectos normativos, etc.

En España, algunas novedades normativas han aparecido ya en los tres últimos años como la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales. También se han emprendido por los organismos de defensa de la competencia actividades de promoción de la competencia tales como reuniones interministeriales con la Comisión Europea y representaciones profesionales o la supervisión necesaria de proyectos normativos.

Las Autoridades de Competencia españolas, que pasarán a convertirse en un único órgano regulador tras la aprobación del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia[18], tienen ante sí este reto de modernización de la regulación nacional de las profesionales liberales, con el impulso, apoyo y colaboración de la Comisión Europea. Tal regulación comprende tanto las normativas estatales y autonómicas como las autorregulaciones plasmadas en los Estatutos de los Colegios Profesionales. En este sentido, la promoción de la competencia está prevista en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia como uno de los grandes retos de la futura Comisión Nacional de la Competencia, a la que se le asigna relevantes competencias consultivas y determinadas obligaciones ante las Cámaras parlamentarias.

Los trabajos desde 2004 hacia una mejor regulación de los servicios profesionales pueden valorarse positivamente en el ámbito de la Unión Europea y en España, pues no cabe duda de que, tras el Informe de la Comisión Europea, se ha incentivado una cultura de mayor competencia en este sector. Sin embargo, todavía la Comisión Europea seguirá supervisando e impulsando nuevas reformas en los Estados miembros, con el objetivo de aumentar en beneficio de los consumidores la competencia y la máxima calidad del servicio profesional.

[18] En el momento de elaboración de este trabajo, en tramitación parlamentaria en el Senado.

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS COMO REMEDIO

Carmen LENCE REIJA
Asesora en el Gabinete del Presidente
Tribunal de Defensa de la Competencia

1. PRELIMINAR

Este trabajo pretende describir la situación que se plantea cuando el titular de un derecho de propiedad intelectual que, como consecuencia de ese derecho, ostenta una posición dominante, se niega a conceder licencias a sus competidores e incurre con ello en un abuso de posición dominante. Pretendemos explorar la vía de la posible concesión de licencias obligatorias como remedio para poner freno a estos abusos a través del análisis de la jurisprudencia comparada.

En principio, los derechos de propiedad intelectual confieren a su titular facultades ilimitadas de disponer del mismo y, entre éstas, como núcleo indiscutible del derecho, se encuentra la facultad de conceder licencias. Por lo tanto, la posibilidad de negarse a licenciar a los competidores una tecnología protegida es, en principio, un derecho de todo titular de propiedad intelectual [1]. Ahora bien, esta negativa puede, en ocasiones, contribuir a reforzar posiciones de dominio o, en los casos más graves, privar a los competidores de toda oportunidad de operar en un determinado mercado. Por ello, algunas modalidades de propiedad intelectual más potencialmente monopolizadoras (como las patentes), a través de sus respectivas legislaciones, contemplan de forma expresa la posibilidad de sometimiento al régimen de licencias obligatorias en casos de interés general. En otros casos, como el derecho de autor, los riesgos de abuso de posición dominante son aparentemente menores y sus regímenes no contemplan esta posibilidad, pero esta circunstancia no ha sido un impedimento para la actua-

[1] Cfr. arts. 75 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y 107.3, 109.1 y 121 de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

ción de las autoridades de defensa de la competencia que han intervenido para corregir ciertas disfunciones del sistema.

La escasa experiencia en nuestro país y, por tanto, el reducido número de casos, no ha sido un obstáculo para realizar este trabajo: tanto el Derecho comunitario como el comparado ofrecen suficientes ejemplos de situaciones en las que se ha empleado una licencia obligatoria para poner fin a un abuso de posición dominante, o al menos, tal posibilidad ha sido explorada. Entendemos que el análisis de los casos de los que disponemos puede ser útil para extraer los rasgos comunes que subyacen a las situaciones en que está justificado conceder una licencia obligatoria por abuso de posición dominante. Este mismo análisis también permite extraer unas reglas básicas para identificar casos similares en el futuro.

2. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA. ¿EXISTE CONFLICTO ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

Mucho se ha escrito sobre el aparente conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia. Las doctrinas más representativas pueden clasificarse en dos grupos: los partidarios de la teoría del conflicto y los partidarios de la teoría del «no conflicto». Para los primeros[2] los derechos de propiedad intelectual conceden monopolios, mientras que la libre competencia persigue la libertad de las iniciativas empresariales. Puesto que la libertad de empresa puede ser coartada por los derechos de propiedad intelectual, la conclusión es que los derechos de propiedad intelectual son un obstáculo a la libertad de empresa y, por tanto, obstaculizan la libre competencia.

Por su parte, los partidarios de las denominadas doctrinas del «no conflicto»[3] analizan los efectos que los derechos de propiedad intelectual producen a largo plazo y desde una perspectiva dinámica. Así, por ejemplo, la existencia de las patentes se justifica porque los beneficios que recibe la sociedad en términos de progreso tecnológico superan los posibles efectos adversos derivados de la existencia de un monopolio. Desde un punto de vista dinámico, las patentes estimulan la competencia por sustitución, ya que los competidores del titular de una patente, al no poder ofrecer el mercado el mismo producto, tendrán deberán buscar alternativas que ofrezcan, al menos, el mismo resultado técnico. Esta teoría ha tenido su reflejo en la

---

[2] *Vid.*, por ejemplo, C. BELLAMY, y G. CHILD, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, 1992 (pp. 409-410), para quienes el carácter de monopolios legales que caracteriza a los derechos de propiedad intelectual obstaculiza el derecho de la competencia «que encuentra difícil decidir hasta qué punto deben concederse estos privilegios sin que ello repercuta negativamente en la libertad competitiva».

[3] H. ULLRICH, «Expansionist Intellectual Property Protection And Reductionist Competition Rules: A Trips Perspective», *Journal of International Economic Law* 2004 7(2), pp. 401-430.

jurisprudencia norteamericana en el caso *Xerox*[4], del año 2000. Esta sentencia parte de las tesis de que prácticamente todo lo que está permito por la legislación específica sobre propiedad intelectual debe estarlo también por las normas *antitrust*[5], posición que se refleja en la frase que hemos extraído «cuando una patente ha sido legítimamente obtenida, todos los actos subsiguientes que estén permitidos por la legislación de patentes no pueden desencadenar responsabilidad *antitrust*».

Recientemente, ha aparecido una tercera vía denominada «teoría de la complementariedad»[6]. De acuerdo con esta teoría, el derecho de la competencia y el derecho de propiedad intelectual persiguen el idéntico objetivo de promover tanto la competencia como la innovación. Esta teoría tiene en cuenta el riesgo de que un derecho de propiedad intelectual sea tan exitoso que termine por generar un monopolio y, con ello, impedir la competencia en un mercado determinado. Ahora bien, esta situación no es una consecuencia del derecho de propiedad intelectual como tal, sino del mercado en cuestión, ya que la propiedad intelectual se limita a proteger un derecho de exclusiva y no una posición dominante.

Esta teoría de la complementariedad está claramente establecida en las Directrices para la aplicación del art. 81 a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología[7] y, en términos muy similares, en las Directrices de Estados Unidos de 1995 para las licencias de propiedad intelectual[8].

---

[4] *Re Indep. Serv. Org. Antitrust Litigation* CSU, *203 D.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).* En 1956 Xerox había adquirido la titularidad de varias patentes de fotocopiadoras y, años más tarde, se había consolidado con empresa dominante en ese sector. SCM pretendía comercializar dichas fotocopiadoras, para lo cual solicitó una licencia a Xerox, a lo que ésta se negó. Por tanto, la cuestión litigiosa se centraba en determinar si la negativa por parte de Xerox a que SCM comercializara sus fotocopiadoras constituía una infracción de la *Sherman Act*. El Segundo Circuito rechazó la tesis de que la negativa unilateral a conceder licencias por parte de un monopolista fuera *per se* contraria a la *Sherman Act*. A juicio del Tribunal, se hacía precisa la concurrencia de los elementos necesarios para la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*. El Tribunal consideró que la negativa a conceder licencias forma parte de las facultades de todo titular de la patente y que no existe justificación para obligarle a conceder licencias a sus competidores sólo por el mero hecho de haberse convertido en monopolista. Asimismo, el Tribunal consideró que la adquisición de patentes por parte de Xerox no constituía una infracción *antitrust*. En palabras del Tribunal: «se socavaría el propio sistema de patentes si éste estuviera sometido a la posible amenaza de responsabilidad *antitrust* al vincular un mercado relevante (que no existía en el momento de adquirir la patente) y lo que es incluso más desconcertante, a un momento anterior a la comercialización del producto».

[5] El Tribunal consideró que esta regla de la inmunidad de la propiedad intelectual frente al Derecho de patentes está sujeta a ciertas excepciones que se aplican cuando: i) la obtención de la patente ha sido consecuencia de un fraude ante la oficina de patentes; ii) la negativa a conceder licencias carece por completo de fundamento y tiene la intención de interferir directamente con las relaciones comerciales de un competidor; iii) la negativa forma parte de una estrategia de *tying*. En cualquiera de estos tres supuestos, desaparece la inmunidad de la propiedad intelectual frente al Derecho de la competencia y la conducta será considerada contraria a la Ley *Sherman*.

[6] J. DREXL, «*IMS Health* and *Trinko*: antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases», IIC *(International Review of Intellectual Property and Competition Law)*, vol. 35, núm. 7-2004, 788, con ulteriores citas.

[7] Directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología (2004/C 101/02) C 101/2, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de abril de 2004. La

(Nota número 8 en página siguiente)

En nuestra opinión, ninguno de los planteamientos citados tiene en cuenta la diferente naturaleza que pueden revestir estos derechos y, por tanto, el hecho de que tanto sus posibles efectos beneficiosos como obstaculizadores de la libertad empresarial han de enmarcarse en el contexto de la modalidad concreta de que se trate. En efecto, los derechos de propiedad intelectual revisten diferentes modalidades, protegen intereses distintos y, por ello, la relación que se entabla entre ellos y la libre competencia varía también en función de ese mismo interés protegido. En aras de la simplificación, en este trabajo abordaremos únicamente las modalidades más frecuentes de propiedad intelectual: las marcas, el diseño industrial, las patentes y las obras protegidas por el derecho de autor[9].

A. Ausencia de conflicto en el derecho de marcas y diseños industriales

El derecho de marcas contribuye a diferenciar unas prestaciones de otras, guiando al consumidor en su elección y creando un elemento visible capaz de condensar la reputación de un producto. En este sentido, puede afirmarse que, desde el punto de vista de la competencia, las marcas no pueden concebirse fuera de este sistema de libre competencia. Su relación con el derecho *antitrust* no plantea, en principio, grandes problemas, ya que la regulación actual ofrece un marco óptimo para la resolución que los conflictos que pudieran surgir[10].

Por lo que respecta al diseño industrial, las normas que lo protegen están destinadas a proteger la creatividad en los productos industriales. Estas normas, unificadas en la Unión Europea, son muy recientes y sus redactores han tenido especial cuidado a la hora de evitar conflictos con la libre competencia. Estas cautelas quedan de manifiesto, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Directiva de Protección jurídica del Diseño

---

Comunicación de la Comisión Europea señala que ambos cuerpos legales convergen en la consecución del bienestar y de asignación eficiente de los recursos.

[8] El párrafo 10 de estas directrices señala lo siguiente: «El Derecho de la Competencia y el Derecho de propiedad intelectual persiguen los mismos objetivos de promover la innovación y de mejorar el bienestar de los consumidores». http://www.usdoj.gov/atr/public/ipguide.htm#t1.

[9] Omitiremos el análisis de otras modalidades que también han de considerarse propiedad intelectual en sentido amplio, a saber: las denominaciones de origen, las topografías de los productos semiconductores, los derechos de obtención vegetal, los modelos de utilidad y los nombres comerciales, todas ellas son modalidades reconocidas legalmente en España y en los sistemas próximos al nuestro. Ello no implica que las conclusiones de este trabajo no sean aplicables *mutatis mutandis* a estas otras modalidades.

[10] En ocasiones, una marca registrada puede llegar a convertirse en genérica, y esto ocurre cuando la evolución del lenguaje acaba convirtiendo lo que era una marca en la denominación usual para cierto producto. En estos casos, cuando la marca se «vulgariza» existe una necesidad objetiva para los competidores de acceder al uso del término en cuestión, uso que teóricamente podría ser paralizado por el titular de la marca. En estos casos, no se plantea un conflicto *antitrust*, ya que el Derecho contempla mecanismos específicos para garantizar a los competidores el libre uso de esa marca. Este mecanismo es el ejercicio de una acción de caducidad ante los Tribunales de Justicia (cfr. Ley 17/2001 de Marcas).

Industrial [11] 98/71 CE, cuyo punto 18 contiene toda una declaración de intenciones al establecer que «las disposiciones de la presente Directiva no constituyen un obstáculo a la aplicación de las normas sobre competencia». El espíritu conciliador que preside esta Directiva también se refleja en el contenido concreto de sus artículos. Sin entrar en demasiados detalles, los redactores de la Directiva han tenido especial precaución en promover la interoperabilidad y de los productos protegidos, evitando que un derecho sobre un diseño sirva para crear mercados cautivos. Estas cautelas también se ponen de manifiesto en ciertas exclusiones a la protección, por ejemplo, en la exclusión relativa a las interconexiones y a los diseños meramente técnicos.

Asimismo, la Directiva de diseño ha liberalizado el mercado europeo de recambios, lo cual afecta de modo muy directo a los recambios automovilísticos. La Directiva no permite que el titular de un diseño pueda utilizar su derecho para crear posiciones de dominio y permite a los fabricantes independientes de recambios operar en estos mercados remunerando adecuadamente al titular del derecho [12].

Así, podemos concluir que la protección del diseño no plantea grandes problemas desde el punto de vista de la libre competencia y que, al igual que el sistema de marcas, las normas que protegen el diseño prevén las necesarias cautelas para evitar que surjan conflictos que requieran intervención de las autoridades de competencia. El espíritu conciliador que preside esta nueva regulación también ha impregnado la casuística que tendremos ocasión de exponer en este trabajo.

---

[11] Cfr. Directiva 98/71 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

[12] En el momento de redactar este artículo, la Directiva 98/71/CE prevé un régimen transitorio que está siendo revisado con vistas a que se convierta en definitivo. Las dificultades de consenso han sido la consecuencia de la tensión entre dos intereses en conflicto, ya que la cláusula de reparación está, desde sus orígenes mismos, proyectada para regular la competencia en el sector de los repuestos automovilísticos. En el seno del Consejo, intensas desavenencias imposibilitaron el acuerdo. Estas diferencias estaban motivadas por dos factores: de una parte, las disparidades las legislaciones de los miembros de la Unión Europea que dieron lugar a un debate polarizado en el que Alemania y Francia se mostraban contrarios a la liberalización y el Reino Unido, favorable. Por otra parte, el segundo factor que propició la ruptura fueron las presiones de dos grupos: de un lado, el de los fabricantes de automóviles que, como es lógico, pretendían una protección plena de las piezas de recambio y, de otro, una alianza formada por los fabricantes independientes de recambios y las compañías aseguradoras, que son las principales perjudicadas por la protección. La solución final consistió en suprimir la cláusula de reparación y sustituirla por una disposición transitoria en el art. 14 que aplazó el debate hasta octubre del 2004. En esta fecha, se presentó una propuesta de modificación de la Directiva 98/71/CE a través del documento COM(2004) 582 final, que en el momento de redactar este artículo se encuentra en fase de revisión. Para una exposición detallada sobre la problemática de las piezas de recambio *vid.*, en contra de la liberalización: F. K. BEIER, «Protection for Spare Parts in the proposals for a European Design Law»; *IIC* 06/1994, p. 849. Una posición favorable a la cláusula de reparación puede encontrarse en C. LENCE, «La Propuesta de Directiva sobre protección del diseño: el freno de la cláusula de reparación», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 18, 1997, pp. 1013-1022.

B. Posibilidad de conflicto en el derecho de patentes y derecho de autor

En este segundo apartado englobamos las dos modalidades donde existe el mayor riesgo de abuso y donde la experiencia demuestra que se producen las situaciones de abuso con mayor frecuencia: las patentes y obras protegidas por el derecho de autor.

a) *Patentes*

Las patentes protegen obras de naturaleza técnica, circunstancia que, por sí misma, las hace más vulnerables al derecho de la competencia. Así, la naturaleza técnica de las invenciones imprime a las invenciones patentables una mayor «indispensabilidad» y, por tanto, una mayor necesidad de acceso a la misma por parte de los terceros competidores. Esta «indispensabilidad» es lo que justifica ciertos rasgos del derecho de patentes comunes a todas las jurisdicciones: su carácter limitado en el tiempo (veinte años improrrogables), la exigencia de uso obligatorio y el posible sometimiento al sistema de licencias obligatorias. En definitiva, los sistemas de patentes pretenden proporcionar incentivos suficientes para la innovación a la vez que salvaguardar una serie de cautelas que impidan un ejercicio abusivo de estos derechos, cuestión sobre la que incidiremos más adelante.

El derecho de patentes constituye el paradigma de conflicto potencial entre propiedad intelectual y derecho de la competencia: cuanto más innovadora sea una invención, más beneficios aporta ese salto tecnológico a la sociedad y, por tanto, más justificada está la concesión de una patente. Pero también esa misma repercusión positiva incide directamente en las oportunidades de los competidores, los cuales, en situaciones extremas, al verse privados del acceso a la tecnología patentada, también podían verse desplazados en sus oportunidades de competir.

b) *Derechos de autor*

En lo que se refiere al derecho de autor, la cuestión es aparentemente pacifica: los derechos de autor surgieron en la Europa del siglo XVIII para proteger las obras de naturaleza artística, literaria o científica. El Derecho de autor nace así con un marcado carácter «personalista», ya que su objeto son las creaciones del espíritu, expresión de la individualidad humana.

Ahora bien, este marcado carácter humanista del derecho de autor no debería conducirnos a la conclusión de que su indispensabilidad es menor que la de las creaciones de naturaleza técnica. Antes al contrario, en los últimos años el derecho de autor ha experimentado un proceso de «ensanchamiento», ampliando su objeto para dar cabida a creaciones que no pueden

considerarse estrictamente obras del espíritu. Nos referimos a los programas de ordenador y, en algunos países, a las bases de datos. Este proceso de apertura, muy criticado por algunos [13], es el resultado del progreso técnico que ha dado lugar a la aparición de nuevas creaciones que han reclamado un lugar propio en la propiedad intelectual. Sin embargo, las tradicionales categorías de propiedad intelectual (más en consonancia con la realidad del siglo XIX que con la del XXI) no estaban del todo preparadas para acoger a los «nuevos entrantes» ya que, en ocasiones, proporcionan una protección que va mucho más lejos de la que reclama el interés público. Una protección que, por ejemplo, resultaba apta para una novela, pero que para un programa de ordenador creado y comercializado por una empresa en posición dominante resulta, a todas luces, excesivo.

El derecho de autor no es del todo apto para proteger creaciones de carácter técnico ya que tiene dos importantes defectos: el primero, que, a diferencia del derecho de patentes, carece de mecanismos para corregir situaciones de abuso (por ejemplo, un sistema de licencias obligatorias), y el segundo y más importante, que para acceder a la protección, no siempre se juzga el mérito de la obra. Y es precisamente por estos motivos por los que las autoridades de defensa de la competencia pueden intervenir para corregir estos excesos, como ya hace años que interviene la Comisión Europea. El caso *IMS*, al que nos referiremos a lo largo de este trabajo, constituye buena muestra de la afirmación anterior.

C. Propiedad intelectual y posición de dominio

Una de las cuestiones más controvertidas que plantea la relación entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia es la de si los derechos de propiedad intelectual confieren monopolios; es decir, si a efectos del derecho de la competencia debe identificarse el objeto que abarca un derecho de propiedad intelectual con un mercado relevante.

En general, parece existir un consenso bastante amplio en el sentido de afirmar que, como norma general, la propiedad intelectual y la posición de dominio no deben equipararse [14]. Ahora bien, esto no significa que sí pueda realizarse esta asimilación en ciertos casos. Por tanto, la respuesta que habrá de darse a esta pregunta deberá tener en cuenta las particularidades del mercado en cuestión. No puede recibir el mismo trato una patente que protege el único medicamento capaz de curar una enfermedad que un dise-

---

[13] *Vid.* G. Ghidini, *Aspectos actuales del Derecho Industrial: Propiedad Intelectual y Competencia*, Comares, Granada, 2002.

[14] El Comité de Competencia de la OECD celebró en 1997 una sesión sobre la relación entre el Derecho de la Competencia y la propiedad intelectual. Entre sus conclusiones figura la de que, «a efectos de la política de competencia, los derechos de propiedad intelectual no deben ser equiparados al poder de mercado». Las conclusiones de este Comité se recogen en el Informe anual de la OECD de 1998.

ño que protege uno de los múltiples dibujos posibles para evitar el deslizamiento de un neumático. En el primero de los ejemplos, sí podría identificarse el mercado relevante de producto con el objeto protegido por una patente, mientras que el segundo caso no podría hacerse tal asimilación.

Por tanto, la pregunta de si un derecho de propiedad intelectual confiere *per se* una posición dominante no puede responderse sin tener en cuenta las circunstancias del mercado ni las de sus competidores. El objeto protegido por el derecho de propiedad intelectual en cuestión será, pues, determinante para responder a esta pregunta.

3. LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS DESDE UNA PERSPECTIVA *ANTITRUST*

Algunas modalidades de propiedad intelectual conocen la figura de las licencias obligatorias. Esta figura implica que el Estado se reserva, en ciertos casos, la posibilidad de permitir que su objeto pueda ser explotado, previa compensación, por los competidores del titular del derecho.

A. Justificación: las licencias obligatorias como mecanismo de prevención de abusos de posición dominante

Esta figura encuentra su justificación en la necesidad de dejar al Estado un cierto margen de maniobra para corregir los riesgos que podrían derivarse de una posición absoluta del titular de un derecho de propiedad intelectual. Esta posición absoluta podría llevar aparejado el riesgo de abusos por parte del titular del derecho, abusos que, generalmente, tienen por objeto una restricción de la producción que podría conducir, en situaciones extremas, al desabastecimiento de un determinado mercado.

En cierto modo, detrás de la figura de las licencias obligatorias subyace la noción del sistema de patentes como resultado de un equilibrio entre lo que el inventor recibe y lo que aporta a la sociedad. El inventor recibe temporalmente un monopolio pero, a cambio, se compromete a divulgar su invención y a explotar el objeto de la misma de forma suficiente para abastecer las necesidades del mercado nacional. Sólo en este contexto se comprende la figura de las licencias obligatorias.

Si la concesión de una patente se justifica por la existencia de unos beneficios recíprocos para la sociedad y el inventor tiene sentido de que, en el momento en que la patente deje de producir estos efectos beneficiosos, el «contrato» deje de tener causa y, por tanto, se cambien las condiciones de juego.

La relación que existe entre las licencias obligatorias y la prevención de abusos de posición dominante es muy clara. Así, por ejemplo, la Directiva

comunitaria 6/96 de protección jurídica de las bases de datos [15] prevé, en su art. 16, un sistema de vigilancia por el cual cada tres años se estudiará la aplicación de la misma y, «concretamente, si dicha aplicación ha dado lugar a abusos de posición dominante o a otras violaciones de la libre competencia que justificasen medidas adecuadas, en particular el establecimiento de un régimen de licencias no voluntarias». El precepto trascrito constituye una clara evidencia del papel preventivo que las licencias obligatorias desempeñan en los abusos de posición dominante en el caso de los derechos de propiedad intelectual.

Las licencias obligatorias están comúnmente admitidas en prácticamente todos los sistemas de nuestro entorno y también en el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio que incluye, en su anexo 1-C, el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio [16]. Este Anexo constituye un marco multilateral de principios, normas y disciplinas relativas a la existencia, alcance, ejercicio y protección de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio así como el comercio de mercancías falsificadas. El art. 8 de este Anexo reconoce expresamente la libertad de todos los Estados miembros para dictar las medidas que estimen apropiadas para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual [17]. Este artículo se completa con la Declaración LXXVIII sobre el acuerdo Trips y la salud pública, cuyo apartado 5 *(b)* reconoce que los Estados miembros tienen libertad para conceder licencias obligatorias y para determinar los motivos por los que tales licencias han de ser concedidas.

Así las cosas, los Estados disponen de libertad para establecer las situaciones en las que un derecho de propiedad intelectual puede someterse al régimen de licencias obligatorias. Tomando como referencia el Derecho español de patentes, la posibilidad de conceder una licencia obligatoria está expresamente reconocida en el art. 86 de la Ley de Patentes 11/1986 [18], que recoge una lista de motivos por los que procederá la concesión de licencias obligatorias sobre una patente. Estos motivos son: falta o insuficiencia de explotación de la invención patentada, necesidad de la exportación, depen-

---

[15] Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

[16] Sobre este tema, *vid.* J. A. GÓMEZ SEGADE, «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e Intelectual», *Actas de Derecho Industrial*, 1995, pp. 34 ss.

[17] Reproducimos a continuación el tenor literal del art. 8: «1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo. 2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología».

[18] Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad (*BOE* 26-3-1986, núm. 73).

dencia entre las patentes o entre patentes y derechos de obtención vegetal y existencia de motivos de interés público. En los casos de falta de explotación, la competencia para conceder una licencia obligatoria corresponde a la Oficina de Patentes y en el caso de insuficiencia de exportación al Consejo de Ministros, mediante Real Decreto.

Asimismo, la posibilidad de consituir tales licencias por parte de la autoridad de competencia está expresamente reconocida en la nueva Ley de Defensa de la Competencia que, en el momento de redactar este artículo, está en fase de tramitación. El art. 53 del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, en su párrafo segundo, contempla la posibilidad de que las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia puedan contener: «*b)* La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento». Las licencias obligatorias, por tanto, han de enmarcarse en este contexto.

Dejando de lado los casos verdaderamente excepcionales en los que la Ley permite la constitución de una licencia obligatoria (seguridad nacional, salud pública, etc.) la misma noción de licencia obligatoria está estrechamente ligada a la obligación de explotar el objeto de la patente que pesa sobre el titular de la misma. La propia ubicación sistemática del art. 86 de la Ley de Patentes, que regula la figura de las licencias obligatorias, en el mismo título IX que la obligación de explotar, es ya toda una declaración de intenciones. Esta obligación de explotar no se comprendería si no fuera por la naturaleza de la patente como concesión de una parcela de dominio público. La misma filosofía que subyace a la obligación de explotar una frecuencia de televisión o una línea de ferrocarril, ha impregnado también el derecho de patentes.

B. Ausencia de un sistema de licencias obligatorias en el derecho de autor: algunas consecuencias de esta ausencia

Pese a los indudables beneficios de la figura de las licencias obligatorias en el ámbito de la propiedad intelectual, el derecho de autor es completamente ajeno a esta figura. Esta carencia sólo se explica por la propia evolución histórica del derecho de autor. Como hemos apuntado anteriormente, el derecho de autor ya hace tiempo que dejó de proteger expresiones de la creatividad humana para dar cabida a otro tipo de creaciones de marcado contenido técnico, como el software o las bases de datos. Pero, lamentablemente, este abandono del carácter «personalista» del derecho de autor no ha ido acompañado de otras modificaciones legales tendentes a incluir, de modo expreso, la figura de las licencias obligatorias.

Por ello, el sistema actual de derecho de autor deja impunes situaciones de desabastecimiento o de restricción de la producción o de abuso, situaciones para las que la Ley sí prevé una posibilidad de intervención.

a) *Estados Unidos*

La falta de un sistema de licencias obligatorias en el derecho de autor no es un problema que afecte exclusivamente a la Unión Europea. En los Estados Unidos se planteó esta cuestión en la sentencia del Primer Circuito Federal de 1994 [19] que resolvió el litigio entre Data General y Grumman (caso *Grumman*). *Data Gen. Corp v. Grumman Sys. Support Corp* se dedicaban a los servicios postventa en los ordenadores fabricados por Data General. Data General era propietaria de los derechos sobre un software especial utilizado en las reparaciones de los ordenadores fabricados por Data General. Data licenciaba este software a Grumman y a otros reparadores. Tras varios años operando con este sistema, Data decidió interrumpir sus licencias de software a Grumman, por lo que esta empresa se vio obligada a dejar de prestar sus servicios. Gumman demandó a Data General ante el Tribunal de Distrito alegando que la conducta de Data General constituía una violación del art. 2 de la *Sherman Act*. El Tribunal de Distrito pronunció en primera instancia un fallo favorable a la pretensión de la demandada, posición que fue confirmada por el Tribunal del Primer Circuito. Lo interesante de esta sentencia no es tanto el contenido concreto del fallo, sino el razonamiento jurídico subyacente tanto de la decisión del Tribunal de Distrito, como del Tribunal del Primer Circuito.

El Tribunal de Distrito pronunció en primera instancia una resolución favorable a los intereses de Data, sentencia que fue recurrida por Grumman, quien, en sus alegaciones ante el Primer Circuito, afirmó que «una negativa unilateral a conceder una licencia de propiedad intelectual *nunca* puede constituir un abuso de exclusión». El Primer Circuito discrepó de esta afirmación. De acuerdo con la tesis del Tribunal, cuando el Congreso adoptó la Ley de Derecho de Autor, no era su intención dejar sin efecto la *Sherman Act*, sino la de «crear un sistema de incentivos capaz de promover a largo plazo el bienestar de los consumidores mediante el estímulo a las inversiones en la creación de obras artísticas y funcionales» [20]. Sin embargo, para el Tribunal, el Congreso no había dado ninguna indicación acerca de cómo habrían de conciliarse ambas políticas, al contrario que en la legislación sobre patentes, en la que, mediante la figura de las licencias obligatorias, se proporcionaban pautas acerca de cómo habrían de conciliarse ambas políticas. A la espera de una modificación semejante en materia de derecho de autor, la única interpretación posible de la voluntad del legislador era la siguiente: los actos realizados por el titular de un derecho de autor se benefician únicamente de una presunción de legalidad rebatible sólo en circunstancias tasadas. Corresponde a quien alega el ilícito *antitrust* el tener que demostrarlo, lo cual no había sido suficientemente demostrado por Grumman. Por ello, el Tribunal desestimó el recurso.

---

[19] *Grumman* 36, F.3d 1147 (1st Circuit 1994), Sentencia del Primer Circuito Federal.

[20] Traducción de la autora.

En consecuencia, la falta de previsión expresa de un sistema de licencias obligatorias en el derecho de autor de Estados Unidos ha dado pie a los Tribunales de Justicia a no analizar la ilicitud *antitrust* de un comportamiento que, en el caso de haber tenido por objeto una patente, sí hubiera sido objeto de escrutinio. La interpretación literal de los Tribunales norteamericanos en el caso *Grumman* no es, en nuestra opinión, del todo acertada. Hubiera sido preferible una interpretación más ligada al espíritu de las normas que a su literalidad. Esta posición «excesivamente legalista» es bien distinta en la Unión Europea, como veremos a continuación.

b) *Unión Europea*

El panorama descrito en el apartado anterior es muy distinto al de la Unión Europea, donde la ausencia de un sistema de licencias obligatorias en materia de derecho de autor no ha sido obstáculo para la intervención de las autoridades de competencia. Así lo reflejan los casos, *Magill,* IMS y *Microsoft.* Estos tres casos tienen en común el hecho de afectar a contenidos protegidos por el derecho de autor. Estos contenidos eran un listado de programas de televisión, una estructura de segmentos para bases de datos y un programa de ordenador, respectivamente. En los tres casos es notorio que se trata de obras carentes de nulo valor artístico y es su carácter predominantemente técnico lo que, a nuestro juicio, ha justificado la intervención y la consiguiente necesidad de imponer licencias obligatorias.

La intervención, en el caso de que los abusos tengan por objeto un derecho de autor, es, a nuestro juicio, una buena manera de corregir la evolución «hiperproteccionista» del derecho de autor que no puede ensanchar sus categorías para dar cabida a creaciones de carácter técnico sin que haya algún tipo de consecuencias. Por ello, y pese a que las licencias obligatorias no estaban previstas en el derecho de autor, las autoridades comunitarias, obviando esta ausencia, han preferido una interpretación de la norma más acorde con su espíritu que con su literalidad concreta[21].

4. IDENTIFICACIÓN DE SITUACIONES PROCLIVES AL ABUSO: INDISPENSABILIDAD E INTEROPERABILIDAD

En el apartado anterior hemos comenzado a delimitar las situaciones en las que es más probable que los derechos de propiedad intelectual se vean sometidos al escrutinio del derecho de la competencia. En este apartado trataremos de completar la definición de estas mismas situaciones por objeto, es decir, atendiendo a las características del producto sobre el que recae el

[21] Esta opinión también la comparten otros autores. *Vid*, por ejemplo: W. CORNISH y D. LLEWEYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 755.

derecho de propiedad intelectual. Dicho producto, como ya hemos adelantado, ha de ser analizado en su entorno competitivo, esto es, teniendo en cuenta la presencia de sustitutivos en el mercado en cuestión. Se impone, por tanto, un análisis propio del derecho de la competencia.

Las situaciones han de identificarse caso por caso. Ahora bien, existen dos clases de situaciones en las que el derecho de la competencia no permite al titular de un derecho de propiedad intelectual negarse a conceder licencias a sus competidores. Estas situaciones se dan en los casos en que el activo sea indispensable para competir en el mercado en cuestión y, en íntima conexión con el supuesto anterior, en los casos en que el acceso al producto sea necesario para permitir la interoperabilidad con otro producto.

A. Indispensabilidad

En este trabajo no utilizaremos el término «indispensabilidad» para referirnos a las situaciones en que los competidores tienen necesidad objetiva de utilizar el derecho de propiedad intelectual. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, la posibilidad de utilizar este activo es imprescindible para que exista competencia en un mercado determinado.

La noción de indispensabilidad aparece muy vinculada a la de «activos esenciales», doctrina propia del Derecho norteamericano. La doctrina de los «activos esenciales» ha sido objeto de un desarrollo relativamente amplio en las resoluciones de Tribunal de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el derecho de la competencia, un activo esencial es algo que debe estar a disposición de todos los competidores, pues esta disponibilidad es imprescindible para que exista competencia en el mercado en cuestión. Sobre esta base, la jurisprudencia comunitaria ha obligado en ocasiones a un titular de un derecho de propiedad intelectual a conceder licencias a sus competidores en los casos en que tal licencia sea indispensable para competir en el mercado en cuestión.

En la Sentencia de 6 de abril de 1995 que resolvió el caso *Magill*[22], el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que una empresa de radiodifusión televisiva de Irlanda había explotado de manera abusiva su posición dominante, al utilizar sus derechos de autor para negar a terceros la publicación de unas listas de programación televisiva. En este caso, estas listas de programación televisiva estaban protegidas por el dere-

[22] Para un análisis en profundidad de esta sentencia, *vid.* F. Hernández Rodríguez, «Derecho de autor y abuso de posición dominante en la Unión Europea: Comentario al caso *Magill TV Guide* [Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas]» Actas de derecho industrial y derecho de autor, t. 16, 1994, pp. 331-344.

cho de autor, por lo que, técnicamente, su titular estaba facultado para decidir si autorizaba o denegaba su publicación a terceros. A pesar de ello, la negativa a ceder la publicación de estos listados a terceros fue considerada por el TJCE un abuso de posición dominante, ya que el acceso a estos listados era esencial para poder competir en el mercado de guías de televisión. Esta sentencia fue muy criticada en su momento ante la amenaza de que una «generalización de sus principios dejase al derecho de autor sin contenido» [23]. Sin embargo, el paso de los años ha demostrado la sensatez de los planteamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el caso *Magill* fue una oportunidad bien aprovechada para poner freno a una hipertrofia del derecho de autor a la que ya nos hemos referido reiteradamente a lo largo de este trabajo.

Las autoridades comunitarias volvieron a plantearse qué habrían de entender por indispensabilidad en el caso *Bronner* de 1998 [24]. El caso *Bronner* no es estrictamente un caso de propiedad intelectual, sino de distribución comercial. Bronner era una editorial que publicaba un periódico y pretendía tener acceso al único sistema de distribución a domicilio de su competidora Mediaprint. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constató que Mediaprint ostentaba posición dominante en el mercado de distribución de prensa y que Bronner no podía distribuir sus productos en ese mercado debido a la negativa de Mediaprint. Para analizar si la conducta de Mediaprint era abusiva, el TJCE utilizó el mismo test que, años atrás, había empleado en el caso *Magill*, lo cual implicaba, en primer término, analizar el grado de indispensabilidad para Bronner del sistema de distribución de Mediaprint. A juicio del TJCE, para afirmar la condición de indispensabilidad era precisa la presencia de obstáculos legales, técnicos o económicos que hicieran imposible que Bronner pudiera distribuir sus publicaciones sin la ayuda de Mediaprint. Bronner alegó que la puesta en marcha de un sistema propio de distribución no era económicamente viable dada la reducida tirada de su publicación, a lo que el TJCE respondió que ese argumento no era suficiente. Bronner siempre podría crear su propio sistema de distribución en cooperación con otras pequeñas publicaciones y, por tanto, consideró que el sistema de distribución no era indispensable.

De la lectura de la sentencia del caso *Bronner* se desprende que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adopta una posición estricta a la hora de apreciar la condición de indispensabilidad. No obstante, el «test *Bronner*» favorece que la negativa a conceder licencias sobre derechos de propiedad intelectual sea considerada abusiva, dado que, en sí mismos, constituyen «obstáculos legales».

Seis años más tarde, en 2004, el TJCE tuvo ocasión de seguir perfilando su noción de indispensabilidad en el caso IMS [25]. Los hechos fueron los

---

[23] *Vid.* HERNÁNDEZ, *loc. cit.*

[24] *Oscar Bronner v. Mediaprint,* Asunto C-7/97, ECR 1998 I-7791.

[25] Para un comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *vid.* B. CONDE GALLEGO, «La negativa unilateral de una empresa en posición de dominio a conceder una

siguientes: la empresa IMS comercializaba datos sobre venta de medicamentos a las compañías farmacéuticas. Estos datos estaban desagregados geográficamente mediante una estructura de 1.860 segmentos que correspondían a una partición realizada conjuntamente con sus clientes. Conforme al Derecho alemán, esta estructura de segmentos podía beneficiarse de un derecho de propiedad intelectual. Su competidora, NDC, intentó en principio crear una estructura alternativa a la de IMS, con nulo éxito comercial, ya que el mercado demandaba únicamente la estructura de IMS. Finalmente, optó por utilizar la misma estructura de segmentos que IMS, por lo que ésta la demandó ante el Tribunal de Frankfurt alegando infracción de su derecho. NDC intentó negociar con IMS la obtención de una licencia, a lo que ésta se negó, por lo que IMS presentó una denuncia contra IMS ante la Comisión Europea por infracción del art. 82 del Tratado. La Comisión concedió medidas cautelares en una decisión de 2001 [26] en la que ordenó a IMS negociar una licencia con NDC.

Paralelamente, el Tribunal de Frankfurt planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial consistente en determinar si la negativa de IMS constituía un abuso de posición dominante. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 29 de abril de 2004, consideró que la estructura de segmentos de IMS era indispensable para poder competir en este mercado. Para llegar a esta conclusión, el TJCE se apoyó en el hecho de que la elevada implicación de los usuarios en el proceso de elaboración de la estructura de segmentos había generado en éstos un grado tal de dependencia del sistema IMS que hacía inviable comercialmente otras alternativas. De hecho, el sistema del IMS se había convertido en un estándar para el mercado en el que operaban las empresas y esta estandarización *de facto* hacía inviable otras alternativas, como la que intentó ofrecer NCD, sin ningún éxito. Por tanto, el TJCE consideró que la negativa de IMS a conceder una licencia a NCD constituía un abuso de posición dominante.

En el caso IMS se plantea la cuestión del tratamiento que debe darse a un activo que, si bien no es indispensable desde el principio, deviene indispensable con el tiempo. Esta sentencia se apoya en los mismos principios que inspiran el derecho de marcas, donde una marca pierde con el paso del tiempo su carácter distintivo y se convierte en un signo genérico que los demás operadores necesitan poder utilizar con carácter meramente informativo. Como ya hemos apuntado, en estos casos [27] el sistema persigue el acceso a ese signo por todos los demás operadores del mercado en igualdad de condiciones. La solución consiste en propiciar el ejercicio de una acción de caducidad tras la cual el signo recae en dominio público.

---

licencia para la utilización de un derecho de propiedad intelectual» [Comentario a la sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto, C-418, "IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. Kg»], en *Actas de Derecho Industrial*, 2003, pp. 465-484.

[26] Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, publicada en el *Diario Oficial* (2002) L 59/18.

[27] *Vid. supra*, nota 10.

B. Interoperabilidad

a) *Planteamiento de la cuestión*

La cuestión de la interoperabilidad está íntimamente ligada a la de los mercados conexos. Es posible que el titular de un derecho de propiedad intelectual pueda consolidar una posición de dominio en el mercado de producto protegido por el derecho de que se trate. Pero también es relativamente frecuente que este mismo titular utilice los derechos de propiedad intelectual para obtener posiciones de dominio en mercados conexos. Generalmente se trata de mercados aguas abajo en los que, para poder operar, los derechos de propiedad intelectual se convierten en activos esenciales. Incluso es posible que el titular de un derecho de propiedad intelectual no tenga posición de dominio en el mercado del producto protegido, pero la obtenga en un mercado conexo precisamente como consecuencia de ese derecho de propiedad intelectual.

Por ejemplo, en el caso de los repuestos para coches, aunque una empresa no tenga posición de dominio en el mercado de los coches, puede que sí la tenga en el mercado de piezas de recambio, donde es probable que las posibilidades de elección sean más limitadas. La política que se adopte sobre si se protegen o no estos activos es una cuestión de vital trascendencia para las oportunidades de competir de los demás operadores del mercado y también para los consumidores. Volviendo al ejemplo anterior, si el sistema de propiedad intelectual permitiese la protección plena de las piezas de recambio, no sólo se estaría propiciando la creación de mercados cautivos, sino que, además, se disminuiría la transparencia en precios, lo cual perjudica claramente al consumidor[28].

Existen datos empíricos que avalan esta afirmación: en el mercado europeo de los repuestos automovilísticos hay países cuyas legislaciones permiten la protección de las piezas de recambio, mientras que otros han optado por liberalizar estos mercados. Pues bien, el análisis de una muestra de precios de once piezas de recambio de veinte modelos de automóviles en diez países[29] demuestra que los precios de diez de estas piezas son

---

[28] En el ámbito de la Unión Europea la situación competitiva en el sector del automóvil presenta unas particularidades importantes que complican aún más esta cuestión. Durante años, los fabricantes de automóviles toleraron e incluso favorecieron la existencia de fabricantes independientes de repuestos. La crisis del petróleo de los años setenta trajo consigo una reestructuración de todo el sector que también habría de afectar a esta industria. A partir de comienzos de los ochenta, la situación financiera de los fabricantes de vehículos de motor había empeorado bastante, dando lugar a una considerable reducción de los márgenes de beneficio, típica de un mercado saturado, que empujó a los fabricantes a maximizar los beneficios en los mercados periféricos. Por otra parte, el Reglamento (CEE) núm. 123/1985 de la Comisión prohibió a los fabricantes oponerse al suministro de los recambios originales a talleres de reparación independientes. Parecía, pues, justificado que los fabricantes intentasen buscar beneficios en los mercados satélites, para lo cual el medio más idóneo era el recurso a la propiedad industrial, pues permite dominar el mercado desde la producción.

[29] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/71/CE (presentada por la Comisión) [SEC (2004) 1097, COM (2004) 582 final]. El ámbi-

entre un 6,4 y un 10,3 % más elevados en los países cuyas legislaciones permiten la protección de los diseños sobre piezas de recambio[30].

b) *La jurisprudencia comunitaria: de Volvo a Microsoft*

En el ámbito comunitario la cuestión se planteó por primera vez en el caso *Consorzio italiano y Maxicar v. Renault*[31]. Los hechos fueron los siguientes: el *Consorzio* era una asociación empresarial que incluía a varias empresas italianas (entre ellas, Maxicar) dedicadas a fabricar y comercializar piezas separadas para automóviles. Renault era titular de varios diseños industriales sobre piezas de recambio que estaban protegidas conforme a la legislación italiana. Ante la negativa por parte de Renault de conceder licencias para que estos fabricantes pudieran producir repuestos de manera independiente, el Consorzio y Maxicar demandaron a Renault ante los Tribunales italianos solicitando la nulidad de los mencionados diseños bajo el argumento de que las piezas de recambio carecían de valor estético autónomo. Asimismo, solicitaron que el Tribunal declarase que la negativa de Renault constituía un abuso de posición dominante. El Tribunal italiano remitió el asunto al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y le planteó la cuestión[32] de si el art. 85 (actual art. 81) podría aplicarse para impedir la conducta de Renault, conducta consistente en obtener derechos de exclusiva para cada una de las piezas con el fin de eliminar totalmente la competencia de las empresas fabricantes de piezas de repuesto.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló que la negativa por parte de los fabricantes de automóviles a conceder licencias sobre los repuestos a los fabricantes independientes no sólo no constituía un

---

to geográfico del estudio alcanzó nueve Estados miembros y Noruega, de los cuales en seis países era posible la protección de dichas piezas y en cuatro no.

[30] La única pieza cuyo precio no es significativamente más elevado es el radiador, aunque dicha pieza nunca podría beneficiarse de la protección del diseño ya que no es una pieza externa del automóvil. Estos resultados demuestran que los fabricantes de vehículos, en cuanto titulares de los derechos, gozan de un poder considerable en el mercado en dichos Estados miembros, en detrimento de los consumidores.

[31] *Consorzio italiano de la componentistica di ricambio per autoveicoli y Maxicar v. Régie nationale des usines Renault*. Sentencia de 5 de octubre de 1988. Rep., 87, 6039. Renault pidió, con carácter reconvencional, que se declarase que los modelos de piezas comercializados por Maxicar constituían usurpaciones de los modelos de Renault. El tribunal italiano estimó que la protección como diseños de las piezas separadas de la carrocería de vehículos era conforme al Derecho italiano. No obstante, estimó que el ejercicio de estos derechos podría tener consecuencias contrarias al principio de libre competencia, pues el titular del derecho ya posee un monopolio sobre el conjunto de la carrocería de vehículos.

[32] En realidad, el Tribunal italiano planteó al TJCE dos cuestiones, otra de las cuales tenía que ver con la aplicación del principio del agotamiento del derecho, si bien este tema es ajeno al espíritu de este trabajo. La primera cuestión era si, conforme a la interpretación de los arts. 30 a 36, puede invocarse un derecho de diseño sobre las piezas separadas de la carrocería de un automóvil para impedir la fabricación, la venta y la exportación de las mismas, cuando el automóvil ya ha sido comercializado. Es decir, si la puesta en el mercado del coche agota los derechos de exclusiva que puedan existir sobre las partes de la carrocería.

abuso de posición dominante sino que dicha negativa es una de las facultades esenciales del titular de un derecho de propiedad intelectual. Lo importante de esta sentencia es que el Tribunal dio una lista de ejemplos de situaciones que sí pueden constituir abuso: «la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a talleres de reparación independientes, la fijación de precios no equitativos o la decisión de no seguir produciendo piezas para un determinado modelo cuando sigan aún circulando muchos vehículos de dicho modelo».

El TJCE mantuvo esta misma doctrina en el caso *Volvo AB v. Erik Veng Ltd* [33]. Al igual que el caso anterior, el caso *Volvo* incide en la cuestión de la protección de las piezas de repuesto para automóviles. Los hechos que dieron lugar al caso fueron los siguientes: Volvo fabricaba y vendía coches y repuestos para sus propios vehículos en la mayoría de los países comunitarios, con excepción de España, Grecia y el Reino Unido, donde la venta se llevaba a cabo a través de empresas intermediarias. La empresa británica Erik Veng Ltd., comenzó a vender parachoques delanteros para el modelo Volvo 200 que importaba desde Italia y Taiwán a través de Dinamarca. Ante la demanda de violación interpuesta por Volvo, Veng cuestionó la validez de su diseño registrado y, al mismo tiempo, alegó que la conducta de Volvo, que se negaba a conceder licencias a sus competidores, era constitutiva de abuso de posición dominante, conforme al art. 86 CEE. La respuesta del Tribunal fue idéntica a la del caso *Renault*.

El problema de la interoperabilidad en relación con los derechos de propiedad intelectual volvió a plantearse algunos años más tarde en el caso *Microsoft*. La empresa Microsoft, que ostenta una posición de dominio en los sistemas operativos de software, se negó a suministrar a sus competidores (Sun Microsystems) la información necesaria para permitir la interoperabilidad con sus sistemas [34], lo que, a juicio de la Comisión Europea, constituía un abuso de posición dominante. En estos momentos, la decisión de la Comisión está siendo revisada tras haber interpuesto Microsoft un recurso.

c) *La jurisprudencia norteamericana: el caso* Kodak

Los tribunales norteamericanos siempre han sido muy respetuosos con las posiciones de dominio que sean consecuencia de los derechos de propiedad intelectual legítimamente adquiridos, como lo demuestra la línea jurisprudencial iniciada en el caso *Grumman,* antes citado.

Sin embargo, la actitud judicial adquiere unos tintes más severos cuando esta misma posición dominante se extiende a un mercado conexo. Así lo pone de manifiesto la sentencia del Noveno Circuito de 1997 en el caso

---

[33] Volvo AB v. Erik Veng (UK) Limited: sentencia de 5 de octubre de 1988 (1989), 4 *CMLR*, 122.

[34] Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, caso COMP/C-3/37.792.

Kodak[35]. La cuestión objeto de debate era si Kodak había abusado de su posición dominante en el mercado de la venta y leasing de impresoras para reforzar su monopolio en los servicios postventa. La demandante (*ITS*) era una de las empresas independientes que se dedicaba a la reparación de impresoras y fotocopiadoras. El análisis que debía realizar el Tribunal consistía en determinar si el comportamiento de Kodak constituía un abuso de posición dominante. La preocupación del Tribunal se centró en analizar la licitud *antitrust* de la conducta de un monopolista cuyo poder de mercado es consecuencia de la legítima adquisición de derechos de propiedad intelectual pero que utiliza su posición de dominio para extender su monopolio a otro mercado.

En el caso *Kodak*, el análisis consistía en determinar si es lícito que una empresa que ostenta legítimamente una posición dominante en un mercado (en este caso, el mercado de repuestos) utilice esta posición dominante para obtener una ventaja competitiva en el mercado conexo de las reparaciones. El Noveno Circuito llegó a la conclusión de que Kodak había adquirido legítimamente su posición de dominio para la venta y leasing de fotocopiadoras, pero no necesariamente para la revisión de tales productos, por lo que consideró que la negativa a conceder licencias a sus competidores en un mercado conexo constituía una infracción del art. 2 de la *Sherman Act*.

La decisión del Noveno Circuito fue confirmada por el Tribunal Supremo.

d) *El ejemplo británico:* British Leyland v. Armstrong Patent[36]

En el Reino Unido se planteó una situación parecida en el caso *British Leyland Motor Corporation* v. *Armstrong Patent*. [RPC (1972) 279]. Armstrong fabricaba y suministraba a BL piezas para la fabricación de los coches, y además vendía las piezas excedentes como recambios. Junto con otros fabricantes, Armstrong reprodujo algunas de las piezas que formaban parte del equipamiento original de British Leyland (BL) mediante una técnica conocida como «ingeniería inversa». A partir de 1973, BL afirmando que sus recambios estaban protegidos por el copyright, acordó licencias con los principales fabricantes de repuestos. Armstrong se negó a concluir una de estas licencias y siguió fabricando repuestos para vehículos de BL como había hecho hasta el momento. BL, alegando una infracción del copyright, demandó a Armstrong, que fue condenado en primera instancia, condena que se mantuvo en la apelación. La Cámara de los Lores, sin embargó, revocó la condena, apreciando la existencia de una licencia tácita a favor de

---

[35] *Image Technical Services (ITS) v. Eastman Kodak,* 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

[36] [R.P.C. (1972) 279]. *Vid.* comentarios de esta sentencia en C. FELLNER, *Industrial Design Law;* Londres, 1995, p. 9. RPC, 279., W. CORNISH, *Intellectual Property*; Londres, 1996, pp. 15, 361, 450, 455, 484; BARRY-QUEST, *Design: the Modern Law and Practice,* Londres, 1987, pp. 152, 207, 210, 211.

Armstrong. Los jueces hicieron un llamamiento a la intervención del Parlamento para que éste cambiara la situación. Las afirmaciones de Lord SCARMAN y Lord TEMPLEMAN son suficientemente ilustrativas: «(...) *el Parlamento nunca pretendió que la protección dispensada por el derecho de autor a los dibujos fuera susceptible de explotación hasta el punto de impedir la reproducción de un objeto funcional representado en un dibujo*».

Poco después de la sentencia del caso BL, la Comisión Británica de Defensa de la Competencia (*U.K. Monopolies and Mergers Commission*), criticó a Ford por negarse a conceder licencias a sus competidores para la fabricación de piezas de carrocería (*must-match*). El asunto adquirió mayor relevancia ante la presión de las compañías de seguros y de las asociaciones de consumidores, que abogaban por una plena libertad competitiva en el sector.

El resultado de este proceso fue una modificación legislativa que terminó por excluir los diseños funcionales del derecho de autor. Esta solución es, a nuestro juicio, muy acertada y evita un gran número de problemas de intervención por parte de las autoridades encargadas de aplicar el derecho de la competencia. La experiencia hasta el momento pone de manifiesto que la no exclusión de las creaciones de naturaleza funcional del derecho de autor es una continua fuente de litigios.

e) *Conclusiones y recientes desarrollos en esta materia*

En materia de propiedad intelectual, el tema de la interoperabilidad no es nuevo. Al contrario, ya hace años que está resuelto, al menos en el derecho de patentes, donde todos los sistemas conocen la figura de las licencias obligatorias por dependencia. Este subtipo de licencias se otorga en el caso en el que un titular de una patente no pueda poner en práctica su invención sin utilizar una tecnología ajena. El sistema trata de impedir que el titular de una tecnología utilice su derecho de exclusiva para impedir ulteriores desarrollos de esta misma tecnología. La situación de dependencia se salda otorgando licencias obligatorias cruzadas, que implican que ambos titulares podrán utilizar la tecnología ajena.

En el ámbito del diseño industrial, la problemática de los recambios también parece haberse resuelto[37] con un sistema de licencias obligatorias que permitirá a las empresas independientes fabricar repuestos compatibles con los originales. A la larga, este sistema beneficiará a los consumidores, ya que se pondrá fin a la protección de estas piezas, *de facto* estandarizadas y hacia las que los consumidores presentan un alto grado de dependencia.

---

[37] En el momento de redactar este trabajo, la revisión de la Directiva de diseños aún no ha concluido, si bien todo parece apuntar a que se avanzará hacia la liberalización del sector. Para una exposición de los antecedentes, *vid. supra*, nota 12.

Como en otras situaciones similares, el problema sigue sin estar resuelto en materia de derecho de autor, donde, una vez más, el sistema se ha desarrollado ajeno a estos importantes correctivos. A pesar de esta ausencia, los encargados de aplicar el derecho de la competencia se han mostrado capaces de asumir un papel regulador que ha sabido poner límites a una posición un tanto exorbitante de los derechos de propiedad intelectual.

5. ¿PUEDE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES CONSITUIR UN DESINCENTIVO A LA INNOVACIÓN?

Ya hemos señalado que el sistema de propiedad intelectual persigue esencialmente fomentar la actividad innovadora mediante un sistema de incentivos consistente en la posibilidad de explotar, de manera exclusiva, el objeto de su innovación durante un cierto periodo de tiempo. También hemos apuntado que, en los casos en que estos derechos exclusivos sean ejercitados abusivamente, las autoridades de competencia pueden intervenir para corregir este tipo de abusos y que la manera más frecuente de intervención consiste en la imposición de una licencia obligatoria. Pues bien, hay quienes han visto en esta posibilidad una amenaza al sistema de incentivos que constituye la propiedad intelectual y han afirmado que la intervención de las autoridades de competencia para prevenir abusos de propiedad intelectual podría, a largo plazo, frenar la actividad innovadora. Así, por ejemplo, para STOTHERS: «es importante que las autoridades utilicen esta herramienta con cautela, lo que equivale a utilizarla sólo en los casos en esté justificado, ya que un uso desmedido de la posibilidad de otorgar licencias obligatorias podría desincentivar, a largo plazo, la actividad innovadora» [38].

Este planteamiento aparece incluso recogido en el Documento de Discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del art. 82 y se enmarca en el análisis global que hace la Comisión sobre la negativa de suministro: el *Discussion Paper* señala que la intervención, por una parte, mejora las condiciones de competencia en el mercado aguas abajo, pero plantea el riesgo de ralentizar la actividad de inversión e innovación ya que resta incentivos a las empresas a desarrollar nuevos productos que podrán ser utilizados por *free riders*.

Esta misma línea ha sido seguida por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Trinko* [39], que, para muchos, marca un hito decisivo en la juris-

---

[38] C. STOTHERS, «IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe» [2004], *EIPR*, 467. Para este autor, la intervención de las autoridades de competencia o de los tribunales de justicia para prevenir abusos que consistan en una negativa a conceder licencias a los competidores debe estar siempre presidida por los principios recogidos en la jurisprudencia comunitaria y, en particular, en el caso IMS.

[39] *Verizon Communications IC v Trinko LLP, 540 US 398 (2004), 124 S Cr. 872, 157 l Ed 2d 823.*

prudencia sobre la aplicación de licencias obligatorias para casos de abuso[40]. La argumentación del caso *Trinko* va incluso más allá que las reflexiones de la Comisión Europea, como se verá a continuación.

El caso *Trinko*[41] no es propiamente un caso de propiedad intelectual y, sin embargo, sus principios son aplicables a los casos de propiedad intelectual. De hecho, han influido decisivamente en la jurisprudencia posterior. La cuestión litigiosa del caso *Trinko* se enmarca en el sector regulado de las telecomunicaciones. La empresa Trinko demandó a Verizon (operador local dominante) por negarse a facilitar a Trinko acceso a la red. Trinko alegó que esta conducta era contraria a la Ley de Telecomunicaciones de 1996 (dictada para estimular la competencia en el sector de las telecomunicaciones) y a la Ley *Sherman*.

Se reproducen a continuación textualmente ciertas reflexiones del Tribunal Supremo: «*el mero hecho de que una empresa posea poder de mercado y la circunstancia concomitante de que ésta cargue un precio monopolístico no sólo no es ilegítimo: es un elemento importante del sistema de libre comercio. La oportunidad de cargar precios monopolísticos (al menos durante un breve periodo de tiempo) es lo que atrae la "astucia empresarial" (...); induce a las empresas a correr riesgos que producen innovación y crecimiento económico. Para salvaguardar los incentivos a la innovación, la situación de monopolio no se reputará ilícita a menos que vaya acompañada de un elemento de conducta anticompetitiva*[42]. En definitiva, obligar a una empresa a compartir sus activos exige que los Tribunales establezcan un canon óptimo, labor para la que no están preparados. Además, en opinión del Tribunal, si las autoridades obligan a las empresas a entrar en negociaciones para compartir sus activos, se corre el grave riesgo de propiciar el *pecado capital del antitrust: la colusión*.

---

[40] D. KANTER, «IP and compulsory licensing on both sides of the Atlantic: an appropriate antitrust remedy or a cutback on innovation?», *European Competition Law Review*, 2006, v. 27, núm. 7, p. 351-364.

[41] La Ley de Telecomunicaciones de 1996, con el objetivo de desagregar los bucles locales, obligó a las empresas de cable locales a proporcionar acceso a su red a los demás competidores. En 1999, los reguladores del mercado (*New York's Public Service Comisión* y la *Federal Communications Comission),* tras comprobar que Verizon estaba incumpliendo sus obligaciones de abrir el acceso a su red a los demás operadores, impusieron a Verizon una multa de 13 millones de dólares. Esta multa fue acompañada de la orden de permitir el acceso a la red a los demás operadores y la amenaza de multas coercitivas en el caso de incumplimiento de sus obligaciones. Finalmente, Verizon cumplió sus obligaciones con lo que los reguladores archivaron el expediente sancionador. Uno de los operadores (Trinko) exigió a Verizon responsabilidad ante los Tribunales de Justicia alegando vulneración de la Sherman Act y de la Ley de Telecomunicaciones. En primera instancia, el Juez de distrito desestimó la demanda de Trinko en una sentencia que fue revocada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, a cuyo juicio la negativa de Verizon de proporcionar acceso a Trinko su red era contraria a la Ley de 1996 y podría resultar en un riesgo de monopolio tanto a la luz de la doctrina de las *essential facilities* como desde la doctrina del apalancamiento del monopolio. Sin embargo, el Segundo Circuito omitió pronunciarse acerca de la sentencia de la posible infracción *antitrust* de la conducta de Verizon y solicitó opinión al Tribunal Supremo, el cual consideró que la conducta de Verizon no era perseguible por la Sherman Act.

[42] Traducción de la autora.

A pesar de lo que puede desprenderse de lo expuesto hasta ahora, esta cuestión no es, en absoluto, pacífica. Mientras que algunos, como ya hemos señalado, advierten sobre los riesgos de que la intervención de las autoridades repercuta negativamente sobre la innovación, otros, más cautos, evitan llegar a tal conclusión a falta de un estudio empírico que, de momento, el reducido número de casos impide realizar. Tal es la opinión de GENEVAZ, para quien: «hay muy poca evidencia empírica acerca de los efectos de las licencias obligatorias como posibles desincentivos para la actividad innovadora» [43]. Por su parte, AYRES y KEMPELER afirman que la pérdida de los posibles incentivos a la actividad innovadora es insignificante comparada con el incremento de bienestar social que produce una intervención de los poderes públicos para recortar el alcance de la patente [44].

Una posición intermedia está representada por aquellos para quienes la repercusión de la intervención de las autoridades sobre la innovación es nula o insignificante, a condición de que la intervención de la autoridad se limite a los casos en que resulta evidente que se produce un abuso [45].

---

[43] S. GENEVAZ, «Against Immunity For Unilateral Refusals To Deal Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP And Other Property Rights», *Berkeley Technologies Law Journal*, 19-741, Spring, 2004.

[44] P. AYRES, y P. KEMPELER, «Market Power without reducing Innovation Incentives: The Perverse Benefits or Uncertainty and Non-Injunctive Remedies» (1999), 97 *Mich. LRev.* 985, p. 990.

[45] F. M. SCHERER, *The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing*, NY University 1977. «Si la incidencia estatal a través del otorgamiento de licencias obligatorias se limita a los casos en que es evidente que se produce un abuso, no parece probable de dicha intervención desincentive la actividad innovadora».

LOS DERECHOS DE RETRANSMISIÓN DE PARTIDOS DE FÚTBOL DESDE LA PERSPECTIVA *ANTITRUST*

FERNANDO DÍEZ ESTELLA
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, la importancia de la retransmisión de acontecimientos deportivos por televisión ha ido creciendo en las últimas décadas, siendo en la actualidad ambos fenómenos (el de la televisión —principalmente de pago— y el del deporte) dos realidades económicas altamente interdependientes.

Se ha llegado a hablar (GAUSTAD, 2001) de un nuevo paradigma, el de los deportes como «producto de entretenimiento», que ha provocado importantes cambios en las circunstancias y la forma misma en la que los eventos deportivos tienen lugar[1].

En efecto, los contenidos llamados *premium* (básicamente el cine de estreno y los acontecimientos deportivos de máxima audiencia, entre los que destacan los partidos de fútbol, la Fórmula 1 y los Juegos Olímpicos) son el elemento esencial del negocio de las televisiones de pago. A su vez, la comercialización de los derechos de retransmisión de dichos eventos es la principal fuente de ingresos en este sector. La importancia no es meramente conceptual sino principalmente económica, ya que las cifras de negocio asociadas al binomio deportes-televisión son cada vez mayores.

Esta situación ha provocado que la atención de los organismos reguladores en general, y las autoridades *antitrust* en particular (SZYMANSKI, 2000), se haya centrado en las posibles restricciones o prácticas anticom-

[1] Los ejemplos típicos son cambiar los horarios de los encuentros para que se ajusten a las franjas de máxima audiencia o modificar las reglas para evitar tiempos muertos, y que el telespectador se vea tentado a cambiar de canal.

petitivas que pudieran falsear o alterar el funcionamiento concurrencial de este mercado. Sin embargo, no podemos precipitarnos en la aplicación de las normas de defensa de la competencia «tradicionales» a un mercado y a un producto que reviste unas características tan peculiares.

En este artículo se examinará, pues, el modelo de tratamiento *antitrust* que las autoridades comunitarias y españolas han empleado para abordar este mercado. Para ello se seguirá el siguiente esquema: en primer lugar, y tras esta introducción, se llevará a cabo en el apartado 2 una descripción general del mercado —o, en terminología anglosajona, la «industria»— de la retransmisión de acontecimientos deportivos, prestando especial atención a la naturaleza jurídica y titularidad de los derechos asociados a ellos. También se analizará en qué medida el reciente desarrollo y crecimiento de este fenómeno social ha influido en el desarrollo y configuración de otro fenómeno no menos reciente, y es el de los actuales modelos de televisión (básicamente la TV de libre acceso, la TV de pago y la de pago por visión o *pay-per-view*).

Aunque se harán las oportunas referencias a otros deportes, por su importancia económica y el volumen de precedentes jurisprudenciales ya existentes, se prestará especial atención a los acontecimientos deportivos futbolísticos. También porque en fechas recientes, y en los principales países de nuestro entorno (junto con España, Inglaterra, Alemania e Italia), los derechos de retransmisión de tales acontecimientos han protagonizado una auténtica emigración (SZYMANSKI, 2000) a la televisión de pago.

Un paso previo a toda actuación *antitrust* es la definición de mercado relevante, en el sentido técnico de la expresión, en su doble vertiente de mercado de producto y mercado geográfico. Este análisis se llevará a cabo en el apartado 3, dando simplemente las pautas que las autoridades antitrust han empleado hasta la fecha para llevar a cabo esta tarea, ya que los ejemplos concretos de definición de mercado no pueden desvincularse de los supuestos fácticos a que hacen referencia, y eso se irá señalando al hilo de las diversos pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos que se comenten. En cualquier caso, por la extensión y claridad con que la Comisión aborda la definición de mercado relevante se ilustrará esta cuestión con la Decisión de 19 de abril de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE, asunto 37.576 - Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA [2] (en adelante Decisión *Retransmisiones UEFA*).

En el siguiente apartado, el 4, se examinarán algunos supuestos concretos de prácticas habituales en el mercado de la retransmisión de acontecimientos deportivos, a la luz de diferentes pronunciamientos en el ámbito comunitario, en nuestro propio país, y en otros países de nuestro entorno. Así, se prestará especial atención a tres prácticas comerciales: la venta conjunta de derechos de retransmisión, su adquisición conjunta, así como los acuerdos de explotación conjunta de los mismos. La cuestión esencial es

[2] *DOCE* L 171, de 26 de junio de 2001, pp. 12 a 28.

hasta qué punto el actual sistema y las prácticas que en el sector se consideran habituales pueden vulnerar la libre competencia.

Junto al oportuno análisis doctrinal se llevará a cabo el examen de los principales casos que pueden ilustrar mejor las figuras estudiadas; así, para la venta conjunta se estudiará la Decisión de la Comisión Europea de 23 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 81 del Tratado CE y en el art. 53 del Acuerdo EEE, COM/C.2-37.398 - Venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la UEFA[3] (en adelante Decisión *UEFA*). En relación a la adquisición conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos nos parece especialmente relevante la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, *Metropole Televisión, S. A.*, y *Reti Televisive Italiane Spa y Gestevisión Telecinco, S. A., y Antena 3 de Televisión* contra Comisión de las Comunidades Europeas[4] (en adelante, sentencia *Eurovisión*), que resuelve el recurso presentado frente a la conocida Decisión de la Comisión en el asunto *UER/Sistema Eurovisión*[5] (en adelante, Decisión UER). Finalmente, para ilustrar el supuesto de los acuerdos de explotación conjunta se utilizará el asunto *Audiovisual Sport* y la Resolución de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de junio de 1993, en el asunto *Liga Nacional de Fútbol* (en adelante, Resolución *LNF*).

En el apartado 5 se abordará la licitud *antitrust* de la cláusula de exclusividad que habitualmente acompaña al contenido de los acuerdos sobre derechos de retransmisión de competiciones deportivas.

Finalmente, en el apartado 6 se ofrecerán una serie de conclusiones sobre la materia y nuestras propuestas al respecto.

2. EL MERCADO DE LAS RETRANSMISIONES DEPORTIVAS

A. Evolución del mercado

Es de todos conocida la vertiginosa evolución que ha experimentado el mercado de las retransmisiones deportivas (Tonazzi, 2003), dado que las cadenas de televisión que retransmitían los acontecimientos deportivos han ido necesitando atraer a cada vez mayores audiencias, que aumentaran el valor de sus espacios publicitarios. Por su parte, esto ha provocado el fenómeno del traslado —con el consiguiente abandono de los tradicionales modelos de monopolio de las televisiones públicas a un mercado más atomizado con nuevos entrantes— del poder de mercado que antes ostentaban

---

[3] *DOCE* L 291, de 8 de noviembre de 2003, pp. 25 a 55.

[4] Asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, *Rec.* 1996, p. II-0649.

[5] Decisión 93/403/CEE, de la Comisión, de 11 de junio de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (IV/32.150 - *UER/Sistema Eurovisión*), *DOCE* L 179, de 22 de julio de 1993, pp. 23 a 37.

las cadenas (como adquirentes de los derechos) a los titulares de dichos derechos (como luego veremos, tanto los clubes o equipos como las ligas o federaciones que los agrupan).

Este proceso de transformación adquirió tintes dramáticos con la llegada de las televisiones de pago, cuyo desarrollo tecnológico (las posibilidades de retransmisión vía satélite y por cable, por un lado, y la digitalización, por otro, que permite multiplicar hasta el infinito los canales que una misma cadena oferta) redujo de forma significativa las barreras de entrada en este mercado, dando lugar a un mercado más competitivo en el que rápidamente los contenidos (más que la estructura, los medios o la publicidad) se convirtieron en el activo esencial. Dentro de éstos, se han consagrado dos tipos de «productos» muy específicos, como el ingrediente que una televisión de pago tiene que necesariamente ofertar si quiere atraer y retener a sus clientes: el cine de estreno y los acontecimientos deportivos de máxima audiencia, y entre ellos principalmente el fútbol[6].

Esta estructura de mercado y de producto, que algunos autores han calificado como de «monopolio natural» (LE GRAND y NEW, 1998), puede igualmente describirse como aquel escenario en el que muchas empresas compiten por unos contenidos que, constituyendo un activo estratégico y esencial para su programación, son, sin embargo, limitados. Esta situación se conoce en el análisis *antitrust* como de *bottleneck*, ya que la que adquiera una posición dominante —y por tanto se sitúe como *gatekeeper*— tendrá la posibilidad de controlar el conjunto del mercado.

La existencia de estos «cuellos de botella» en diferentes estadios de la cadena de producción (el mercado de los contenidos, las redes de retransmisión y el servicio técnico) puede afectar seriamente la competencia en el mercado de la televisión de pago (MC CALLUM, 1999), ya que cada uno de ellos constituye un input esencial para el mercado descendente, lo que, en caso de existir integración vertical, facilita el apalancamiento del poder de mercado de un nivel a otro *(leveraging)* o los efectos perniciosos del cierre de mercado *(foreclosure)*.

Por ello, desde diferentes ámbitos se viene señalando (CAMERON, 1997) la importancia de una regulación de esta industria, que básicamente habría de cubrir cinco grandes objetivos:

— Evitar que se «agote» el mercado por excesiva explotación.
— Asegurar el libre acceso a aquellos eventos que revistan interés general.
— Limitar el poder de mercado de los clubes grandes.
— Limitar el poder de mercado de las grandes cadenas de radiodifusión.
— Asegurar el bienestar del consumidor en términos de precios y calidad del producto.

---

[6] Calificado reiteradamente en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de nuestro TDC como «impulsor» de la televisión de pago.

B. La «interdependencia» entre clubes

Dando un paso más en la descripción del sector que estamos analizando, es necesario ahora fijarse en los rasgos que lo distinguen de otros sectores y otros procesos productivos. En efecto, si consideramos el fútbol como un mercado o industria en sentido propio, podemos afirmar que tiene la peculiaridad de que se precisa un cierto grado de cooperación para la producción del producto final superior al de otros sectores (Tonazzi, 2003). Siguiendo con este razonamiento, si consideramos el partido de fútbol como la unidad productiva básica, todos los aspectos organizacionales necesarios para el desarrollo de cada partido en particular y de la competición en general exige —o por lo menos se entiende como muy conveniente— la creación de Ligas y Federaciones. Desde el punto de vista del Derecho *antitrust*, ¿puede aplicarse a estas Ligas y Federaciones la teoría de la «entidad única»?; la cooperación necesaria entre éstas y los clubes, y entre los clubes con otros clubes para jugar los partidos, ¿puede devenir en prácticas colusorias[7] que signifiquen restricciones anticompetitivas? (Buccirossi y Pezzoli, 1996).

Fuera del ámbito del debate doctrinal, esta cuestión no se ha planteado ante las autoridades de Defensa de la Competencia comunitarias, aunque sí en los EE.UU., donde se lleva discutiendo desde hace tiempo (Cave y Crandall, 2001). Así, por citar una decisión reciente, un juez de distrito[8] norteamericano afirmó que la *Major League Soccer* (MLS) sí es, desde la perspectiva *antitrust*, una entidad única, por lo tanto no le son aplicables las prohibiciones de la Sección 1 de la Sherman Act (la prohibición de acuerdos colusorios similar al art. 81 del Tratado CE). La denuncia la interpusieron ocho jugadores de la MLS, alegando que la estructura existente mantenía los sueldos artificialmente bajos, imponía una serie de exigencias de precios máximos *(price cap)* y obligaba a determinadas restricciones en cuanto a la movilidad de los jugadores.

En el ámbito comunitario europeo esta cuestión ha quedado resuelta con la interpretación llevada a cabo tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia, que reiteradamente han afirmado[9] en sus pronuncia-

---

[7] En EE.UU., las cuatro principales ligas organizadas, la *National Basketball Association* (NBA), la *National Football League* (NFL), la *Major League Baseball* (MLB) y la *National Hockey League* (NHL) recibieron una «exención» de la aplicación de la normativa *antitrust* en lo relativo a la venta de los derechos de emisión de sus partidos a las cadenas en abierto, por la *Sports Broadcasting Act* de 1961.

[8] *United Status District Court*, District of Massachusetts, Civil Action núm. 97-10342-GAO, abril 19, 2000 (el juez ponente fue el magistrado O'Toole). Sin embargo hay que señalar que no parece ser ésta la línea predominante en los EE.UU., donde la mayoría de las decisiones judiciales rechazan el argumento de que, al ser las ligas profesionales «entidades únicas», no pueden llegar a acuerdos consigo mismas y por tanto no se les aplican las previsiones de la Sección 1.ª de la *Sherman Act*. A favor de la aplicación de esta doctrina, la sentencia del Juez F. Easterbrook, *Chicago Professional Sports Ltd. v. NBA (Bulls II)*, 95 F.3d 593 (7th Cir. 1996). En contra, *vid.*, el artículo de S. F. Ross citado en la bibliografía, especialmente la nota núm. 35.

[9] *Vid.*, por ejemplo, el Considerando núm. 47 de la Decisión *Retransmisiones UEFA*.

mientos que la UEFA, las asociaciones nacionales y los clubes de fútbol miembros son empresas a efectos del apartado 1 del art. 81 del Tratado CE y del apartado 1 del art. 53 del Acuerdo EEE.

Aunque las posibilidades de comparación entre ambos ordenamientos son limitadas, dado que, tanto en las ligas amateur como en las profesionales, los modelos europeo y norteamericano difieren sustancialmente (ANDREFF y STAUDOHAR, 2000), nada impide que en un futuro se aproximen [10].

Si se pone el énfasis en la «interdependencia» [11] parece obligado concluir que todo campeonato es, en el fondo, lo que económicamente se llama un *joint product,* y por tanto estarían plenamente justificados —jurídicamente— los acuerdos de venta o explotación conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, incluso aunque sean potencialmente restrictivos de la competencia. Por su parte, desde un punto de vista económico, se puede aplicar a este sector la *teoría de los complementarios* [12], y el resultado del análisis conduciría igualmente a abogar por la venta colectiva de los derechos (ECONOMIDES y SALOP, 1992).

A la vez, se plantea un problema añadido, el último de los que vamos a analizar en este epígrafe: el de la implementación de un sistema de redistribución de los ingresos generados por la comercialización de dichos derechos. Así, la creación de un sistema de reparto de ingresos (se le ha llamado *solidarity pool,* RUMPHORST, 2001) para el mantenimiento de una cierta competitividad entre los clubes participantes no es, en general, contrario al derecho comunitario de la competencia.

En efecto, un análisis de este mercado desde la óptica de la economía industrial nos llevaría a concluir que, a diferencia de otros sectores, no es deseable la eliminación de un competidor, ni siquiera su debilitamiento, ya que el interés de un partido reside mayormente en la incertidumbre acerca de cuál sea el resultado final. Igualmente, el interés de una competición —y el elemento que fideliza a la audiencia— reside en que no se sabe quién va a ganarla. Por tanto, los propios «competidores» son los primeros interesados en que haya un cierto equilibrio de poder —*competitive balance*— entre ellos (ROSS, 2001).

---

[10] *Vid.*, para una comparación entre ambos modelos y las problemáticas *antitrust* suscitadas a uno y otro lado del Atlántico, el trabajo de CAVE y CRANDALL, 2001.

[11] El término ya está perfectamente asumido por la jurisprudencia comunitaria; la propia Comisión, en el apartado 120 de la Decisión *UEFA,* afirma ser «consciente de que es necesaria una cierta cooperación entre los participantes para organizar una liga de fútbol y que, en este contexto, hay una cierta interdependencia entre los clubes». En igual sentido, en la jurisprudencia norteamericana se afirma que «the promotion of competitive balance is a legitimate goal that can potentially justify significant horizontal restraints on competition», sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984, *National Collegiate Athletic Association vs. Board of Regents of the University of Oklahoma et. al.*, 468 U. S. 85, núm. 117.

[12] Cuando los factores productivos son complementarios (y no sustitutivos), la situación en la que la propiedad de todos los *inputs* es de una única empresa conduce a precios inferiores que los que se darían en el supuesto de que lo propiedad de los factores productivos estuviera diseminada entre diferentes entidades.

La forma de asegurar este mínimo equilibrio —y que no exista un *gap* abismal entre los equipos que encabezan las tablas y el resto, entre los fuertes y los débiles, entre los ricos y los pobres— es a través de sistemas de redistribución de ingresos [13], bien igualitarios (todos reciben lo mismo), bien ponderados (se tiene en cuenta el diferente peso [14] que tienen los equipos, su puesto en la clasificación final o su papel en la generación de los ingresos). El análisis de los diferentes modelos que se sigan para la comercialización de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, y que serán analizados en el apartado siguiente, habrán de tener muy en cuenta que el sistema adoptado garantice la «solidaridad financiera» [15], que contribuirá a estimular el desarrollo del deporte y a mejorar el resultado final, en términos de *output,* que no es sino el campeonato, es decir, la competición deportiva en sí misma.

Por si quedaban dudas en torno a la importancia de este enfoque, el Parlamento Europeo ha adoptado, el 29 de marzo de 2007, una importante resolución sobre el futuro del fútbol profesional en Europa. En el Informe [16] preparatorio de dicha resolución se abordan (apartados 48 a 53) estas cuestiones, y se señala, entre otras cosas, que *«la introducción de un sistema modulado de control de costes podría contribuir a mejorar la estabilidad financiera y la competitividad entre los equipos, por ejemplo integrándolo en un sistema actualizado de licencia de clubes».*

Asimismo, destaca la Eurocámara que *«el fútbol debe garantizar la interdependencia de los competidores y la necesidad de garantizar la incertidumbre de los resultados de las competiciones, lo que podría servir de justificación para que las organizaciones deportivas establecieran un marco específico para la producción y la venta de acontecimientos deportivos; no obstante, opina que estos rasgos específicos no justifican una exención automática de las normas de la competencia de la Comunidad para cualquier actividad económica generada por el fútbol profesional, debido al peso económico cada vez mayor de dichas actividades».*

---

[13] En la jurisprudencia norteamericana encontramos afirmaciones del tipo «no sólo es sabio, sino esencial, que se promulguen normas que ayuden a los equipos débiles en su competición con los fuertes, y mantener así cierto equilibrio equitativo en la Liga», *United States v. National Football League,* 116 F. Supp. 319 (E. D. Pa. 1953), núm. 323.

[14] Los ejemplos clásicos son repartir el 75 % entre los equipos de Primera División, y el 25 % entre los de Segunda, o que el equipo que juega en casa —y por tanto asume más riesgo, o por lo menos más coste, por gastos de seguridad, apertura del estadio, venta de entradas, etc.— se lleva el 80 % y el visitante el 20 %. En Francia, el 73 % de los ingresos se repartía de forma igualitaria entre todos los equipos y el 27 % restante en función de la clasificación final en la Liga. En Inglaterra, el 50 % se reparte de forma igualitaria, 25 % en función de la clasificación y el restante 25 % en función del número de apariciones en televisión.

[15] En expresión de la propia Comisión, en el apartado 164 de la Decisión *UEFA,* cuando contempla «como justificación para la exención el aspecto de la solidaridad financiera. La UEFA sostiene que su modelo financiero de solidaridad apoya el desarrollo del fútbol europeo asegurando una distribución más equitativa de los ingresos».

[16] *Informe sobre el futuro del fútbol profesional en Europa* [2006/2130(INI)], FINAL A6-0036/2007, de 13 de febrero de 2007.

De ahí que, en sus apartados 54 a 59, haga una referencia expresa a la venta de los derechos televisivos desde la óptica del derecho de la competencia, abogando sin reservas —como veremos más en detalle en el epígrafe correspondiente— por la venta colectiva, como única fórmula para asegurar la «solidaridad financiera».

Finalmente, una vez descrito someramente el fenómeno jurídico y económico de este tipo de acontecimientos, es necesario hacer algunas consideraciones en torno a los derechos que generan: los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos. Estos derechos tienen algunas características propias (WACHTMEIESTER, 1998), derivadas de la naturaleza de los propios eventos deportivos de los que surgen, y que plantean algunos problemas a la hora de su comercialización:

— Los acontecimientos deportivos tienen una vida eminentemente efímera, y por lo tanto los derechos asociados a ellos pierden gran parte —si no todo— de su valor cuando se acaba el partido o competición.
— Desde el punto de vista de la demanda, podemos decir que el grado de sustituibilidad es bastante bajo; los consumidores no demandan deporte en general, ni siquiera fútbol o Fórmula 1, sino que habitualmente lo que quieren ver es un partido o competición concreta, y no existe alternativa que se les pueda ofrecer.
— Desde el punto de vista de la oferta, la imposibilidad de abrir nuevos mercados (el éxito de audiencia se basa, en parte, en la tradición existente y la solera de competiciones como la *Champions League* o los Juegos Olímpicos) lleva a la escasez de los derechos de retransmisión de dichos acontecimientos deportivos.
— Finalmente, es preciso señalar que estos derechos, además de ser escasos, suelen estar concentrados en unos pocos operadores cuando no en un único monopolista.

Sin embargo, también es importante apuntar, junto a estas evidentes «limitaciones» del producto que estamos analizando, otras no menos palmarias ventajas que explican el interés de las cadenas de televisión por los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos y, consecuentemente, las sumas millonarias que se pagan por su adquisición:

— Este tipo de eventos atraen a audiencias que en ocasiones, y según países, pueden alcanzar varios millones de personas, o cientos de millones en todo el mundo.
— Se puede decir que la «homogeneidad» de la audiencia alcanza en este sector cotas que no tiene en otros mercados (como por ejemplo el del cine, en el que también se mueven grandes cifras de telespectadores), ya que el perfil medio de la persona que, por ejemplo, ve un partido de fútbol está bastante bien definido, con las evidentes ventajas desde el punto de vista del marketing para el anunciante [17].

[17] Es bastante elocuente, en este sentido, las opiniones vertidas por las propias agencias de publicidad —Mc Cann Ericsson, Channel 5, Young & Rubicam— a requerimiento de la Comisión a raíz

— Finalmente, los acontecimientos deportivos tienen otra característica altamente atractiva para la cadena de televisión, la regularidad, lo que facilita enormemente tanto la programación como la fidelización de los clientes.

C. La naturaleza de los derechos de retransmisión

Llegados a este punto, es oportuno hacer un breve *excursus* sobre la naturaleza y titularidad de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, ya que la ulterior discusión sobre las posibles restricciones antitrust en su comercialización [18] dependen de la calificación jurídica que les otorguemos.

Es evidente que la determinación de quién sea el titular de dichos derechos variará en función del tipo de competición deportiva que estemos analizando, puesto que no es lo mismo un torneo de liga entre varios equipos (donde puede establecerse un principio de cotitularidad de los derechos entre los equipos y la Federación que organice la liga), de una competición entre particulares en un evento único (e. g. la Maratón de Nueva York, donde parece evidente que el titular es el organizador del evento). En cualquier caso, y así lo ha admitido reiterada jurisprudencia, es un asunto que tiene que ventilarse caso por caso y en cada ordenamiento jurídico nacional [19].

Esta cuestión ha sido estudiada en detalle por la doctrina española (Massaguer, 1997), y la conclusión a la que se llega es que la titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos —en este caso, los partidos de fútbol— corresponde originariamente a los clubes y no a la UEFA o las Federaciones asociadas.

---

de la Decisión *UEFA* (apartados 72 a 75, y notas a pie de página correspondientes, núms. 44 a 47), y cómo son unánimes en afirmar que el público que habitualmente ve los partidos de fútbol está formado mayoritariamente por hombres, entre 16 y 20 años y entre 35 y 40, y con un poder adquisitivo por encima de la media, un perfil considerado como «telespectadores esporádicos» al que es muy difícil llegar en otros ámbitos. Dado que el fútbol permite llegar hasta esta audiencia «difícil» de captar, los radiodifusores pueden cobrar más por la publicidad vinculada al fútbol que por la de otros programas.

[18] Otro tema distinto, y muy interesante, pero que cae fuera del ámbito de nuestro análisis, es el relativo a los contratos a través de los cuales esos derechos se comercializan. En el asunto *Audiovisual Sport* se ha intentado en fechas recientes —sin éxito, ya que la pretensión ha sido desestimada en 1.ª instancia y en apelación— denunciar la monopolización de estos derechos por parte de Canal Satélite Digital (como nudo propietario) y Audiovisual Sport (como licenciatario). La práctica abusiva consistiría, presuntamente, en la forma de imponer su voluntad y el contenido de los contratos a una serie de cadenas autonómicas. *Vid.*, a este respecto, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 67 de Madrid, de 11 de junio de 2003, y la sentencia que la confirma, la núm. 670/2004 (Sección 18.ª), de 13 de octubre, de la Audiencia Provincial.

[19] Así lo reconoce la propia Comisión, en el apartado 122 de la Decisión *UEFA*, cuando constata que «no existe ningún concepto uniforme común en los Estados miembros del EEE relativo a la propiedad de los derechos mediáticos de acontecimientos futbolísticos ni tampoco hay un concepto jurídico en la Comunidad o el EEE», llevando a cabo en una nota a pie de página (núm. 60) un rápido repaso del *estatus questionis* en los ordenamientos de Austria, Bélgica, Dinamarca, Reino Unido, Francia, Alemania, Irlanda del Norte, Escocia, Suecia y España.

A esta conclusión llega el citado autor tras analizar la decisión del BHG alemán, de 18 de noviembre de 1997, que confirma la Resolución del *Bundeskartellamt* de 2 de septiembre de 1994, por la que se había prohibido a la Federación Alemana de Fútbol centralizar la comercialización de los derechos de retransmisión por televisión relativos a los encuentros de casa correspondientes a los clubes de fútbol alemanes que participan en la Copa de la UEFA y en la Copa de Campeones de Copa.

Sin embargo, quien lleva a cabo una actividad organizativa asume los costes vinculados a su puesta en práctica y los riesgos empresariales derivados de la misma. Esta asunción de costes y riesgos es uno de los criterios determinantes para atribuir la titularidad de los derechos correspondientes a los resultados que se obtengan de dicha iniciativa. De ahí que resulta cuando menos complicado determinar la posición que ocupan las Federaciones deportivas y las Ligas profesionales, a los efectos de determinar su consideración como cotitulares de los derechos audiovisuales.

Aunque existe alguna normativa aplicable [20], este tipo de derechos audiovisuales carecen de definición legal en Derecho español. Conforme a la teoría general del Derecho, al poseer naturaleza patrimonial (esto es, tener por objeto un bien económico) pueden ser, por tanto, objeto de negocios jurídicos y en particular de contratos de cesión [21].

3. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

La anterior descripción no es sino un paso previo necesario en todo análisis *antitrust*, la definición del mercado de referencia, aquel sobre el que se va a proyectar la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Con carácter genérico, y a los efectos del presente estudio, podemos señalar que dicho mercado relevante es el de *los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos.*

Es necesario señalar, también con carácter previo, que en este mercado de las retransmisiones deportivas y la emisión de imágenes de los eventos

---

[20] El art. 3 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, de Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, habla de «derechos de explotación audiovisual de los acontecimientos o competiciones deportivas», lo mismo que la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, o la disposición transitoria tercera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

[21] Esta posibilidad está expresamente reconocida por los arts. 2, 3 y 6 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, de Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, y por diversas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, como la ya citada Resolución *LNF*, de 10 de junio de 1993. El expediente se inició por denuncia de Antena 3 TV contra la Liga Nacional de Fútbol Profesional, DORNA, S. A., y la FORTA (Federación de Organismos y Entidades de Radio y Televisión Autonómicas), aunque luego se amplió la denuncia a una serie de televisiones autonómicas, Promoción del Deporte, S. A., y se le acumuló otro expediente instruido por denuncia de Gestevisión Telecinco, S. A., contra LNFP, FORTA, Canal Plus, S. A., y los Clubes de Fútbol de 1.ª y 2.ª División. En todos los casos las presuntas infracciones eran relativas a la contratación de la cesión de derechos de imagen para la difusión por televisión de partidos de fútbol y sus resúmenes.

que tienen lugar, es frecuente que se entrecrucen muchos actores y una maraña de contratos, lo que plantea la posibilidad de delimitar más de un mercado relevante, si las prácticas supuestamente restrictivas afectan a mercados de producto o geográficos diferentes. Sin embargo, siguiendo la línea establecida por nuestro TDC en la Resolución *LNF*[22], pensamos que para evaluar los efectos sobre la competencia de un contrato concreto —y aun de un conjunto de contratos— no es necesario hacer, en este ámbito, una delimitación de mercado relevante distinta a la que se efectúa en otros sectores económicos.

En este sentido, son varias las propuestas de definición de mercado relevante que encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia, habiéndose sugerido, entre otras, las siguientes:

— Las imágenes de los encuentros de fútbol.
— Las retransmisiones por canal codificado.
— Las imágenes relacionadas con partidos de fútbol profesional relativos a competiciones oficiales organizadas por una Liga o Federación.
— Los partidos de fútbol, en cuanto espectáculo mediático.
— El mercado del entretenimiento y el ocio en general.
— Los acontecimientos deportivos.

En EE.UU. se considera como mercado relevante, a los efectos *antitrust*, como el grupo más pequeño de productos necesario para satisfacer el *SSNIP Test* (un eventual monopolista tendría interés económico para proceder a un incremento de precio pequeño pero significativo, y no transitorio) [23]. En este sentido, en asuntos relativos a acuerdos para la retransmisión televisada de acontecimientos deportivos en las Ligas universitarias, el mercado relevante ha sido definido como el de la retransmisión en directo de fútbol universitario.

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria ha ido configurando su propio test de delimitación de mercado relevante[24], que en la actualidad se basa en la necesidad y el reparto del producto, la estrategia de las empresas implicadas y sus competidores, la naturaleza duradera o perecedera del producto y su disponibilidad en el tiempo, realizando un análisis dinámico[25].

---

[22] *Vid.* el Fundamento Jurídico 4.º de esta Resolución, dedicado íntegramente a la delimitación del mercado relevante.

[23] *Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price.*

[24] Sobre el diferente alcance y aplicación práctica del concepto de mercado relevante y su definición en EE.UU. y en la Unión Europea, *vid.*, con carácter general, F. DÍEZ ESTELLA, «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EE.UU.», *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons.

[25] *Vid.* las sentencias del TJCE de 13 de julio de 1996 (Asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten Grundig*), de 25 de noviembre de 1971 (Asunto 22/71, *Beguelin*) y de 21 de febrero de 1973 (Asunto 6/72, *Continental Can*); además, la «Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia» (*DOCE* C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5 a 13).

Como fácilmente se advierte, esta definición de mercado de producto y según en qué sectores, puede ser especialmente complicada (HARBORD, HERNANDO y VON GRAEVENITZ, 1999). Un ejemplo reciente en el ámbito que estamos estudiando nos lo proporciona la multa que la Comisión Europea impuso a los organizadores del Mundial de Fútbol de 1998. En ella se advierte (WEATHERHILL, 2000) que el tema de la definición de mercado en el sector de los deportes es altamente engañoso, y plantea dudas acerca de si cada deporte debe constituir un mercado separado o, por el contrario, el deporte es únicamente una parte más del mercado más amplio del entretenimiento. Es preciso pues analizar detalladamente las características del producto: su sustituibilidad, su diferenciación, su calidad y su precio.

Siguiendo estos parámetros, y atendiendo a los gustos de los consumidores y los hábitos de los aficionados al fútbol y a los deportes en general[26], parece claro que definiciones de mercado como el «entretenimiento», el «ocio» o incluso los «partidos de fútbol en general» pecan de demasiado amplias. Como señala nuestro TDC en su Resolución *LNF*, ni siquiera los deportes son sustitutivos entre sí para el telespectador, ni compiten entre ellos para la captación de la misma audiencia.

El hecho de que las audiencias de los distintos deportes no se comporten de la misma forma, que los aficionados no sean los mismos y que el precio pagado por las imágenes de los distintos deportes sea tan dispar, lleva al TDC a concluir (Fundamento Jurídico 4.º, apartado 4.1.2 *in fine*) que no se cumplen los requisitos de homogeneidad de producto necesarios para que todos los deportes formen parte del mismo mercado, desde el punto de vista de la contratación de sus derechos de emisión por televisión.

Por su parte, la Comisión Europea, que en un principio era reacia a definir los derechos de difusión de acontecimientos futbolísticos como un mercado de productos de referencia diferente, lo hace[27] por vez primera en la Decisión *Retransmisiones UEFA* que comentaremos más detalladamente a continuación.

Por tanto, hemos de concluir —volviendo a nuestra propuesta inicial— que el mercado de producto es el mercado de «los derechos de retransmisión por televisión de los acontecimientos deportivos», y cada uno de estos

---

[26] Esto es confirmado por los estudios empíricos. En el extenso estudio de *La definición de mercado en las retransmisiones deportivas en Europa y la competencia por los derechos de retransmisión* (HARBORD, HERNANDO y VON GRAEVENITZ, 1999), preparado para la DGCOMP —antigua DG IV— de la Comisión Europea, estos autores demuestran con datos de precios desde 1984 que los dueños de los derechos de retransmisión pueden ganar rentas monopolísticas, y con estudios de elasticidad cruzada precio-demanda de los consumidores, que unos deportes son totalmente insustituibles por otros.

[27] *Vid.* considerandos 27 y 28, en los que no sólo se llega a la conclusión apuntada, sino que se da un paso más señalando la posibilidad de definir un mercado separado de derechos de difusión de acontecimientos futbolísticos que no se celebran regularmente durante el año y todos los años, como la Copa del Mundo de Fútbol, y que no son intercambiables con los derechos de difusión de los acontecimientos futbolísticos que se celebran regularmente.

eventos deportivos forma un submercado propio y específico, no pudiéndose equiparar unos con otros [28].

En cuanto al segundo de los elementos integrantes de la definición de mercado relevante, la dimensión geográfica, hay bastante consenso en que ésta reviste carácter nacional, ya que las barreras lingüísticas y culturales y, sobre todo, el interés por los equipos locales, hace que los derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos se vendan a escala nacional. En consecuencia, no hay realmente una sustituibilidad entre diferentes países, y ello aunque las señales televisivas puedan ser recibidas en zonas limítrofes (en el caso de España, en Francia y Portugal) o incluso retransmitidas para acontecimientos paneuropeos como la Liga de Campeones de la UEFA [29].

Caso 1: la decisión Retransmisiones UEFA

Un buen ejemplo de todo lo dicho hasta ahora nos lo ofrece la Decisión *Retransmisiones UEFA,* en la que la Comisión lleva a cabo un exhaustivo análisis del mercado de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol, a los efectos de autorizar las Normas de Radiodifusión de la UEFA, notificadas [30] —en su última versión— el 19 de julio de 1999.

En esta Decisión la Comisión Europea aborda el análisis de las normas de la Unión Europea de Fútbol Asociación (UEFA) que regulan la difusión de partidos de fútbol, en particular el «Reglamento de aplicación del art. 47 de los Estatutos de la UEFA, edición de 2000», que confiere a las asociaciones nacionales de fútbol la posibilidad de bloquear un número muy limitado de horas durante las cuales no se puede retransmitir fútbol por televisión.

El Reglamento persigue ofrecer a las asociaciones nacionales de fútbol una oportunidad limitada de programar los partidos de fútbol nacionales en horarios en los que no puedan verse perturbados por la retransmisión simultánea de partidos por televisión, lo cual podría perjudicar la asistencia a los estadios y la participación de la afición en el deporte.

Por su potencial anticompetitivo y limitador de la libre competencia en este sector, la Comisión pidió a la UEFA que definiera claramente el calendario principal de la temporada nacional, y también que se estableciera una

---

[28] Por supuesto, caben luego definiciones de mercado más estrechas, que tengan en cuenta, por ejemplo, los diferentes tipos de partidos de fútbol (los encuentros de competiciones nacionales, y dentro de éstos los de primera división y los de segunda; los encuentros de competiciones internacionales; los de las selecciones nacionales y los de equipos locales; etc.), así como las distintas formas de explotación televisiva (emisión de los partidos en directo, o en diferido; acontecimientos íntegros, o resúmenes de los mismos; programas dedicados específicamente al fútbol; etc.).

[29] *Vid.* considerandos 44 y 45 de la Decisión *Retransmisiones UEFA*.

[30] *Vid.* la Comunicación publicada de conformidad con el apartado 3 del art. 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo, en relación con el asunto COMP/C.2-37.576-Normas de radiodifusión de la UEFA, *DOCE* C 121/14, de 29 de abril de 2000.

regla clara e inequívoca de que las horas vetadas deben corresponder al calendario principal de la temporada nacional.

La Comisión determinó en su Decisión que dichas normas de radiodifusión no restringen la competencia, pese a imponer serias limitaciones a la capacidad de las entidades de radiodifusión a su capacidad de emisión de partidos de fútbol, vetándoles la retransmisión unas determinadas horas y días para evitar que se perjudique la asistencia a los estadios. Para llegar a esa conclusión, y con carácter previo, la Comisión Europea lleva a cabo un detallado análisis (considerandos núms. 21 a 45) del mercado de producto afectado y de su dimensión geográfica.

En relación a los mercados de producto, considera la Comisión que la normativa sobre retransmisiones de la UEFA podría afectar potencialmente a:

— El/los mercado(s) anterior(es) de adquisición de derechos de difusión de televisión convencional y de pago.
— Los mercados posteriores en los que los organismos de radiodifusión compiten por la audiencia, por los ingresos de publicidad que dependen de los índices de audiencia y por los abonados a la televisión de pago.

Apunta la Comisión (considerando núm. 25) un hecho al que ya nos hemos referido con anterioridad, y es la actual tendencia a que los derechos de difusión integral de partidos en directo se venden cada vez más a operadores de televisión de pago y que los organismos de radiodifusión convencionales adquieren derechos para la retransmisión en diferido de partidos de fútbol o la difusión de resúmenes.

Señala igualmente la Comisión otras cuestiones como la importancia del fútbol para fidelizar las audiencias de las televisiones de pago (considerando núm. 31); la regularidad de estos eventos (considerando núm. 34) como elemento clave tanto para la programación como para la imagen de marca, así como de lo peculiar que es la audiencia típica del fútbol (considerando núm. 39); y el interés que reviste para los anunciantes poder llegar a este público, calificado de «telespectador esporádico».

La conclusión a la que se llega (considerando núm. 42) es que existe un mercado separado[31] de adquisición de derechos de difusión de acontecimientos futbolísticos que se celebran regularmente durante el año y todos los años y que, en la práctica, comprendería fundamentalmente los partidos de primera y segunda división y los campeonatos de copa nacionales, así como la Liga de Campeones y la Copa de la UEFA.

---

[31] Al no limitar el Reglamento de la UEFA la capacidad de los organismos de radiodifusión de competir para lograr abonados o anunciantes, la Comisión no se detiene a definir los mercados posteriores en los que dichos organismos compiten por los ingresos de publicidad (que dependen de los índices de audiencia) y, en el caso de las televisiones de pago, por los abonados.

4. LA COMERCIALIZACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE RETRANSMISIÓN DE ACONTECIMIENTOS DEPORTIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como hemos tenido oportunidad de examinar, la mezcla de aspectos cooperativos y competitivos es uno de los rasgos que caracterizan a la industria de los acontecimientos deportivos. Ello hace que, estrictamente hablando, las Federaciones y Ligas no deban calificarse como un cártel organizado (CAVE y CRANDALL, 2001). Sin embargo, parece también evidente que hay que distinguir entre las actividades que los clubes pueden hacer individualmente (p. ej., la venta de entradas para un partido) de las que necesariamente tienen que llevar a cabo de forma conjunta (la fijación de unas reglas de juego o el calendario de la temporada).

Cabe entonces preguntarse si la comercialización y explotación de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos entraría en la primera categoría o en la segunda, ya que según como se aborde esta cuestión nos hallaríamos ante una hipotética práctica restrictiva de la competencia o no.

Los estudios empíricos existentes hasta la fecha no son nada concluyentes (HARBORD, HERNANDO y VON GRAEVENITZ, 1999) a la hora de valorar si la adquisición conjunta de dichos derechos por parte de las cadenas de radiodifusión contribuye a una mejora de la eficiencia económica y a un mejor precio para el vendedor, o supone el empeoramiento en términos globales de la competencia en estos mercados.

Siguiendo la metodología clásica de análisis de las prácticas restrictivas, se estudiarán a continuación los aspectos del derecho de competencia relativos a los acuerdos horizontales (por el lado de la oferta, la venta conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos; por el lado de la demanda, los acuerdos de compra conjunta de dichos derechos; y finalmente, integrando ambos aspectos, los acuerdos de explotación conjunta) y a los acuerdos verticales (básicamente las cláusulas de exclusividad, y en qué medida pueden esos contratos constituir una barrera de entrada)[32].

A. ACUERDOS DE VENTA CONJUNTA

El ejemplo paradigmático de acuerdos de venta conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos es la práctica —habi-

[32] Por tratarse de una cuestión que en Europa es marginal, no se examinarán los supuestos de integración vertical entre cadenas de radiodifusión y entidades deportivas; los únicos clubes de fútbol propiedad de cadenas de televisión son el A. C. Milán, cuyo dueño es Mediaset, y el Paris St. Germain, cuyo dueño es Canal Plus. Como es conocido, en el Reino Unido las autoridades *antitrust* vetaron la adquisición del Manchester United por la cadena BSkyB.

tual en muchos países europeos— de que estos derechos se comercialicen por las Ligas, Federaciones o cualesquiera otros organismos deportivos[33].

La objeción que, desde el punto de vista del derecho de la competencia, puede hacérsele a este tipo de estrategias es doble:

1. Por un lado, la venta conjunta de los derechos de retransmisión sobre acontecimientos deportivos fácilmente puede considerarse como un cártel conducente a un aumento de los precios del producto ofrecido, una restricción del *output*, la oferta de prestaciones subordinadas al objeto principal, la discriminación de precios y, en fin, cualquiera de las restricciones a la competencia derivadas de las prácticas colusorias.
2. Por otro lado, el monopolio de oferta que se adquiere mediante esta práctica no sólo da pie a posibles abusos de posición dominante, sino que es fácilmente trasladable al mercado descendente, el de la explotación de los derechos de retransmisión, si éstos son adquiridos por un único operador de televisión, y comprende la totalidad de las retransmisiones de un determinado deporte durante un periodo largo de tiempo.

Esta postura parte de la consideración previa de que los clubes de fútbol son empresas, que a ellos corresponde la titularidad de los derechos, y que éstos por tanto no pertenecen —por lo menos no de forma originaria— a las Ligas o Federaciones, a las que además no puede aplicársele la teoría de la entidad única (*single entity theory*).

Un amplio sector doctrinal (HEUBECK, 2004) defiende la opinión de que la venta conjunta de los derechos da lugar a precios monopolísticos y a restricciones de *output*. Naturalmente, la postura contraria defiende que la venta conjunta es la única forma de garantizar el equilibrio competitivo y la solidaridad financiera en la redistribución de ingresos. En los casos en que las Ligas son pequeñas, relativamente homogéneas en términos de posición competitiva y los clubes tienen unos ingresos que no están directamente relacionados con su lugar en la clasificación, la venta conjunta es socialmente preferible a la individual (FALCONERI, PALOMINO y SÁKOVICS, 2003).

Como expresó hace tiempo el propio Comisario Europeo de la Competencia (MONTI, 2000), la venta conjunta o colectiva de los derechos de retransmisión puede restringir la competencia de tres formas:

— Puede convertirse en un mecanismo de fijación de precios.
— Puede limitar la disponibilidad al público de dichos derechos.

---

[33] Así, en 1993 la *BBC*, *BSkyB* y la *English Football Association* (EFA) firmaron un acuerdo de adquisición de derechos de retransmisión de las copas de fútbol inglesas y de los partidos de la selección inglesa para un periodo de cinco años. *Vid.*, a este respecto, la Comunicación efectuada por la Comisión, DOCE C 94, de 3 de abril de 1993, p. 6; el acuerdo fue finalmente aprobado, pero sólo después de haber introducido ciertas modificaciones en las cláusulas que regulaban esta venta conjunta por parte de la EFA.

— Puede reforzar la posición en el mercado de las cadenas más importantes ya que sólo un operador fuerte tendrá la capacidad económica de comprar todo el «paquete» de derechos de una determinada competición o liga.

Sin embargo, y como la propia Comisión también ha reconocido [34], hay que tener en cuenta las peculiaridades de esta «industria» y no precipitarse a la hora de aplicar la normativa de Defensa de la Competencia al mercado de los derechos de retransmisión sobre acontecimientos deportivos, ya que este sector exige, para su propia supervivencia, un cierto grado de cooperación entre los agentes que operan en él, lo que exige un análisis caso por caso y huir de la aplicación *per se* de las prohibiciones *antitrust* contenidas en el Tratado de la UE.

Como ha quedado señalado, en su Informe [35] sobre el futuro del fútbol profesional en Europa, el Parlamento Europeo hace una apuesta sin ambages por este modelo de venta conjunta o colectiva de esos derechos, por ser (Exposición de Motivos, núm. 9) «fundamental para proteger el modelo de solidaridad financiera del fútbol europeo». Naturalmente, este Informe y la posterior resolución de la Eurocámara no han sido del agrado de todos [36], y sí es cierto que sostiene un principio a favor de la venta conjunta sin ningún tipo de matización.

En cualquier caso, la doctrina es unánime (SZYMANSKI, 2000) al señalar que este tipo de actuación concertada sólo debe permitirse si lleva a un aumento del *output* —en este caso, los partidos de fútbol emitidos por televisión— en relación al nivel de producción existente si los derechos de retransmisión se comercializaran de forma individual por los clubes.

Un ejemplo de venta conjunta lo constituye el acuerdo [37] provisional sobre los derechos de retransmisión de la Liga de fútbol inglesa entre la Comisión y las partes implicadas: la cadena *BSkyB* y la entidad titular de los derechos, la *Football Association Premier League*. En dicho convenio se puso especial énfasis en señalar que, por primera vez en la historia, los seguidores del fútbol inglés —los consumidores del producto en cuestión— iban a tener la oportunidad de ver en directo partidos de la Premier League en abierto (en televisiones no de pago), gracias a los compromisos asumidos por BSkyB de conceder sublicencias de sus derechos sobre un total de ocho partidos de esta Liga a otras cadenas de radiodifusión.

---

[34] *Vid.*, por ejemplo, la Comunicación referente al asunto COMP/C2/38.173 y 38.453 - Venta conjunta de los derechos de difusión exclusiva de la *FA Premier League* por los medios de comunicación (*DOCE* de 30 de abril de 2004, pp. 3 a 6).

[35] *Informe sobre el futuro del fútbol profesional en Europa* [2006/2130(INI)], FINAL A6-36/2007, de 13 de febrero de 2007.

[36] *Vid.*, especialmente crítica, la opinión de T. R. FERNÁNDEZ, en un artículo de opinión publicado en el Diario *El Mundo*, de 13 de abril de 2007, «Fútbol en el Parlamento Europeo», en el que califica la resolución como de sin sentido, y señala que —en el caso particular de España— el equilibrio competitivo no sufre ningún peligro por nuestro actual sistema de negociación individualizada de los derechos de televisión.

[37] *Vid.* nota de prensa, IP/03/1748, Bruselas, 16 de diciembre de 2003.

En fechas recientes, y en virtud de los poderes otorgados por el Reglamento 1/2003 para hacer «legales y vinculantes» los compromisos ofrecidos por una empresa, la Comisión ha adoptado una *commitment decision* en relación a los compromisos que había ofrecido la Liga Alemana de Fútbol (*Ligaverband*) concernientes a los acuerdos de venta conjunta de los derechos de difusión de los partidos de la Bundesliga, de primera y segunda división.

En efecto, en su Decisión *Bundesliga*[38], se detalla cómo en una evaluación preliminar la Comisión entendió que la venta exclusiva de esos derechos comerciales por la Asociación de la Liga podía restringir la competencia entre clubes y sociedades de primera y segunda división con arreglo al art. 81 del Tratado CE.

Más adelante, parece que los compromisos asumidos por la Asociación de la Liga introdujeron una cierta competencia en la comercialización de los derechos de la *Bundesliga* 1 y 2 entre la Liga y los clubes, y permitieron la aparición de nuevos productos, en especial productos ligados a la imagen de marca de los clubes. Según la Comisión, los compromisos reducen el ámbito y la duración de los futuros acuerdos comerciales y establecen un procedimiento de comercialización transparente y no discriminatoria. Mejoran asimismo el acceso a los contenidos para los operadores de televisión, radio y nuevos medios de comunicación y garantizan la disponibilidad de un mayor número de derechos en el mercado, contribuyendo así a la innovación. Por último, desalientan la tendencia a la concentración del mercado de los medios de comunicación.

A modo de resumen, pues, podemos decir que los motivos que han llevado a la Comisión a aceptar estos compromisos y a hacerlos vinculantes es que su diseño permite que la *Ligaverbrand* comercialice de forma centralizada todos los derechos, pero no impide el juego de la libre competencia, ya que:

— Beneficia al consumidor al establecer un único punto de venta (*one-stop-shop*) que refuerza la imagen de marca de la Bundesliga a la vez que asegura que los procedimientos de adjudicación son abiertos, transparentes y no discriminatorios.
— Se compromete a segmentar el conjunto de los derechos en varios paquetes que puedan adquirirse separadamente.
— Se limita a tres temporadas la adjudicación de dichos derechos.

Además de estas pautas, en los compromisos[39] asumidos por la Bundesliga se detallan otra serie de cuestiones que incluyen: los resúmenes al final del partido, los derechos de retransmisión por teléfonos móviles e Internet, la posibilidad de que los clubes puedan explotar individualmente

---

[38] Decisión de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE y del art. 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C-2/37.214 - Venta conjunta de los derechos mediáticos del campeonato de fútbol alemán *Bundesliga*), DOCE L 134, de 27 de mayo de 2005, p. 46.

[39] *Vid.* MEMO/05/16, Bruselas, 19 de enero de 2005.

aquellos derechos que no se consigan vender previamente y la no aplicación de esta normativa a futuros acuerdos de licencia.

Caso 2: la decisión UEFA

Pocos pronunciamientos de las autoridades comunitarias de competencia pueden ilustrar mejor las cuestiones que se están analizando como el relativo a la venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la UEFA, resuelto por la Decisión[40] de la Comisión Europea de 23 de julio de 2003.

La UEFA notificó a la Comisión el 19 de febrero de 1999 las normas, los Reglamentos y las Decisiones de aplicación relativas a su acuerdo de venta conjunta, que incluía todos los acuerdos-tipo de derechos que se firman con cadenas de televisión, patrocinadores y proveedores.

Como es conocido, la Liga de Campeones de la UEFA es la competición de mayor prestigio en Europa; no cabe duda, por otra parte, que dicha competición sería imposible de no existir la propia UEFA, a modo de «autoridad» reguladora del fútbol europeo, y asumir la responsabilidad organizativa y administrativa, imponiendo además unos ciertos estándares de calidad (en cuanto a los estadios, la retransmisión, las normas de participación, las sanciones, etc.) que son los que le dan parte del reconocido *glamour* que tiene la *Champions League* y contribuyen, a la postre, a que ostente los mayores índices de audiencia en todo el territorio de la Unión Europea.

Tras un intercambio de documentos entre la UEFA y la Comisión, el Pliego de Cargos inicial y la intervención en el procedimiento de terceros interesados, se introdujeron algunas modificaciones a la notificación inicial. En la Decisión finalmente adoptada se concede una exención —desde el 13 de mayo de 2002 hasta el 31 de julio de 2009— al acuerdo de venta conjunta de la UEFA por lo que se refiere a los derechos de retransmisión de la Liga de Campeones, siéndole por tanto inaplicable la prohibición del apartado 1 del art. 81 del Tratado CE.

Aunque aquí sólo nos fijaremos en los derechos de retransmisión por televisión, el acuerdo de la UEFA contempla también (apartados 40 a 54) otros derechos, como son los de retransmisión por Internet, los derechos *3G* y *UMTS* inalámbrico[41], los de medios físicos, los de radio y otros derechos

---

[40] *DOCE* L 291, de 8 de noviembre de 2003, pp. 25 a 55.

[41] Por estar todavía en una fase muy incipiente de su desarrollo, en las Decisiones de la Comisión o las sentencias de los Tribunales se suele prestar poca atención a la comercialización de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos por estos medios. Sin embargo, es oportuno señalar que su importancia irá creciendo en el tiempo, a medida que las tecnologías 3G y UMTS se generalicen y se conviertan en un vehículo de difusión como lo es en la actualidad la televisión o Internet. Consciente de esta situación, la Comisión anunció hace un año (*vid.* nota de prensa, IP/04/134, Bruselas, 30 de enero de 2004) que iba a comenzar una investigación precisamente sobre la venta de derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos a compañías de Internet y a proveedores de

comerciales —de patrocinio, acuerdos de suministro, licencias y otros derechos de propiedad intelectual.

Como en todo procedimiento relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, se parte de la constatación de que existe una conducta restrictiva contraria al apartado 1 del mismo artículo, en este caso «el acuerdo de venta conjunta otorga a la UEFA el derecho exclusivo a vender conjuntamente ciertos derechos comerciales en nombre de los clubes de fútbol que participan en la Liga de Campeones de la UEFA; (...) se impide que los clubes de fútbol comercialicen individualmente tales derechos; (...) los terceros sólo tienen una única fuente de suministro; (...) determina los precios y demás condiciones comerciales»[42].

El paso siguiente es examinar si los efectos restrictivos se ven compensados por los efectos pro competitivos, en los términos previstos por las cuatro condiciones cumulativas del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE. Este análisis lo lleva a cabo la Comisión en el punto núm. 7 de la Decisión, examinando si mejora la producción o la distribución o fomenta el progreso técnico o científico o económico (apartados 139 a 168); si traslada una participación equitativa de los beneficios a los consumidores (apartados 169 a 173); si las restricciones que impone son sólo las imprescindibles (apartados 174 a 192); y, finalmente, si no hay una eliminación total de la competencia (apartados 193 a 196).

La Comisión señala en sus conclusiones (apartado 201) que la mejora de la producción y distribución se obtiene por la creación de un producto de marca de calidad[43], centrado en la Liga y vendido a través de un único punto de venta[44]; que se entiende que los consumidores reciben una participación equitativa en los beneficios; que la Comisión entiende igualmente que las restricciones inherentes al acuerdo de venta conjunta de la UEFA son imprescindibles para lograr dichos beneficios[45]; y, finalmente, que no parece probable que dicho acuerdo elimine la competencia por lo que se refiere a una parte sustancial de los derechos en cuestión.

---

servicios de telefonía de última generación (3G). Como posibles prácticas abusivas en este sentido se señalan las negativas de suministro, el *bundling* de derechos para televisión con derechos para sistemas UMTS, discriminar injustificadamente la cobertura a través de TV frente a otros sistemas, o la compra en exclusiva de derechos 3G y UMTS.

[42] Decisión *UEFA*, apartados 113 a 116.

[43] El acuerdo de venta conjunta permitiría a la UEFA crear y mantener la uniformidad y la coherencia de la calidad del producto de la Liga de Campeones, y su reputación, que se asocia estrechamente a una cobertura televisiva uniforme y de alta calidad, sostenida por una presentación homogénea que aumenta la atracción para el espectador (apartados 154 a 157).

[44] Se argumenta que sería prácticamente imposible la existencia de un torneo como la Liga de Campeones si no es a través de un acuerdo de venta conjunta de los derechos mediáticos. Esta postura la avalan dificultades prácticas como la coordinación de participación de clubes de fútbol de muy distintos países; jurídicas como las diferentes estructuras de propiedad entre unos y otros; y económicas como la dispersión de la demanda o los elevados costes de transacción en que se incurriría si las negociaciones tuvieran que llevarlas a cabo los clubes de forma individual (apartados 143 a 153).

[45] Excepción hecha de la disposición que prohíbe a los clubes individuales de fútbol la venta de derechos de retransmisión por televisión en directo a las emisoras de televisión en abierto.

De esta importante Decisión pueden extraerse unas ciertas pautas sobre los requisitos que las autoridades comunitarias de competencia van a exigir para conceder autorización en supuestos de acuerdos de venta conjunta (UNGERER, 2003):

— Una oferta abierta a todos los potenciales adquirentes.
— Una segmentación de los derechos ofrecidos en varios paquetes, que permita más de un comprador.
— Duración de la exclusividad no excesiva (tres años parece razonable).
— No renovación automática del acuerdo.
— No mantener derechos sin utilizar (permitiendo, en su caso, la venta individual).
— No impedir el desarrollo de derechos en nuevos medios (básicamente Internet y UMTS).

B. ACUERDOS DE COMPRA CONJUNTA

Por el lado de la demanda nos encontramos ante similares problemas a las apuntados en el lado de la oferta. Los acuerdos de compra conjunta, habitualmente llevados a cabo por las entidades de radiodifusión, tienen efectos a ambos niveles de la cadena, en el mercado ascendente de la adquisición de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, y en el descendente de la explotación de dichos derechos (RUMPHORST, 2001).

A este respecto, está admitido que la compra conjunta resulta de efectos pro competitivos ya que permite a empresas pequeñas competir con las de gran dimensión en igualdad de condiciones (ODRIOZOLA, IRISARRY y BARRANTES, 2005).

Por tanto, el posible carácter restrictivo de los acuerdos de compra conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos dependerá, en gran medida, del poder de mercado de los compradores. Si se trata de grandes cadenas de televisión, grupos de comunicación multinacionales con gran fuerza negociadora y capacidad financiera, es fácil que los acuerdos de compra conjunta restrinjan la competencia y dificulten —si no es que eliminan totalmente— la entrada de nuevos competidores, o simplemente refuercen el poder de compra[46]. Si se trata de cadenas locales, pequeñas empresas, que individualmente no tendrían la capacidad para adquirir esos derechos, es posible en cambio que la compra conjunta tenga efectos procompetitivos.

En contra de lo que habitualmente se piensa —los acuerdos de compra conjunta son perjudiciales para la economía y reducen los ingresos de los

[46] Así lo entendió la Comisión en el Asunto *Screensport-Miembros de la UER*, Decisión 91/130/CE, de 19 de febrero de 1991, *DOCE* L 63/32, de 9 de marzo de 1991.

ofertantes—, los estudios empíricos (HARBORD, HERNANDO y VON GRAEVENITZ, 1999) parecen demostrar que los efectos de esta «compra colusiva» no son del todo perjudiciales, sino que pueden beneficiar tanto al vendedor —que recibiría mayores precios por los derechos que está ofreciendo— como a la eficiencia del mercado en su conjunto, al contraponer una fuerza negociadora mayor al monopolio de oferta de las Ligas y Federaciones.

Caso 3: la sentencia Eurovisión

Como se ha señalado, el pronunciamiento que nos va a servir para ilustrar la problemática antitrust relativa a los acuerdos de compra conjunta de derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos es la sentencia *Eurovisión*[47].

Este pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia tuvo su origen en el recurso planteado por una serie de cadenas de televisión y entidades de radiodifusión contra la Decisión *UER*, que declaraba no prohibida por el art. 81.1 del Tratado CE —conforme a la exención del apartado 3 del art. 81— la adquisición de forma colectiva, por parte de la *Unión Europea de Radiodifusión* y sus miembros, de los derechos televisivos de retransmisión de acontecimientos deportivos.

Lo que la Comisión examinó fue el sistema de intercambio establecido por la UER, que —pese a restringir la competencia— se entendió era merecedor de la exención, ya que cumplía las cuatro condiciones cumulativas del art. 81.3:

1. Mejora de la producción o comercialización (ofrecía una serie de ventajas para las empresas participantes consistentes en la racionalización del sistema de compra de derechos y reducción de los costes y del número de de transacciones necesarias para la adquisición de los mismos).
2. Traslado de los beneficios a los consumidores (los espectadores se beneficiaban del aumento de la oferta, incluyendo la posibilidad de recibir emisiones deportivas internacionales en distintos idiomas).
3. Las restricciones impuestas eran sólo las imprescindibles (una vez que fueron modificados algunos aspectos del acuerdo notificado inicialmente, relativos a las restricciones establecidas para la entrada de nuevos miembros); y, finalmente.
4. No se eliminaba totalmente la competencia (ya que el acuerdo de venta conjunta también contemplaba un sistema de sublicencias por el que los operadores televisivos que no estuviesen integrados en la UER podían acceder, en determinadas condiciones, a los programas deportivos de esta organización).

[47] Asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, *Rec.* 1996, p. II-0649.

Los argumentos de fondo de los recurrentes (las españolas Antena 3 TV y Gestevisión Telecinco, la francesa Métropole TV-M6 y la italiana Reti Televisive Italiane) los analiza el TPI en dos grandes grupos: en primer lugar (apartados 84 y ss.) los relativos al sistema de admisión a la UER, presuntamente discriminatorio, con las consiguientes consecuencias negativas para las empresas denunciantes al serles negado el acceso —de forma injustificada, según ellas— al sistema UER.

El segundo grupo de motivos (apartados 104 y ss.) son los relativos a las normas de adhesión a la UER en relación con la letra *a)* del apartado 3 del art. 81 del Tratado, ya que los demandantes alegaban que la Comisión había incurrido en un error de hecho —por falta de un examen detallado— al valorar el sistema de admisión a la UER, y un error de derecho, ya que había justificado la concesión de la exención al presunto cumplimiento de la UER de una misión de interés general en el sentido del art. 90.2 del Tratado CE.

El TPI, haciendo caso omiso de las alegaciones de la Comisión y las entidades coadyuvantes (la UER y las televisiones públicas italiana —RAI— y española —RTVE—) estimó ambos motivos, y anuló la Decisión por la que se concedía la exención al sistema «Eurovisión» de la *Unión Europea de Radiodifusión*.

Entre otras cosas, el TPI reprocha (apartado 118) a la Comisión el hecho de que, aun basándose, en el marco de una apreciación global, en consideraciones relacionadas con la búsqueda del interés público para conceder una exención conforme al art. 81.3 del Tratado CE, debería haber demostrado que dichas consideraciones exigían la exclusividad de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos —admitida por la Decisión a favor de los miembros de la UER—, y que dicha exclusividad era indispensable para permitir que éstos obtuvieran un rendimiento razonable de sus inversiones.

Finalmente, se señala (apartado 125) que las condiciones resultantes de las normas de adhesión a la UER no tenían el carácter indispensable que exige el apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, como requisito para beneficiarse de la exención.

En una cadena de exenciones concedidas por la Comisión y anulación de las mismas por el TPI que parece no acabar nunca, este Tribunal ha vuelto a revocar una Decisión[48] que permitía el acceso al sistema Eurovisión a no miembros de la UER —por un sistema de concesión de sublicencias—, argumentando el TPI en su pronunciamiento[49] que el sistema notificado ofrece la posibilidad de eliminar la competencia en el mercado superior de la adquisición de derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos así como en el mercado inferior de la explotación de los mismos. En su

---

[48] Decisión 2000/400/CE, de la Comisión, de 10 de mayo de 2000 (Asunto IV/32.150-Eurovisión), *DOCE* L 151, de 24 de junio de 2000, p. 18.

[49] Sentencia del TPI, de 8 de octubre de 2002, *Métropole c. Comisión*, asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00.

razonamiento el TPI obvia cualquier discusión sobre el mercado de referencia, en el sentido de distinguir entre el superior o el inferior, y afirma que las hipotéticas restricciones a la competencia tienen lugar en ambos.

En efecto, por sentencia de 8 de octubre de 2002 el Tribunal de Primera Instancia (TPI) anuló la decisión de exención de la Comisión de 10 de mayo de 2000 en el «segundo» asunto *Eurovisión*. En su decisión, la Comisión había concedido una exención con arreglo al apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a las normas que, en el seno de la Unión Europea de Radiodifusión (UER), se aplicaban a:

a) La adquisición conjunta de derechos televisivos sobre acontecimientos deportivos.
b) El reparto de los derechos de emisión de programas deportivos adquiridos conjuntamente.
c) El intercambio de la señal para los acontecimientos deportivos.
d) El acceso contractual de terceras partes a los derechos de *Eurovisión* sobre acontecimientos deportivos (sistema de sublicencias).

La exención se basaba en el hecho de que el sistema *Eurovisión* permitía una mejor difusión de los acontecimientos deportivos por un mayor número de organismos de radiodifusión al garantizar una cobertura máxima de dichos acontecimientos. Además, la decisión destacaba que la UER contaba con una cartera relativamente pequeña de derechos que se había reducido considerablemente debido a la presión competitiva de los poderosos operadores privados. Sin embargo, aunque se reconocía que existía un riesgo de eliminar la competencia en el mercado de la adquisición de los derechos sobre los principales acontecimientos deportivos internacionales, que podría constituir un mercado separado por sí solo, la decisión descartaba este riesgo habida cuenta del sistema de sublicencias, que en teoría concedía a las terceras partes acceso a los derechos de *Eurovisión* adquiridos conjuntamente.

En su sentencia el TPI examinó en primer lugar la estructura de los mercados en cuestión y las restricciones de la competencia derivadas de las normas de *Eurovisión*. Admitió la opinión de la Comisión de que no es necesario definir con precisión los mercados de referencia siempre que el examen de la Comisión de las condiciones para obtener una exención con arreglo al apartado 3 del art. 81 del Tratado CE se base en la definición más restringida posible del mercado de determinados acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos.

Según el TPI, el sistema *Eurovisión* da lugar a dos tipos de restricciones de la competencia:

1. En primer lugar, la adquisición conjunta y el reparto de derechos de televisión sobre acontecimientos deportivos y el intercambio de la señal restringe o incluso elimina la competencia entre los miembros de la UER que son competidores tanto en el mercado anterior como en el posterior.

2. En segundo lugar, el sistema produce un efecto de exclusión frente a terceras partes; dado que los derechos sobre deportes se suelen vender con carácter exclusivo, se niega el acceso a estos derechos a quienes no son miembros de la UER.

Por lo que se refiere a la adquisición conjunta de derechos sobre acontecimientos deportivos, el TPI afirmó que ésta no constituye, de por sí, una restricción de la competencia pero que el ejercicio de estos derechos en un determinado contexto jurídico y económico puede, sin embargo, dar lugar a semejante restricción. El TPI llegó a la conclusión de que en el presente asunto existía esta restricción debido a la estructura del mercado, a la posición de mercado de la UER y al grado de integración vertical de la UER y de sus miembros.

A continuación, el TPI examinó si la exclusión de terceros resultante del sistema *Eurovisión* podría remediarse mediante el sistema de sublicencias con objeto de evitar el riesgo de eliminación de la competencia. El TPI consideró que aunque fuera necesario —por motivos relacionados con la exclusividad de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos y con la protección de su valor económico— que los miembros de la UER se reservasen para sí mismos las retransmisiones en directo de los programas adquiridos a través de *Eurovisión*, ninguno de estos motivos podía justificar que esta reserva se ampliase a todas las competiciones de un único e idéntico acontecimiento, incluso aunque los miembros de la UER no tuviesen intención de retransmitir todas estas competiciones en directo.

Por consiguiente, el TPI afirmó que tanto las normas como el funcionamiento del sistema no ofrecían a los competidores de los miembros de la UER la oportunidad de obtener sublicencias para la retransmisión en directo de derechos de *Eurovisión* no utilizados. Según el TPI, en realidad el sistema sólo permitía la retransmisión de rondas de acontecimientos deportivos en condiciones muy restrictivas.

En conclusión, el TPI falló que la Comisión había concluido erróneamente que el sistema de sublicencias compensaba las restricciones de la competencia de terceras partes incluso en el mercado de la adquisición de derechos de importantes acontecimientos deportivos internacionales.

Señalar, finalmente, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado[50] en fechas recientes dicha sentencia del TPI.

---

[50] Auto del TJCE, de 27 de septiembre de 2004, Asunto C-470/02 P: Recurso de casación interpuesto el 23 de diciembre de 2002 por la Unión Europea de Radiotelevisión (UER) contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2002, por la Sala Segunda ampliada del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en los asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00, promovidos por Métropole Télévision, S. A. (M6), Antena 3 de Televisión, S. A., Gestevisión Telecinco, S. A., y SIC-Sociedade Independente de Communicação, S. A., apoyadas por Deutsches SportFernsehen GmbH (DSF) y Reti Televisive Italiane Spa (RTI), contra la Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por la Unión Europea de Radiotelevisión (UER) y Radiotelevisión Española (RTVE); *DOCE* 2003/C 55/22.

C. Los acuerdos de explotación conjunta

Además de las dos situaciones planteadas hasta ahora, la de compra y venta conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, es necesario hacer referencia a una tercera, la de los supuestos en que: bien los derechos sean vendidos de forma individual por los clubes u organismos deportivos; o bien la adquisición se lleve a cabo en cierto régimen de competencia, en el que varios operadores compiten por ellos; o bien, finalmente, se llegue a un acuerdo posterior para su explotación conjunta, lo que volvería a originar los problemas de posibles prácticas restrictivas (Pérez Gómez, 1999).

Un ejemplo de ello lo constituye la creación de la cadena *Eurosport*, que ha sufrido varias modificaciones a lo largo de su historia, la última de las cuales fue notificada[51] a la Comisión el 18 de julio de 2002. Este acuerdo, adoptado por Télévision Francaise 1 (TF1), Eurosport, S. A. (la antigua Eurosport Sales Organisation, luego filial al 100 % de TF1) y Consortium Eurosport, tenía por objeto la explotación conjunta de la cadena Eurosport.

Por la complejidad de este tipo de acuerdos, y la multiplicidad de facetas y aspectos que reviste su configuración jurídica y su tratamiento *antitrust*, iremos analizando las diversas cuestiones relevantes sobre los mismos al hilo de un ejemplo concreto, de forma que se vea mejor la aplicación práctica de las ideas que se han propuesto al respecto. El caso elegido para ilustrar esta cuestión, bien conocido por nuestro legislador y autoridades antitrust, es el asunto *Audiovisual Sport*.

Caso 4: el asunto Audiovisual Sport

El supuesto que estamos analizando, la explotación conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, se ha dado en España en fechas recientes con la creación de la empresa *Audiovisual Sport*, formada en origen por las tres sociedades (Sogecable, al 40 %; Telefónica, al 40 %; y TV3 al 20 %) que tenían en nuestro país la totalidad de los derechos de retransmisión en exclusiva de la Liga y la Copa.

Este acuerdo fue notificado[52] el 18 de abril de 1997 a la Comisión, quien manifestó los lógicos reparos ante una situación en la que, debido a dicho acuerdo, se otorga a una empresa una fuerte posición de dominio y por tanto la posibilidad de abusar de la misma, con el perjuicio que eso supondría tanto para sus competidores como para los consumidores.

---

[51] *Vid.* la notificación del acuerdo, Asunto COMP/C2/38.464-*TF1/Eurosport, S. A./Consortium Eurosport*, *DOCE* C 218, de 14 de septiembre de 2002, p. 4.

[52] *Vid.* la notificación del acuerdo para la creación de una empresa en participación para la puesta en común y explotación de los derechos televisivos relativos a la Liga y a la Copa de fútbol en España, *Audiovisual Sport*, *DOCE* C 120, de 18 de abril de 1997, p. 5.

Dos años más tarde, el 30 de septiembre de 1999, se notificó [53] el acuerdo *Audiovisual Sport II*, que desarrolla y amplía el anterior, y por el que las partes decidieron extender el sistema de explotación de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos a través de Audiovisual Sport, S. L., hasta la temporada 2008-2009. Se acuerda igualmente ceder a Audiovisual Sport sus respectivos derechos de tanteo y retracto contemplados en sus actuales contratos con los clubes de fútbol españoles, así como los contratos que pudieran concluirse hasta la temporada 2008-2009.

Después de un análisis preliminar, la Comisión consideró que el acuerdo notificado podría suponer una infracción de las reglas de competencia comunitarias, ya que su objeto y efecto parecía ser la repartición de los mercados afectados entre Telefónica y Sogecable, así como la fijación de precios entre las partes. El precio, así como otras condiciones de explotación de los derechos de retransmisión, serían impuestos por Audiovisual Sport a los terceros operadores que obtengan una licencia para transmitir los partidos en pago por visión.

En especial, la Comisión consideró que existiría una importante restricción de la competencia en el mercado para la adquisición de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos. Las partes compartirían este mercado a través de un sistema de compra en común. Igualmente, la Comisión consideró que las partes establecerían un sistema de venta en común y de fijación de precios en el mercado descendente de la venta al por mayor de tales derechos, es decir, el mercado en el que las empresas que han obtenido los derechos de retransmisión de los clubes de fútbol conceden licencias a operadores en todas las modalidades de difusión (abierto, televisión de pago y pago por visión).

Tales restricciones acarrearían graves efectos para la competencia en el mercado descendente de la difusión de servicios de televisión de pago y pago por visión, en particular el cierre del mercado a los nuevos entrantes y la eliminación de competidores potenciales. Este hecho, que se ve agravado por la fuerte posición que ostentan las partes en todos los mercados afectados, tendría asimismo graves consecuencias para los consumidores, quienes podrían ver reducido el ámbito de cobertura de los derechos de retransmisión [54]. Además, el sistema de explotación de tales derechos conduciría a un aumento de los precios que los abonados deben satisfacer para ver los partidos en la modalidad de pago por visión.

---

[53] *Vid.* la nota de prensa, IP/00/372, Bruselas, 12 de abril de 2000.

[54] Acontecimientos recientes parecen indicar que no iba desencaminada la Comisión en sus apreciaciones. Pese al siempre relativo valor jurídico que hay que atribuir a los contenidos de la prensa diaria, no dejan de ser elocuentes de la situación competitiva que se vive en España en este mercado algunos titulares de noticias como la que ofrecía el diario *El Mundo* en su edición del 18 de febrero de 2005, p. 69: «Digital Plus ejerce su monopolio y deja a más de 12.000 bares sin fútbol», reseñando a continuación que los hosteleros «consideran que está abusando de su posición dominante en el mercado».

A raíz del Pliego de Cargos enviado por las autoridades comunitarias, las partes decidieron modificar el acuerdo, concediendo acceso a los derechos sobre fútbol a los nuevos operadores de televisión por cable y de televisión terrestre y digital en España, lo que motivo que la Comisión retirara la «amenaza» de multas contra Telefónica, Sogecable y TV3[55].

Como es bien conocido, en medio de este proceso tuvo lugar lo que se ha venido en llamar la «Fusión Digital», que supuso la integración de las dos plataformas de televisión digital vía satélite que funcionaban en España, y que fue notificada[56] a la Comisión el 3 de julio de 2002, y suponía un evidente reforzamiento de la posición dominante[57] en el mercado tanto de la televisión de pago (en general) como de la adquisición de derechos de explotación de partidos de fútbol (en particular).

Esta fusión fue autorizada por el Consejo de Ministros en noviembre de 2002, imponiendo unas condiciones pormenorizadas en un plan de actuaciones detallado y que, entre otras cosas: i) suprimían los derechos de tanteo y retracto que tenía AVS sobre los derechos de fútbol; ii) garantizaban el acceso de terceros a los derechos en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias; y iii) establecían que la entidad resultante de la fusión no tendrá el uso exclusivo de los nuevos derechos de difusión[58]. El acceso a los derechos sobre fútbol estaría sujeto a un mecanismo de arbitraje. Tras estas actuaciones la Comisión decidió cerrar su investigación[59] sobre *Audiovisual Sport*.

Quedan, por supuesto, pendientes algunos procedimientos ya incoados, y en un sector tan dinámico como éste y en el que se barajan cifras y contratos astronómicos, es de prever que tanto el TDC como los organismos de regulación sectorial —en este caso, básicamente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones— se sigan pronunciando en fechas próximas sobre los variados asuntos litigiosos[60] que actualmente se encuentran *sub iudice*.

Otro hito importante en esta historia tuvo lugar cuando la empresa Sogecable decidió poner en marcha un profundo proceso de reestructuración del grupo con el objetivo de reducir costes, lo que le llevó a disolver siete de las veinte filiales que lo componen[61]. Por la parte que nos interesa

---

[55] *Vid.* nota de prensa, IP/00/1352, Bruselas, 23 de noviembre de 2000.

[56] *Vid.* nota de prensa, IP/02/1216, Bruselas, 16 de agosto de 2002.

[57] En virtud de los acuerdos Telefónica vendió su participación a Sogecable, que pasaba a controlar el 80 % del capital social de Audiovisual Sport.

[58] Un ejemplo reciente nos lo proporciona el acuerdo al que Telefónica ha llegado con Sogecable (*vid. Expansión*, 11 de enero de 2005, p. 4) para que ésta le permita emitir los partidos de fútbol de la Liga y de la Copa del Rey a través de su servicio Imagenio de televisión de pago a través de ADSL.

[59] *Vid.* nota de prensa, IP/03/655, Bruselas, 8 de mayo de 2003.

[60] Así, según informaciones aparecidas en prensa, la CMT habría emitido un laudo el 11 de enero de 2005 por el que Sogecable debería modificar sus contratos con los operadores de cable Euskaltel, Teneria y Telecable, para la difusión en pago por visión de los partidos de fútbol producidos por Audiovisual Sport.

[61] *Vid.* «Sogecable reestructura el grupo con la disolución de un tercio de sus filiales», *Expansión*, 10 de febrero de 2005, p. 4.

aquí, Sogecable incorporó a la matriz las sociedades Sogecable Fútbol y Gestión de Derechos Audiovisuales y Deportivos, y los derechos de emisión de eventos deportivos (hasta entonces distribuidos entre varias sociedades) se traspasaron en su totalidad a Audiovisual Sport.

Finalmente, puede decirse que el último capítulo de la saga ha sido, en febrero de 2007, el informe[62] del TDC favorable a la adquisición por parte de *Sogecable* del control exclusivo de la sociedad *Audiovisual Sport*, y la posterior autorización[63] por el Consejo de Ministros, en marzo de este mismo año. De acuerdo con el TDC, los mercados relevantes en esta operación son: (i) la reventa de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de la Liga Española y la Copa del Rey; (ii) los mercados descendentes y verticalmente integrados de la televisión en abierto y de pago; y (iii) la explotación de las imágenes de partidos de fútbol en Internet[64] y otros medios (p. ej. UMTS).

Es previsible, según el TDC, que esta operación conducirá a una reducción del nivel de competencia efectiva en el mercado, resultado del reforzamiento de la posición de dominio de Sogecable en los tres mercados definidos como relevantes. En este sentido, la salida de TV3 de Audiovisual Sport y el cambio en la estructura de control llevarán a un cambio en los incentivos económicos de Sogecable, en cuanto a su facultad de impedir o dificultar el acceso a los contenidos a posibles competidores en el mercado de la televisión de pago. Algo parecido ocurrirá en el mercado de la explotación de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol en Internet y otras tecnologías, mercado en el que las compañías filiales de Sogecable también compiten.

Aprovecha el TDC su Informe para plantear la conveniencia de una reforma en el marco regulatorio en España, para introducir cambios en el actual sistema de explotación conjunta de estos derechos de retransmisión y limitar la duración de los contratos, en línea con la práctica de la Comisión Europea.

Por su parte, el Consejo de Ministros, recogiendo en su autorización las propuestas del TDC, impone un total de ocho condiciones a la operación, cuatro sustantivas y cuatro procedimentales[65], encaminadas todas ellas a

---

[62] Informe del TDC, de 26 de febrero de 2007, en el Expediente de Concentración Económica C 102/06, *Sogecable/AVS*, disponible en la web http://www.tdcompetencia.es/html/concentraciones/10206der.htm.

[63] *Vid.*, http://www.la-moncloa.es/consejodeministros/referencias/_2007/refc20070323.htm.

[64] *Vid.*, a este respecto, algunas quejas que han manifestado una treintena de equipos pequeños (agrupados en el colectivo G-30), sobre la explotación discriminatoria que hace Audiovisual Sport a favor de las filiales de Sogecable (a través del grupo Prisa) que operan en el mercado *on-line* de las imágenes de partidos de fútbol: «El fútbol "modesto" se enfrenta a Sogecable. La patronal que defiende los intereses de los veinte equipos de Segunda División y de seis de Primera denuncia que el propietario de los derechos audiovisuales explota de forma desventajosa para los clubes la venta de imágenes en Internet», diario *Expansión*, sábado 10 de marzo de 2007, p. 8.

[65] Las cuatro condiciones de carácter procedimental son las relativas a la obligatoriedad de recurrir al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos: la vigencia hasta la temporada 2008-2009

preservar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados de la televisión de pago. Las cuatro de carácter sustantivo son:

1. Sogecable, S. A., directamente o a través de las empresas de su grupo, deberá, respetando la legislación vigente, garantizar el acceso a terceros [66] en relación con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S. M. el Rey de fútbol que controle o gestione.
2. La cesión, comercialización y/o sublicencia, directa o indirecta, por Sogecable, S. A. o las empresas de su grupo a terceros de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S. M. el Rey de fútbol en cualquier modalidad de emisión audiovisual deberá hacerse en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.
3. Sogecable, S. A., y las empresas de su grupo deberán garantizar que las elecciones de partidos de fútbol de Liga y Copa de S. M. el Rey, así como sus horarios, que correspondan a la ventana de pago por visión, en el marco del sistema de elección de partidos que esté vigente, serán adoptadas mediante un mecanismo que acuerden Sogecable, S. A., y los terceros que emiten en la actualidad encuentros de fútbol de Liga y Copa de S. M. el Rey en pago por visión.
4. La duración de los nuevos contratos de Sogecable, S. A., o de las empresas de su grupo, de comercialización mayorista en cualquier modalidad de emisión audiovisual, en exclusiva o no, de derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S. M. el Rey de fútbol no podrá exceder de tres temporadas, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto.

Caso 5: la Resolución Liga Nacional de Fútbol

El Tribunal de Defensa de la Competencia condenó, en su Resolución de 10 de junio de 1993 (Expte. 319/92), a las televisiones autonómicas (agrupadas en la FORTA), a TVE y a Canal Plus por llegar a un acuerdo con la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) por medio del cual se impedía el acceso de Telecinco y Antena 3 TV a los derechos de retransmisión de la Liga de fútbol.

Una vez definido el mercado como el de los derechos de emisión por televisión del fútbol profesional (Fundamento Jurídico núm. 4, apartado 4.1.3), la posición de dominio de la LNFP queda suficientemente acreditada

---

del acuerdo del Consejo de Ministros; la posibilidad de su levantamiento en caso de modificación sustancial de las condiciones de mercado; y la presentación, por parte de Sogecable, de un detallado Plan de Actuaciones referente a las condiciones impuestas.

[66] En el mismo sentido, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* italiana ha sancionado acuerdos de explotación conjunta en dos ocasiones recientes: en una ocasión a las cadenas RAI y RTI por llegar a un acuerdo en 1996 para excluir a un tercer operador —Cecchi Gori— del reparto de los derechos de retransmisión exclusiva de la Liga y de la Copa de fútbol, y en otra, a la RAI, la RTI y al propio Gori por llegar a un acuerdo para repartirse los derechos de retransmisión exclusiva de la Copa de Italia.

(Fundamento Jurídico núm. 5) al comprobarse que la emisión de imágenes cedidas por ella tuvo un impacto en el año en que se instruyó el expediente que supuso algo más de la mitad del total de los programas de fútbol, y aproximadamente dos tercios del resto correspondieron a emisiones realizadas por TVE fuera de los contratos de la LNFP.

Las dos conductas restrictivas de la competencia que se imputan a la LNFP son un abuso de posición dominante, contrario al art. 6 LDC, y acuerdos colusorios con una serie de televisiones.

Respecto al abuso, éste consistió básicamente en cerrar el plazo de presentación de ofertas para la cesión de derechos de imagen de fútbol escasamente un mes antes de que el Consejo de Ministros resolviera la adjudicación de concesiones de tres cadenas de televisión privadas (Fundamento Jurídico núm. 7). Dicho comportamiento se refuerza abusivamente por una serie de circunstancias y comportamientos:

— Negar a los cesionarios la posibilidad de que, a su vez, puedan conceder licencias sobre los derechos —excepto a cadenas autonómicas o a TVE— lo que impide a las televisiones privadas todo acceso a imágenes de fútbol.
— Una duración inicial de los contratos de ocho años.
— Al término del contrato, las televisiones autonómicas podrán ejercer un derecho de tanteo y retracto.

Este conjunto de previsiones tiene como consecuencia el cierre del acceso a las imágenes de fútbol para las televisiones privadas no participantes en el pacto, así como para cualquier otro eventual operador en el mercado en el futuro, dejando reducida a prácticamente nula la capacidad de maniobra de los restantes operadores.

Respecto a las infracciones del art. 1 LDC, el Tribunal distingue (Fundamento Jurídico núm. 7) entre los diferentes contratos firmados por la LNFP:

— Con las televisiones autonómicas, el 6 de julio de 1990 (apartado 7.1).
— Con Canal Plus, el 6 de julio de 1990 (apartado 7.2).
— Con las televisiones autonómicas y Canal Plus, en la misma fecha de 6 de julio de 1990 (apartado 7.3).
— Un cuarto contrato, esta vez suscrito entre las televisiones autonómicas y TVE, el 5 de enero de 1991 (apartado 7.4).

En los cuatro casos entiende el TDC (Fundamento Jurídico núm. 7, *in fine*) que dichos acuerdos son constitutivos de una infracción del art. 1 de la LDC así como del art. 81 del Tratado CE. Los elementos en los que se basa para llegar a esta conclusión son, resumidamente:

— El alcance de los mismos (la práctica totalidad de las competiciones oficiales de carácter nacional, en exclusiva mundial).

— Su contenido (la mayoría de las formas de explotación televisiva, y no sólo las imágenes en directo sino también la confección y retransmisión de resúmenes).
— Su duración (ocho temporadas, prorrogables por el ejercicio de un derecho de tanteo, retracto y contratación preferente).
— La existencia de restricciones accesorias (básicamente, la prohibición taxativa de sublicenciar los derechos de emisión).

La Resolución del TDC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, pero el recurso fue desestimado por sentencia de 17 de julio de 1998[67], y este pronunciamiento ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de junio de 2003[68], desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento de la Audiencia Nacional.

En su fallo el Tribunal Supremo no hace sino confirmar íntegramente los razonamientos esgrimidos por el TDC para declarar la existencia de un ilícito concurrencial en el acuerdo al que llegaron la Liga Nacional de Fútbol Profesional, Canal Plus y Televisión Española, S. A., así como las diferentes cadenas de TV autonómicas también imputadas. Igualmente se confirma la existencia de una práctica de abuso de posición dominante, de la que igualmente se declara responsable a la LNFP, consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo de acceso a las imágenes para Antena 3TV y Telecinco.

En relación con la definición del mercado relevante hecha por el TDC —cuya impugnación constituye uno de los motivos del recurso de casación- afirma el TS (Fundamento Jurídico núm. 4, párrafo 2.º) que «*tanto el TDC como la Sala de la Audiencia Nacional han apreciado la insustituibilidad (es decir, la superioridad que despierta la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol de equipos nacionales en competición nacional respecto de los demás programas de televisión con otros contenidos distintos)*». El motivo, por tanto, es rechazado. Más adelante (Fundamento Jurídico núm. 8, párrafo 8.º) vuelve a señalar el TS que «*los consumidores en España consideran insustituible la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol de la Liga y Copa de Su Majestad el Rey y que no los consideran intercambiables por las retransmisiones de otros partidos de fútbol nacionales o internacionales susceptibles de ser retransmitidos por televisión*», recalcando así el criterio de «sustituibilidad» como criterio determinante en la definición del mercado relevante de producto.

En relación con el carácter pro competitivo del acuerdo —tal como se alegaba en otro de los motivos del recurso—, y por tanto merecedor de la

---

[67] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de julio de 1998, *Rec.* núm. 1624/1993.

[68] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 9 de junio de 2003, *Rec.* núm. 8463/1998, RJ 2003/6409.

exención prevista por el art. 81.3 del Tratado CE, a diferencia de las ya citadas [69] conclusiones de la Comisión en la Decisión *UER*, tanto la Audiencia Nacional (Fundamento Jurídico núm. 8) como el Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico núm. 10, párrafo 3.º), entienden que el acuerdo no satisface los requisitos del equivalente español a dicho precepto comunitario, el art. 1.3 LDC:

a) Que permita a los consumidores y usuarios participar de forma adecuada en sus ventajas, circunstancia que, en opinión de las dos salas de instancia, no resulta acreditada por los solicitantes de las autorizaciones, sin que quepa tener por tales ventajas la mejora en el confort y seguridad de los estadios de fútbol que pudiera lograrse por el aumento de ingresos de los clubes derivados de la celebración de estos contratos.

b) Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, habiéndose acreditado que los contratos celebrados recogen condiciones de plazo, contenido y condiciones que no son compatibles con la libre competencia, por lo que se han calificado como conductas prohibidas, cuya calificación impide la autorización singular.

c) Que no consientan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios, estando demostrado que la conducta concertada de todos los firmantes de los contratos tuvo como finalidad producir un cierre en el mercado televisivo para Telecinco y Antena 3 TV, por lo que no puede accederse a la autorización singular pues se estaría dando validez por la Administración a una conducta claramente lesiva para los intereses de la libre competencia.

5. LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD

La problemática que, desde el punto de vista de su tratamiento *antitrust*, plantean los acuerdos verticales en este sector, es el hecho de que habitualmente los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos se comercializan con una cláusula de exclusividad.

Como se ha señalado al definir este mercado, dicha exclusividad es en parte una necesidad [70] del producto del que estamos hablando, ya que su carácter efímero hace que la audiencia sólo esté interesada en él durante el tiempo que dura el evento, y además quiere tener una cierta continuidad en

---

[69] *Vid. supra*, en el epígrafe relativo a los acuerdos de compra conjunta, el análisis de la sentencia del TPI, *Eurovisión*, que anula dicha Decisión de la Comisión.

[70] Pese a esto, en la Resolución *LNF*, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia afirma [Fundamento Jurídico 1, párrafo *b)*] que «la exclusividad de los derechos de emisión por televisión cedidos por la LNFP *no es un elemento inherente* a la utilización de los derechos de imagen y, sin embargo, tampoco ha sido, en cuanto tal, objeto de cargo alguno en el expediente sancionador» (la cursiva es nuestra).

el suministro, en el sentido de poder acceder no sólo a un partido o evento concreto sino a todos los de una competición o Liga. Todo ello hace que la exclusividad sea una práctica habitual entre los grupos de comunicación o las cadenas de televisión que adquieren los derechos.

Por otro lado, y como es bien conocido, los acuerdos de exclusividad no son ilícitos por sí mismos sino que habrá que analizar cada uno en concreto y examinar su contenido y alcance[71]. Sobre todo, y éste es el *test* principal, hay que determinar hasta qué punto puede suponer una barrera de entrada y originar un cierre (*foreclosure*) de mercado que impida el acceso a nuevos operadores.

Una solución evidente, más razonable que algunas propuestas doctrinales (Harbord y SZYMANSKI, 2004) de sencillamente prohibir de forma radical la exclusividad en la comercialización de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, es la de obligar a su segmentación en varios paquetes, que permitan el acceso a los contenidos a más de un operador.

Se pueden señalar varios parámetros que deben tenerse en cuenta (PÉREZ GÓMEZ, 1999) a la hora de hacer esta valoración *antitrust*:

1. Los acuerdos tendrán un mayor potencial restrictivo de la competencia cuanto mayor sea su alcance (por ejemplo, si abarcan diferentes modalidades de difusión: en abierto, de pago, en directo y en diferido, etc.) y más amplio su contenido (incluir todos los eventos de una determinada competición). La propia Comisión (PONS, 1996) ha expresado que los acuerdos exclusivos para una temporada determinada, y de una competición determinada, no tienen por qué plantear objeciones desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Sin embargo, cuando se amplía el contenido y el alcance de dichos acuerdos existe el riesgo de cierre de mercado, especialmente en los casos en los que el adquirente de los derechos ya ostenta una posición dominante en el mercado descendente[72].

---

[71] Por ejemplo, un límite legal a esos acuerdos es el concepto, ampliamente arraigado en el acervo comunitario a pesar de su inherente indefinición, de «interés general». En efecto, la Unión Europea incorpora, en el nuevo art. 3.° de la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre «Televisión sin Fronteras», la obligación de que determinados programas deportivos de interés general se transmitan en abierto, para evitar que grandes grupos de ciudadanos con menor capacidad adquisitiva —y por tanto sin acceso a un canal de pago— queden privados de la posibilidad de visionar dichos eventos. Al margen de la discusión sobre si un partido de fútbol es una cuestión de «interés general» —más que otros acontecimientos o eventos de carácter social o cultural— creo que es importante recordar que el derecho de la competencia no es el instrumento adecuado para la consecución de fines que podríamos calificar como metaconcurrenciales (de carácter cultural, regulatorio, de desarrollo regional, etc.). Como ha confirmado el propio TPI en la sentencia *Eurovisión*, las normas de competencia deben ser neutrales en relación a las diferentes cadenas de televisión, sin dar preferencia a un tipo de emisión frente a otro.

[72] En la Decisión *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, de 27 de mayo de 1998 (*DOCE* L 53, de 27 de febrero de 1999, pp. 1 y ss.), la Comisión precisamente prohibió una operación encaminada a que un grupo de empresas adquiriera en exclusiva los derechos de retransmisión de competiciones futbolísticas por su presencia dominante en el mercado alemán de la televisión de pago.

2. El segundo aspecto a tener en cuenta es, naturalmente, la duración del acuerdo de exclusividad. Aunque es difícil precisar un horizonte temporal que delimite cuándo un acuerdo es restrictivo y cuándo no, parece clara la adquisición de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos en exclusiva por un periodo de larga duración puede restringir la competencia al permitir al operador adquirente cerrar el mercado a nuevos entrantes, al impedirles el acceso a estos derechos.

Por tanto, debe valorarse cada acuerdo individualmente y tener en cuenta las características propias de cada deporte en lo relativo a la periodicidad de los eventos (no es lo mismo un partido de Liga nacional de fútbol que un Gran Slam de Tenis profesional) y su frecuencia (carreras de Fórmula 1 frente a la celebración, cada cuatro años, de los Juegos Olímpicos).

Con independencia de la discusión sobre el carácter de «recurso esencial» de estos derechos (ARIÑO, 2004), sí es cierto que en el mercado de la televisión de pago constituyen cuando menos un activo estratégico, cuya tenencia puede en última instancia determinar la viabilidad de un operador[73].

3. Finalmente, y a modo de cajón de sastre, podríamos señalar una serie de «otras circunstancias» que habrán de tenerse en cuenta a la hora de valorar cuándo un acuerdo en exclusiva sobre derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos puede suponer una restricción injustificada de la competencia: derechos de tanteo concedidos al adquirente, sobre futuras ofertas; el hecho de que las partes asuman determinados compromisos para paliar el efecto anticompetitivo del acuerdo, como por ejemplo la concesión de derechos de acceso a terceros operadores.

6. CONCLUSIONES

De todo lo señalado con anterioridad, cabe finalmente extraer una serie de conclusiones que puedan orientar en el tratamiento antitrust de los diferentes modelos de explotación de los acontecimientos deportivos, especialmente los futbolísticos, y en particular en cuanto a los derechos de retransmisión televisiva que dichos eventos generan.

En primer lugar, hay que prestar una especial atención a las peculiaridades de esta industria o mercado, en el sentido que se ha descrito de la especial interdependencia que existe entre los clubes para lograr la «unidad de producción» final, y las exigencias de «solidaridad financiera» entre clubes si se quiere que el mercado siga en marcha.

---

[73] En EE.UU. no faltan quienes abogan por la aplicación de la doctrina de las *essential facilities* en este ámbito (ROSS, 2000). En relación a un estadio de fútbol americano, la sentencia *Hecht v. Pro-Football, Inc.* (570 F. 2d 982, 992, núm. 36, D. C. Cir. 1977) afirmó que el uso del estadio RFK era esencial para permitir a un equipo competir con el equipo de Washington de la National Football League.

En segundo lugar, tampoco puede desconocerse la naturaleza específica de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, las lagunas existentes en cuanto a su protección legal y los problemas derivados de la tan confusa titularidad jurídica de los mismos.

En tercer lugar, y en lo que a definición de mercado relevante se refiere, es preciso atenerse a las pautas que las autoridades comunitarias de competencia han ido estableciendo en sus pronunciamientos, y distinguir —con las herramientas clásicas empleadas a tal efecto— entre los mercados superiores de adquisición de los derechos y los inferiores de explotación de los mismos, delimitando cuantos mercados y submercados específicos sean necesarios para acotar las peculiaridades de cada competición. Como ha quedado dicho, y para el caso del fútbol, las singularidades de la audiencia, la escasa sustituibilidad y las especificidades de cada campeonato aconsejar definir mercados bastante estrechos.

En cuarto lugar, y dado que se demuestra que la práctica habitual de llegar a acuerdos de compra, venta o explotación conjunta de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos es, en determinadas ocasiones y bajo determinados requisitos, beneficiosa para la competencia, para los clubes y para los consumidores, habrá que estar también a las indicaciones que las autoridades de competencia han ido estableciendo en sus pronunciamientos para evitar que los efectos restrictivos de dichos acuerdos superen a los efectos potencialmente beneficiosos.

En este sentido, y siguiendo las recomendaciones que nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia hace en la Resolución LNF, citada en varias ocasiones a lo largo de este estudio, pueden señalarse una serie de requisitos que han de cumplir los contratos de cesión de derechos de emisión de fútbol en exclusiva para que resulten favorables para los consumidores y para la industria de la televisión y no sean restrictivos de la competencia en el mercado:

— La posibilidad para todos los operadores actuales o potenciales de competir lealmente por su adquisición.
— La distribución o segmentación en diversos bloques.
— Que la duración de los contratos sea razonable en relación con las necesidades de programación y amortización de las inversiones.
— La ausencia de pactos que concedan derechos de contratación preferente para otros derechos.
— La ausencia de pactos que concedan derechos de prórroga en el tiempo de los contratos.
— La garantía, por algún medio, del acceso a un mínimo de imágenes de fútbol para todos los operadores que lo deseen.

En quinto y último lugar, si algo ha caracterizado el curso reciente de estas dos esferas de la actividad tanto jurídica como económica en que se han convertido los acontecimientos deportivos y su retransmisión por entidades de radiodifusión, es la absoluta incapacidad de los expertos, agentes

del mercado, operadores y autoridades regulatorias y *antitrust* de predecir cuál iba a ser dicha evolución.

Por ello, y ante la incertidumbre de cuál será el futuro de este sector, ligado por otra parte a un fenómeno que en la actualidad está atravesando un profundo proceso de transformación, el de la Televisión Digital, se impone una actitud de cautela a la hora de abordar procesos de reforma legislativa así como de afrontar enjuiciamientos *antitrust* de asuntos relacionados con los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREFF, W., y STAUDOHAR, P., «The Evolving European Model of Professional Sports Finance», *Journal of Sports Economics*, vol. 1, núm. 3, agosto de 2000, pp. 257-256.

ARIÑO, M., «Acceso y competencia en el mercado de la Televisión Digital de Pago», *Working Paper*, Instituto de Empresa, octubre de 2004.

BUCCIROSSI, P., y PEZZOLI, A., «Calcio, Diritti Televisivi e Concorrenza», *Concorrenza e Mercato*, 1996, núm. 4, pp. 553-57.

CAMERON, S., «Regulation of the broadcasting of sporting events», *Economic Affairs*, vol. 17 (3), 1997, pp. 37-41

CAVE, M., y CRANDALL, R., «Sports Rights and the Broadcasting Industry», *The Economic Journal*, 111 (2001), pp. F4-F26.

ECONOMIDES, N., y SALOP, S., «Competition and Integration among complements, and Network Market Structure», *The Journal of Industrial Economics*, 40 (1992), pp. 105-109.

HEUBECK, T., «The Collective Selling of Broadcasting Rights in Team Sports», *German Working Papers in Law and Economics*, núm. 13, vol. 2004.

FALCONI, S.; PALOMINO, F., y SAKOVICS, J., «Collective vs. Individual Sale of TV Rights in League Sports», *Working Paper*, 2003.

GAUSTAD, T., «The Economics of Sports Programming», *Nordicom Review*, 2000, vol. 21, núm. 2, pp. 101-113.

HARBORD, D.; HERNANDO, A., y VON GRAEVENITZ, G., «Market Definition in European Sports Broadcasting and Competition for Sports Broadcasting Rights», *Study for DGIV European Commission*, 20 de octubre de 1999.

HARBORD, D., y SZYMANSKI, S., «Football Trials», *European Competition Law Review*, febrero de 2004.

LE GRAND, J., y NEW, B., «Fair Game? Tackling monopoly in sports broadcasting», *Demos Working Paper*, enero de 1998.

LLOYD, L., y LISHIVHA, P., «Inquiry into Sports Broadcasting Rights», Independent Communications Authority of South Africa, *Discussion Paper*, 8 de agosto de 2002.

MC CALLUM, L., «EC Competition Law and Digital Pay TV», *Competition Policy NEWsletter*, núm. 1, febrero de 1999.

MASSAGUER, J., «Naturaleza, Protección y Titularidad de los Derechos Audiovisuales sobre eventos deportivos», *Actas de Derecho Industrial*, t. XVIII, 1997, pp. 283-300.

MONTI, M., *Relazione alla conferenza sullo sport organizzata dalla Commissione Europea*, Bruselas, abril de 2000.

ODRIOZOLA, M.; IRISARRY, B., y BARRANTES, B., «Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales», en *Tratado de Derecho de la Competencia*, Ed. Bosch, Madrid, 2005, pp. 288-298.

PÉREZ GÓMEZ, A., «Retransmisiones deportivas y Derecho comunitario de la Competencia», en AA. VV., *El régimen jurídico del Audiovisual*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 337-356.

PONS, J. F., «La politique de concurrence dans le domaine audiovisuel», *Competition Policy NEWsletter*, vol. 2, núm. 3, otoño-invierno 1996, pp. 3-10.

RUMPHORST, W., «Sports Broadcasting Rights and EC Competition Law», *European Broadcasting Union*, 25 de julio de 2001.

ROSS, S., «Antitrust Options to Redress Anticompetitive Restraints and Monopolistic Practices by Professional Sports Leagues», *Case Western Law Review*, vol. 52 (2001), pp. 133-171.

TONAZZI, A., «Competition policy and the commercialization of sport broadcasting rights: the decision of the Italian Competition Authority», *Int. J. of the Economics of Business*, vol. 10, núm. 1, 2003, pp. 17-34.

UNGERER, H., «Commercialising Sport. Understanding the TV Rights debate», EC Commission (COMP/C/2), Barcelona, 2 de octubre de 2003.

WACHTMEIESTER, A. M., «Broadcasting of Sports Events and Competition Law», *Competition Policy NEWsletter*, núm. 2, junio de 1998.

WEATHERILL, S., «0033149875354: Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup», *European Competition Law Review*, vol. 21 (6), junio de 2000, pp. 276 y ss.

SEGUNDA PARTE

COMENTARIO DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

¿SE COORDINAN (MÁS) LAS GRANDES DISTRIBUIDORAS DE CINE EN ESPAÑA? (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 10 DE MAYO DE 2006, EXPTE. 588/05, «DISTRIBUIDORES DE CINE»)

LUIS OREA
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

VÍCTOR FERNÁNDEZ-BLANCO
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

JUAN PRIETO
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos más característicos del mercado cinematográfico español es el gran peso que les corresponde a cinco distribuidoras ligadas a los grandes estudios (*majors*) de Hollywood: «Sony Pictures Releasing» de España, antes conocida como «Columbia Tristar Films» de España y participada en un 98 % por «Columbia Tristar Distributors Internacional»; «The Walt Disney Company Iberia/BuenaVista International Spain», filial de «The Walt Disney Company»; Hispano Foxfilm, participada íntegramente por «The Twentieth Century Fox International Corporation»; Warner Sogefilms, agrupación de interés económico constituida a partes iguales por Warner Home Vídeo Española y Sogecable; y «United International Pictures», participada íntegramente por «Paramount Pictures Internacional» y «Universal Studios Internacional». Desde los años noventa, y turnándose en la primera posición, estas cinco grandes compañías dominan el mercado recaudando siempre más de dos tercios de los ingresos por taquilla y distribuyendo los grandes éxitos internacionales y, en los últimos años, también los españoles.

Con fecha de 10 de mayo de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia español resolvió multar con 2,4 millones de euros a cada una de estas cinco grandes distribuidoras por conductas supuestamente prohi-

bidas por los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en abuso de posición dominante y realización de acuerdos colusorios. En efecto, como así se pone de manifiesto en el Expediente, «desde fechas [...] anteriores [...] al año 1998, las compañías distribuidoras imputadas han venido aplicando en sus contratos con los exhibidores unas condiciones comerciales muy similares para poder proyectar sus películas, haciéndolo siempre a través de una modalidad de alquiler temporal de las mismas y estableciendo condiciones idénticas o análogas en aspectos tan relevantes como sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias» (véase núm. 5 del apartado de Hechos Probados de esta Resolución). El Tribunal atribuyó esta similitud a una ausencia de competencia por parte de las distribuidoras que, además, se coordinan a la hora de elegir las fechas de estreno de sus películas.

Como es bien sabido, los acuerdos de colusión que tienen como objeto suprimir la competencia entre las empresas de un mercado determinado, constituyen una de las infracciones más graves de las normas de competencia. Por su naturaleza, siempre están prohibidos (prohibiciones «por su objeto» o *per se*). En el sector de la distribución de cine, la coordinación entre las «majors» tiene graves consecuencias no sólo para los exhibidores, cuya posición negociadora se debilita aún más, sino también para otros agentes económicos. En la medida en que los exhibidores se ven afectados negativamente por las condiciones comerciales negociadas con las distribuidoras, sus posibilidades de ofrecer mejores servicios o precios al cliente se ven claramente limitadas, al tiempo que pueden recortarse las alternativas de elección de los espectadores.

El objetivo de este trabajo es analizar la competencia en el mercado de la distribución de cine en España durante el periodo 2003-2004, a través del estudio de las decisiones realizadas por parte de las distribuidoras respecto a las fechas de estreno de sus películas. En concreto, y siguiendo los pasos propuestos por CORTS[1] en su trabajo dedicado a la industria del cine estadounidense, se analizarán los factores que explican la distancia temporal que separa el lanzamiento de dos películas cualesquiera que hayan sido estrenadas en una determinada época del año. Dicho estudio permitirá contrastar una serie de hipótesis relacionadas con el grado de competencia existente en este mercado y así complementar (corroborando o refutando) los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para multar a las cinco grandes distribuidoras de cine por prácticas restrictivas de la competencia.

El presente trabajo se estructura de la forma siguiente. En el apartado 2 se describe de forma sintética la situación del sector de la distribución de cine en España. A continuación, en el apartado 3 se resume la Resolución

[1] K. CORTS, «The Strategic Effects of Vertical Market Structure: Common Agency and Divisionalization in the U.S. Motion Picture Industry», *Journal of Economics and Management Strategy*, 10 (4), 2001, 509-528.

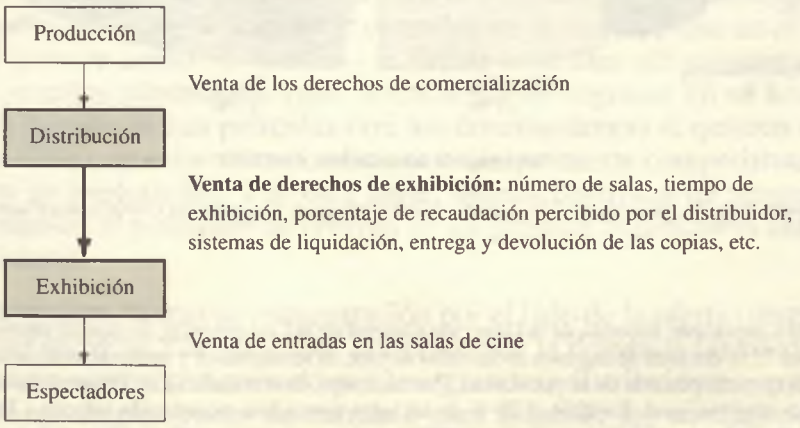
del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006. En el apartado 4 se justifica la elección de las fechas de estreno como variable representativa del comportamiento de las distribuidoras. Se estudia, asimismo, la capacidad de elección real que tienen las filiales españolas de las *majors* de Hollywood a la hora de elegir las fechas de estreno de las películas más taquilleras del año, evidencia que utilizó el Tribunal para demostrar la existencia de un reparto de mercado por parte de las grandes distribuidoras. En el apartado 5 se explica, de forma muy sencilla, el método utilizado para detectar la existencia de comportamientos colusorios en el sector de la distribución de cine en España. En el apartado 6 se describen los pasos seguidos para construir la muestra utilizada, la elección de las variables determinantes de las fechas de estreno y se presentan los principales resultados del análisis empírico. En el último apartado se destacan las conclusiones más relevantes.

2. EL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN DE CINE EN ESPAÑA

La industria cinematográfica está estructurada en los tres niveles que se ilustran en la figura 1. El primero es la producción de películas, cuyos derechos de comercialización son adquiridos por los distribuidores de cine. En la fase distribución, los distribuidores venden los derechos de exhibición de los filmes en salas de cine a los exhibidores. Finalmente, éstos son los que recaudan los ingresos de taquilla por la exhibición. Aunque dicha actividad representa la principal fuente de ingresos de los exhibidores, se suele complementar con la provisión de refrescos, golosinas, etc., y la emisión de publicidad en pantalla y en otros soportes publicitarios de las salas[2].

FIGURA 1

NIVELES DEL SECTOR CINEMATOGRÁFICO



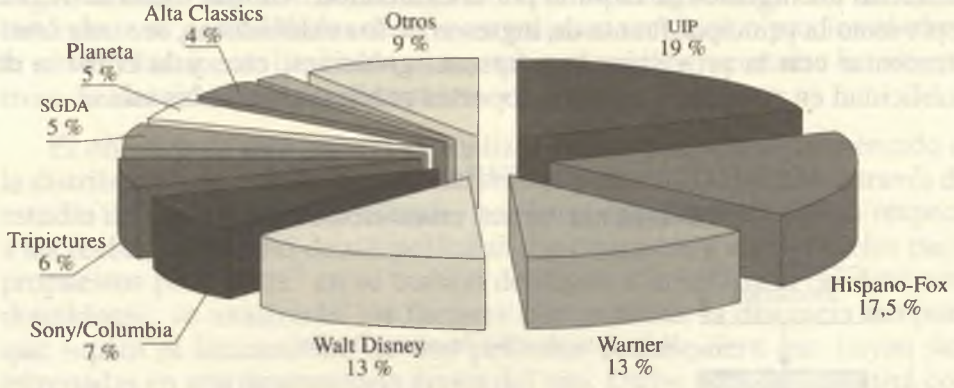
[2] Según consta en el «Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-04052 Bain Capital/Loews Cineplex Entertainment» y en el «Informe del Servicio de Defensa de la Competencia

Como se puede apreciar en la figura 2, el sector de la distribución de cine en España está dominado por las cinco grandes distribuidoras, filiales de los grandes estudios de Hollywood. Por ejemplo, en 2005 su cuota de mercado alcanzó el 69 %, que coincide con la cuota media de los últimos ocho años. A su lado nos encontramos con un amplio grupo de otras distribuidoras, en su mayoría exclusivamente españolas, pero que en ningún caso alcanzan una cuota superior al 10 %.

El mercado de los derechos de exhibición en España se caracteriza, como se puede apreciar en la figura 3, por la asimetría existente entre los exhibidores (en muchos casos con una dimensión principalmente local) y los grandes distribuidores que, al estar integrados con las distribuidoras estadounidenses propietarias de las películas más populares, explotan comercialmente éstas en el ámbito nacional y mundial. Así, como señala el propio Tribunal, «esta asimetría provoca que mientras una productora, a través su distribuidora filial española, puede prescindir de un determinado exhibidor o exhibidores a la hora de comercializar sus películas en España, este mismo exhibidor o exhibidores difícilmente podrán mantenerse en el mercado sin contar con las películas de las distribuidoras imputadas» [3].

FIGURA 2

EL LADO DE LA OFERTA DE LA DISTRIBUCIÓN DE CINE: LOS DISTRIBUIDORES



Porcentaje de recaudación. Año 2005

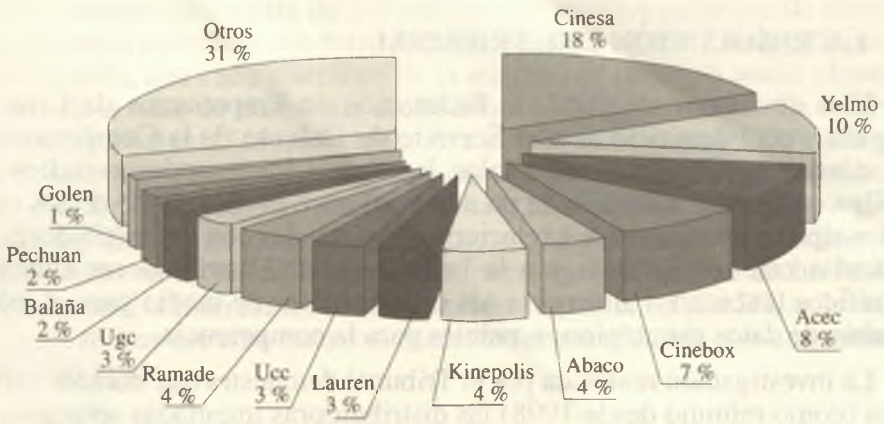
Fuente: Datos del Ministerio de Cultura citados en el Expediente de Concentración C98/06 Abaco/Cinebox.

N-06014 Cinesa/AMC España» de la Dirección General de la Competencia, la taquilla representa alrededor del 73 % del total de ingresos de las salas de cine, la restauración y venta de alimentos un 20 %, y el 7 % restante procede de la publicidad. Por otra parte, la rentabilidad de las salas de cine es, sin embargo, muy desigual. En 2004 el 70 % de las salas tienen una recaudación inferior a los 180.303 euros. Sólo 115 salas (2,5 %) superan los 600.000 euros, pero suman el 13 % del total de ingresos [ver INSTITUTO DE LA CINEMATOGRAFÍA Y LAS ARTES AUDIOVISUALES (ICAA), *Boletín Informativo 2004*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2005].

[3] Ver apartado 8.° de los Fundamentos Jurídicos de la Resolución, p. 20.

FIGURA 3

EL LADO DE LA DEMANDA DE LA DISTRIBUCIÓN DE CINE: LOS EXHIBIDORES



Porcentaje de recaudación. Año 2005

Fuente: Datos del Ministerio de Cultura citados en el Expediente de Concentración C98/06 Abaco/Cinebox.

Los elementos esenciales de la negociación en la compra de los derechos de exhibición son el porcentaje de ingresos sobre recaudación en taquilla que pagan los exhibidores a las distribuidoras, el número de pantallas en las que se proyecta el filme y el tiempo de exhibición. Asimismo se negocia los sistemas de liquidación, entrega y devolución de copias o la publicidad de las películas. Como resultado de la mencionada asimetría entre distribuidores y exhibidores, en la práctica gran parte de estos parámetros, como por ejemplo las fechas y lugares de proyección, pueden ser impuestos por los distribuidores. Únicamente los exhibidores importantes como Cinesa, Yelmo, Acec o Cinebox tienen capacidad para negociar el suministro de películas. Por el contrario, el resto de exhibidores se ven obligados a constituir centrales de compra (lo que en el mercado se conoce como «circuitos») o firmar contratos de programación con los grandes exhibidores (que se encargan de negociar en su nombre la programación de sus películas con los distribuidores) si quieren tener acceso a filmes de estreno en condiciones mínimamente competitivas que permitan su explotación. Por otra parte, dichos contratos de programación aumentan el potencial de presión de los grandes exhibidores ante las distribuidoras.

En definitiva, la mayor concentración por el lado de la oferta (distribuidores) con respecto a la que existe por el lado de la demanda (exhibidores) configura un mercado dominado por los (grandes) distribuidores, que disfrutan de un amplio poder de mercado para imponer las condiciones de estreno de sus películas en cuanto a las fechas y lugares de proyección, precio, tiempo de exhibición, etc. El escaso poder de mercado que históricamente han tenido los exhibidores constituye, sin duda, una razón más que

ayuda a explorar la crisis que, en los últimos años, han experimentado los pequeños exhibidores localizados en los centros urbanos[4].

3. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

El 6 de febrero de 2003, la Federación de Empresarios de Cine de España (FECE) denunció ante el Servicio de Defensa de la Competencia a las cinco distribuidoras españolas ligadas a los grandes estudios de Hollywood por la adopción de un acuerdo sobre el clausulado de los contratos-tipo empleados en sus relaciones comerciales con los exhibidores de películas cinematográficas y a la Federación de Distribuidores Cinematográficos (FEDICINE), al servir a los distribuidores de medio para el intercambio de datos estratégicos sensibles para la competencia.

La investigación realizada por el Tribunal demuestra que durante varios años (como mínimo desde 1998) las distribuidoras imputadas aplicaron en sus contratos con los exhibidores condiciones idénticas o análogas en aspectos tan relevantes como sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias. Destaca en este sentido el hecho de que «aunque no existe una limitación legal o reglamentaria sobre el máximo porcentaje aplicable, durante el año 2002 todas las imputadas aplicaron el 60 % de la recaudación de la primera semana a todas sus películas más comerciales»[5].

La fijación de precios y condiciones comerciales prácticamente idénticas por parte de las grandes distribuidoras no es más, según el Tribunal, que el reflejo de un acuerdo entre dichas empresas para eliminar los aspectos más sensibles de la competencia entre los principales operadores del sector de la distribución en España en sus relaciones comerciales con los exhibidores cinematográficos. El Tribunal atribuyó esta similitud a que las distribuidoras coordinaban, además, sus fechas de estreno. De este modo, diseñaron un reparto temporal del segmento de mercado correspondiente a los grandes estrenos con el objeto de evitar la competencia entre sus filmes de más éxito. Si las distribuidoras compitieran entre sí, la posibilidad de coincidencia de dos grandes estrenos en un mismo día las llevaría a negociar precios más bajos con los exhibidores para lograr las salas de mayor aforo. Sin embargo, esta reducción difícilmente se puede producir si se coordinan con sus competidores, alternando y/o separando los estrenos de sus películas.

---

[4] Así, un dato representativo de dicho proceso es la reducción del número de monosalas que pasó de 700 en el año 2000 a 450 en el año 2005 (ver *La exhibición cinematográfica en España y sus expectativas de futuro*, FECE).

[5] Ver apartado 5.º de los Fundamentos Jurídicos de la Resolución, p. 8. De acuerdo con la investigación del Tribunal, estos porcentajes disminuyen por tramos de cinco puntos porcentuales en las sucesivas semanas de exhibición, siguiendo un procedimiento similar al de otros países, según consta en H. VOGEL, *Entertainment Industry Economics*, 6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Por todo ello, el Tribunal declaró culpables a las cinco grandes distribuidoras de cine por uniformar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica, e impuso una multa de 2,4 millones de euros a cada una de ellas. La mencionada coordinación entre distribuidores se vio facilitada gracias a la información que cada miembro de la asociación FEDICINE podía obtener a partir de la base de datos que dicha asociación puso en marcha en 1999. Esta base contenía información sobre el número de copias de cada película, salas donde eran exhibidas, recaudación diaria, código de ofertas y número de espectadores diarios por sala. Asimismo, cada distribuidora aportaba datos sobre sus estrenos futuros, al menos en el próximo año, incluyendo su fecha de lanzamiento prevista. Puesto que dicha base de datos permitía intercambiar información sensible, en particular la relativa a las fechas estreno, FEDICINE también fue sancionada con una multa de 900.000 euros.

4. FECHAS DE ESTRENO Y AUTONOMÍA DE LAS DISTRIBUIDORAS

La fecha de estreno no es sólo una variable clave desde el punto de vista de la competencia, sino también para los resultados de las propias distribuidoras ya que la explotación óptima de una película depende crucialmente de su momento de lanzamiento. Y ello por dos motivos: para evitar la competencia con sustitutivos cercanos y para encontrar periodos de demanda alta[6]. En el primer caso, porque la recaudación semanal de una película se va reduciendo exponencialmente según van pasando las semanas de exhibición de modo que, en las tres primeras, puede obtener hasta el 70 u 80 % de su recaudación total[7]; y porque el comportamiento en el primer fin de semana es clave para la vida comercial posterior del filme, incluso en otras ventanas de exhibición distintas de la gran pantalla[8]. En definitiva, la coincidencia en las fechas de estreno puede tener drásticas consecuencias sobre los ingresos por taquilla de un filme. En segundo lugar, la demanda de cine es altamente variable a lo largo del año (con grandes picos en vacaciones, por ejemplo), por lo que

---

[6] Ver A. DE VANY y D. WALLS, «The Market for Motion Pictures: Rank, Revenues and Survival», *Economic Inquiry*, XXXV (4), 783-797, 1997.

[7] Ver R. KRIDER y C. WEINBERG, «Competitive Dynamics and the Introduction of New Products: The Motion Pictures Timing Game», *Journal of Marketing Research*, vol. 35 (1), 1-15, 1998; y C. WEINBERG, «Profits out of the Picture: Research Issues and Revenue Sources Beyond the North American Box Office», en C. MOUL, *A Concise Handbook of Movie Industry Economics*, Cambridge University Press, New York, 2005.

[8] Ver A. DE VANY y D. WALLS (2002), «Big Budgets, Big Openings and Legs: Analysis of the Blockbuster Strategies», en A. DE VANY, *Hollywood Economics. How Extreme Uncertainty Shapes the Film Industry*, Routledge, New York, 2004; y A. DE VANY y D. WALLS (2003), «Quality Evaluations and the Breakdown of Statistical Herdingin the Dynamics of Box Office Revenue», en A. DE VANY, *Hollywood Economics. How Extreme Uncertainty Shapes the Film Industry*, Routledge, New York, 2004.

los grandes estrenos suelen concentrarse en los periodos de mayor demanda[9].

Por todo ello, para las distribuidoras de cine, la elección de la fecha de estreno de una película se convierte en una variable especialmente relevante para maximizar los ingresos por recaudación. Así lo han reconocido las distribuidoras imputadas en la Resolución del Tribunal. Por ejemplo, Fox señaló ante el Servicio que procuran no estrenar en la misma fecha películas similares y UIP afirmó que la competencia entre las distribuidoras se centra especialmente en la obtención de las mejores salas y en las fechas de estreno para sus productos. Resulta, por tanto, relevante conocer cuáles son los factores que determinan esta elección.

En este sentido, en el presente trabajo se tratará de contrastar si las características de las películas en cuanto a su género, presencia de actores o directores famosos, nacionalidad, premios obtenidos, etc., condicionan significativamente la elección de su estreno. Si esto es así en general, se podrá afirmar que las distribuidoras de cine, individual o colectivamente, han manejado la fecha de estreno para maximizar los ingresos de recaudación de sus películas. Por otra parte, analizando la influencia que determinadas características tienen sobre la distancia temporal que separa el estreno de dos películas cualesquiera se puede explorar el grado en que ambas «compiten» entre sí. En concreto, se tratará de contrastar si, como apunta Fox en el Expediente, «un criterio para elegir la fecha de estreno es que no se estrenen películas similares»; y también si la nacionalidad de los filmes es un factor estadísticamente significativo a la hora de elegir las fechas de estreno.

Sin embargo, las hipótesis más interesantes desde el punto de vista de la competencia son aquellas que proporcionan evidencia adicional que corrobore o refute los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para multar a las cinco grandes distribuidoras de cine por repartirse el mercado coordinando las fechas de estreno de sus películas. Si bien es legítimo (y viable) que una distribuidora «intente espaciar sus estrenos para minimizar la posibilidad de que una película robe ingresos a otra perteneciente a un mismo distribuidor»[10], no lo es cuando se coordina con el resto, o parte, de distribuidoras competidoras. Dicha coordinación exige disponer de información sobre la programación de estrenos de los rivales, un requisito que, como se señala en la Resolución del Tribunal, satisfacía la base de datos que FEDICINE ponía a disposición de sus asociados[11].

---

[9] Ver C. MOUL y S. SHUGAN, «Theatrical Release and the Launching of Motion Pictures», en C. MOUL, *A Concise Handbook of Movie Industry Economics*, Cambridge University Press, New York, 2005; H. VOGEL, *Entertainment Industry Economics*, 6th Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005; y L. EINAV, «Seasonality in th U.S. Motion Picture Industry», *RAND Journal of Economics* (en prensa).

[10] Ver C. MOUL y S. SHUGAN, *op. cit.*, p. 84.

[11] Aunque tal información estaba disponible para todas, únicamente las cinco grandes distribuidoras fueron sancionadas por la realización de acuerdos colusorios frente a los exhibidores. Como se verá más adelante, nuestro trabajo intenta contrastar si las cinco grandes también pueden haber extraí-

Para demostrar la existencia de un reparto del mercado, el Tribunal se apoyó en la observación de que, en 2002, las fechas de estreno correspondientes a las veinticinco películas con mayor recaudación sólo coincidieron en dos ocasiones. Este hecho parece indicar que hubo coordinación. Pero ¿entre quién? ¿Son las distribuidoras *españolas* las que han concertado sus estrategias de estreno *en España* o dichas decisiones vienen condicionadas por estrategias de estreno diseñadas a escala supranacional?

Como en el resto de los mercados cinematográficos importantes, en España los grandes éxitos de taquilla corresponden, en su mayoría a unas pocas grandes superproducciones de las *majors* [12]. Estos filmes, generalmente de alto presupuesto, explotan costosas campañas de promoción, con importantes inversiones en publicidad, marketing, merchandising, giras, etc., diseñadas a nivel supranacional por las grandes distribuidoras matrices estadounidenses [13]. Estas campañas, que en muchas ocasiones suponen un lanzamiento a nivel mundial, condicionan notablemente el estreno de las películas y dejan muy poco margen de maniobra a las distribuidoras filiales para elegir las fechas de estreno en sus propios países.

Una forma de analizar el grado de discrecionalidad que disfruta una distribuidora española es comparando las fechas de estreno de una determinada película en España y otro país cualquiera. Así, por ejemplo, la figura 4 recoge los días de separación entre la fecha de estreno en España y en el Reino Unido para un conjunto de 100 películas extranjeras correspondientes a los años 2003 y 2004. Esta figura muestra que los filmes de mayor recaudación (y normalmente mayor presupuesto) se estrenan prácticamente el mismo día; por el contrario, las fechas de estreno parecen variar notablemente entre ambos países en el caso de las películas de menor recaudación. Al mismo resultado se llega comparando las fechas de los estrenos de España y otros grandes mercados cinematográficos europeos como son Francia, Alemania o Italia. Se confirma entonces que nuestras distribuidoras tienen menor capacidad para elegir la fecha de estreno en el caso de las películas con mayor recaudación, en su mayoría asociadas a campañas de lanzamiento supranacionales.

---

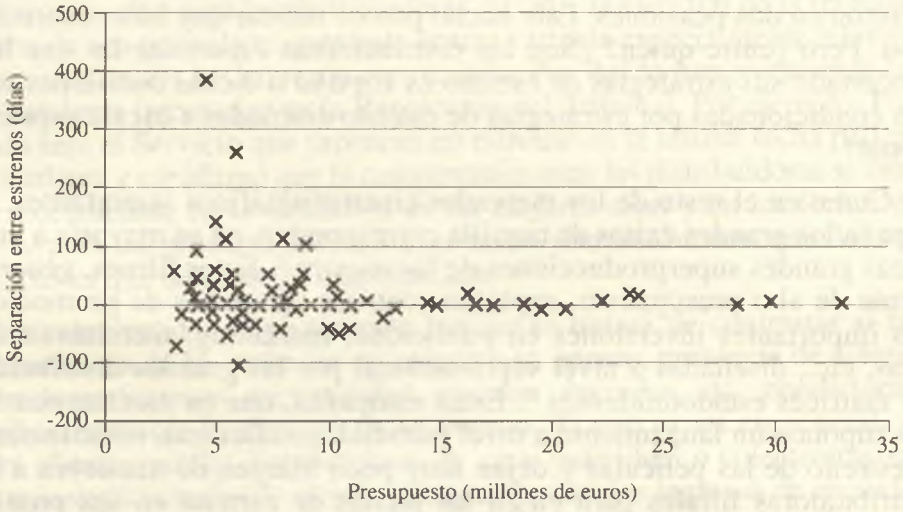
do ventaja limitando la capacidad de los competidores para alejar sus fechas de estreno y evitar solapamientos.

[12] Ver EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY, *Focus 2006. World Film Market Trends*, http://www.obs.coe.int/.; A. DE VANY y Da. WALLS, «Bose-Einstein Dynamics and Adaptative Contracting in the Motion Picture Industry», *Economic Journal*, 106, 1493-1514, 1996; y D. WALLS, «Modeling Movies Success when "Nobody Knows Anything": Conditional Stable-Distribution Analysis of Film Returns», *Journal of Cultural Economics*, 29 (3), 177-190, 2005.

[13] En 2005 el coste medio de una película de los grandes estudios de Hollywood se elevaba hasta los 96,2 millones de dólares, de los que un 37,6 % (36,2 millones de dólares) correspondía a gastos de promoción y marketing (European Audiovisual Observatory *Focus 2006. World Film Market Trends*). Mientras tanto, en 2004, el coste medio de una producción española alcanzaba los 2,66 millones de euros, de los que sólo un 13,5 % correspondieron a gastos de explotación, que incluyen copias y publicidad (ICAA, *Boletín Informativo, 2005*, Ministerio de Cultura, Madrid, 2006).

FIGURA 4

SEPARACIÓN ENTRE LOS ESTRENOS DE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO



Hay claros indicios de coordinación a la hora de elegir el estreno de los grandes éxitos, pero esta colusión no es atribuible a una decisión tomada por los responsables de las filiales españolas de las grandes distribuidoras, sino que cabría imputársela a las matrices norteamericanas. Parece entonces que, desde el punto de vista de la distribución, existen dos mercados distintos. En primer lugar, un mercado supranacional en el que participan los grandes éxitos internacionales y cuyas decisiones de gestión, incluido el estreno, se toman por distribuidoras que compiten a nivel europeo o mundial. En este mercado las filiales españolas no tienen capacidad de decisión, por lo que son las matrices norteamericanas las responsables de la conspiración. Aunque nuestras autoridades de defensa de la competencia pueden interesarse por sus efectos en España, e incluso sancionar a las filiales nacionales, parece oportuno que tal coordinación fuese examinada a nivel europeo, bien por los órganos comunitarios de defensa de la competencia bien por las autoridades correspondientes en otros países adoptando una resolución similar que la española[14]. En segundo lugar, las películas extranjeras de menor recaudación y las nacionales definen un segundo mercado en el que las distribuidoras españolas tienen mayor capacidad de decisión.

[14] Al aplicar en este caso la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, el TDC español considera que el comportamiento sancionado no afecta al comercio entre Estados miembros de la UE ya que en caso de afectarle deberían aplicar la normativa comunitaria y no la nacional. En el Tratado de la Comunidad Europea (arts. 81 y 82, párrafo 19) se entiende por comercio toda actividad transfronteriza incluido el establecimiento (Comunicación de la Comisión Europea 2003/C 1001/107). Como declara el Tribunal en la Resolución 588/05 (8.º fundamento jurídico), los efectos de la concertación dificultan el acceso al mercado a las demás distribuidoras. Si estos obstáculos alcanzan la posibilidad de establecimiento en España de otras distribuidoras europeas, podría entenderse que el mercado geográfico relevante para este tipo de películas sería comunitario. Agradecemos a Carlos CARRALERO haber llamado nuestra atención sobre este punto.

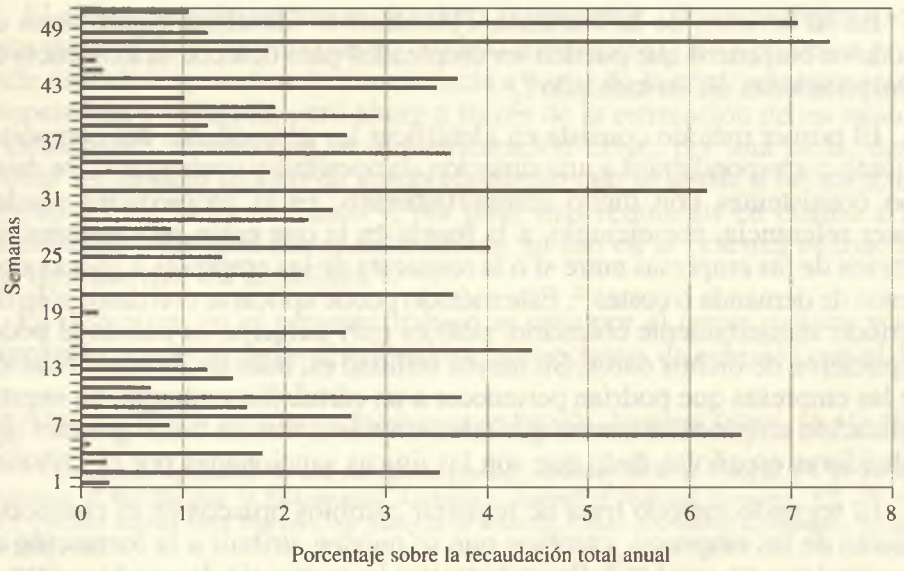
Es precisamente en este segmento del mercado donde de verdad las distribuidoras *españolas* pueden unilateralmente (esto es, con independencia de las decisiones de las matrices extranjeras) concertar sus estrategias de estreno *en España*. Por supuesto, en este caso los órganos competentes de control son, sin duda, los nacionales [15].

El Tribunal concluyó, utilizando información del año 2002, que las cinco grandes distribuidoras españolas habían coludido a la hora de elegir los estrenos de sus películas más taquilleras, llevando a cabo un reparto del mercado. Dicho reparto se puede apreciar también en la figura 5 que muestra la evolución semanal de la recaudación durante el año 2003 (en porcentaje) [16].

Como se puede apreciar, existen varias semanas (que coinciden normalmente con un gran estreno internacional) en las que se obtuvo un porcentaje muy elevado del total anual. Es preciso destacar que dichos «picos» están normalmente separados por periodos de tres o más semanas y en el medio la taquilla se reduce drásticamente. Hay claros indicios de una conducta connivente entre las grandes distribuidoras; pero, como ya se ha men-

FIGURA 5

RECAUDACIÓN SEMANAL. AÑO 2003



[15] En estos casos, el mercado geográfico relevante es nacional, como ya ha sostenido la Comisión Europea en varios casos (COMP/M.2050 Vivendi/CanL+/Seagram y COMP/M.1219 Seagram/Polygram), aduciendo razones vinculadas con el lenguaje común, similitud en las preferencias de los consumidores, campañas de marketing y de publicidad, etc.

[16] Para la elaboración de esta figura se asigna la recaudación total de una película a la semana que se estrenó y los porcentajes de recaudación se calculan respecto a la recaudación total de las películas incluidas dentro de nuestra muestra.

cionado, la separación observada en los grandes estrenos no es atribuible a un comportamiento coordinado en España, sino al menos a nivel europeo. Con el objeto de identificar la existencia de una actitud colusoria atribuible en exclusiva a las grandes distribuidoras españolas, es preciso realizar el estudio únicamente con las películas de menor recaudación, esto es, excluyendo las más taquilleras de cada año. Por consiguiente, en el modelo empírico que se estima en las secciones siguientes, los estrenos de los filmes más taquilleros en España se pueden considerar como variables exógenas (es decir, que están fuera de control) a la hora de examinar las decisiones de las distribuidoras españolas.

5. DETECCIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS ENTRE DISTRIBUIDORES DE CINE

Dado que las empresas que coordinan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, un acuerdo colusorio o un cártel puede ser muy difícil de detectar. Sin embargo, los resultados de estos acuerdos pueden «dejar pistas» que, una vez identificadas, cabe utilizar como evidencia de su existencia. Por tanto, un medio de descubrir cárteles consiste en analizar el comportamiento de las empresas del mercado y su evolución con el objeto de «rastrear las huellas» dejadas tras de sí por los conspiradores.

En su revisión de la literatura, HARRINGTON identifica cuatro tipos de modelos empíricos que pueden ser empleados para detectar la existencia de conspiraciones en un mercado [17].

El primer método consiste en identificar las propiedades del comportamiento correspondientes a una situación competitiva y contrastar si los datos son consistentes con dicho comportamiento. Estas propiedades pueden hacer referencia, por ejemplo, a la forma en la que están relacionados los precios de las empresas entre sí o la respuesta de las empresas a *shocks* exógenos de demanda o costes [18]. Este método puede aplicarse con datos sólo del periodo supuestamente colusorio, pero es muy exigente en cuanto al poder explicativo de dichos datos. Su mayor utilidad es, además, la identificación de las empresas que podrían pertenecer a un cártel. Sin embargo, en nuestra aplicación empírica se asume que tales empresas son las cinco grandes distribuidoras españolas dado que son las únicas sancionadas por el Tribunal.

El segundo método trata de registrar cambios bruscos en el comportamiento de las empresas, cambios que se pueden atribuir a la formación de un cártel o a su quiebra [19]. Para contrastar la existencia de cambios estruc-

---

[17] J. HARRINGTON, «Detecting Cartels», en P. BUCCIROSSI, ed., *Handbook in Antitrust Economics*, MIT Press, Massachussets, 2006.

[18] Una aplicación reciente de este método se encuentra en P. BAJARI y L. YE, «Deciding Between Competition and Collusion», *Review of Economics and Statistics*, 85 (4), 971-989, 2003.

[19] Una aplicación de este método en un caso de colusión en la venta de marisco congelado para un centro militar en Philadelphia se encuentra en el trabajo de L. M. FROEB, R. A. KOYAK y

turales en el comportamiento de las empresas es preciso disponer de información que identifique de manera precisa cuándo comenzó el cártel y/o cuándo dejó de operar. ¿Se puede comprobar un cambio estructural en el comportamiento de las distribuidoras? En nuestro caso dicho cambio de conducta pudo haberse producido cuando la base de datos interna que FEDICINE puso a disposición de sus asociados fue clausurada en 2004. Para aplicar este método son necesarias largas series de datos antes y después de la fecha clave y en nuestro caso no se puede disponer de los últimos por lo que, hoy por hoy, esta opción no es aplicable.

El tercer método persigue hallar diferencias entre el comportamiento de las empresas sospechosas de colusión y el de otras empresas del mismo mercado, supuestamente fuera del cártel [20]. Este método trata de responder a la siguiente pregunta: ¿difiere el comportamiento de las empresas sospechosas de coludir de otras empresas competitivas? Éste es el método en el que se apoya la detección de un comportamiento colusorio en el sector de la distribución de cine en España. Su ejecución consiste habitualmente en la estimación de una ecuación de precios en función de una serie de variables de costes y de demanda. Si se rechaza que los parámetros de dicha ecuación son iguales para ambos tipos de empresas, se concluye que el comportamiento de las empresas supuestamente colusivas difiere del de las empresas competitivas y, por tanto, están actuando conforme a algún tipo de acuerdo colusorio entre ellas.

El último método intenta responder a la pregunta: ¿se ajusta mejor a los datos un modelo colusorio que un modelo competitivo? Este proceder pretende descubrir episodios de connivencia a partir de la confrontación entre competencia y colusión, pero ahora a través de la estimación de un modelo estructura [21]. Puesto que su implementación exige, por una parte, desarrollar un modelo teórico de comportamiento que se ajuste a las características del mercado analizado y, por otra, más requisitos en cuanto a la información y las técnicas econométricas, su uso en la práctica es mucho más limitado que los anteriores [22].

En definitiva, en el presente trabajo se opta por el tercer método y se compara la conducta de las distribuidoras sospechosas de colusión con el de

---

G. J. WERDEN, «What Is the Effect of Bid-Rigging on Prices?», *Economic Letters*, 42, 419-423, 1993.

[20] Ejemplos de aplicación de este método se pueden encontrar en R. H. PORTER y J. D. ZONA, «Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions,» *Journal of Political Economy*, 101, 79-99, 1993; y «Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding,» *RAND Journal of Economics*, 30 (2), 263-288, 1999.

[21] Ejemplos de este método se pueden encontrar en G. ELLISON, «Theories of Cartel Stability and the Joint Executive Committee», *RAND Journal of Economics*, 25 (1), 37-57, 1994; L. H. BALDWIN, R. C. MARSHALL y J. F. RICHARD, «Bidder Collusion at Forest Service Timber Auctions» *Journal of Political Economy*, 105 (4), 657-699, 1997; y J. JAUMANDREU y J. LORENCES, «Modelling price competition across many markets (An application to the Spanish loans market)», *European Economic Review*, 46(1), 93-115, 2002.

[22] Por ello la detección de acuerdos colusorios en el sector de la distribución de cine en España a partir de la estimación de un modelo estructural queda, como es obvio, fuera del propósito del presente trabajo y constituye una futura extensión natural del mismo.

otras distribuidoras supuestamente competitivas. La primera decisión que hay que tomar es elegir quiénes conforman el grupo de comparación (*benchmark*) que, en nuestro caso, lógicamente estará constituido por las distribuidoras que no han sido sancionadas. Por lo tanto, el test de colusión consiste en detectar si el comportamiento de las distribuidoras sancionadas difiere del resto de las distribuidoras o, en otras palabras, ¿se han coordinado las distribuidoras denunciadas más que sus competidores?

Como ya se ha comentado, en este método se estima una ecuación de comportamiento que, habitualmente, es una ecuación de precios. En el caso de la distribución cinematográfica, ya hemos visto que la principal variable estratégica es la elección de las fechas de estreno, que se puede utilizar por tanto como representativa del comportamiento de las empresas en este sector. Pero lo que verdaderamente nos interesa es cuánto se separan las películas entre sí y por eso elegimos el enfoque de «ventanas» propuesto por CORTS en su estudio sobre la industria cinematográfica estadounidense y en el que la variable dependiente es la distancia temporal entre dos estrenos cualesquiera; por tanto, el trabajo empírico se centra en pares de películas.

6. MODELO ESTIMADO Y PRINCIPALES RESULTADOS

A. MUESTRA Y VARIABLES

Siguiendo la propuesta de CORTS, el primer paso es definir el conjunto de películas que se van a combinar. Una opción es emparejar todas las películas de la muestra o las estrenadas durante un año completo. Sin embargo, no todas las combinaciones posibles son igualmente interesantes. Puesto que la recaudación de una película se obtiene principalmente durante las tres primeras semanas, la reducción de asistentes que se generan mutuamente dos películas si se estrenan simultáneamente será mayor que cuando lo hacen con una semana de diferencia, y así sucesivamente. Por el contrario, cuando combinamos todas las películas de la muestra les otorgamos implícitamente la misma ponderación. Por ello, CORTS propone dividir el año en distintos subperiodos o «ventanas» y emparejar únicamente los filmes que pertenecen a la misma ventana.

Para construir las ventanas nos apoyaremos en las películas más taquilleras de cada año. Esto es, cada vez que se produce un gran estreno comienza una nueva ventana[23]. Hemos seleccionado este método por dos razones. Primera, la mayoría de las películas con mayor recaudación en

[23] Este método coincide con el primero de los dos propuestos por CORTS. El segundo se basa en seleccionar varias fechas clave (como el día de Navidad, el puente de la Constitución, la vuelta de vacaciones de verano, la entrega de los Oscar, el inicio de la Semana Santa, etc.) y construir una ventana de cinco semanas centrado en dichas fechas. La aplicación con los datos españoles del segundo método provoca una reducción muy significativa del número de observaciones, razón por la cual no se presenta en este trabajo.

España son extranjeras y, como se ha visto, se pueden considerar como variables exógenas en la toma de decisiones de las distribuidoras españolas. Segunda, si la recaudación decrece exponencialmente a lo largo de las semanas, los grandes estrenos probablemente se producen justo al comienzo de un periodo de alta demanda, y así las distribuidoras optimizan la recaudación. En resumen, de acuerdo con este criterio, el número de ventanas tiende a coincidir con el número de «picos» de la demanda de cine a lo largo del año.

Los datos relativos a los estrenos de las películas, así como a sus características (distribuidor, género, recaudación, etc.), se han obtenido a partir de la información oficial del Instituto de la Cinematografía y las Artes Audiovisuales (ICAA), perteneciente al Ministerio de Cultura. Las fechas exactas de estreno en España y en el resto de los países considerados las suministran *Cine por la Red* y *The Internet Movie Data Base* (www.imdb.com). Dentro de cada año nos hemos centrado en las 50 películas españolas y las 50 extranjeras de más éxito, todas ellas con una recaudación superior a 300.000 euros y estrenadas en más de 40 salas en el caso español, y más de 3 millones de euros y 85 salas en el extranjero[24]. La base de datos abarca los años 2003 y 2004. Sin embargo, se incluyen los estrenos realizados a finales de 2002 dado que aún tenían recaudación en el 2003. En el Cuadro 1 se relacionan las películas que se han utilizado para identificar las distintas ventanas. Como se puede apreciar, trabajamos con 16 ventanas, dos corresponden al año 2002 y siete a 2003 y 2004, respectivamente.

Combinando los filmes correspondientes a cada ventana se obtuvieron 1.765 pares posibles. A continuación, siguiendo a CORTS, se construyó la variable «días de diferencia entre dos estrenos» para recoger el comportamiento estratégico de las distribuidoras, así como las variables que captan ciertas características de las películas que también son estratégicas en la búsqueda de un éxito de taquilla[25]. Con este fin se crearon variables que identifican si ambas películas son del mismo género[26], si son españolas o

---

[24] A título informativo podemos señalar que, en 2004, había en España 4.390 pantallas en activo y la recaudación total fue de 124,6 millones de euros para las películas extranjeras y 19,3 para las españolas. Las películas incluidas en nuestra base de datos recogen más del 70 % de la recaudación en el caso de las películas extranjeras y casi el 100 % en el de las españolas en cada uno de los dos años.

[25] Ver J. PRAG y J. CASSAVANT, «An Empirical Study of the Determinants of Revenues and Marketing Expenditures in the Motion Picture Industry, Journal of Cultural Economics, 18 (3), 1994, 217-235; M. BAGELLA y L. BECHETTI, «The Determinants of Motion Picture Box Office Performance: Evidence from Movies Produced in Italy», *Journal of Cultural Economics,* 23 (4), 1999, 237-256; A. DE VANY y D. WALLS, «Uncertainty in the Movie Industry: Does Star Power Reduce the Terror of the Box Office?, *Journal of Cultural Economics,* 23 (4), 1999,285-318; S. A. RAVID, «Information, Blockbusters and Stars: A Study of the Film Industry», *Journal of Business,* 72 (4), 1999, 463-492,.

[26] Este variable fue construida agrupando las películas en 6 categorías de acuerdo con la clasificación por géneros ofrecida por el ICAA: Aventura/Acción/Bélica/Épica, Drama/Melodrama/Religiosa, Terror/Suspense/Thriller, Comedia/Comedia dramática/Tragicomedia, Ciencia-Ficción/Fantástica. Animación.

CUADRO 1

ESTRENOS QUE DELIMITAN LAS VENTANAS

Título	*Fecha de estreno*			*Recaudación (mill. de €)*
	d	*m*	*a*	
El señor de los anillos: las dos torres	0	2	002	29,76
Harry Potter y la cámara secreta	9	1	002	23,79
El señor de los anillos: el retorno del rey	7	2	003	32,93
La gran aventura de Mortadelo y Filemón			003	22,85
Buscando a Nemo	8	1	003	23,44
Piratas del Caribe: la maldición de la perla negra	4		003	22,24
Como Dios	7		003	17,31
Matrix reloaded	3		003	16,66
Días de fútbol	9		003	12,21
Shreck 2	0		004	28,20
Troya	4		004	20,53
Mar adentro			004	19,82
Los increíbles	9	1	004	19,48
El último samurai			004	18,68
Harry Potter y el prisionero de Azkabán	8		004	16,21
Spiderman 2	4		004	14,76

extranjeras, si actúan estrellas de cine nacionales o internacionales o si un actor/director ha ganado un Oscar/Goya. Uno de los principales objetivos de este estudio es descubrir comportamientos diferentes entre los distribuidores sancionados y el resto. Para ello se creó una variable que identifica cuándo las dos películas estrenadas en una determinada ventana pertenecen a las cinco distribuidoras imputadas. Por otro lado, si bien es legítimo que una distribuidora intente separar sus estrenos para que no compitan entre sí, no lo es cuando se coordina con el resto, o parte, de distribuidoras competidoras. Para controlar por este hecho se construyó una variable que identifica cuándo dos películas pertenecen a la misma distribuidora.

Como se ha comentado en el apartado 4, el estreno de las películas extranjeras más taquilleras puede estar condicionado por las campañas de

lanzamiento diseñadas a nivel supranacional que dejan a las distribuidoras nacionales sin capacidad de decisión. Sin embargo, sí es posible que disfruten de cierto margen de maniobra en aquellos filmes extranjeros que no responden a un lanzamiento internacional simultáneo. Para contrastar esta hipótesis se ha creado una variable que identifica cuándo las distribuidoras tienen un grado de discrecionalidad importante a la hora de decidir el estreno de un par de películas extranjeras[27]. Si las distribuidoras tienen poder de mercado y se coordinan cabe sospechar que en este tipo de películas también puedan relajar la competencia separando las fechas de estreno.

B. Modelo empírico y resultados

En el presente trabajo se modeliza la distancia temporal entre el estreno de dos películas como una función lineal de variables que recogen las características de las películas y de los distribuidores[28]. Los resultados obtenidos se resumen en las figuras 6 y 7 [29].

La figura 6 muestra la influencia que, en promedio, tienen las características de las películas sobre la separación temporal entre sus estrenos. La primera columna indica que la separación media entre el par de películas de referencia es de unos treinta días[30]. La segunda y tercer columna tratan de identificar diferencias de comportamiento relacionadas con la calidad y, más concretamente, con la reputación de los actores y/o directores españoles y extranjeros, respectivamente. La segunda columna alcanza prácticamente el mismo valor que la primera, luego no se detecta una conducta específica para las películas, en su mayoría españolas, que cuentan con una estrella nacional. La tercera columna, por el contrario, indica que las películas que tienen estrellas de cine internacionales o un actor/director premiado con un Oscar tienen un efecto significativo sobre las fechas de estre-

---

[27] El grado de discrecionalidad se ha definido en función de la distancia entre las fechas de estreno en España respecto a las del Reino Unido, Francia, Alemania e Italia. Cuando la distancia en los estrenos es superior a la media, dicho grado es alto y viceversa.

[28] De forma simplificada, el modelo estimado se puede expresar como sigue:

$$GAP_i = \alpha + \beta \cdot C_i + \gamma \cdot D_i + \delta \cdot (C_i \cdot D_i) + \varepsilon_i$$

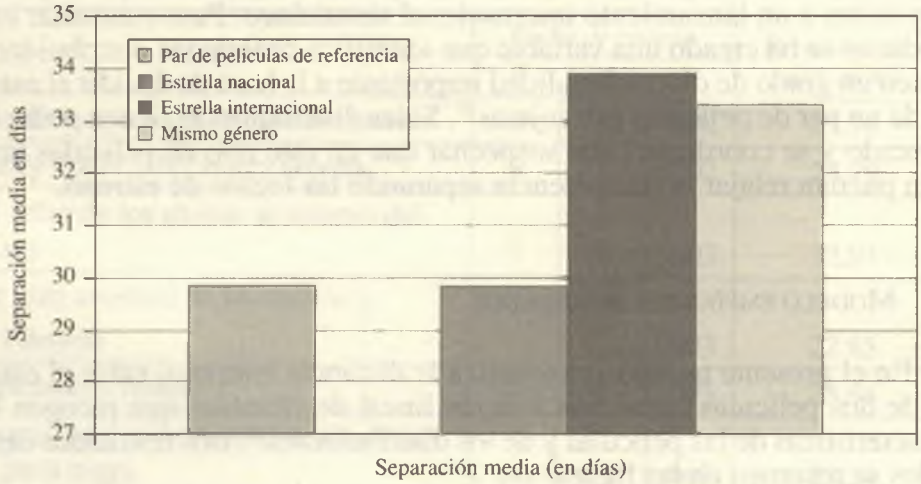
donde el subíndice *i* identifica a un par de películas, GAP_i denota la distancia temporal entre los estrenos, C_i es un vector de variables de características de las películas (género, estrellas de cine, nacionalidad, etc.), D_i es un vector de variables que distingue entre distribuidores sancionados por el Tribunal u otros distribuidores, y ε_i es un término aleatorio que recoge el efecto de todas las variables no controladas por el investigador.

[29] Con el objeto de evaluar la robustez de los resultados se estimaron diferentes especificaciones del modelo por Mínimos Cuadrados Ordinarios. En todos los casos se utiliza el método de White para obtener tests robustos en presencia de heteroscedasticidad y, para controlar la posible correlación de los errores debida a que una misma película se encuentra en más de una observación (o par de películas), se impone que los errores sean independientes *entre* ventanas, aunque pueden estar correlacionados *dentro* de cada una de ellas.

[30] El par de películas de referencia consiste en el estreno de una película española y una extranjera, ambas de distinto género y sin actores/directores de prestigio nacional e internacional.

FIGURA 6

SEPARACIÓN TEMPORAL Y CARACTERÍSTICAS DE LAS PELÍCULAS



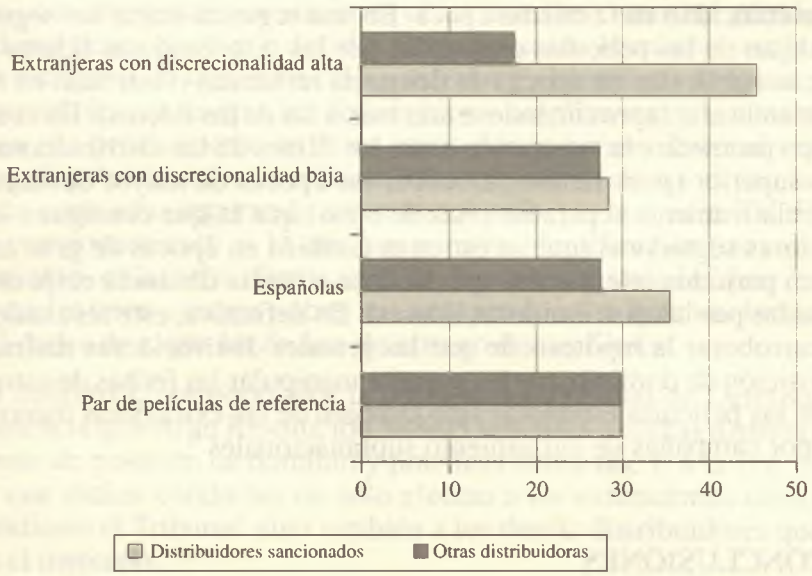
no que eligen las distribuidoras, que tratan de minimizar la competencia entre este tipo de películas alejando sus estrenos más que el resto[31]. La cuarta y última columna recoge el efecto ocasionado porque ambos largometrajes sean del mismo género. El valor que alcanza dicha columna confirma nuestra hipótesis de que la competencia entre filmes «similares» es más intensa, razón por la cual los distribuidores tienden a distanciar en promedio los estrenos de dichas películas unos cuatro días más que el resto.

La figura 7 tiene como objetivo analizar las diferencias de comportamiento entre las cinco grandes distribuidoras españolas, imputadas en la Resolución del Tribunal, y las demás. Como punto de partida se considera la distancia promedio entre las fechas de estreno de dos películas de distinta nacionalidad y género y sin actores o directores de prestigio, donde no se detectan diferencias en el comportamiento de las cinco grandes distribuidoras y el de sus competidores (ver fila inferior). Sin embargo, como se ha comentado, las distribuidoras pueden disfrutar de mayor discrecionalidad en las películas españolas y en las extranjeras de menor presupuesto. La segunda fila, dedicada a las películas españolas, indica que las cinco grandes distribuidoras separan sus estrenos más que las películas de la fila anterior y más que el resto de distribuidoras que, a su vez, las alejan menos que el promedio. Este resultado parece confirmar la hipótesis de que las grandes distribuidoras disfrutan de una posición de dominio que les permite

[31] Estos resultados se han obtenido utilizando como variables cualitativas la participación de actores o directores de prestigio. Estas variables tratan de capturar la calidad que a priori puede tener una película, dado que tener actores y/o directores de prestigio no implica necesariamente que el resultado sea una buena película. Utilizando datos relativos a los premios nacionales e internacionales cosechados por las películas, se construyeron un par de variables que trataban de contemplar su calidad a posteriori. Los resultados obtenidos con estas nuevas variables fueron prácticamente los mismos.

FIGURA 7

DIFERENCIAS DE COMPORTAMIENTO ENTRE DISTRIBUIDORAS



manipular, individual y colectivamente, las fechas de los largometrajes españoles, reduciendo las posibilidades que tiene el resto de distribuidoras de evitar solapamientos entre sus películas nacionales.

Las dos siguientes filas recogen las diferencias en el caso de pares de películas extranjeras. Como ya es sabido, las distribuidoras españolas tienen mayor capacidad para fijar el calendario de estreno en el caso de los filmes de menor presupuesto que cuando nos referimos a los grandes éxitos internacionales. Esta discrepancia se refleja claramente en nuestro gráfico. Cuando la discrecionalidad es baja, los resultados para ambos grupos de distribuidoras son muy similares a los obtenidos para el par de películas de referencia e incluso la separación entre los estrenos es ligeramente inferior. Este dato abunda en la hipótesis de que las fechas de estreno de las grandes películas extranjeras están condicionadas por campañas de lanzamiento diseñadas a nivel supranacional y, por lo tanto, el margen de maniobra de todas las distribuidoras españolas es escaso.

La mayor libertad en el caso del resto de películas extranjeras facilita, en teoría, la concertación de estrategias de estreno. Si las grandes distribuidoras tienen poder de mercado y se coordinan cabe esperar que también relajen la competencia separando estos estrenos. La cuarta fila consolida esta impresión pues es justamente en este tipo de filmes donde se encuentran las mayores diferencias entre las cinco grandes y el resto. En efecto, mientras que las primeras consiguen alejar significativamente sus películas extranjeras de menor recaudación, las demás distribuidoras las distancian incluso menos que los estrenos de dos películas españolas. Este resultado

tiene una fácil explicación si unas distribuidoras actúan como líderes y otras como seguidoras. Si las líderes eligen en primer lugar, escogerán los periodos del año con mayor demanda, distribuyendo sus estrenos de tal forma que no coincidan en la misma época. En una segunda etapa, las seguidoras o se alejan de las películas estrenadas por las distribuidoras líderes (colocando sus películas en épocas de demanda reducida) o estrenan en épocas de demanda alta (aproximándose aún más a las de las líderes). En cualquier caso, en promedio, la separación entre los filmes de las distribuidoras líderes es superior (pues tienden a ocupar las épocas de mayor demanda que están relativamente separadas unas de otras) que la que consiguen las distribuidoras seguidoras (que se estrenan también en épocas de gran asistencia o en periodos intermedios quedándose a media distancia respecto a las estrenadas por las distribuidoras líderes). En definitiva, este resultado vuelve a corroborar la hipótesis de que las grandes distribuidoras disfrutan de una posición de dominio que les permite manipular las fechas de estreno no sólo de las películas españolas sino también de las extranjeras menos limitadas por campañas de lanzamiento supranacionales [32].

7. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo es hallar evidencia empírica que avale, o en su caso refute, la decisión sancionadora impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a las cinco grandes distribuidoras cinematográficas en España, ligadas con las grandes multinacionales norteamericanas de la industria del cine. Para ello se ha comparado su comportamiento con el del resto de las distribuidoras respecto a una variable estratégica clave: las fechas de estreno de sus filmes.

Al igual que en los demás países desarrollados, la buena salud económica de una película pasa fundamentalmente por su buen comportamiento en taquilla en los primeros fines de semana, los filmes de verdadero éxito son bastante pocos y la demanda presenta un comportamiento asimétrico con importantes picos en torno a determinados momentos concretos. En estas condiciones, la fecha de estreno es una variable estratégica de primer orden para las distribuidoras.

No obstante, en este trabajo hemos comprobado que las grandes distribuidoras españolas no tienen la misma capacidad de decisión para todas las películas. En el caso de algunos de los grandes éxitos internacionales dicha facultad es prácticamente nula, pues responden a estrategias de estreno

[32] Todos los resultados anteriores, que refuerzan la idea de una mayor coordinación entre las grandes distribuidoras que entre (y con) otras distribuidoras, se han obtenido controlando por el hecho de que las distribuidoras pueden separar, legítimamente, sus propias películas para que no compitan entre sí. Cuando estrena dos películas propias, la distribuidora grande tiene un control absoluto y decide la distancia óptima, que resulta 4,5 días superior a la separación correspondiente al par de películas de referencia.

internacional, elaboradas desde los grandes estudios de Hollywood, que incluyen campañas de promoción supranacionales y un calendario de estrenos que, en muchas ocasiones, es simultáneo en varios países. Con estas condiciones impuestas por sus compañías matrices, nuestras grandes distribuidoras tienen poco que decidir. Pero no sucede lo mismo con las películas extranjeras de tamaño medio o inferior y el conjunto de los largometrajes españoles, en los que las distribuidoras amplían mucho su margen de decisión. Es precisamente en estos casos donde hemos detectado que las grandes distribuidoras se coordinan (más que sus rivales) y evitan la competencia entre ellas separando sus estrenos más que la media. Tal diferencia de comportamiento es lo que nos permite identificar un (mayor) comportamiento colusorio. Pero además hemos constatado que, con su conducta, extraen ventaja sobre sus competidores a quienes limitan sus posibilidades de alejar las fechas de estreno de sus filmes.

En definitiva, corroboramos la opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia que en su Resolución 588/05 sanciona a dichas distribuidoras por abuso de posición de dominio y prácticas colusivas. Y, a la vez, constatamos que dichas conductas no sólo afectan a los exhibidores, como puso de manifiesto el Tribunal, sino también a los demás distribuidores que operan en el mercado.

LA DOCTRINA *IN HOUSE PROVIDING* Y EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL CASO TRAGSA

Diego Castro-Villacañas Pérez *
Asesor del Gabinete de Presidencia
Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de defensa de la competencia no opera en solitario en el ordenamiento jurídico. A pesar de la brevedad de sus preceptos fundamentales y de su carácter horizontal (o precisamente por estas mismas razones) necesita de otras normativas y regulaciones para desplegar todos sus efectos. Entre las regulaciones de «apoyo» la normativa reguladora de la contratación pública ocupa un lugar singular. De alguna manera la legislación de contratación administrativa tiene el mismo objetivo que la normativa de defensa de la competencia: fomentar la libre concurrencia entre los operadores económicos del mercado con el propósito de lograr el mayor beneficio social mediante la adecuada asignación de bienes y recursos. Únicamente cambia el ámbito de aplicación: horizontal y general en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia, abarcando todos los sectores económicos, y limitado al importante segmento de los gastos de las Administraciones Públicas en obras, servicios, suministros, etc., en el ámbito de la normativa de contratación pública. Como ha recordado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en varias ocasiones: «el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros»[1].

El derecho de defensa de la competencia y la normativa de contratación pública se entrecruzan en varias ocasiones. Un caso paradigmático

---

* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

[1] Sentencia *Carbotermo* (asunto C-340/04), de 11 de mayo de 2005 (apartado 58). Véase también la sentencia *Stadt Halle* (asunto C-26/03), de 11 de enero de 2005 (apartado 44).

es el ejemplo del *bid rigging*, o concertación entre empresas participantes en procesos de licitación [2]. Los casos de *bid rigging* son un claro ejemplo de conductas colusorias. Los presentes comentarios pretenden reflexionar sobre otra interconexión entre la defensa de la competencia y la contratación administrativa: los llamados contratos domésticos o *in house providing*, exoneraciones a las obligaciones de licitación pública, que a veces pueden ocultar potenciales casos de abuso de posición de dominio.

La doctrina *in house providing* ha recibido un decidido impulso por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los últimos años, con el desarrollo de un interesante método de análisis que puede servir de referencia a las autoridades de defensa de la competencia de cara a evaluar determinadas conductas que se denuncian ante las mismas. Para España la importancia de esta jurisprudencia puede ser aún más significativa ya que afecta a uno de los casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha emitido un mayor número de resoluciones: los expedientes relativos a las denuncias contra la Empresa de Transformación Agraria, S. A., más conocida como TRAGSA.

2. LA DOCTRINA DEL *IN HOUSE PROVIDING* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CE

Desde 1999 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado una importante doctrina relativa a un aspecto fundamental de la regulación de la contratación pública: la delimitación entre los contratos sometidos a la obligación de licitación. Una de las más importantes exoneraciones a este deber se encuentra en la denominada excepción *in house providing*, que permite diferenciar la adjudicación de contratos a terceros (sometidos a licitación pública) y la ejecución de contratos por los servicios propios de una Administración, en lo que se denomina una operación interna o «operación *in house*».

En las conclusiones presentadas en el Asunto c-458/03 *Parking Brixem* [3] la abogada general J. KOKOTT diferenció entre operaciones *in house* en sentido estricto (procedimientos en los que un organismo de Derecho público adjudica un contrato público a uno de sus servicios sin personalidad jurídica propia) y operaciones *in house* en sentido amplio (situaciones en las que entidades adjudicadoras celebran contratos con sociedades controladas por ellas y que poseen personalidad jurídica propia). Para KOKOTT «mientras

---

[2] Algunos ejemplos de prácticas de *bid rigging* estudiadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentran en los expedientes 565/03, Materiales Radiactivos; r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias; R 614/04, Terapias Respiratorias Domiciliarias 2; 476/99, Agencias de Viajes; o 395/97, Vacunas antigripales; entre otros.

[3] Conclusiones de la abogado general Sra. Juliane KOKOTT presentadas el 1 de marzo de 2005, apartado 2.

que las operaciones *in house* en sentido estricto carecen de antemano de relevancia en materia de contratos públicos, dado que se trata de procedimientos administrativos puramente internos, las operaciones *in house* en sentido amplio (en parte, también denominadas operaciones *cuasi* internas) plantean por regla general la difícil cuestión de delimitación de si existe o no una obligación de licitación».

En una importante serie de sentencias (derivadas casi siempre de cuestiones prejudiciales presentadas por órganos jurisdiccionales nacionales) la Corte de Luxemburgo ha tratado de ir perfilando la aplicación conforme a los principios del Derecho comunitario de la excepción *in house providing* a las denominadas operaciones *in house* en sentido amplio o *cuasi* internas.

La sentencia que inauguró esta tendencia fue la dictada por el TJCE en el asunto *Teckal* en 1999[4], a la que siguió un nuevo pronunciamiento en 2000[5]. El año 2005 fue especialmente prolífico en la materia con cuatro sentencias[6], entre las que pueden destacarse las dictadas el 11 de enero de 2005 (asunto C-26-03; *Stand Halle*) y el 13 de octubre de 2005 (asunto C-458-03; *Parking Brixem*). Finalmente en el año 2006 vieron la luz dos nuevas sentencias: la sentencia *ANAV,* de 6 de abril (asunto C-410/04), y la sentencia *Carbotermo,* de 11 de mayo (asunto C-340/04).

En ocasiones el Tribunal de Justicia y sus abogados generales dividen esta serie de sentencias en dos grupos diferentes, según estudien la aplicabilidad del Derecho comunitario en los contratos públicos de servicios y de obras o, por otro lado, el otorgamiento de concesiones por las Administraciones públicas. Sin embargo, como puede comprobarse a continuación, ambas líneas jurisprudenciales comparten básicamente la misma doctrina.

La sentencia *Teckal* de 1999 analizó la aplicación de la excepción *in house providing* en el marco de la Directiva 93/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. A continuación, el Tribunal de Justicia extendió su interpretación a las Directivas 92/50, relativa a contratos públicos de servicios[7] (sentencia *Stadt Halle*[8]) y 93/37/CEE, relativa los contratos públicos de obras[9] (sentencia *Comisión/España*[10]) y, finalmente, también a procedimientos relati-

---

[4] Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (asunto C-107/98).

[5] Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *ARGE Gewässerschutz* (asunto C-94/99).

[6] Sentencia de 11 de enero de 2005, *Stand Halle* (asunto C-26-03); sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname* (asunto c-231/03); sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixem* (asunto 458-03); y sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Comisión/Austria* (asunto C-29/04).

[7] Directiva 92/50 del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (*DO* L 199, p. 54), actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2004/18.

[8] Apartados 48, 49 y 52. El apartado 40 de la sentencia ARGE contenía ya una insinuación en este mismo sentido.

[9] Directiva 93/37/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras

[10] Sentencia de 13 de enero de 2005, *Comisión/España* (asunto C-84/03), apartado 39.

vos a concesiones administrativas, no sujetos a las Directivas sobre contratación pública pero en los que la prohibición de discriminación y la obligación de transparencia pueden derivarse directamente de las libertades fundamentales [11].

No obstante la jurisprudencia comunitaria no se ha limitado a señalar la sujeción de las entidades adjudicadoras a las obligaciones comunitarias en el ámbito de aplicación de las Directivas de adjudicación de contratos públicos. También se ha pronunciado en varias ocasiones afirmando que dichas entidades adjudicadoras se encuentran sujetas a las obligaciones expuestas incluso fuera del ámbito de aplicación de las Directivas mencionadas, al tratarse de obligaciones que se infieren de las normas básicas del Tratado, en particular de las libertades básicas y de la prohibición de discriminación contenida en tales normas [12].

Tras examinar el ámbito de aplicación de la jurisprudencia reseñada (contratos públicos y concesiones administrativas, regulados por las Directivas comunitarias o no) resulta necesario adentrarse en su contenido. La premisa fundamental del Tribunal es la siguiente: la normativa en materia de contratos públicos sólo se aplica en cuanto se alcanza *un acuerdo entre dos personas distintas* [13], es decir, en cuanto existe un *contrato*; el Tribunal reconoce que los poderes públicos son libres para cumplir las funciones que les incumben en su integridad *con recursos propios,* de forma interna y sin recurrir a empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas. En tales casos no están sujetos a las obligaciones derivadas de la normativa en materia de contratos públicos [14] y del art. 86 CE.

Sin embargo, al presentar serias dificultades la aplicación práctica de esta delimitación entre operaciones internas y adjudicaciones externas, el TJCE en la sentencia *Teckal* decidió fundamentar su jurisprudencia en criterios sustantivos y no exclusivamente formales, exigiendo para considerar como operación interna beneficiada de la excepción *in house providing* en los casos de negocios jurídicos celebrados entre dos partes con personalidad jurídica propia dos requisitos cumulativos, denominados a partir de entonces como *criterios o requisitos Teckal:*

— El ente público adjudicador debe ejercer sobre su contraparte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios *(primer criterio Teckal).*
— La contraparte debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que poseen sus participaciones sociales *(segundo criterio Teckal).*

---

[11] Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixem* (asunto 458-03), apartados 46 a 49.

[12] Sentencia *Telaustria y Telefonadress* (apartado 60); sentencia de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki* (C-57/01, *Rec.* p. I-1091), apartado 69, y auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard* (C-59/00, *Rec.* p. I-9505), apartados 20 y 21.

[13] Sentencia *Teckal,* apartados 46 y 49.

[14] Sentencia *Stadt Halle;* asunto c-26/03 (apartado 48).

En la sentencia *Parking Brixen* [15], de 13 de octubre de 2005, el Tribunal de Luxemburgo recordó que, al tratarse de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos debían ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que realmente se daban las circunstancias excepcionales que justificaban la excepción a dichas normas incumbía siempre a quien quiera beneficiarse de ella (apartado 63; véase también la sentencia *Stadt Halle,* apartado 46).

El Tribunal de Justicia, tras advertir que el objetivo fundamental de las normativa comunitaria sobre contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, ha recordado que «los requisitos establecidos por la sentencia *Teckal* (...), conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, *tienen por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia*» [16] (cursiva propia).

La situación que intenta resolver el Tribunal a través de estas sentencias recuerda los esfuerzos de las autoridades de competencia para distinguir entre acuerdos genuinos de agencia y acuerdos no genuinos de agencia en la aplicación de la normativa sobre restricciones verticales de cara, por ejemplo, a determinar el estatus de un distribuidor respecto de su mayorista. Si el distribuidor es considerado un agente genuino la normativa de competencia no resulta aplicable al estar ausente el elemento de bilateralidad necesario para su consideración. Si, por el contrario, se considera al distribuidor empresario independiente la normativa respecto a las restricciones verticales resulta de plena aplicación. Las autoridades de competencia han llegado a la conclusión de que la consideración como agente o distribuidor independiente no depende de la definición presente en el contrato firmado por las partes sino de la realidad fáctica de sus relaciones comerciales, en concreto de sus riesgos comerciales, siendo necesario un análisis en profundidad de las mismos [17].

En la jurisprudencia sobre los contratos *domésticos* la situación es análoga: la consideración de un operador como medio propio o entidad externa a la organización para la que desarrolla su trabajo determina la aplicación de la normativa correspondiente (en este caso, el conjunto de Directivas sobre adjudicación de contratos). Con su análisis el Tribunal de Justicia pretende, como en el caso de los agentes y las restricciones verticales, «levantar el velo» de las definiciones legales (o contractuales según los casos) y atender la realidad fáctica escondida bajo los mismos.

---

[15] La sentencia *Parking Brixen* es una de las sentencias referidas a concesiones públicas, pero el TJCE aplica, como se ha visto, los mismos principios y doctrina a ambas instituciones.

[16] Sentencia *Carbotermo* (asunto C-340/04), de 11 de mayo de 2005 (apartados 58 y 59).

[17] Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión Europea, apartados 12-20 (*DOCE* 2000/C 291/01).

De los dos criterios Teckal comentados la jurisprudencia del Tribunal de Justicia analizó en primer término con mayor detalle el primero, que exige un control de la entidad adjudicadora sobre su contraparte similar al que ejerce sobre sus propios servicios para poder considerar el acuerdo como una operación interna. En la sentencia *Stadt Halle* de 2005 el TJCE precisó que cualquier participación de particulares, aun cuando sea una mera participación minoritaria, excluía *el ejercicio de un control análogo al ejercido sobre servicios propios*[18]. De esta forma el Tribunal de Justicia parecía querer establecer un criterio más estricto que el habitual en la normativa en materia de competencia: la posesión de una participación mayoritaria en el capital social y de la mayoría de los derechos de voto, el nombramiento de la mayoría de los miembros de los órganos de esta empresa permiten apreciar la existencia de un control en el sentido de las normas en materia de competencia[19] y convierten a la filial en una empresa pública en el sentido del art. 86 CE, apartado 1; pero no bastan todavía para aceptar la existencia de un control más amplio *análogo al ejercido sobre servicios propios.*

En la sentencia *Parking Brixen,* también de 2005, el TJCE fue aún más allá y recomendó un examen del control ejercido por la autoridad pública concedente sobre la entidad concesionaria atendiendo al conjunto de disposiciones legales y circunstancias que rodean cada caso. «Del referido examen ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes», afirmó la sentencia.

En el caso concreto sometido a la cuestión prejudicial en el Asunto *Parking Brixen,* el examen de las circunstancias que rodeaban al caso (la transformación de la concesionaria en una sociedad anónima y la naturaleza de este tipo de sociedad, la ampliación del objeto social, la apertura obligatoria de la sociedad a corto plazo a capital ajeno, la expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero, y los considerables poderes atribuidos al consejo de administración, sin que, en la práctica, el ente público territorial —en este caso municipio— ejerza ningún control sobre la gestión) llevaron al Tribunal a la conclusión de que «cuando una entidad concesionaria dispone de un margen de autonomía de las características descritas (...) no cabe entender que la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».

El segundo criterio Teckal, que exige que la entidad considerada «servicio técnico interno» realice la parte esencial de su actividad con el ente o

---

[18] Sentencia *Stadt Halle* (apartados 49 y 52).

[19] Apartados 13, 14, 18 y ss. de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

los entes que la controlan, ha sido objeto de menor atención en la jurisprudencia comunitaria comentada. No obstante en algunas de las últimas sentencias su discusión adquiere más relieve y particular importancia para la defensa de la competencia. En 2006 la sentencia *Carbotermo* [20] sirvió al Tribunal de Justicia para señalar la conexión directa entre los criterios Teckal y los objetivos de la política de competencia que ya se ha comentado y, en particular, respecto del segundo criterio Teckal. El requisito de que se realice la parte esencial de las actividades para el ente público que ejerce el control es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el mercado común, subrayó el Tribunal de Justicia en el apartado 59 y siguientes.

3. TRAGSA: ORIGEN Y ESTATUTO JURÍDICO

De acuerdo con su estatuto jurídico [21] (art. 88 de la Ley 66/1997 y Real Decreto 371/1999) la Empresa de Transformación Agraria, S. A. (en adelante TRAGSA) parece ser un ejemplo prototípico de uno de los «servicios técnicos» o medios internos dotados de personalidad jurídica a los que, en virtud de la doctrina *in house providing* expuesta, pueden encomendársele obras y servicios sin acudir a la licitación.

TRAGSA se constituyó en mayo de 1977, al amparo del Real Decreto 379/1977, de 21 de enero, que aprobó su constitución como empresa pública, con objeto de dotar de personalidad jurídica al parque de maquinaria del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), según se desprende de la exposición de motivos del propio Real Decreto 379/1977 [22].

Desde su inicio TRAGSA fue considerada como una empresa pública, sometida a las correspondientes previsiones para este tipo de entidades en la legislación vigente, pero no es hasta la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social cuando queda definida como «una sociedad estatal de las previstas en el art. 6.1.*a)* de la Ley General Presupuestaria» (art. 88). Es esta Ley de Medidas la que otorgó rango legal al régimen jurídico de TRAGSA, desarrollando su regulación con mayor detalle. Hasta entonces las modificaciones al Real Decreto 379/1977 (Reales Decretos 424/1984, de 8 de febrero, y 1422/1985, de 17 de julio) se habían limitado a ampliar su objeto social y a dar participación al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) en el capital social de TRAGSA.

---

[20] Sentencia *Carbotermo* (asunto C-340/04), de 11 de mayo de 2006 (apartados 58-63).

[21] El estatuto jurídico de TRAGSA y los problemas derivados del mismo han sido estudiados con gran detalle por C. A. SOUTO en su libro *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*. Barcelona, 2004. Ed. Atelier.

[22] C. A. SOUTO recuerda que, anteriormente, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de1973 ya había fijado la creación de una empresa de transformación agraria. *Op. cit.*, p. 21.

Además de definir a TRAGSA como sociedad estatal de las previstas en la Ley General Presupuestaria, el art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, corroboró la condición de la empresa pública como «medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración (...) obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa» (art. 88.Cuatro). También determinó que ni TRAGSA ni sus filiales podrían participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas para las que actúe como medio propio (art. 88. Cinco), mientras que la contratación de TRAGSA y sus filiales con terceros en materia de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios quedaba sometida a la normativa de contratación pública, siempre que se superasen determinadas cifras fijadas por la propia Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

Tras la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), completó el marco jurídico de la empresa.

De acuerdo con la información proporcionada por la página web de TRAGSA [23] el Estado ha mantenido una participación directa en el accionariado de la empresa a través del Patrimonio Nacional (20 %). Del 80 % restante fueron titulares el IRYDA, el ICONA, Parques Nacionales y el organismo autónomo Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA). Desde el 21 de febrero del 2003, por Acuerdo de Consejo de Ministros, se procedió a reestructurar el grupo de empresas participadas por el Estado, entre ellas TRAGSA, a través de la Dirección General del Patrimonio y del Grupo Societario de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Igualmente, se informa que han ido incorporando también al accionariado de la empresa cuatro Comunidades Autónomas: Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria y Navarra [24].

4. LOS EXPEDIENTES ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El estatuto jurídico de TRAGSA parece haber sido objeto de la atención constante de las autoridades nacionales de competencia si atendemos al número de expedientes que se encuentran en el listado de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia bajo el título de TRAGSA, enumera-

---

[23] http://www.tragsa.es/esp/presentacion.htm.

[24] Informaciones recientes aparecidas en los medios de comunicación parecen apuntar que actualmente son seis las Comunidades Autónomas que forman parte del accionariado de TRAGSA. A las cuatro mencionadas se han sumado La Rioja y Murcia (*El Economista*, 12 de marzo de 2007).

dos a continuación de acuerdo con la fecha de la resolución final del Tribunal:

— Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. r 148/96, TRAGSA).
— Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. r 255/97 TRAGSA 1).
— Resolución de 26 de enero de 1998 (Expte. R. 269/97. TRAGSA 4).
— Resolución de 28 de enero de 1998 (Expte. R 270/97 TRAGSA 5).
— Resolución de 5 de febrero de 1998 (Expte. R 272/97, TRAGSA 6).
— Resolución de 13 de marzo de 1998 (Expte. R 273/97 TRAGSA 7).
— Resolución de 30 de marzo de 1998 (Expte. R 267/97 TRAGSA 3).
— Resolución de 30 de abril de 1998 (Expte. R 266/97, TRAGSA 2).

Una lectura más atenta de estos expedientes permitirá comprobar que la atención de las autoridades de competencia quedó limitada a un intervalo de tiempo de apenas dos años, de 30 de abril de 1996 a 30 de abril de 1998, durante el cual se desarrollaron los expedientes administrativos (tres años en realidad, ya que la primera denuncia data de mayo de 1995).

Tan alto número de expedientes relativos a TRAGSA en tan breve intervalo de tiempo puede hacer pensar en una vertiginosa acumulación de denuncias contra la empresa pública. Un análisis más detallado demuestra que tal situación no existe, sin por ello minimizar la importancia de las denuncias recibidas por los órganos de competencia. En realidad los ochos expedientes derivan de cuatro denuncias, una de las cuales dio origen a dos resoluciones «de fondo» del TDC (TRAGSA y TRAGSA 2). Tres expedientes (TRAGSA 4, TRAGSA 5 y TRAGSA 6) no abordaron el fondo del asunto sino que se limitaron a desestimar los recursos presentados por la propia empresa pública contra la propuesta formulada por el Servicio de Defensa de la Competencia para que el Tribunal estudiase la posibilidad de elevar una proposición al Gobierno con vistas a la modificación del régimen legal de TRAGSA.

Los tres expediente restantes (TRAGSA 1, TRAGSA 7 y TRAGSA 3) corresponden a las restantes denuncias y también debaten sobre la cuestión planteada en las mismas.

A continuación se analiza brevemente el contenido y resultado de las cuatro denuncias presentadas.

A. La denuncia de la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas (1996)

La Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas fue el primer denunciante contra TRAGSA ante los órganos de defensa de la competencia y ocasionó tres de las ocho resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia al examinar el régimen jurídico de TRAGSA: curiosamente corresponden a esta denuncia tanto la primera Resolución del Tribunal, de 30 de abril de 1996 (Expte. r 148/96, TRAGSA) como la última,

que cierra el círculo dos años después, el 30 de abril de 1998 (Expte. R. 266/97 TRAGSA 2). Entre medias de las dos también se relaciona con la denuncia la Resolución de 5 de febrero de 1998 (Expte. R 272/97, TRAGSA 6), una de aquellas en las que el TDC desestimaba un recurso presentado por la propia TRAGSA.

La Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas denunció el Convenio suscrito el 12 de febrero de 1986 por la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA para la ejecución de obras de carácter agrario por TRAGSA, al sustraer dichas obras del régimen de licitación establecido con carácter general para la contratación de las Administraciones Públicas. El 9 de febrero de 1996 el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el archivo del expediente, tras llevar a cabo una información reservada. El Servicio consideró que la existencia de TRAGSA no era cuestionable ante los órganos de Defensa de la Competencia ya que el convenio impugnado se enmarcaba dentro del proceso de transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas y la normativa de contratación administrativa preveía la ejecución directa por la Administración implicada, debiendo entenderse que las obras ejecutadas por TRAGSA eran ejecutadas por la propia Administración autonómica.

El Tribunal, por su parte, en su Resolución de 30 de abril de 1996 (Expte. r 148/96, TRAGSA) estimó el recurso presentado por los denunciantes contra el acuerdo del Servicio e interesó al mismo a investigar más profundamente el asunto con vistas a una valoración adecuada del caso.

En julio de 1996, en cumplimiento de lo ordenado, el Servicio acordó la incoación del expediente. En su investigación llegó a la conclusión de que la distorsión de la competencia no derivaba de la actuación de TRAGSA sino de la existencia de un marco legal específico y sobreseyó el expediente. El Tribunal, en su Resolución de 30 de abril de 1998 (Expte. r 266/98, TRAGSA 2), coincidió con el razonamiento del Servicio y desestimó el nuevo recurso interpuesto por la Agrupación de Contratistas contra el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio al concluir que cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones públicas, incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa que configura su régimen legal, la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el art. 153 de la LCAP. En tales casos —volvía a añadir el Tribunal— es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal.

B. La denuncia de la Asociación Española de Compañías Aéreas (1997)

A pesar de ser la última denuncia presentada (2 de abril de 1997), la denuncia de la Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA) fue la

primera que consiguió un pronunciamiento definitivo del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el fondo del asunto. Fue también la única denuncia que no dio lugar a ninguna otra resolución, ya que TRAGSA no recurrió en esta ocasión ninguna iniciativa del Servicio.

AECA denunció ante el Servicio de Defensa de la Competencia la infracción de los arts. 1 y 6 de la LDC por adjudicación directa a TRAGSA de las labores de extinción de incendios por las Comunidades Autónomas. El Servicio acordó el archivo de la denuncia en julio de 1997 al considerar que TRAGSA actuaba con cobertura legal, su comportamiento no era autónomo y no gozaba de posición de dominio en el mercado de extinción de incendios.

Mediante su Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. r 255/97 TRAGSA 1) el Tribunal de Defensa de la Competencia confirmó el archivo de la denuncia y desestimó el recurso presentado frente al mismo. El Tribunal consideró que TRAGSA actuaba como servicio técnico de la Administración y los trabajos que ejecutaba quedaban, por tanto, situados al margen del mercado.

C. La denuncia de ASEMFO y ASERPYMA (1996)

EL 23 de febrero de 1996 la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPYMA) formularon ante el SDC una denuncia contra TRAGSA por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.

En octubre de 1997 el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente derivado de la denuncia de ASEMFO y ASERPYMA al estimar que TRAGSA actuaba como un medio propio de la Administración sometido a los principios de subordinación y jerarquía, por lo que su comportamiento no era autónomo y las obras que ejecutaba quedaban fuera de la competencia y del mercado. Por todo ello el Servicio estimó que TRAGSA no abusaba de ninguna posición de dominio. No obstante, propuso al Tribunal de Defensa de la Competencia la posible elevación de una propuesta razonada al Gobierno para la modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del estatuto jurídico de TRAGSA (art. 2 LDC).

La Resolución del Tribunal de 30 de marzo de 1998 (Expte. r 267/97 TRAGSA 3) desestimó el recurso presentado por ASEMFO y ASERPYMA contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1997, que sobreseyó el expediente incoado en virtud de su denuncia. El Tribunal, tras examinar detalladamente las

disposiciones que constituían el régimen jurídico de TRAGSA, desestimó el recurso al considerar que «cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones públicas, incluidas en el ámbito de aplicación de aquellas disposiciones, la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el art. 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal».

Como ya se ha advertido, anteriormente la Resolución de 26 de enero de 1998 (Expte. r 269/97; TRAGSA 4) desestimó el recurso presentados por TRAGSA contra la comentada propuesta del Servicio para que el Tribunal estudiase la posibilidad de elevar una proposición al Gobierno con vistas a la modificación del régimen legal de TRAGSA.

D. La denuncia de la Confederación Nacional de la Construcción (1996)

El 23 de mayo de 1996 la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) formuló denuncia contra TRAGSA por infracción de los art. 1 y 6 de la LDC consistentes en la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia contenidos en las Directivas CEE y en la normativa nacional de contratación pública, al proceder a la ejecución de obras sin seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. Según los denunciantes TRAGSA tendría una posición dominante en el sector que le permitiría imponer precios y condiciones no equitativas, al subcontratar la ejecución de las obras encomendadas.

El sobreseimiento acordado por el Servicio en octubre de 1997 insistió en que la posible distorsión de la competencia observada no se debía a la actuación de TRAGSA sino a la existencia de un marco legal específico.

En la Resolución de 13 de marzo de 1998, que puso fin al expediente R 273/97 (TRAGSA 7), el Tribunal desestimó también el recurso de la CNC contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio con idénticos argumentos que en las resoluciones que se han reseñado.

5. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES SOBRE TRAGSA: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

A. La revisión jurisdiccional de las resoluciones sobre TRAGSA

Examinada la práctica administrativa ante las denuncias contra el régimen jurídico de TRAGSA cabe analizar brevemente cuál ha sido su suerte ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pasados diez años desde la interposición de las primeras denuncias puede decirse que la mayoría de las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia han devenido firmes. Sólo una Resolución se encuentra todavía pendiente de ultimar su revisión jurisdiccional, como se verá en los últimos puntos de este estudio.

El devenir ante la jurisdicción contenciosa de las distintas resoluciones ha transcurrido de tres formas diferentes:

— Determinadas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no fueron objeto de recurso ante la Audiencia Nacional:

  Así las tres resoluciones (TRAGSA 4, TRAGSA 5 y TRAGSA 6), que desestimaron los recursos presentados por TRAGSA contra las propuestas del Servicio para que el Tribunal estudiase la posibilidad de elevar una proposición al Gobierno con vistas a la modificación del régimen legal de TRAGSA, no fueron nunca recurridas.

  Tampoco consta recurso contra la Resolución de 30 de diciembre de 1997 (TRAGSA 1), relativa a la denuncia de la Asociación Española de Compañías Aéreas.

— Otras resoluciones fueron objeto de recurso ante la Audiencia Nacional pero, posteriormente, se produjo desistimiento antes de que se dictase sentencia:

  Este es el caso de la primera Resolución sobre TRAGSA, de 30 de abril de 1996, en la que el Tribunal estimó el recurso presentado por la Asociación de Contratistas Aragoneses contra el archivo de su denuncia e instó al Servicio a proseguir su investigación, que fue recurrida por TRAGSA y la Diputación General de Aragón. Ambos recurrentes desistieron de su recurso en octubre de 1997 y abril de 1998, respectivamente.

  Por su parte la Confederación Nacional de la Construcción también recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución del Tribunal de 13 de marzo de 1998 (TRAGSA 7) que desestimó su recurso contra el acuerdo de sobreseimiento de su denuncia por el Servicio, pero también desistió de su recurso contencioso-administrativo en julio de 1998, quedando sin objeto el proceso.

— Por último, aparecen las resoluciones que fueron recurridas ante la Audiencia Nacional, se dictó sentencia, y se recurrió en casación ante el Tribunal Supremo.

Por una parte, la Agrupación de Contratistas Aragoneses recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución del Tribunal de 30 de abril de 1998 (TRAGSA 2) que desestimaba su recurso contra el sobreseimiento de su denuncia. A diferencia de los anteriores recurrentes la Agrupación no desistió de sus pretensiones, pero la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2000 desestimó su recurso. Presentado recurso de

casación ante el Tribunal Supremo, fue inadmitido por auto de 26 de febrero de 2004.

Finalmente la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) también recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución de 30 de marzo de 1998 del Tribunal de Defensa de la Competencia (TRAGSA 3) por la que desestimó el recurso interpuesto por ASERPYMA y ASEMFO contra el acuerdo del Servicio que sobreseyó el expediente derivado de su denuncia. La Audiencia Nacional (AN), en sentencia de 26 de septiembre de 2001, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASEMFO contra la resolución del Tribunal.

Frente a dicha sentencia desestimatoria ASEMFO interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo aduciendo la infracción del art. 6.3 de la LDC, de los arts. 81, 86 y 87 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), de los arts. 45 y 46 del Tratado, de la normativa comunitaria sobre contratación pública en su conjunto (integrada por distintas directivas), de varios preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), de varios artículos de la Constitución española (31, 38, 128 y 103) y, finalmente, de la jurisprudencia relativa al principio de primacía del Derecho comunitario.

B. La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo

Interpuesto el recurso de casación por ASEMFO, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante auto de 1 de abril de 2005, decidió presentar ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial (prevista en el art. 234 del Tratado) relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios de la Administración del Estado. El auto del Tribunal Supremo planteaba al TJCE tres cuestiones:

1. Una referida a la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el art. 86 del Tratado CE: el Tribunal Supremo se pregunta si es admisible en los términos del art. 86.1 del Tratado que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.
2. La segunda cuestión se refiere a la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con las Directivas comunitarias de contratación pública: la Sala de lo Contencioso del Supremo pregunta si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las

Directivas 93/36/CEE del Consejo[25] y 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993[26], y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997[27] y 2001/78/CE de la Comisión[28], de modificación de las anteriores —normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004[29].

3. Por último, el Tribunal Supremo pregunta al TJCE por el valor de la declaración de TRAGSA como medio propio de la Administración en la sentencia del 8 de mayo de 2003 del siguiente modo: «Si las afirmaciones de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante».

El Tribunal Supremo consideró que la resolución del recurso de casación obligaba a examinar si la Audiencia Nacional vulneraba por inaplicación los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Contratos de las AAPP al aplicar un precepto que podría resultar contrario al Derecho comunitario, esto es, el art. 88 de la Ley 66/1997, que regula el régimen jurídico de TRAGSA, configurando a esta empresa como un medio propio de la Administración para la ejecución de determinadas obras.

En su auto el Tribunal Supremo reconocía que este régimen jurídico respaldaría plenamente la respuesta de los órganos de defensa de la competencia y de la sentencia recurrida respecto a la regularidad de la actuación de TRAGSA, que no sería sino una actuación de la propia Administración al margen del sistema de libre competencia. Ésta no se vería afectada porque no habría un trato privilegiado a ninguna empresa, ya que TRAGSA, pese a su configuración como empresa pública con perso-

---

[25] De 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (*DO* L 199, p. 1).

[26] Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (*DO* L 199, p. 54).

[27] Por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente (*DO* L 328, p. 1).

[28] De 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos) (*DO* L 285, p. 1).

[29] Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DO* L 134, p. 114).

nalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia sino que se limita a ejecutar las obras que la Administración le ordena, sin capacidad para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación.

No obstante el Tribunal Supremo alegaba que mantenía dudas sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario, en particular por la doctrina general de aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones sobre contratación pública y libre competencia y también por las posibles alteraciones derivadas del mismo en el mercado de las obras públicas agrícolas.

La Sala del Tribunal Supremo consideraba también que el régimen legal atribuido a TRAGSA podía resultar contrario al régimen de Derecho comunitario sobre contratación pública refundido y actualizado en la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por las siguientes razones:

— La Directiva establece como principio general el sometimiento de la adjudicación de contratos por autoridades y organismos públicos a los principios del Tratado (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y los principios derivados de estas libertades: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. El Tribunal Supremo estimaba que el régimen legal de TRAGSA podía presentar problemas de compatibilidad con los citados principios.
— La ejecución de obras por la Administración a través de servicios propios no está condicionada a ningún otro requisito o circunstancia, como razones de urgencia o interés público. El Tribunal Supremo añadía que durante gran parte del periodo contemplado en la denuncia de 1996 (al menos hasta la entrada en vigor de la LCAP en 1995) TRAGSA tampoco tenía limitada su actuación por debajo de un umbral de precio y desde la entrada en vigor del texto de 2000, la LCAP sólo contempla límite para los casos en que la ejecución de las obras se verifique por sus servicios «con la colaboración de empresarios particulares».
— La posibilidad de que la Administración asuma por medio de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado relevante parece presentar igualmente problemas de compatibilidad con los principios generales de Derecho comunitario. El Tribunal Supremo citaba la advertencia realizada por el Servicio sobre la posible distorsión de la competencia que el régimen legal de TRAGSA pudiera estar originando en su ámbito de actuación.

Finalmente el Tribunal Supremo afirmaba no desconocer anteriores pronunciamientos de Tribunal de Justicia sobre la empresa TRAGSA, refiriéndose a la sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97) en la que el Tribunal de Luxemburgo reconocía la naturaleza de la empresa como ser-

vicio técnico de la Administración española: «*a tenor del art. 88, apartado 4, de la Ley núm. 66/97, de 30 de diciembre de 1997,* TRAGSA*, en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. Según los apartados 1 y 2 de dicho artículo,* TRAGSA *es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las Comunidades Autónomas mediante la adquisición de acciones. Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a* TRAGSA *los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación*»[30].

A pesar de esta clara afirmación el Tribunal Supremo albergaba dudas sobre la compatibilidad de esta sentencia con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, al tratarse de una sentencia dictada en un caso de aplicación de Reglamentos relativos a la organización común de mercado del aceite de oliva en el marco de la PAC y de las actividades del FEOGA, con un análisis de la materia de contratación pública es puntual y conciso.

6. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA *IN HOUSE PROVIDING* AL CASO *TRAGSA*

La cuestión prejudicial siguió su curso procesal habitual. Cabe destacar que, según informa su Memoria de 2005, el Tribunal de Defensa de la Competencia remitió informe al Ministerio de Asuntos Exteriores para su consideración de cara a la formulación de alegaciones ante el Tribunal de Justicia en el caso. En sus conclusiones de este informe, el Tribunal de Defensa de la Competencia «destacó que si bien la consideración por Ley de TRAGSA como servicio técnico y medio propio de la Administración había impedido sancionar directamente este estatuto jurídico, el régimen jurídico de TRAGSA y, en concreto, su consideración como servicio técnico y medio propio de la Administración no hubieran impedido la aplicación de las normas de competencia si se hubiera probado una actuación concreta de TRAGSA en la que hubiera existido infracción de las prohibiciones contenidas en la LDC o en los arts. 81 y 82 del Tratado, ni tampoco la impedirían en el futuro».

El día 15 de junio de 2006 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas celebró la vista sobre el caso.

El abogado general L. A. GEELHOED presentó su escrito de conclusiones sobre el asunto C-295/05 el día 28 de septiembre de 2006.

---

[30] Sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97), apartados 205 y 206.

Por último, en abril de 2007, el Tribunal de Justicia dictó sentencia final sobre el caso.

A. Las conclusiones del abogado general

Antes de analizar la sentencia definitiva resulta conveniente examinar las Conclusiones sobre el caso presentadas previamente por el abogado general ante el Tribunal de Justicia. Aunque la opinión del abogado general no vincula jurídicamente a los Tribunales Comunitarios (su función consiste en proponer al Tribunal, con absoluta independencia, una solución jurídica al asunto en estudio), es bien sabido que en un alto porcentaje de casos el Tribunal sigue la opinión expresada en estas Conclusiones. Dado que en el caso TRAGSA el Tribunal de Justicia no siguió esta tendencia y se apartó de ellas, conocer la opinión del abogado general sobre el caso permite conocer una aproximación a los problemas jurídicos planteados diferente a la expresada por el Tribunal en su sentencia final.

El núcleo jurídico del escrito de conclusiones se encuentra en los apartados 84 a 127, en los que el abogado general trata de dar respuesta a las tres preguntas planteadas por el Tribunal Supremo español respecto al estatuto jurídico de TRAGSA. En concreto los apartados 84 a 121 ofrecen una respuesta conjunta a las dos primeras preguntas. La tercera pregunta, por su parte, se responde más brevemente en los apartados 122 a 127. Finalmente la admisibilidad del caso, cuestionada por la Comisión, el Gobierno español y TRAGSA, se estudia en los diez últimos apartados del escrito de conclusiones.

Como era previsible el abogado general parte de la jurisprudencia *in house providing* iniciada por la sentencia *Teckal* en 1999 y comentada anteriormente para elaborar su repuesta. El punto de partida es la consideración de TRAGSA como medio propio o servicio instrumental de la Administración, apoyándose en la sentencia *Stadt Halle:* «si bien TRAGSA tiene personalidad jurídica separada, debe ser calificada de "servicio propio". Esto resulta inequívocamente de la legislación española correspondiente» (apartado 84).

El abogado general considera que es necesario verificar esta caracterización como medio propio a través de los dos criterios Teckal. Este examen, recuerda, «incumbe al órgano jurisdiccional nacional que, a tal efecto, deberá analizar el contexto legal y fáctico en el que TRAGSA opera», pero para tal examen, «el Tribunal de Justicia puede proporcionarle los elementos necesarios para ayudarle a resolver el fondo del litigio» (apartado 89). También recuerda que, al constituir una excepción, «ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella» (apartado 88), de acuerdo con las sentencias *Stadt Halle y Parking Brixen.*

En principio el abogado GEELHOED considera que la relación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas con TRAGSA podría cumplir el primer criterio Teckal (ejercer sobre el servicio técnico un control análogo que sobre los órganos propios) dado que todas las acciones de TRAGSA se hallan directa o indirectamente en manos del Estado español y de las Comunidades Autónomas, aunque reconoce que sólo cuatro de éstas poseen una participación, además simbólica, en el capital social de la empresa.

A pesar de estas premisas el abogado general va más allá y recuerda que jurisprudencia más reciente ha entendido por control «análogo a que ejerce sobre sus propios servicios» una «influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad»[31]. Este criterio es válido tanto para las relaciones entre una única entidad pública y un servicio instrumental propio «sino también cuando varias entidades públicas, eventualmente unidas por una relación de colaboración, tienen un servicio instrumental común» (apartado 92). En estos casos «las partes interesadas pueden ejercer su influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la persona jurídica en su calidad de accionista y a través de su representación en los órganos de administración de la persona jurídica» (apartado 93). Tras algunos comentarios adicionales el escrito de Conclusiones acaba afirmando que «en los supuestos en que un medio instrumental actúa como "medio propio" de varios entes públicos, es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este "medio propio". Asimismo, resulta necesario que se definan con precisión las responsabilidades públicas para cuya ejecución los entes públicos correspondientes pueden formular encargos al servicio instrumental común como "medio propio"» (apartado 97).

El abogado general no encuentra en el estatuto jurídico de TRAGSA indicios suficientes de que las Comunidades Autónomas tengan ninguna influencia directa en su gestión. Aunque, como señalaron TRAGSA y el Gobierno español, las Comunidades Autónomas pueden hacer valer su influencia a través de sus encargos, las Conclusiones consideran que «este tipo de control del diseño y de la ejecución de las distintas obras y proyectos —un control inherente a cada encargo que un ente público— formula a un servicio propio o a una persona jurídica externas no es el control al que se refiere el Tribunal de Justicia cuando habla de una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de (...), el servicio instrumental "propio"» (ap. 98). Adicionalmente se recuerda a continuación que «el hecho de que las Comunidades Autónomas no ejerzan ninguna influencia sobre el estatuto legal de TRAGSA ni en el ámbito del mismo no se ve compensado, en modo alguno, por la influencia que las Comunidades Autónomas podrían hacer

[31] Sentencias *Parking Brixen* (apartado 65) y *Carbotermo* (apartado 36).

valer como accionista de la persona jurídica, dado que sólo una pequeña minoría de ellas tiene una participación, además meramente simbólica, en el capital social de TRAGSA».

Por todo ello el abogado general llega a la conclusión de que TRAGSA, bajo un estatuto legal como el vigente actualmente, no puede ser considerada como «medio propio» de las Comunidades Autónomas porque éstas no pueden controlar las decisiones estratégicas y otras decisiones importantes de esta persona jurídica. Dado que no cabe calificar a TRAGSA de medio propio de las Comunidades Autónomas, resulta obvio concluir que las Comunidades Autónomas, indebidamente, no adjudican los encargos a TRAGSA mediante licitación pública. En principio, no sucede así en lo que respecta a los encargos de la Administración central española a TRAGSA, de la que ésta sí puede ser considerada un medio propio (apartados 101 a 103).

A partir de esta primera conclusión el abogado general considera que el estatuto jurídico de TRAGSA tampoco cumple las condiciones del segundo criterio *Teckal*. Si las Comunidades Autónomas no pueden ser consideradas entes públicos que controlen TRAGSA, tampoco puede cumplirse el requisito de que TRAGSA realice la mayor parte de las actividades para el ente público que ejerce el control, ya que las actividades de TRAGSA para las Comunidades Autónomas representan más del 50 % de su volumen de negocios total.

Al no cumplir los dos requisitos Teckal el régimen jurídico de TRAGSA no resulta compatible con las Directivas Comunitarias sobre contratación pública.

Pero el abogado general va un más allá y, tras recordar la íntima relación entre los criterios Teckal y el juego de la libre competencia en la UE, cuestiona que si «el carácter híbrido de TRAGSA, en parte como servicio instrumental interno del ente público o de los entes públicos que la controlan, en parte como persona jurídica que compite para recibir encargos de otros entes públicos, como municipios, y de particulares y empresas, resulta conforme con el art. 86 CE, apartado 1». (apartado 112) Y añade: «si un servicio instrumental interno "propio" de un ente público se manifiesta en segmentos abiertos del mercado, sin que se tomen medidas suficientes y transparentes para evitar que dicho servicio, en el juego de la libre competencia en los segmentos públicos del mercado, utilice posibles ventajas financieras y materiales de las que disfruta por actuar, en cuanto a la mayor parte de sus actividades, como medio instrumental de un ente público, entonces no se cumplen los requisitos explícitos establecidos en el art. 86 CE, apartado 1» (apartado 114). Y aún más: «el hecho de que el régimen jurídico aplicable a TRAGSA carezca de toda garantía explícita contra cualquier forma, abierta o encubierta, de financiación cruzada entre las actividades que este medio realiza como servicio propio instrumental de la Administración y las que lleva a cabo como operador en los segmentos abiertos del mercado, resulta difícilmente conforme con el art. 86 CE, apartado 1, en relación con los arts. 87 CE y 88 CE» (apartado 116).

Por todo ello el abogado general considera que la primera cuestión planteada por el Tribunal Supremo puede contestarse del siguiente modo: si el régimen jurídico de TRAGSA crea «una posición privilegiada a favor de los servicios instrumentales propios o de las personas jurídicas sometidas al control público, que actúen como operadores en el mercado excediéndose de sus competencias legales, administrativas o estatutarias, en la concesión de contratos públicos y por consiguiente infringen el art. 86 CE, apartado 1».

Por último, el abogado general también contesta brevemente a la tercera cuestión planteada por el Tribunal Supremo (consecuencias para el caso en estudio de la consideración de TRAGSA como servicio propio de la Administración española en la sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal de Justicia). El abogado GEELHOED considera que en dicha sentencia el Tribunal de Justicia no precisaba analizar las amplias cuestiones que se debaten en el caso presente. Por tal motivo cree que «de la referida sentencia no pueden sacarse conclusiones que vayan más allá de la apreciación de que TRAGSA, como servicio instrumental en materia de política de la estructura agraria en sentido amplio, debe considerarse un medio propio de la Administración central española».

B. La sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de abril de 2007

El 17 de abril de 2007 la Sala Segunda del Tribunal de Luxemburgo hizo pública su sentencia relativa a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el expediente de TRAGSA, siguiendo un planteamiento diferente al abordado por el abogado general GEELHOED.

Se trata de una sentencia relativamente breve, de tan sólo 67 apartados (unas 13 pp.), en todo caso de extensión similar a otras sentencias recientes referidas al problema de los contratos *in house* (sentencia *Carbotermo,* 73 apartados) o incluso más larga (sentencia *ANAV,* 34 apartados).

Los 24 primeros apartados de la sentencia operan a modo de introducción, analizando con detalle el marco jurídico aplicable al litigio, el *iter* procedimental del expediente R. 267/97 TRAGSA 3 a través de las distintas instancias administrativas y judiciales españolas, y las cuestiones prejudiciales planteadas por el Supremo. En los veinte apartados siguientes (apartados 25-45) el Tribunal de Justicia estudia con detenimiento el problema de la admisibilidad del caso, que el abogado general había preferido diferir al final de su escrito de Conclusiones. Finalmente los casi últimos apartados de la sentencia (apartados 46-66) examinan el fondo del asunto que, en virtud del razonamiento del TJCE, queda reducido a dar respuesta a una sola de las tres cuestiones planteadas por el Tribunal español. Como es habitual en las sentencias de los tribunales comunitarios, el apartado final (núm. 67) decide sobre la asignación de las costas procesales.

La estructura de la sentencia que se acaba de exponer determina claramente su alcance, como se observa a continuación.

El análisis de la primera parte de la sentencia (apartados 1-24) puede obviarse por el momento, al limitarse a reproducir varios preceptos de la normativa aplicable al litigio de origen comunitario (Directivas 92/50, 93/36 y 93/37) como nacional (Texto refundido de la LCAP, art. 88 de la Ley 66/1997 y varios preceptos del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo de 1999, por el que se regula el régimen de TRAGSA), y a resumir los hechos que dieron lugar al litigio y el *iter* procedimental del caso.

En cambio es necesario detenerse en la segunda parte de la misma (apartados 25-45), relativa a la admisibilidad del procedimiento, ya que determina el alcance de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia.

a) *El problema de la admisibilidad y el rechazo de la primera pregunta*

La admisibilidad se plantea porque tanto TRAGSA como el Gobierno español y la propia Comisión de las Comunidades Europeas negaron la competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales enviadas por el Supremo. Esta negativa se basaba en tres argumentos:

— En primer lugar, las cuestiones se referían exclusivamente a la apreciación de medidas nacionales, sobre las que el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinarlas.
— En segundo lugar, las cuestiones planteadas se consideraban hipotéticas al buscar respuesta para «problemas no pertinentes y ajenos a la solución del conflicto principal».
— Por último el auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005 que remitió la cuestión prejudicial carecía de cualquier información sobre el mercado relevante o sobre la supuesta posición de dominio que TRAGSA ocupa en el mismo; tampoco expone un razonamiento detallado sobre la aplicabilidad del art. 86 del Tratado CE, sólo o en combinación con el art. 82.

Para resolver esta problemática admisión el Tribunal de Luxemburgo se sirve de su propia jurisprudencia [32]. Señala que «aunque no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del art. 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para proporcionar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la

[32] Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (As. C-506/04).

compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria». A partir de esta premisa y tras recordar otra variada jurisprudencia aplicable[33], el Tribunal concluye que nada le impide proporcionar al órgano jurisdiccional remitente los elementos de interpretación que le permitirán pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario.

El Tribunal de Luxemburgo traza, sin embargo, una importante diferencia entre las tres cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo al admitir la segunda y tercera preguntas y rechazar la primera. Para la instancia comunitaria el auto de remisión del Tribunal Supremo expone, respecto a las cuestiones segunda o tercera, «de forma breve pero precisa, los hechos que dieron origen al litigio principal y las disposiciones pertinentes del Derecho nacional aplicable».

Por el contrario, respecto a la primera cuestión el Tribunal de Justicia rechaza su admisión y, por tanto, elude pronunciarse sobre la misma. El Tribunal considera que la cuestión prejudicial planteada en primer lugar por el Supremo carece de los elementos de hecho y de derecho necesarios para que la Sala de Luxemburgo pueda ofrecer una respuesta útil. En concreto según el TJCE «la resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de la misma por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros» (apartado 42), requisito este último indispensable para la aplicabilidad del art. 82 del Tratado CE. De algún modo el Tribunal de Luxemburgo viene a repetir algo que se ha recordado desde la primera instancia administrativa que evaluó el caso: la ausencia de una determinación del mercado adecuada, que haga palpable la posición dominante de TRAGSA y la falta de una concreción en la conducta abusiva que se imputa a la empresa pública.

De este modo el Tribunal de Justicia elude un pronunciamiento directo sobre la admisibilidad del régimen jurídico de TRAGSA a la luz del art. 86 del Tratado. El TJCE explica que el art. 86.1 carece de alcance autónomo, en el sentido de que debe ser interpretada en relación con otras normas pertinentes del Tratado, en este caso el art. 82, sobre el que no se ha proporcionado la información precisa, como ya se ha advertido.

b) *La contestación a la segunda y tercera preguntas*

Tras dictaminar sobre la admisibilidad de las cuestiones el Tribunal de Justicia pasa a examinar el fondo del asunto en la tercera parte de la sentencia (apartados 46-66), reducido ya a las preguntas segunda y tercera.

---

[33] Sentencias de 1 de abril de 2004, *Bellio F.lli* (As. C-286/02) y de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (As. C-217/05), y demás jurisprudencia citada.

Al analizar la segunda cuestión el Tribunal de Justicia precisa en primer lugar que, pese a las referencias del Tribunal Supremo a las Directivas 97/52, 2001/78 y 2004/18, el juez comunitario examina el asunto a la luz de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que considera pertinentes de acuerdo con la fecha de los hechos del litigio principal y la naturaleza de las actividades de TRAGSA.

Al contrario que el abogado general, el Tribunal estima que el régimen jurídico de TRAGSA resulta compatible con las Directivas Comunitarias relativas a la contratación pública. Por ello el juez comunitario incluye como fallo de la sentencia el siguiente pronunciamiento: las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 «no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades».

Esta conclusión, divergente de la alcanzada por el abogado general, se consigue también por la aplicación de la doctrina *in house*, pero desde una perspectiva distinta. El Tribunal de Justicia parte de los siguientes principios extraídos del régimen jurídico de TRAGSA:

— TRAGSA es una sociedad estatal en cuyo capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas (art. 88. 1 y 2 de la Ley 66/1997).
— TRAGSA es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada (art. 88. 4 de la Ley 66/1997, y art. 3.1, párrafo primero, del Real Decreto 371/1999).
— TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones (arts. 3.2 a 3.5 y art. 4.1, 2 y 7 del Real Decreto 371/1999).
— Las relaciones de TRAGSA con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes (art. 3.6 del Real Decreto 371/1999).

El Tribunal concluye que si, de acuerdo con estos postulados, «TRAGSA no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones (...), no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato», y recuer-

da que la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador cuando se cumplen los dos requisitos Teckal: «por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan».

Respecto al primer requisito, referido al control de la empresa por la autoridad pública, el Tribunal de Justicia recuerda que de acuerdo con su jurisprudencia «el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». La sentencia recuerda, una vez más, que el 99 % del capital social de TRAGSA pertenece a la Administración General del Estado, mientras que cuatro CCAA, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % del accionariado. Por todo ello y dado que TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas, no pudiendo fijar libremente su tarifa cuando actúa como medio propio instrumental de éstas, la sentencia estima que no cabe acoger la tesis (expuesta entre otros por el abogado general GELLHOED) de que el primer requisito Teckal sólo se cumple para los trabajos encargados por la Administración General del Estado, quedando excluidos los encargados por las CCAA, que actuarían respecto a TRAGSA como un tercero externo, sometido a las Directivas de contratación pública. Por el contrario la sentencia afirma que «parece que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital» (apartadp 61).

El Tribunal de Luxemburgo también analiza el cumplimiento del segundo requisito Teckal por TRAGSA, es decir, si esta empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. El Tribunal recuerda que «cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto», según se afirmó en la sentencia *Carbotermo y Consorcio Alisei.* Dado que TRAGSA realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las CCAA y alrededor de un 35 % con la AGE, el Tribunal comunitario concluye afirmando que la empresa realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan. Por lo tanto, TRAGSA, cumple también el segundo requisito Teckal.

La respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la segunda cuestión planteada por el Tribunal Supremo afirmando que las Directivas Comunitarias no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, lleva a la Corte de Luxemburgo a considerar que no procede responder a la tercera cuestión (ap. 66).

8. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta muy aventurado extraer conclusiones para un caso que continúa *sub iudice* y sobre el que el Tribunal Supremo deberá pronunciarse en el futuro, más aún cuando se han observado dos posicionamientos dispares por parte de dos instancias de alto nivel (el abogado general y el Tribunal de Justicia). No obstante pueden adelantarse algunas breves reflexiones.

La primera impresión que ofrece la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007 es que la jurisdicción comunitaria apoya el régimen jurídico de TRAGSA al no considerar que su estatuto no es incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

No obstante, esta impresión favorable a las tesis defendidas por la Administración española respecto al estatuto jurídico de TRAGSA no debe esconder que la sentencia del Tribunal de Justicia contiene varias incógnitas cuyo alcance aún no resulta fácil de predecir.

En primer lugar, la Corte de Luxemburgo no se ha pronunciado sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el art. 86 del Tratado, en relación al art. 82, al entender que el auto de remisión del Tribunal Supremo carecía de datos e indicaciones precisas acerca de determinados puntos esenciales (existencia de una posición dominante, explotación abusiva de la misma por parte de TRAGSA, repercusión de dicha posición dominante en el comercio intracomunitario). Es cierto que el Tribunal de Justicia no ha declarado el régimen jurídico de TRAGSA incompatible con el art. 86 pero tampoco lo ha declarado compatible. La cuestión permanece abierta, por tanto.

El juez comunitario ha aceptado el cumplimiento por parte de TRAGSA de los dos requisitos Teckal, lo que conlleva la compatibilidad del régimen jurídico de la empresa pública con las Directivas comunitarias sobre contratación. Sin embargo ha invitado, como es habitual, al órgano jurisdiccional nacional (en este caso el Tribunal Supremo) a verificar en la realidad fáctica el cumplimiento por parte de TRAGSA de los requisitos Teckal:

— En primer lugar, el Tribunal Supremo debe verificar si realmente TRAGSA carece de libertad respecto de los encargos de las autoridades que la controlan y sobre la tarifa aplicada (apartado 54 de la sentencia).
— En segundo lugar, el Tribunal Supremo también debe comprobar si el capital de TRAGSA se divide entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas tal y como se apunta en la sentencia, de forma que se cumpla el primer requisito Teckal (apartado 58).
— Al invitar al Tribunal Supremo a comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria (apartado 64), el TJCE también cree necesario que el Tribunal Supremo compruebe

el reparto de la carga de trabajo de TRAGSA de acuerdo con los parámetros marcados en el apartado 63, es decir, dirigido predominantemente para las entidades públicas que controlan TRAGSA.

La tercera pregunta también ha quedado sin respuesta, si bien por razones distintas de la primera. Actualmente puede afirmarse que TRAGSA cuenta con dos pronunciamientos favorables del Tribunal de Justicia respecto a su condición de «servicio interno» de las Administraciones públicas para las que trabaja.

Al margen de estas incógnitas, la sentencia parece también dar pie a algunas contradicciones que un análisis más profundo debería contribuir a despejar.

Resulta curioso, y un tanto paradójico, que el Tribunal de Justicia se cuide de señalar expresamente que examina la segunda cuestión planteada por el Supremo a la luz de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, en vigor en el momento de los hechos del litigio principal (apartado 47 de la sentencia), e inmediatamente a continuación señale para apuntalar su razonamiento dos normas posteriores a los hechos del litigio principal: la Ley 66/1997 y el Real Decreto 371/1999 (apartado 49 a 51 y, posteriormente, ap. 60). Hubiera sido más coherente que el Tribunal de Justicia hubiera seguido la misma lógica y hubiera examinado la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con las Directivas citadas y con los requisitos Teckal de acuerdo con la legalidad vigente para la empresa pública en el momento de los hechos del litigio principal, tal y como hicieron las autoridades españolas de competencia en sus pronunciamientos de los años 1996, 1997 y 1998.

Otra posible contradicción se observa cuando el juez comunitario afirma que TRAGSA no puede considerarse un tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que formen parte de su capital (apartado 61), sin determinar si, *a sensu contrario*, puede ser considerada tercero respecto a aquellas Comunidades Autónomas que no formen parte del mismo. Si se considerase así, no se comprende la razón por la que el Tribunal de Justicia no extiende su análisis a considerar el reparto de la carga de trabajo de TRAGSA entre las Comunidades que forman parte de su accionariado y aquellas que no forman parte del mismo, y cómo influye este reparto de cara a la evaluación del segundo criterio Teckal.

Por último, el silencio del Tribunal de Justicia respecto a la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con respecto a los arts. 86 y 82 del Tratado dejan abierta la posibilidad para evaluar casos de posible abuso de posición de dominio por parte de TRAGSA al utilizar su especial condición de «servicio interno» y, de algún modo, «monopolista legal» respecto a determinados sectores del mercado de obra pública agraria para extender esta posible posición de dominio a otros ámbitos en los que carece de cobertura legal y debe estar sometido a las reglas de la competencia, incluida la prohibición del abuso de posición de dominio. Esta posibilidad queda apuntada claramente en las Conclusiones del abogado general, que dedica

varios párrafos al respecto (apartados 70-71 y 111) y llega a sugerir la necesidad de encaminar a TRAGSA hacia la separación contable entre ambos tipos de servicios. Este tipo de casos no son extraños para las autoridades de competencia y se dan con frecuencia en sectores recientemente liberalizados, o en trance de liberalización, como por ejemplo en diferentes expedientes relativos a CORREOS del Tribunal de Defensa de la Competencia[34].

9. CONCLUSIÓN

Se comprueba que, a pesar de su importancia, la sentencia de 17 de abril de 2007 no despeja todas las incógnitas referidas al caso TRAGSA y, en general, a casos similares en los que puede aplicarse la jurisprudencia *in house providing*. Queda por ver la decisión final de nuestro Tribunal Supremo a la vista de la respuesta ofrecida por la instancia comunitaria.

Las relaciones entre el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la contratación pública seguirán estrechándose ya que ambos persiguen, por distintos cauces, el mismo objetivo. Y la jurisprudencia *in house* continuará perfilándose ya que no resulta previsible que el TJCE deje de pronunciarse al respecto. Dos factores contribuirán a la aparición de nuevos pronunciamientos:

— La extrema casuística a la que se presta la problemática de los contratos internos, dada la tendencia a la personificación de entes públicos para acometer servicios y funciones administrativas. Aunque las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia se localizan con mayor frecuencia en algún estado concreto (Italia), lo cierto es que proceden de ámbitos geográficos bastante variados, lo que demuestra la importancia del problema a escala europea.
— La recepción de la jurisprudencia comunitaria a escala interna generará nuevos procedimientos, que pueden dar lugar a jurisprudencia interna y, en su caso, a nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. El conocimiento de la doctrina *in house* por los empresarios particulares dará pie también a nuevas denuncias.

Se trata, sin duda, de una materia que continuará evolucionando en el futuro y que tratará de dar nuevas respuestas a nuevos problemas.

---

[34] Entre otros, la Resolución del TDC de 15 de septiembre de 2004 (Expte. 568/03 ASEMPRE/CORREOS). Acuerdo del SDC para la Terminación Convencional del Expediente 2458/03 (ASEMPRE/CORREOS).

CUANTIFICAR EL DAÑO *ANTITRUST*. ESTUDIO EMPÍRICO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA POR LOS JUECES ITALIANOS

Michele CARPAGNANO *

RESUMEN

La cuantificación del daño es uno de los aspectos más controvertidos y problemáticos relativos a la aplicación privada de las reglas de competencia (*private enforcement*). Dicho aspecto tiene una relevancia transversal porque implica a las partes procesales y a los jueces tanto en las violaciones de las reglas nacionales de competencia como en las comunitarias. Por esta razón, individuar y determinar correctamente el daño resarcible es un problema común a quien —empresa o consumidor— intente una acción de daños y perjuicios fundada en una violación de las reglas *antitrust*. Este trabajo divide el daño *antitrust* en sus elementos esenciales (identificación y cuantificación del daño resarcible) a través de la verificación empírica de las soluciones adoptadas por los tribunales italianos. Asimismo el estudio relaciona las soluciones adoptadas por los jueces (incluida la recentísima sentencia de la Corte di Cassazione núm. 2305/07) con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en los casos *Courage* y *Manfredi*) y con el renovado espíritu político de las Instituciones Comunitarias orientado a incentivar el *private enforcement* antitrust en el mercado único.

1. BREVE ANÁLISIS DEL DAÑO *ANTITRUST*

A la hora de cuantificar el daño *antitrust* en un juicio civil (lo cual sucede muy raramente en Italia) el juez tiene que tener cuidado y evitar caer en el error de considerar que todas las violaciones de las reglas de competencia producen el mismo tipo de daño y que, por lo tanto, dichos

---

* Doctorando en *Studi Giuridici Comparati ed Europei* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento (Italia) y en *Derecho Mercantil* en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Deseo expresar un sincero agradecimiento a los profesores Jesús ALFARO y Gian Antonio BENACCHIO por su constante interés y apoyo a mi trabajo.

daños vayan indemnizados todos de la misma manera[1]. En efecto, el daño patrimonial *antitrust* tiene una naturaleza potencialmente *plurioffensiva* y una estructura (y una entidad) distinta dependiendo, por lo menos, de dos elementos: el tipo de violación (conducta de predación o de explotación) y la conformación del mercado donde el ilícito *antitrust* se ha verificado[2]. Y es que, sobre todo cuando a nivel político se trata de incentivar la aplicación privada de las reglas *antitrust* es importante no perder de vista la íntima relación que existe entre la *factis species* abstracta, la regla jurídica, y su finalidad económica[3]. El riesgo es que, en caso contrario, los tribunales empiezen a liquidar daños inexistentes, incompatibles con los objetivos de la política de competencia y ajenos a las reglas de Derecho privado de responsabilidad civil extracontractual[4]. Un sistema *antitrust* tan desviado que indemnice daños inexistentes y que fomente, incluso, la colusión (negando, por ejemplo, la indemnización a quien haya efectivamente sufrido un daño o indemnizándolo sólo en una mínima parte) perjudicaría gravemente, y a la vez, la estructura liberal del mercado, la efectividad de las reglas *antitrust* y atentaría a la coherencia interna del ordenamiento jurídico. En este sentido, la decisión política de tutelar la estructura liberal y competitiva del mercado con normas constitucionales (art. 41 Cost. it. y arts. 3 y 4 CE) y a través de un complejo sistema de *enforcement* (administrativo y judicial, a nivel comunitario y nacional) viene a indicar claramente que el ilícito anticompetitivo, antes de dañar al operador económico (que será indemnizado en juicio —*private enforcement*—), crea un daño (en términos de eficiencia e innovación) a la sociedad en su conjunto (cuya tutela está en manos de las Autoridades públicas —*public enforcement*—)[5].

Con el fin de alcanzar un mayor nivel de efectividad de las reglas de competencia en el mercado único, el Tribunal de Justicia ha creado recientemente, según el brocardo *ubi ius ibi remedium*, el derecho para «todos los sujetos del mercado» de obtener la indemnización del daño sufrido como consecuencia de una conducta anticompetitiva ilícita (siempre y cuando sean satisfechas, en el caso concreto, las condiciones sustanciales explicitadas por el mismo Tribual en el caso *Courage* y exista un nexo causal entre el daño y la práctica anticompetitiva)[6]. Este remedio —que es instrumental

---

[1] Véase SIDAK, «Rethinking Antitrust Damages», *Stanford Law Review*, 1981, vol. 33, núm. 2, 330.

[2] Véase la sentencia de la Corte di Cassazione núm. 2305/07.

[3] AREEDA, «Antitrust Violations Without Damage Recovery», *Harvard Law Review*, 89 (1976).

[4] Véase AREEDA, *op. cit.*, 1227.

[5] Sobre ese punto véase JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford press, 1999; WILS, «Optimal Antitrust fines: Theory and Practice», *World Competition*, 29(2) 2006, 183-208; KARPOFF-LOTT, «On the determinants and importance of punitive damage awards», *Journal of Law and Economics*, 1999, XLII, 527-573; KROES, *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, Speech del 8 de marzo de 2007.

[6] Véase sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*, I-6297; PALMIERI y PARDOLESI, «Intesa Ilecita e risarcimento a favore di una parte: «chi ě cau-

y que se aplica exclusivamente en los casos comunitarios— se acompaña de la lacónica previsión del legislador italiano de un derecho a la indemnización del daño en los casos de violación de la ley nacional *antitrust* (art. 33.2 L. 287/90, así como interpretado por la jurisprudencia más reciente de la Corte di Cassazione). Este paralelismo consolida, de una vez por todas, el lado privado del derecho *«a godere dei benefici della competizione commerciale»* que tiene un marcado gen publicístico[7].

El problema de la cuantificación del daño *antitrust* se presenta principalmente en los casos de aplicación privada de las reglas de competencia: la reacción pública al ilícito anticompetitivo consiste, y se acaba, en la imposición de una sanción pecuniaria o de una medida administrativa[8]. Las acciones judiciales privadas se sitúan en un plano distinto: completan (y en algunos casos anticipan o sustituyen) la reacción pública, persiguiendo una finalidad propia a través de las herramientas típicas del proceso civil (principalmente la acción de daños y perjuicios, la acción de nulidad, las medidas cautelares)[9]. Un último *caveat*: la violación de las reglas de competencia no puede dar lugar a un tipo especial y autónomo de responsabilidad civil y la indemnización del daño *antitrust* no puede ir desligada de las reglas de Derecho privado. Dichas violaciones e indemnizaciones, como enseña el profesor ALFARO, deben ser reconducidas a las reglas que gobiernan la responsabilidad civil para asegurar esencialmente «*una visión sistemática del derecho antimonopolio coherente con el Derecho privado y sus fundamentos constitucionales*»[10]. Desde esta perspectiva el derecho de la competencia se convierte en un instrumento útil a corregir las externalidades; en un medio para garantizar que los acuerdos entre competidores (en sentido amplio) no dañen a los terceros (compradores directos o consumidores finales) ni bajo la forma de restricciones sensibles de la oferta, de la cualidad o de la innovación de los productos/servicios ofrecidos en el mercado ni siquiera como aumentos artificiales de los precios[11]. La invocación a las reglas de Derecho privado no es, por lo tanto, una cuestión de principios sino un apoyo metodológico seguro y útil para el operador jurídico que

---

sa del suo mal... si lagni e chieda danni"», *Foro It.* Véase también sentencia del Tribunal de Justicia, 13 de julio de 2006, C-295-298/04, Manfredi, parágrafos 61-63.

[7] Sentencia de la Corte di Cassazione núm. 2305/07, *op. cit.*, 20.

[8] Reglamento 1/2003, arts. 4 y 5.

[9] Sobre las relaciones entre *Public & Private Enforcement* del derecho de la competencia véase KOMNINOS, «Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?», *Comp.Law Rev.*, vol. 3 Issue 1, pp. 5-26; WALLER, «Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law», 29 *World Competition*, 3 (2006); WILS, «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», 26 *World Competition* (3), pp. 473-488 (2003); JONES, «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», 27 *World Competition* (1), pp. 13-24 (2004); MONTI, «Article 81 EC and Public Policy», *Common Market Law Review*, 2002, 39, 5; MCAFEE, MIALON yMIALON, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, manuscrito (2005).

[10] ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, InDret 2004.

[11] ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio,* 5, y ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 131-162.

tiene que resolver los problemas sustanciales y procesales de las acciones civiles *antitrust* [12].

El ilícito anticompetitivo se realiza, por definición, dentro de un mercado determinado. Hay que distinguir, por lo tanto, dos clases de potenciales damnificados: los competidores (actuales/potenciales) y los consumidores finales. Esta distinción tiene sentido y es verdaderamente útil sólo si se utiliza para individuar y cuantificar el daño *antitrust*. Sí, en cambio, se utiliza como ha hecho la Corte di Cassazione hasta el 2005, para diferenciar entre los sujetos del mercado aquellos que tienen legitimación activa y aquellos que no, dicha distinción pierde toda utilidad y sentido. Una vez reconocido que el daño sufrido por el competidor es distinto de aquel sufrido por el consumidor final, hay que tener en cuenta que el listado de los damnificados *antitrust* es muy difícil de escribir con precisión, cuando el epicentro de la colusión está lejos de los consumidores finales. Dicha dificultad es imputable a la conformación misma de la economía de mercado que, como es sabido, se estructura en una cadena de valor a su vez compuesta por varios estadios sucesivos de producción, transformación y distribución de bienes/servicios que llegan al mercado. El ilícito *antitrust* puede esconderse, por lo tanto, en uno (o más) de estos niveles haciendo muy difícil la identificación exacta de los damnificados y la entidad real del daño sufrido por cada uno de ellos. Como veremos en detalle en el párrafo núm. 4, el problema de la identificación de los damnificados de un ilícito *antitrust* es mucho más intrincado cuando el daño patrimonial ha sido «pasado», íntegramente o en parte, desde un estadio a otro de la cadena del valor (fenómeno del *passing-on*).

En el caso *Manfredi* (2006), el Tribunal de Justicia ha afirmado que por el principio de efectividad los damnificados deben poder pedir en juicio la indemnización del daño *antitrust*; según el Tribunal dicho daño se compone no sólo del daño real sufrido por la parte (*damnum emergens*), sino también del *lucrum cessans* y además de los intereses legales [13]. Dice el Tribunal que la exclusión total del *lucrum cessans* no puede ser admisible en las causas *antitrust* porque: «*l'esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del daño*» [14]. Asimismo, el Tribunal ha propuesto una interesante advertencia: el Derecho comunitario «*no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen porque la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios del Derecho comunitario*» [15]. Lo cual parece más que una

---

[12] ALFARO, *Los juristas —españoles— y el análisis económico del Derecho*, InDret 2007, 6: «*[...] el Derecho público tiene poco que ver con el Derecho privado. El Derecho público es el de control de los poderes públicos y el Derecho privado no es el del control de los individuos*».

[13] Sentencia C-295-298/04, pár. 95.

[14] Sentencia C-295-298/04, pár. 96. Véanse los casos *Brasserie du pêcheur et Factortame*, *op. cit.*, 87, y C-397/98 y C-410/98, *Metallgesellschaft y o.*, *Rec.*, I-1727,91.

[15] Sentencia C-295-298/04, pár. 94. Véanse las sentencias en la causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consejo y Comisión*, *Rec.* p. 2955, punto 14; C-441/98 y C-442/98, *Michaïlidis*, *Rec.* p. I-7145,

reflexión jurídica, una consideración política para, quizás, animar a la Comisión a seguir adelante con la propuesta tímidamente insertada en el Libro Verde relativa a la posibilidad de «*duplicar la indemnización del daño de manera automática o condicionada a discreción del tribunal*» [16]. Todo esto, obviamente, para tratar de hacer más apetecibles las acciones de daño fundadas en el derecho de la competencia que de otra manera no tendrían mucho *appeal* para los perjudicados en el mercado común.

A pesar de que el derecho a obtener la indeminizacion de los daños *antitrust* haya sido expresamente previsto por el legislador en la Ley de Competencia de 1990, los tribunales italianos han conocido sólo en pocas ocasiones dichas acciones. En la mayor parte de los pocos casos, la acción de daño *antitrust* ha sido propuesta por un competidor. Los tribunales italianos se han pronunciado tanto en casos donde la conducta anticompetitiva fue previamente sancionada por la Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (casos *follow-on*) como, pero con menos frecuencia, en casos donde no ha habido —o no había— una decisión previa de la Autorità (casos *stand-alone*). En el ordenamiento jurídico italiano las decisiones de la Autorità no vinculan el juez civil —por el principio de la autonomía del juzgado civil respecto al administrativo— pero en los casos *follow-on* decididos hasta el momento, los jueces han compartido siempre las conclusiones de la Autorità e incluso se han referido expresamente a ellas sobre todo para demostrar la existencia del cártel o de la conducta abusiva o para la cuantificación del daño. Lo cual simplifica la posición procesal del actor que —si así no fuese— debería demostrar en juicio la existencia de la conducta anticompetitiva ilícita. Dicho *modus operandi* ha sido recientemente avalado por la Corte di Cassazione en la sentencia núm. 2305/07. En los casos *stand-alone* los tribunales han definido el mercado relevante, han identificado el tipo de violación y cuantificado el daño basándose en la documentación aportada por las partes y en los medios de prueba admitidos por el mismo tribunal (incluso las declaraciones orales).

Es interesante observar que para demostrar la existencia del daño *antitrust* (*an debeatur*), los tribunales en ningún caso han recurrido a expertos externos (CTU). Sólo en una ocasión la Corte d'Appello de Milán ha solicitado a un colegio de expertos la cuantificación del daño *antitrust* (*quantum debeatur*) basándose en algunos criterios generales indicados por la misma [17]. En las principales reseñas de jurisprudencia no se encuentran decisiones de tribunales italianos que han indemnizado el daño *antitrust* en casos de violación de las reglas comunitarias de competencia. Probablemente la primera sentencia no tardará en llegar si el Giudice di Pace di

---

punto 31, e *Courage y Crehan*, cit., punto 30. DE SMIJTER y O'SULLIVAN, «The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions», *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, pp. 23-29

[16] Véase Libro Verde, *op. cit.*, pár. 2.3.

[17] Sentencia de la Corte d'Appello de Milán, 18 de julio de 1995, en *Foro It.*, 1996, I, 276, con comentario de BARONE, y Ordinanza de la Corte d'Appello de Milán, 24 de diciembre de 1996, en *Danno e Responsabilità*, 5/1997, con comentario de BASTIANON.

Bitonto decide el caso *Manfredi* a la luz de las indicaciones sugeridas por el Tribunal de Justicia.

2. EL DAÑO SUFRIDO POR EL COMPETIDOR

La identificación del daño antitrust del competidor depende de dos elementos principales: el tipo de violación de las reglas de competencia y la estructura del mercado donde el ilícito se ha verificado. Mientras que para la sociedad en su conjunto el daño antitrust consiste esencialmente en el menor nivel de producción (y de ahí, generalmente, se produce un aumento artificial de los precios y una alocación ineficiente de los recursos), para el competidor el daño patrimonial no coincide con la menor producción. El competidor sufre, en la generalidad de los casos, un daño patrimonial bajo la forma de una pérdida de rentas imputable a la naturaleza excluyente de la conducta anticompetitiva. La práctica excluyente puede llevar al competidor a salir del mercado, a reposicionarse hacia abajo (en términos de presencia en el mercado), o puede obstaculizar, retrasar o impedir *tout court* la entrada de un nuevo operador en un mercado determinado. En cada uno de estos casos el intérprete es llamado a evaluar con precisión a posteriori algo (la entidad de las rentas de una empresa) que no se ha verificado nunca en el mundo real pero que hubiera podido verificarse razonablemente en ausencia de la conducta ilícita. Afortunadamente dicha dificultad de análisis no se presenta sólo en la solución de los casos *antitrust* y es común a otros ámbitos del Derecho civil (piénsese en los casos de mal práctica médica o en las complejas *factis species* de derecho medioambiental), así que, en principio, el intérprete jurídico debería estar preparado a cuantificar el daño *antitrust*. Asimismo, es innegable el valor añadido que la ciencia económica aporta a análisis complejos como éstos. No se puede olvidar todavía que, también en la literatura económica, se advierte una cierta diversidad de opiniones acerca de los criterios a seguir para cuantificar el daño antitrust del competidor. Pero así son las cosas humanas y la justicia del Derecho tolera un cierto margen de aproximación y de error siempre y cuando la solución adoptada no sea arbitraria. Hace falta en definitiva un criterio que tenga también en cuenta, por ejemplo en la reconstrucción del nexo causal, el papel de los factores macroeconómicos, de los que hay trazas en las transacciones interindividuales y que, sin embargo, son independientes del ilícito *antitrust*[18].

La jurisprudencia italiana ha sido muy consciente de estas dificultades desde el principio y no ha dudado, cuando ha considerado necesario, en pedir auxilio a expertos externos para la cuantificación del daño *antitrust*.

---

[18] Interesantes observaciones sobre este punto han sido propuestas por CAFFARRA, en el *workshop*: «*Practical Issues in adjudication of private damages claims and claims for interim relief*», en la *International Competition Conference*: *Enforcement of Competition Law, Current Issues*, Bruselas, 25 de noviembre de 2005.

En el caso *Telsystem*, por ejemplo, la Corte d'Appello de Milán ha identificado los elementos del daño resarcible con mucho cuidado, decidiendo la causa en dos momentos sucesivos. En la primera decisión el Tribunal se ha pronunciado sobre el *an debeatur* y, sucesivamente, después de haber leído la relación de los expertos externos, ha liquidado el daño *antitrust* a través de una *ordinanza*[19].

Los tribunales italianos han indemnizado el daño *antitrust* a un competidor sólo en tres ocasiones[20]. La primera sentencia, en orden cronológico, es de 1995-1996 y, como hemos anticipado, ha sido pronunciada por la Corte d'Appello de Milán en el caso *Telsystem*[21]. Es un caso *follow-on* iniciado, *ex* art. 33.2 de la Legge 287/90, por la empresa *Telsystem Spa*, nuevo operador en el mercado italiano de los servicios de telefonía interna para las empresas, contra la empresa *SIP*, hoy *Telecom Italia Spa,* operador integrado de telecomunicación y entonces monopolista estatal. La acción judicial de *Telsystem*, por lo que aquí más interesa, tenía por objeto la indemnización del daño patrimonial sufrido como consecuencia del comportamiento abusivo de *Telecom* que había consistido en impedirle, de varios modos, el acceso al mercado[22]. La empresa actriz denunciaba la violación de las reglas nacionales en tema de abuso de posición de dominio (art. 3 de la Legge 2897/90); asimismo denunció dicha violación a la Autorità Garante que con *provvedimento* núm. 2662/1995 afirmó el carácter anticompetitivo y abusivo de las conductas de *Telecom Italia*[23]. En el *Provvedimento* la Autorità demostró la posición dominante de *Telecom* en el mercado de los servicios de telefonía para grupos cerrados de usuarios, mercado descendiente del mercado del suministro de las líneas telefónicas donde *Telecom Italia* era monopolista legal. El hecho de que el operador dominante no suministrase las conexiones urbanas directas a su competidor, induciendo a los cliente de éste a renunciar a los servicios contratados, fue calificado por la Autorità como un abuso de posición de dominio. El perjuicio económico lamentado por *Telsystem* fue la pérdida de la posición de *first-mover* en el mercado y la parálisis de la actividad empresarial con la consecuente acumulación de pasivos. De hecho la entidad de las pérdidas de *Telsystem* le obligaron a salir del mercado y le llevaron a la quiebra. La Corte d'Appello de Milán reconoció la conducta abusiva de *Telecom Italia* basándose exclusivamente en las pruebas practicadas en el juicio civil y, reivindicando una cierta autonomía de la decisión de la Autorità, llegó al mismo resultado. Según el Tribunal el abuso de posición de domino había consistido en el retraso en la ejecución de los contratos (entre *Telecom* y *Telsystem*) de los cuales dependía la posibilidad del nuevo operador de empezar sus actividades y, además, en la actividad de disuasión de *Telecom Italia* frente a los clientes de *Telsystem*.

---

[19] Véase vota núm. 17.

[20] Véase TARDELLA y MAGGIORE, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, ITALY REPORT *Ashurst*, 2004.

[21] Véase vota núm. 17.

[22] Véase Provvedimento AGCM núm. 2662, del 10 de enero de 1995, en el *Bolletino* 1-2/1995.

[23] Véase Provvedimento AGCM núm. 2662, *op. cit.*, pár. 10.

Está muy claro que este caso pertenece a la categoría de los abusos de posición de dominio de los ex monopolistas de Estado que se han registrado en muchos países europeos después de la liberalización de los servicios de telefonía. Dichos casos han sido resueltos por los tribunales nacionales y comunitarios aplicando la doctrina de la *essential facilities* e imponiendo al operador dominante garantizar el acceso al servicio esencial al nuevo operador en condiciones de mercado. Probablemente la Corte d'Appello de Milán habría llegado al mismo resultado si en el momento de la publicación de la sentencia *Telesystem* no hubiera ya, desde hace tiempo, cesado de existir. La Corte d'Appello de Milán afirmó que «*il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente [...] a causa dell'altrui condotta illecita si configura come daño da lucro cessante*»[24]. Por lo que se refiere a los criterios a seguir para la determinación del daño, el caso *Telsystem* ofrece útiles indicaciones: en primer lugar, la indemnización del daño «*[...] va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato [...]*»; dicha oportunidad «*deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa*»[25]. El Tribunal fundó la indemnización en la pérdida de una oportunidad definida jurídicamente como *lucrum cessans*. Hay que considerar que en el ordenamiento jurídico italiano el daño «*pérdida de una posibilidad*» es tradicionalmente considerado como un *damnum emergens*. El daño «*pérdida de una chance*» es percibido como pérdida de la oportunidad de alcanzar un resultado definitivo (daño emergente de pérdida de una oportunidad actual) y no como el no haber alcanzado un fin o un objetivo[26]. El hecho que el Tribunal haya cualificado expresamente este daño como un *lucro cessante* indica la intención de indemnizar la pérdida de las ganancias futuras que *Telsystem* habría (verosímilmente) obtenido por presentarse como primero en el mercado. El hecho de presentarse como primero en un mercado, según el Tribunal, es un bien adquirido por el pionero, una ventaja competitiva absoluta, cuya lesión tiene que ser indemnizada. La regla (de sentido común) por la que *the first takes all* no se verifica en todos los casos y en todos los mercados. Donde menos funciona es en los mercados con una elevada tasa de innovación (y el mercado de los servicios de telecomunicación es uno de ellos). La historia económica está repleta de ejemplos donde los pioneros en un mercado (*first-movers*) han fracasado, no alcanzando los resultados económicos esperados; así como hay muchísimos ejemplos donde los *second-movers* o *fast followers* se han afirmado con éxito en mercados donde han entrado en un segundo momento (véanse los ejemplos de *Atari/Nintendo*; *Apple's Newton* PDA/*Palm Pilot* PDA o *Charles Stack Online Bookstore/Amazon.com*)[27]. El Tribunal habría debido contex-

---

[24] Sentencia de la Corte d'Appello de Milán, 18 de julio de 1995, citada.

[25] Ordinanza Corte d'Appello de Milán, 24 de diciembre de 1996, citada.

[26] Corte di Cassazione, 19 de diciembre de 1985, núm. 6.506, en *Foro It.*, 1986, I, 383.

[27] Véase GRANT, *Cases in Contemporary strategy analysis. USA, UK, Australia,Germany*, Blackwell, 2003; AGARWAL y GORT, «First-Mover Advantage and the Speed of the Competitive Entry 1887-1986», *J. L. & Econ* 44 (2001), pp. 161 y ss., citado por ALFARO en *Derecho Antimonopolio*, manuscrito.

tualizar un poco más la regla del *first mover* y no indemnizar al pionero *ex se*; sobre todo porque *Telecom,* gracias a su fuerza en el mercado descendiente, a su *know-how* y a su estructura tecnológica habría tardado muy poco —y a un coste mucho más bajo respecto a *Telsystem*— en entrar en el nuevo mercado. Además, indemnizar al pionero por el simple hecho de serlo no ha permitido al Tribunal medir la indemnización a la luz de las capacidades reales de *Telsystem* para aprovecharse de su ventaja competitiva[28]. A la hora de cuantificar el daño, la Corte reconoció no tener «*elementi sufficienti per liquidare il dano, sul cui ammontare esiste una enorme diversità di valutazione tra le parti in causa*» y, como hemos anticipado, decidió pronunciarse acerca del *an debeatur*, encargando a un colegio de expertos la determinación del *quantum*. El tribunal decidió en *quantum* a la luz del informe cuando *Telsystem* ya había quebrado. La indemnización, *ex* art. 1.223 del Codice Civile, comprendía el daño emergente, el lucro cesante y los intereses legales. El hecho de que el damnificado ya no existía en el mercado y que se estaba procediendo judicialmente a la liquidación de los activos de la empresa no impidió al Tribunal seguir con la indemnización. A este respecto, «*non sarebbe corretto, sul piano logico e su quello giuridico, escludere il danno da perdita di opportunità per il solo fatto che la liquidazione della società non le consentirebbe di sfruttare quella opportunità*». Así que «*l'opportunità in questione —e per essa il credito risarcito conseguente alla sua lesione— sia convertita da elemento di un azienda finalizzata alla produzione di profitti in elemento aziendale di una società in liquidazione*»[29].

El segundo caso de indemnización del daño *antitrust* a un competidor fue decidido en el mes de enero de 2003 (caso *Albacom*) por la Corte d'Appello de Roma[30]. También éste es un caso *follow-on* y también aquí el actor denunciaba un abuso de posición de dominio en el mercado de los servicios de telecomunicaciones. La empresa *Albacom Spa* lamentaba en juicio una violación del art. 3 de la Legge 287/90 por *Telecom Italia Spa*, consistente en obstaculizar, de varios modos, el accesso de ésta en el mercado de los servicios de transmisión de datos a través de las tecnologías *x Dsl* y *x Sdh*. La conducta de *Telecom* había sido investigada por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato que en el 2001 la condenó por abuso de posición de dominio[31]. Según los jueces de Roma, que se refirieron expresamente al razonamiento de la AGCM y a su investigación, la conducta anticompetitiva había consistido en la exclusión de los competidores del mercado. El Tribunal identificó daño sufrido por *Albacom* sólo en aquellas pérdidas patrimoniales derivadas de la exclusión del mercado (lucro cesante) pero no reconoció el daño derivado de la pérdida de reputación comercial que la actriz trató de demostrar en juicio[32].

---

[28] La AGCM en su investigación subrayó que *Telsystem* tenía graves problemas económicos ya tiempo antes del inicio de la conducta anticompetitiva.

[29] Ordinanza Corte d'Appello de Milán, 24 de diciembre de 1996, citada.

[30] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, en *Foro It.*, 9, 2003, I, 2474.

[31] Provvedimento AGCM núm. 9472, de 27 de abril de 2001, en *Bollettino* núm. 16-17/2001.

[32] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, citada, y Provvedimento AGCM núm. 9472, citado, parágrafos 138, 139 y 140.

El Tribunal afirmó claramente que el daño «*che appare evidenziabile e calcolabile è soltanto il mancato utile conseguente all'esclusione dal mercato*» [33]. Mientras que el daño por pérdida de las rentas potenciales derivadas por los clientes perdidos —«*da calcolarsi in relazione al valore dell'azienda [...] nella sua interezza per perdita delle sue chanches e performances*»— fue estimado de difícil identificación «*data la molteplicità delle componenti economiche ed occasionali incidenti sulla crescita di un'azienda*». No fue sólo la dificultad práctica lo que llevó a los jueces a denegar la indemización sino la circunstancia de que dicho tipo de daño «*non è affatto provato, né è evidente*» [34]. Según el Tribunal es la propia *Albacom,* que en juicio había declarado haber crecido en el mercado a partir del año 2001 —el año siguiente al inicio de la conducta abusiva de *Telecom Italia*— «*con ritmi [...] del tutto ottimali*» [35].

Es interesante observar cómo el Tribunal de Roma se apoyó en el Provvedimento de la AGCM también para la cuantificación del daño. La Autorità había demostrado que *Telecom Italia* tenía en el 1999 una cuota de mercado del 65 % y que *Albacom* tenía en el mismo año una cuota del 15. La entidad del daño fue calculada a través de una proporción entre las cuotas de mercado respecto a la facturación global; sobre este valor fue determinado el útil en vía equitativa [36]. Aplicando este criterio, el Tribunal reconoció a *Albacom* que tenía una cuota de mercado del 15 % de la facturación global. Para determinar el útil (la diferencia entre las ganancias y los costes) el Tribunal estimó *equo* un útil del *10 %*. Ahora bien, la determinación *banco iudicis* del útil de una Sociedad Anonima a través de un criterio de equidad parece un poco peligrosa y contradice la estructura liberal de nuestro ordenamiento jurídico. Como es sabido, la remuneración del capital depende de muchos factores, algunos relacionados directamente con la violación de las reglas de competencia (típicamente las rentas monopolistas), sin embargo otras son completamente independientes de ella [37]. Transferir un parámetro tan ligado a la estructura de una empresa (que tiene una propia estructura y costes de gestión, una propia capacidad de endeudamiento, etc.) y ajustarlo sobre otra que tiene necesariamente una estructura distinta no parece la manera mejor (sin duda sí la más rápida) para cuantificar el daño *antitrust* en juicio. En este caso habría sido más oportuno pedir auxilio a un CTU. Sobre todo si se considera que el Tribunal no se limitó a vestir las cuentas de *Albacom* con los parámetros de la remuneración del capital de *Telecom Italia* (que la Autorità Garante delle Telecomunicazioni, había estimado en más del 12 %), sino que, movida por la equidad —que en derecho, como es sabido, es el *ars boni et aequi*—, pensó mejor en reducir

---

[33] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, citada.

[34] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, citada.

[35] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, citada.

[36] Corte d'Appello de Roma, 20 de enero de 2003, citada.

[37] Véanse HALL y BRUMMER, *The Relationship Between the Market Value of a Company and Internal Performance Measurements*, disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=141189; BEGLEY y FELTHAM, *The Relation Between Market Values, Earnings Forecasts, and Reported Earnings*, Sauder School of Business Working Paper, disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=242062, 2000.

dicho valor «*[...] nella misura del 10% trattandosi di imprese agenti innovativamente nel mercato e quindi con maggiori costi*». El daño fue finalmente cuantificado en 2.543.415.000 liras.

La tercera decisión en tema de daño antitrust es un caso *stand alone* de julio de 2003 llevado a cabo por la Corte d'Appello de Milán (*Bluvacanze*). La práctica anticompetitiva denunciada por el actor consistió en un boicot colectivo, un cártel con efectos excluyentes, realizado por algunos *tour operators* (en particular *Ventaglio* y *Turisanda*) en violación del art. 2 de la Legge 287/90[38]. No obstante el caso consistió en una violación de las reglas nacionales de competencia, la Corte d'Appello de Milán lo resolvió a la luz de la jurisprudencia comunitaria tanto por la noción de acuerdo como para los criterios de individuación y cuantificación del daño patrimonial. La empresa actriz *Bluvacanze Spa*, activa en sector de la reventa de viajes organizados, lamentaba el daño sufrido como consecuencia de la práctica anticompetitiva realizada por los *tour operators* con la finalidad de excluirla del mercado de los paquetes de viaje ofrecidos al público. El acuerdo colusorio consistió en un comportamiento paralelo (practicado desde finales de marzo de 2001 hasta el 20 junio de 2001) llevado a cabo a través del cierre unilateral de los códigos de reserva por vía telemática de los paquetes de viaje (*codici di accesso*) de los *tour operators* llevando a la interrupción de las relaciones comerciales entre *Bluvacanze* y las empresas coludidas. La actriz pidió a la Corte d'Appello de Milán la declaración de la existencia de la práctica ilícita y de la nulidad de la misma, la inhibición de los comportamientos excluyentes y, aspecto que nos interesa especialmente en este trabajo, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. El Tribunal declaró la existencia de la conducta ilícita y cuantificó el daño patrimonial (y en particular la entidad del l*ucrum cessans*) sobre la base de las pruebas presentadas por las partes en el juicio, utilizando también la prueba testimonial[39].

La Corte d'Appello de Milán estimó que para la indemnización del daño *antitrust* «*[...] conterebbe solo la circostanza che Bluvacanze, a causa del boicottaggio, ha realizzato utili inferiori di quelli che avrebbe potuto realizzare in sua assenza*». La dificultad consistía, obviamente, en determinar con exactitud dichos útiles. A ese fin la Corte estimó que la exhibición del balance de la empresa actriz hubiera tenido un valor probatorio relevante: «*l'analisi del bilancio, anche se non imprescindibile, avrebbe potuto essere utile per rappresentare il mancato guadagno lamentato da Bluvacanze*». Porque si del análisis de balance «*la riduzione degli utili non fosse apparsa in modo manifesto, sarebbe stato onere di Bluvacanze indicare le ragioni per le quali le perdite degli utili relative ai pacchetti viaggi Ventaglio e Turisanda erano risultate nei fatti complessivamente compensate da altre iniziative*». La

---

[38] Corte d'Appello de Milán, sentencia de 11 de julio de 2003, en *Foro it.*, 2004, I, 597.

[39] Confirmando en ese punto la jurisprudencia de la misma Corte d'Appello en el caso *Tramaplast/Agriplast, Macplast, Sisac e Vittorplastic* (2000). En ese caso el Tribunal afirmó que «*provare un'intesa è sufficiente la dimostrazione di un insieme di circostanze concordanti e concludenti, che depongano, sia pure con il meccanismo presuntivo, nel senso dell'esistenza di un concerto al fine di escludere dal mercato o impedire l'accesso al mercato di un'impresa concorrente [...]*».

empresa *Bluvacanze* nunca presentó en juicio su balance; este hecho, según el Tribunal no le impediría en absoluto la demostración del daño, aunque, añadió: «*tale mancata produzione determina un motivo di incertezza circa i pretesi danni, incertezza che non gioca certo a favore di Bluvacanze nella complessiva valutazione che del daño questa corte è chiamata ad esprimere*». El daño patrimonial fue individuado a través de la determinación del valor mensual promedio de los paquetes de viaje de *Ventaglio* y *Turisanda* vendidos por *Bluvacanze* en el año anterior al boicot. El resultado comercial del mes de marzo de 2000 fue comparado con el valor promedio mensual del mismo año, individuando el crecimiento en el porcentaje del valor de los paquetes de viaje de *Ventaglio* vendidos por *Bluvacanze* en la medida del 250 %, y de los paquetes de *Turisanda* en el 146 %. El crecimiento en porcentajes así identificados fueron aplicados al valor promedio mensual de los paquetes turísticos vendidos en los primeros tres meses de 2001, multiplicado por tres (los tres meses que duró el boicot)[40]. Dicho criterio fue estimado por *la Corte* como el más adecuado para representar de la manera más verosímil el total de las ventas que la empresa actriz hubiera podido efectivamente realizar en ausencia del boicot. No disponiendo del balance de la empresa, el Tribunal adoptó el criterio presuntivo de las ganancias perdidas, lo cual significó estimar «*la proiezione di dati registrati nel passato e che verosimilmente si sarebbero ripetuti nel periodo successivo*», una especie de *but for condition* a la italiana.

Entre las acciones de daño *antitrust* propuestas por los competidores hay que incluir aquellas del coludido débil (como *Courage*) que se queja en juicio de haber sufrido un daño como consecuencia de una conducta anticompetitiva ilícita en la que el mismo ha participado. En Italia la cuestión se presentó por primera vez a la Corte d'Appello de Turín en el caso *Juventus F. C. Spa.* (2000). Dicho caso se analizará en el apartado núm. 4 dedicado al *passing-on*[41].

3. EL DAÑO SUFRIDO POR EL CONSUMIDOR

Los Tribunales italianos, al menos hasta el año 2000, han conocido sólo una demanda de indemnización del daño antitrust enjuiciada por un consumidor final[42]. La escasísima invocación judicial de las reglas de competencia (nacionales y comunitarias) no es una peculiaridad italiana, sino un fenómeno común a la mayoría de los Estados miembros[43]. La comisaria Mrs. KROES ha subrayado recientemente que «*even in Member States with*

---

[40] Corte d'Appello de Milán, sentencia de 11 de julio de 2003, citada.

[41] Corte d'Appello de Turín, sentencia del 6 de julio de 2000, *Soc. Indaba Incentive co. c. Soc. Juventus F. C.*, en *Danno e Resp.*, 2001, 46, con comentarios de BASTIANON y ROSCIONI.

[42] Es el caso *Montanari*, sentencia de la Corte d'Appello de Génova, 20 de octubre de 1995, confirmada en el 1996 por la Corte di Cassazione.

[43] Un interesante estudio comparado sobre el estado del *private enforcement* en la UE es el *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, disponible,

advanced national antitrust rules, there is little evidence that consumers and business customers are fully exercising their right to damages for harm»[44]. Es opinión común en ámbito político y académico que el nivel suboptimal en el que se encuentra la aplicación privada de las reglas de competencia en Europa, sobre todo por lo que se refiere a las acciones judiciales de los consumidores, represente un coste social injusto e ineficiente pagado por la sociedad en su conjunto en términos de menor competitividad e innovación[45]. Por esta razón, ya desde algunos años se está tratando a nivel comunitario de resolver políticamente el problema de la escasa efectividad de las reglas *antitrust*[46]. El debate político está ya bastante maduro y a finales de este año está prevista la publicación de un Libro Blanco sobre *private enforcement* de las reglas de competencia[47]. Paralelamente, el Tribunal de Justicia, en nombre de una mayor efectividad de las reglas de competencia, ha creado y consolidado «a cada sujeto del mercado» el derecho a obtener la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una violación de dichas normas[48].

Si a nivel comunitario, o por lo menos en los Estados miembros *with advanced national antitrust rules,* la escasa invocación en juicio por parte de los particulares era —y lo es todavía en parte— debida a la falta de incentivos estructurales adecuados, en el ordenamiento italiano dicha efectividad era imposible de alcanzar, no sólo por lo inadecuado del sistema operativo de las reglas *antitrust* nacionales, sino sobre todo por una compacta y difundida concepción cultural por la que la competencia en el mercado tenía que ser considerada *exclusivamente* como una *affaire* entre empresas. Por estas razones, la indemnización del daño antitrust sufrido por el consumidor era, *intra moenia*, una hipótesis desconocida en la práctica judicial. La Corte di Cassazione confirmó dicha convicción cultural en el caso *Montanari* de 1999: «*le norme degli art. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del trattato Cee sono rivolte alla tutela della libera competencia tra imprese [...] ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l'utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta*»[49]. Dicha posición fue expresada con similar claridad por la Corte d'Appello

---

en inglés, a la dirección web: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

[44] Véase KROES, ponencia de 8 de marzo de 2007, citada en nota 5.

[45] Véase KROES, ponencia de 8 de marzo de 2007, citada en nota 5, donde se lee: «*customers and consumers, the small businesses and individual citizens who foot much of the bill of illegal behaviour upstream*».

[46] Un único *fil rouge* pasa por el Reglamento 1/2003, para la promoción de programas específicos de formación destinados a los jueces nacionales sobre el derecho comunitario de la competencia, para la publicación del estudio comparado promovido por la Comisión sobre las acciones de daño así como por la antes mencionada publicación del Libro Verde y por los comentarios a dicho Libro Verde.

[47] Cfr. KROES, ponencia de 8 de marzo de 2007, citada en nota 5, y DE SMIJTER y O'SULLIVAN, citado.

[48] Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia en los casos *Courage*, citado, y *Manfredi*, citado.

[49] Sentencia de la Corte di Cassazione, sez. I, 4 de marzo de 1999, núm. 1811, *Montanari c. Cassa risp. Genova e Imperia*, en *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, con comentario de TASSONI.

de Turín en el *obiter* del caso *Juventus F. C. Spa*. En esa ocasión, la Corte d'Appello indicó explícitamente a los consumidores finales —víctimas de un clarísimo *pass-on* del daño *antitrust*, que sin embargo no eran partes procesales— el *iter* que hubieran debido seguir para obtener la indemnizacion del daño patrimonial sufrido. No hubieran podido utilizar la acción de daños y perjuicios *ex* Ley 287/90 (reservada, por así decirlo, a los damnificados de clase *business*) sino la regla *nazional popolare* de responsabilidad civil *ex* arts. 2.056-2.058 c.c., «*atteso che la norma in esame* [art. 3 L. 287/90] *configura una fattispecie di ilícito aquiliano, autonoma e specifica rispetto quella generale di cui all'art. 2043 c.c.*»[50]. La Corte d'Appello, reafirmando «*la natura soltanto compensativa*» de la acción de indemnización, reconoció la legitimación activa exclusivamente al «*soggetto che abbia concretamente subito un daño*»; dejando «*privo di legittimazione attiva sostanziale il soggetto che abbia concorso a traslare il daño a terzi, e così ai consumatori finali*»[51]. La atención del Tribunal se concentró en el *pass-on* del daño, que en este trabajo será analizada en el apartado siguiente. Es interesante observar que el Tribunal identificó correctamente el daño sufrido por los «*operatori economici-consumatori*»; sin embargo, dichos daños fueron súbitamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley *antitrust* y desviado en las reglas generales de responsabilidad civil extra contractual[52]. Esta reconstrucción fue confirmada por la Corte di Cassazione en 2002: «*l'azione proposta dal consumatore finale per chiedere il risarcimento del daño asseritamente derivato da un'intesa restrittiva della competencia, [...] non rientra nella cognizione esclusiva della corte d'appello in unico grado di merito, ai sensi dell'art. 33, cpv., l. 287/90, ma riveste i caratteri di un'ordinaria azione di responsabilità, assoggettata agli ordinari criteri di competenza*»[53].

Las cosas empezaron a cambiar hace relativamente poco. La evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte di Cassazione está marcada por la inconstante fortuna (judicial) de las decenas de demandas de indemnización propuestas por algunos consumidores-asegurados contra sus respectivas compañías de seguro-coludidas que participaron en el famoso cártel *Rca*. Desde el punto de vista jurídico, es complicado describir en pocas palabras lo que pasó, sobre todo porque acerca de dicho cártel se han pronunciado prácticamente todos los Órganos judiciales italianos y, en vía prejudicial, también el Tribunal de Justicia. En cambio, los hechos se recuerdan con facilidad: en el año 2000, a través del Provvedimento núm. 8.546, la Autorità Garante della Concorrenza e Mercato condenó a las principales compañías de seguro activas en el mercado italiano *Rca* (Responsabilidad Civil de los Automóviles) por haber realizado, entre 1994 y 1999, un cártel

---

[50] Corte d'Appello de Turín, sentencia del 6 de julio de 2000, véase nota 42.

[51] Corte d'Appello de Turín, sentencia del 6 de julio de 2000, véase nota 42.

[52] Corte d'Appello de Turín, sentencia del 6 de julio de 2000, véase nota 42

[53] Sentencia de la Corte di Cassazione, sez. I, 9 de diciembre de 2002, núm. 17.475, en *Foro It.*, 2003, I, 1121. Véanse los comentarios de PALMIERI, SCODITTI, en *Foro It.*, 2003, I, 1121; y de BASTIANON, *Danno e resp.*, 2003, 390.

ilícito con el fin de fijar el precio de las pólizas de seguro[54]. Poco tiempo después de la publicación de las decisiones, gracias principalmente a la enorme difusión que la noticia tuvo en nuestro país —por el hecho de que el daño patrimonial fue sufrido por una larguísima parte de la población—, fueron propuestas delante de los Órganos judiciales civiles decenas de demandas del daño y perjuicio. Fue la fuerza de esta marea confusa de acciones civiles y la toma de conciencia por parte de la Corte di Cassazione del aislamiento al que había confinado el ordenamiento jurídico italiano en materia de daño *antitrust* en el panorama comunitario, la que llevó a forzar, literalmente, la jurisprudencia de la Suprema Corte, estimulándola a reconocer la legitimación activa *ex* art. 33.2 de la Ley *antitrust tambien* a los consumidores finales (véase Corte di Cassazione, Sezioni Unite núm. 2.207, de 2005 —caso *Unipol*—). El último pronunciamiento de la Cassazione sobre una acción civil fundada en el cártel *Rca* es el del pasado 2 de febrero de 2007; en una sentencia de cuarenta y cuatro hojas, la Corte repasa críticamente su propia jurisprudencia en tema de legitimación activa del consumidor *ex* Ley *antitrust*, consolida «la reformulación» de 2005, reconcilia «definitivamente» la controvertida relación de nuestro ordenamiento jurídico *antitrust* con los consumidores finales y, al mismo tiempo, coloca una piedra sobre la efectividad de las reglas de competencia y sobre la tutela de los consumidores en el sistema *antitrust* de *casa nostra*. Una piedra bastante pesada (otra vez de carácter procesal) que sólo el legislador nacional podrá (y deberá) levantar.

La falta de decisiones de tribunales italianos sobre la cuantificación del daño *antitrust* del consumidor en casos complejos (acuerdos ilícitos con reducción de cuotas de producción, prácticas predatorias excluyentes, daños pasados sólo en parte etc.) deja abierta, por el momento, una amplia posibilidad de reconstrucción judicial. Como hemos anticipado, el pronunciamiento de la Cassazione de 2007, leída a la luz de la sentencia SU de 2005, ofrece al intérprete algunas indicaciones de carácter general respecto a los criterios a utilizar para cuantificar en juicio el daño *antitrust* sufrido por el consumidor final. Hay que considerar sin embargo que el caso *Rca*, no obstante sus difíciles aspectos procesales a los que hemos hecho referencia, si se lo mira desde la perspectiva del derecho *antitrust* es un caso bastante simple. Su naturaleza *follow-on* ha simplificado mucho la labor de los actores y de los jueces tanto por lo que se refiere a la demostración de la existencia de la práctica anticompetitiva ilícita (y de sus efectos en el mercado) como por la determinación del daño sufrido. Por lo que se refiere al primer aspecto, los tribunales se han referido más o menos integralmente a las conclusiones de la AGCM y a su actividad de instrucción, sin meterse a investigar las relaciones sustanciales entre las partes en los diferentes casos. Dicho *modus operandi* ha sido avalado por la Corte di Cassazione: «*all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento*

[54] Decisión de la Autorità Garante della Concorrenza e Mercato núm. 8.546, de 28 de julio de 2000, en *Bollettino* núm. 30/2000.

dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante». Por lo que se refiere a la determinación del daño sufrido por los consumidores finales, no se registran, en este caso, las complicaciones del *passing-on*: el daño fue sufrido directamente por los consumidores finales. También en este aspecto los tribunales, y por último la Corte d'Appello de Nápoles, se han limitado a reconocer que el daño del consumidor final correspondía a la «*differenza tra la somma pagata per la polizza assicurativa ed il prezzo immune dalle alterazioni derivanti dall'intesa*»[55]. Sin embargo, a la hora de determinar el precio de mercado, es decir el precio no influenciado por el ilícito antitrust, al que hay que sustraer el precio efectivamente pagado, los tribunales se han refugiado en el puerto seguro de la *equità*. Es decir en la «*impossibilità di provare il daño o, comunque la notevole difficoltà di una sua precisa quantificazione impone l'utilizzo di criteri equitativi [...] e nella fattispecie, è equo determinarlo nella misura del 20 % del premio di polizza pagato dall'assicurata*». La identificación del daño en el 20 % del coste total de la póliza es un *leitmotiv* en las sentencias de los jueces italianos que se han pronunciado a favor del consumidor final en las acciones civiles del caso TCA. La Corte di Cassazione ha identificado el daño en el mayor gasto pagado por la víctima del ilícito antitrust y lo cualifica como una «*perdita di chance*», como «*la perdita della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza, che sarebbero state disponibili nel mercato se la competencia non fosse stata illecitamente falsata o eliminata*»[56]. Para demostrar la entidad del daño sufrido, el juez deberá, según la Corte, «*accertare gli effetti che l'intesa ha svolto sull'aumento dei prezzi nel mercato [...] ed in particolare sullo specifico premio pagato*». A tal fin podrá valerse de todos los instrumentos previstos por el juicio civil y también del recurso a expertos externos (*Consuleza Tecnica d' Ufficio*).

Por lo que se refiere al *quantum*, también la Corte di Cassazione admite la imposibilidad «*o comunque l'elevata difficoltà della determinazione del daño nel suo preciso ammontare*» y avala la opción seguida por la Corte d'Appello de Nápoles de liquidar el daño en vía equitativa como porcentual de la póliza efectivamente pagada. La única pega del juez de apelación, según la Cassazione, no está en no haber ordenado *ex oficio* una CTU (recurso a expertos externos) para cuantificar el daño patrimonial (aspecto que viene de todas maneras destacado por la Corte), sino en haber calculado el 20 % «*sul premio lordo, ossia comprensivo di imposte ed oneri vari [...] mentre avrebbe dovuto essere calcolata sul premio netto [...]*»[57]. No parece una argumentación convincente: el daño patrimonial sufrido por el consumidor no puede quedarse desligado del precio final, que ha sido efectivamente pagado y que sirve como índice para valorar la entidad de la oferta en el mercado y para comparar los precios finales. Los cartelistas han sacado ilegalmente unas rentas determinadas del consumidor; da igual desde

---

[55] Sentencia de la Corte d'Appello de Napoles, 3 de mayo de 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1880, comentario de PALMIERI.

[56] Sentencia de la Corte de Cassazione, Terza Sezione, núm. 2.305, de 2 de febrero de 2007.

[57] Sentencia de la Corte de Cassazione, Terza Sezione, citada.

una perspectiva económica qué parte de estas rentas hayan sido transferidas al Estado bajo forma de tasas o otros costes no recuperables. Asimismo, todos los demás aseguradores incluyen dichas sumas en su precio final. Es útil no olvidar, para entender mejor de qué tipo de daño nos estamos ocupando, que la Corte d'Appello de Nápoles liquidó el daño patrimonial al consumidor-asegurado 19,68 euros (diecinueve con sesenta y ocho euros). Dicho importe deberá ser recalculado según las indicaciones de la Cassazione, en base a los valores netos.

4. EL PROBLEMA DEL *PASS-ON*

El fenómeno del p*assing on* es imputable a la estructura del mercado en competencia. Las relaciones verticales que ligan el proceso de producción con el proceso de distribución y que permiten a las empresas llegar a los consumidores finales están tan íntimamente ligadas entre ellas —y con los niveles superiores de la cadena del valor— que todo lo que sucede al nivel superior tiende a repercutirse en el nivel inferior con una intensidad que varía en función de la presión competitiva. Es precisamente por este fenómeno que el mercado en competencia beneficia a los consumidores finales: los precios más bajos, la mejor calidad de los bienes/servicios disponibles en el mercado y la mayor innovación benefician a los consumidores (y a la sociedad en general en términos de mayor eficiencia) simplemente porque dichos efectos producidos por la competencia a los niveles superiores llegan al mercado final. También los efectos dañinos, las ilícitas distorsiones de la competencia (es decir los precios artificiales, el menor nivel de producción, las ineficiencias, etc.) atraviesan la cadena del valor, desde arriba hacia abajo. Así que parece correcto definir el *pass-on* como un fenómeno neutro en sí, sin color propio, que se verifica en las economías de mercado, digámoslo así, *tanto para bien como para mal.* Dicho fenómeno es relevante también en otros sectores del derecho de la competencia (como el control de concentraciones) y está presente también en otras ramas del Derecho (por ejemplo en el Derecho tributario). Desde una perspectiva de observación más amplia se ha demostrado que las propias reglas jurídicas, en el momento de su aplicación entre los miembros del Ordenamiento jurídico, originan un efecto *pass-on* en la sociedad en su conjunto. El fenómeno del *pass-on* en *antitrust* interesa al jurista tanto desde la perspectiva procesal (identificación de los legitimados activos y pasivos) como sustancial (identificación y cuantificación del daño).

El legislador italiano no ha tomado posición respecto a la admisibilidad de la *passing on defence* bajo la Ley de Defensa de la Competencia. La cuestión se presentó por primera vez en el caso *Juventus F. C. Spa* del año 2000[58]. Quien se benefició de la *passing-on defence* en ese juicio fue la

[58] Corte d'Appello de Turín, sentencia de 6 de julio de 2000, véase nota 42.

Juventus F. C. Spa, ya bien conocida por su juego ultradefensivo en los campos de fútbol. La empresa *Indaba Incentive Co.*, activa en el mercado de los servicios turísticos y especializada en grandes eventos deportivos, citó por daños y perjuicios *ex* art. 33.2 Ley 287/90, a la *Juventus F. C., Spa*, sociedad de fútbol. La sociedad actriz lamentaba el abuso de posición de dominio de la *F. C. Spa* en el mercado de la venta de las entradas del partido final de la *Champions League* de 28 de mayo de 1997 [59]. La Corte d'Appello de Turín declaró la existencia del abuso consistente en la imposición unilateral de cláusulas contractuales y condiciones de venta de las entradas excesivamente onerosas. Por primera vez la Corte tuvo que decidir un caso *antitrust* complejo desde el punto de vista de la legitimación activa. En este caso, la acción de daños no fue promovida por un tercero, como en los demás casos analizados, sino por un sujeto que había sido parte del acuerdo ilícito: «*[...] il problema delicato è costituito dalla competencia in capo allo stesso soggetto della qualità di compartecipe all'intesa vietata [...] sia di eventuale vittima della posizione dominante [...]*». El Tribunal reconoció que también en el acuerdo colusorio «*i* partners *possono essere in posizione economica equiordinata o subordinata*». A la luz de la documentación producida en el juicio, el Tribunal resolvió la cuestión afirmando «*la natura soltanto compensativa*» de la acción de daños y reconoció la legitimación activa exclusivamente al «*soggetto che abbia concretamente subito un daño*», dejando sin legitimación «*il soggetto che abbia concorso a traslare il daño a terzi, e così ai consumatori finali*» [60]. Además, «*la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era patente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del daño [...]*», dicho elemento fue estimado suficiente para excluir «*l'incolpevolezza in capo a parte attrice che versava in una situazione di dolo*» y consecuentemente a excluir el derecho a obtener la indeminización de los daños. De todas formas el razonamiento del Tribuinal no excluyó a priori el adquirente intermedio del grupo de damnificados potenciales por el ilícito *antitrust*, «*per l'evidente ragione che esso ha subito una limitazione alla compatibilità del mercato*». Según el Tribunal, la coparticipación ha de ser tenida en cuenta a la hora de cuantificar el daño *antitrust*, así previsto por los arts. 2.056.1 y 1.227 del Código Civil.

Sin una clara intervención del legislador (comunitario y nacional), la solución podría llegar otra vez, desde la aplicación del principio de la efectividad de los arts. 81 y 82 CE: cualquier limitación de la legitimación activa (también en casos de *passing-on*) contrastaría con dicho principio. Además, en la sentencia *Manfredi,* el Tribunal de Justicia, reafirmando que el Ordenamiento comunitario no tolera el indebido (y ilícito) enriquecimiento (del que provoca el daño pero tampoco del damnificado) parece reivindicar —a través de los principios clásicos de *civil law*— la admisibilidad

[59] El partido se jugó en el Olympiastadion de Munich (Alemania) entre el Borussia Dortmund y la Juventus F. C. Como muchos recordarán el equipo alemán ganó el partido por 3-1.

[60] Corte d'Appello de Turín, sentencia de 6 de julio de 2000, véase nota 42.

de la *passing on defence*[61]. No es casual, en este sentido, la sintonía argumentativa de la Corte d'Appello de Turín y del Tribunal de Commerce de Nanterre (Francia) en denegar la indemnización del daño a quien pasó ese daño al nivel inferior[62].

5. LA ACCIÓN DE DAÑO *ANTITRUST* EN ITALIA (TABLA DE RESUMEN)

Legitimados activos.	Los sujetos del mercado (empresas y consumidores).	Cass. S.U., núm. 2.207/2005. Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Naturaleza de la acción.	Extracontractual (art. 2043 c.c.).	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Tribunal competente *ex* Ley 287/90.	Tribunal de Segunda instancia territorialmente competente.	Art. 33.2 L. 287/90.
Tribunal competente *ex* arts. 81 y 82 CE.	Tribunal de Primera instancia o juez de Paz dependiendo del valor económico de la causa.	Art. 7 Codice Procedura Civile.
Legitimación del sujeto intermedio.	El sujeto intermedio pertenece a a la categoría de los damnificados pero su eventual participación al ilícito es relevante a la hora de cuantificar el *quantum* del daño *antitrust*.	Corte App. Turín, 6 de julio de 2000.
Pass-on defence.	No es legitimado activo el sujeto que se ha dolosamente determinado a sufrir los efectos de un ilícito anticompetitivo en la perspectiva de transferir el daño al nivel inferior.	Corte App. Turín, 6 de julio de 2000.
El daño *antitrust*.	El daño *antitrust* es la lesión de un interés, procesalmente relevante, en la conservación del carácter competitivo del mercado, hasta el punto de que se puede alegar un perjuicio específico consecuente a la ruptura o a la disminución de dicho carácter.	Cass. S.U., núm. 2.207/2005. Cass. Sez.III, núm. 2.305/07.

(Continúa)

[61] Véase sentencia *Manfredi*, citada.

[62] Véase la sentencia de Tribunal de Commerce de Nanterre, 6ème chambre, 11 de mayo de 2006, caso *Arkopharma*, y también los casos 68/79, *Just c. Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980], *ECR* 501; 130/79, *Express Dairy* c. *IBAP* [1980], ECR 1887; 238/78, *Ireks-Arkady* c. *Council and Commission* [1979], *ECR* 2955; C-192/95-C-218/95, *Comateb* y otros c. *Directeur général des douanes et droits indirects* [1997], *ECR* I-165.

(Continuación)

El daño del consumidor.	El daño del consumidor es el mayor precio (diferencia entre el precio pagado y el precio competitivo); es una pérdida de *chance* (pérdida de la posibilitad de acceder a las condiciones mejores que se hubieran dado si la competencia en el mercado no hubiera sido perjudicada).	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Cuantificación daño.	El juez puede utilizar todos los instrumentos previstos por el Ordenamiento procesal, incluida la CTU (Auxilio de expertos externos). Si no se puede demostrar la entidad del daño patrimonial en su exacta entidad o dicha prueba es altamente difícil, el juez lo puede estimar en manera equitativa.	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07. Art. 1.226 c.c.
Prueba del ilícito *antitrust*.	A cargo del actor. En el caso de que la AGCM se haya pronunciado con anterioridad será suficiente alegar el *Provvedimento* —el demandado puede demostrar lo contrario.	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Prueba del daño *antitrust*.	A cargo del actor. En el caso de que la AGCM se haya pronunciado con anterioridad será suficiente demostrar la relación del damnificado con el coludido (por ejemplo producir en juicio el contrato de seguro *Rca*).	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Instrumentos del juez para demonstrar el nexo causal.	Criterios de elevada probabilidad lógica o a través de presunciones sin omitir evaluar las pruebas contrarias ofrecidas por el coludido.	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.
Plazo de prescripción de la acción.	Cinco años contando a partir del día en el que, quien ha sufrido el daño, haya tenido, siendo diligente, un razonable y adecuado conocimiento del mismo y de su injusticia (el *dies a quo* no coincide necesariamente con la fecha de publicación del eventual *Provvedimento* de la AGCM).	Cass. Sez. III, núm. 2.305/07.

Fuente: elaboración propia de datos disponibles en las bases de datos *Foro.It.* y *Danno e Responsabilità.*

6. UNA LACÓNICA CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha intentado reproducir la compleja realidad de la individuación y cuantificación judicial del daño *antitrust* en Italia. Los jueces nacionales, aplicando las reglas generales en tema de responsabilidad civil extracontractual a los casos *antitrust* nacionales y comunitarios, acaban por añadir a los ya múltiples objetivos del derecho de la competencia una ulterior función compensativa. Lo cual, según las reglas clásicas de la responsabilidad civil, impone la exacta individuación y determinación del daño efectivamente sufrido por la víctima para poder, a través del juicio, restaurar el *status quo ante*. Dicha operación es complicada a causa de la estructura y de la conformación misma del ilícito *antitrust*. Según la Corte di Cassazione, el juez nacional deberá utilizar todos los instrumentos procesales previstos por el Ordenamiento jurídico para individuar y determinar la entidad del daño *antitrust*; entre ellos se revela muy útil la Consulenza Tecnica d'Ufficio. Cuando la reconstrucción de la entidad del daño sea extremadamente difícil y compleja, el juez podrá recurrir a la liquidación equitativa. El instrumento equitativo es perfectamente admisible porque está previsto por el *Codice Civile* precisamente para los casos de indemnización más complejos, sin embargo lleva consigo un margen inevitable de imprevisibilidad[63]. Probablemente sea éste el precio a pagar por una mayor efectividad de las reglas de competencia en Italia y en Europa; efectividad que no hay que olvidar que es un objetivo público y no de los privados que sufren el daño patrimonial.

Sin una intervención específica del legislador, el sistema de *enforcement* italiano es todavía muy poco amigo de los consumidores finales. Ellos, y aquí está la piedra sobre la efectividad de las reglas de competencia puesta por la *Corte di Cassazone*, deberán soportar los costes y los riesgos de un único grado de jurisdicción para ver tuteladas sus razones de pocas decenas de euros. Lo cual, aunque con toda la *equità* que quiera conceder cada *Corte d'Appello*, siempre tendrá un efecto desincentivante sobre las acciones de daños y perjuicios propuestas por los consumidores finales.

Si es verdad lo que escribió Jorge Luis BORGES, que *los rasgos pueden abundar en los hechos, pero no en su memoria*, nos quedamos, de momento, con una lacónica conclusión: a fin de cuentas, el criterio vigente en Italia para cuantificar el daño *antitrust* es la *equità*, signifique lo que signifique[64].

---

[63] Véase art. 1.226 c.c. y sentencia de la Corte di Cassazione núm. 2.305/07, citada.

[64] J. L. BORGES, *El inmortal, El Aleph*, 1949.

PRECIOS EXCESIVOS Y DISCRIMINATORIOS EN EL EXPEDIENTE TELEVISIONES: UN ENFOQUE ECONÓMICO

Elvira MUÑOZ
Elena ZOIDO
Economistas, LECG Europe

1. INTRODUCCIÓN

El número de casos de abuso de posición de dominio relacionados con prácticas de precios excesivos o discriminatorios es muy escaso. Ambas constituyen dos de las áreas más complejas en el ámbito de la aplicación del art. 82 del Tratado CE (y de su equivalente en España, el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, LDC), ya que el análisis de las estrategias de precios de las empresas dominantes implica dificultades prácticas y conceptuales diversas.

Por un lado, la legislación prohíbe «*la imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*», esto es, una empresa viola el art. 6 de la LDC si cobra precios «injustos», o excesivamente elevados, a sus clientes. Esta práctica se considera un abuso explotativo, en el sentido de que resulta en una pérdida directa de bienestar de los consumidores. Pero la cuestión de qué constituye un precio equitativo ha sido objeto de agitados debates entre académicos, tribunales, economistas y abogados [1]. Y desde un punto de vista práctico, no es en absoluto trivial para las autoridades y los tribunales distinguir si un determinado nivel de precios es competitivo o excesivamente elevado.

Por otra parte, tanto la legislación española como la comunitaria prohíben que las empresas dominantes lleven a cabo prácticas discriminatorias, y en concreto, la aplicación en el curso de las relaciones comerciales de

[1] Algunos ejemplos son: caso 27/76 *United Brands v Commission* [1978], ECR 207 [1978], 1 CMLR 429; S. O. SPINKS (2000), «Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law», *Antitrust Law Journal*, 67; J. T. LANG y R. O'DONOGHUE (2002), «Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under article 82 EC», *Fordham International Law Journal*, 26; E. M. FOX (2002), «What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect», *Antitrust Law Journal*, 70.

condiciones desiguales para *prestaciones equivalentes* que resulten en que algunos competidores se sitúen en una situación de *desventaja competitiva* frente a otros. La aplicación práctica de estas prohibiciones es controvertida. Las prácticas discriminatorias por parte de una empresa dominante frente a sus rivales son en realidad prácticas potencialmente exclusionarias, y como tales se deberían analizar. En el caso de la discriminación por parte de una empresa dominante respecto a clientes con los que no compite de manera directa, la empresa dominante no tiene por qué tener ningún interés en llevar a cabo acciones que sitúen a un cliente en una situación desventajosa frente a otros. Es frecuente por tanto que exista algún tipo de justificación que explique la distinción entre los diversos tipos de clientes, y los efectos sobre el bienestar de estas prácticas son a menudo ambiguos.

Sin duda, estas dificultades y la reticencia por parte de las autoridades a intervenir en la estrategia de fijación de precios de las empresas explican que los casos de este tipo sean escasos. Sin embargo, el pasado año el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) se enfrentó a la denuncia por parte de Antena 3 Televisión y Gestevisión Telecinco contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) por fijación de tarifas abusivas y discriminatorias respecto a otras televisiones[2]. La Resolución del TDC en este Expediente nos proporciona una oportunidad para llevar a cabo una reflexión, desde una perspectiva económica, sobre las dificultades que entraña el análisis de las conductas de precios de las empresas dominantes cuando se pretende determinar si los niveles de precios observados resultan excesivos o discriminatorios.

El resto del artículo se estructura de la forma siguiente. Comenzamos por exponer brevemente el caso en el apartado 2. En el apartado 3 describimos el contenido de la LDC respecto al abuso de una posición de dominio. A continuación, en los apartados 4 y 5 analizamos el abuso de posición de dominio por el establecimiento de precios no equitativos y de condiciones discriminatorias, así como la aplicación de dichos preceptos en el Expediente Televisiones por parte del TDC. Por último, el apartado 6 presenta nuestras conclusiones.

2. EL EXPEDIENTE TELEVISIONES

En mayo de 2004 Antena 3 y Telecinco denunciaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) a AGEDI alegando que ésta estaba fijando unilateralmente tarifas abusivas y discriminatorias respecto a otras televisiones, y en concreto respecto a Televisión Española, por el uso de fonogramas, lo cual constituía desde su punto de vista una práctica contraria al art. 6 de la LDC[3].

---

[2] Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006, Expte. 596/05, Televisiones.

[3] Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Las prácticas denunciadas están relacionadas con el ejercicio por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual de sus derechos patrimoniales de explotación y, en concreto, con el derecho que les reconoce la Ley a obtener una remuneración por los actos de comunicación pública[4,5]. La comunicación pública engloba todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas[6]. El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) establece que siempre que una grabación audiovisual o un fonograma que contenga alguna interpretación se utilice para cualquier acto de comunicación pública, tanto el artista, intérprete o ejecutante, como el productor tienen derecho a recibir una remuneración equitativa por parte de los usuarios de dichas grabaciones o fonogramas[7].

Estos derechos de propiedad intelectual se hacen por lo general efectivos a través de las entidades de gestión, tal y como exige la ley. Estas sociedades administran los derechos de remuneración que la ley reconoce, sean sus titulares socios o no de la entidad y, entre otras funciones, se encargan de repartir los derechos recaudados mediante un sistema no arbitrario y proporcional al uso[8]. En la actualidad existen ocho entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizadas por el Ministerio de Cultura[9]. AGEDI es una de ellas. Está constituida por los productores fonográficos y su objeto es gestionar de forma colectiva el derecho de comunicación pública, y el de reproducción para dicha comunicación pública, de sus fonogramas y vídeos musicales. En ejercicio de sus funciones, AGEDI estableció las tarifas que las televisiones debían satisfacer como remuneración de la comunicación pública de fonogramas.

En su investigación, el SDC definió el mercado de referencia como el mercado de la «*gestión de los derechos de propiedad intelectual (comuni-*

---

[4] La normativa que regula los derechos de propiedad intelectual en España se encuentra recogida en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. La última modificación de esta normativa se ha producido a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

[5] Con carácter general, los derechos de propiedad intelectual se clasifican en dos grandes grupos: i) derechos patrimoniales, en los que a su vez se distinguen los derechos de explotación (derechos exclusivos de autorizar o derechos de remuneración) y el derecho compensatorio de remuneración por la copia privada, y ii) derechos morales, integrados por los derechos de paternidad, integridad y doblaje en la propia lengua.

[6] Art. 20 TRLPI.

[7] Como ejemplos de usuarios podemos señalar las salas de cine, los medios de transporte, televisiones, etc.

[8] Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, reguladas en el Título IV del TRLPI, reúnen una serie de características comunes: i) son entidades sin ánimo de lucro; ii) están sometidas al control y a la autorización administrativa previa por parte del Ministerio de Cultura, y iii) están gobernadas por sus socios, que deben ser los propios titulares de los derechos que administran.

[9] Las ocho entidades de gestión son: 1) Sociedad General de Autores y Editores (SGAE); 2) Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO); 3) Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI); 4) Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE); 5) Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP); 6) Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA); 7) Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), y 8) Asociación Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA).

cación pública) de los productores de fonogramas en España» [10]. Asimismo, en su Informe-Propuesta estableció que AGEDI tiene una posición de dominio en dicho mercado, ya que es la única entidad dedicada en España a la gestión de estos derechos y agrupa, en consecuencia, a casi la totalidad de los productores fonográficos [11]. El SDC concluyó que AGEDI abusó de su posición de dominio al establecer para Antena 3 y Telecinco unas tarifas generales excesivas y arbitrarias, que resultaban además discriminatorias, ya que les exigía unas cantidades de dinero muy superiores a las que exigía a TVE, sin razón objetiva alguna que lo justificase, lo cual generaba a su juicio una desventaja competitiva para las televisiones privadas [12].

En línea con las conclusiones del SDC, el TDC resolvió que AGEDI estaba abusando de su posición de dominio *«al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión, S. A., y a Gestevisión Telecinco, S. A., frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002»* [13]. En concreto, el TDC consideró que AGEDI, al agrupar a casi todos los productores de fonogramas existentes en España, ocupaba una posición de dominio prácticamente monopolística, por lo que tenía la obligación de ofrecer a Antena 3 y Telecinco unas condiciones equiparables a las que había establecido con Televisión Española [14]. De acuerdo al TDC, su conducta estaba generando desventajas competitivas entre los operadores de televisión y perjudicaba el mantenimiento de la competencia en el mercado [15].

Sin embargo, mientras que el SDC concluyó que las tarifas de AGEDI eran excesivas a partir de una comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas, el TDC estableció que no disponía de argumentos suficientes para acreditar de manera inequívoca que las tarifas generales establecidas por AGEDI fueran excesivas, y en concreto que fueran sustancialmente superiores a las establecidas por dichas entidades de gestión europeas [16].

3. LAS DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DEL ART. 6 DE LA LDC

El art. 6 de la LDC, y su equivalente comunitario, el art. 82 del TCE, establecen ciertas restricciones sobre la conducta unilateral de las empresas, al prohibir el abuso por parte de una o varias empresas de su posición de dominio. La legislación distingue diversos tipos de abuso. En términos

---

[10] Resolución del TDC, *op. cit.*, 2, Fundamento de Derecho 1.°
[11] *Ibid.*
[12] *Ibid.*, Fundamento de Derecho 3.°
[13] *Ibid.*, Parte resolutiva 1.ª
[14] *Ibid.*, Fundamento de Derecho 1.°
[15] *Ibid.*, Fundamento de Derecho 8.°
[16] *Ibid.*, Fundamento de Derecho 6.°

generales, se puede distinguir entre *abusos explotativos* y *exclusionarios*. Se dice que una empresa incurre en un abuso *explotativo* cuando con su conducta se limita a abusar de su posición de dominio para extraer las rentas de sus clientes, con los que en ningún caso compite en el mercado. Es decir, el bienestar de los consumidores se ve perjudicado por la práctica de la empresa, pero ésta no provoca directamente un daño a sus competidores. Se considera, en cambio, que un abuso es *exclusionario* cuando el objetivo de la empresa es expulsar o perjudicar a sus competidores para reforzar o mantener su posición de dominio en el mercado. Un tercer tipo de abuso sería el de *represión*, mediante el que la empresa dominante persigue castigar a otra.

Sea el abuso de uno u otro tipo, uno de los objetivos primordiales del art. 82 del TCE es impedir que las empresas ejerzan su poder de mercado en perjuicio del bienestar social y de los consumidores, y así promover la eficiencia y el bienestar. Autoridades y tribunales se enfrentan al reto de distinguir entre prácticas empresariales legítimas y, en muchos casos, eficientes, de aquellas cuyos efectos son perjudiciales para el bienestar y que reflejan el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas. Resulta inevitable que cualquier criterio que se establezca para guiar las decisiones respecto a si la conducta examinada es anticompetitiva o no resulte en predicciones incorrectas. En algunas situaciones, las autoridades concluirán que las condiciones de mercado son competitivas cuando en realidad no lo son; en otras establecerán que se ha producido un abuso cuando no ha sido así. Esto es, se pueden cometer dos tipos de errores: i) prohibir conductas que realmente tienen efectos procompetitivos, denominados errores de tipo I, o ii) autorizar comportamientos que restringen la competencia, errores de tipo II.

Ambos tipos de errores son costosos en términos de bienestar. Como es prácticamente imposible establecer criterios que permitan prohibir sólo las conductas anticompetitivas y autorizar únicamente las procompetitivas, se debe elegir el criterio que minimice los costes, ponderando el coste de cada uno de estos errores y su probabilidad de materializarse. Así, por ejemplo, en el caso de los precios excesivos, los errores de tipo I son potencialmente más perjudiciales, especialmente cuando dicho comportamiento se observa en una industria dinámica en la que la inversión y la innovación tienen un papel esencial [17].

La aplicación práctica del art. 82 del TCE por parte de las autoridades europeas y del art. 6 de la LDC por las españolas es reflejo de estos complejos equilibrios. Los casos de precios excesivos y discriminatorios no son una excepción, y, como señalamos anteriormente, el número de expedientes de este tipo es más bien reducido. Como veremos a continuación al analizar cada una de las dos conductas imputadas a AGEDI por Antena 3 y Telecinco,

---

[17] Para un análisis más detallado, ver D. S. EVANS y A. J. PADILLA, 2005, «Excessive prices: using economics to define administrable legal rules», *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1): 97-122.

no resulta fácil determinar si los precios establecidos por una empresa son excesivos o discriminatorios y los costes de una intervención excesivamente estricta pueden ser elevados. La resolución del TDC así lo demuestra.

4. PRECIOS EXCESIVOS

La primera conducta tipificada como ejemplo de abuso de posición de dominio en el art. 6 de la LDC es «*la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*». Como mostraremos a continuación, las autoridades de competencia experimentan grandes dificultades a la hora de perseguir los abusos por imposición de precios excesivos, principalmente por lo complicado que resulta establecer el carácter excesivo de los precios. Comenzamos por describir las características que desde un punto de vista económico debe reunir un precio para poder considerarlo excesivo. Proseguimos con la descripción de los criterios establecidos en la jurisprudencia para establecer si un nivel de precios es excesivo. Finalmente, explicamos qué consecuencias puede tener la intervención de las autoridades de la competencia en el control de los precios establecidos por las empresas y concluimos con la aplicación del TDC en el Expediente Televisiones.

A. ¿QUÉ ES UN PRECIO EXCESIVO?

A la hora de determinar cuándo un precio es excesivo, podemos acudir tanto a los criterios jurisprudenciales como a la teoría económica. Comenzamos por la visión económica al respecto. Desde esta perspectiva, un precio es excesivo si *de manera persistente* en el tiempo se sitúa *significativamente* por encima de su *nivel competitivo*, es decir, por encima del precio que se obtendría en caso de que el mercado operase bajo condiciones competitivas[18]. Esta definición presenta serias dificultades para su aplicación práctica. En concreto, los tres elementos que caracterizan esta definición exigen cierta labor interpretativa.

a) *Nivel competitivo de precios*

Para poder determinar si un precio es excesivo o no necesitamos en primer lugar contar con algún término de comparación. La teoría económica señala que esta comparación debe realizarse respecto al precio que prevalecería en el mercado en caso de que éste operase bajo condiciones competitivas. Pero ¿cuáles son dichas condiciones?

---

[18] R. O'DONOGHUE y A. J. PADILLA, 2006, *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart Publishing, capítulo 12.

En muchas industrias se considera que el marco ideal de comparación es el de competencia perfecta, esto es, un mercado en el que las empresas fijan los precios de sus productos al nivel de sus costes marginales de producción, alcanzándose en consecuencia una situación de eficiencia asignativa y productiva [19]. Sin embargo, existen pocos mercados perfectamente competitivos. De hecho, las empresas presentan cierto poder de mercado en casi todos ellos, ya que la demanda de los consumidores es raras veces perfectamente elástica o existen economías de alcance o escala. Por tanto, el precio en una situación competitiva no es exactamente igual a los costes marginales de producción, sino que se sitúa por encima de los mismos. Además, en estos mercados, el hecho de que los precios estén por encima de los costes marginales de producción es eficiente desde el punto de vista de la competencia dinámica, ya que permite a las empresas recuperar costes, más allá de los marginales, favoreciendo con ello la inversión. Por tanto, establecer cuál es el precio que prevalecería en un mercado en condiciones de competencia ya presenta serias dificultades.

b) *Significativamente por encima*

Para que la política de precios de una empresa sea abusiva no basta con que ésta establezca unos precios que superen a aquellos con los que se comparan, sino que es necesario que los excedan *de manera significativa*. Es decir, el mero hecho de que los precios sean superiores a un determinado nivel no implica de manera inmediata que la conducta de la empresa pueda ser castigada en aplicación del art. 6 de la LDC. Esto genera una indeterminación, ya que la cuantía del exceso que se considera significativa admite múltiples interpretaciones y dependerá de cada caso concreto.

c) *Persistente en el tiempo*

Por último, los precios catalogados como excesivos deberán mantenerse en el mercado durante cierto tiempo para poder considerarlos abusivos. A este respecto surge una nueva incertidumbre: ¿cuál es el periodo a tener en cuenta para poder concluir que el margen excesivo es persistente en el tiempo? No hay una respuesta estándar a esta pregunta, dependiendo de nuevo de cada caso analizado.

Estas dificultades explican que establecer el carácter excesivo de los precios sea una cuestión muy controvertida. El propio TDC español así lo ha reconocido, al señalar que «*el mayor problema que se encuentra cualquier*

[19] La eficiencia asignativa implica que todos los consumidores con una valoración del producto por encima de su coste marginal de producción podrán adquirir el bien. La eficiencia productiva se alcanza cuando se minimizan los costes de producción, de forma que sólo las empresas más eficientes, esto es, con menores costes marginales de producción, operen en estos mercados.

*intérprete para considerar si se han infringido los artículos 6.2.*a) LDC *y 86.a) TUE por imposición de un precio no equitativo consiste en determinar cuál es el precio justo»* [20].

B. ¿Cómo establecer si un precio es excesivo? El test de *United Brands*

Respecto a los criterios que establece la jurisprudencia para determinar si un precio es excesivo, el referente es la Decisión del Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en *United Brands*. En esta resolución se establece que un precio es excesivo cuando no guarda una relación razonable con el *valor económico* del producto suministrado [21]. Esta definición se sustenta sobre un concepto muy amplio, el valor económico del producto, que, tal y como ha reconocido la Comisión Europea, es el resultado tanto de los costes como de la demanda y de las inversiones necesarias llevadas a cabo por la empresa [22].

En esta Decisión, el TJE indica de manera más concreta que para comprobar si los precios son excesivos se debe determinar

> *«si la diferencia entre los costes incurridos por la empresa y el precio que cobra es excesiva, y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, se debe establecer si dicho precio es injusto considerado en sí mismo o en comparación con otros productos competidores»* [23,24].

Si bien el test de *United Brands* supuso un avance sustancial en los criterios para determinar el carácter excesivo de los precios, también es cierto que dejó muchas cuestiones abiertas, tanto respecto a los parámetros de comparación adecuados como respecto a qué se considera «excesivo».

---

[20] Resolución del TDC de 14 de diciembre de 1998, expte. 430/1998, Onda Ramblas/AGEDI.

[21] Decisión 27/76, *United Brands Company v Comisión*, de 14 de febrero de 1978.

[22] Ver por ejemplo las decisiones de la Comisión Europea COMP/A.36.570/D3-*Sundbusserne v Port of Helsingborg* y COMP/A.36.568/D3-*Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, de 23 de julio de 2004.

[23] Resolución 27/76, *United Brands Company v Comisión*, de 14 de febrero de 1978, párrafo 252.

[24] Existen discrepancias respecto a si este test es un test en dos etapas o no. Algunos autores consideran que no es un test en dos etapas sino que los dos criterios establecidos tienen el mismo objetivo (determinar si los precios son excesivos) y que el objetivo del TJE era resaltar, de entre todos los términos de comparación disponibles, la importancia de la comparación del precio con respecto a los costes de producción, de manera que a la hora de analizar el carácter abusivo de un precio se debería siempre en primer lugar emplear los costes de producción, acudiendo a otros términos de comparación sólo cuando no se dispongan de los datos sobre costes o para complementar este análisis. Por tanto, para estos autores no resulta necesario realizar las dos comparaciones establecidas por el Tribunal. Ver por ejemplo M. Motta y A. de Streel (2003), *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, disponible en http://www.iue.it/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf. Sin embargo, la Comisión Europea parece dejar claro en el caso *Port of Helsingborg* que el test del TJE consta de dos etapas (ver págs. 85 y 86 de la decisión COMP/A.36.570/D3-*Sundbusserne v Port of Helsingborg* y 147 y 149 de la decisión COMP/A.36.568/D -*Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, de 23 de julio de 2004).

En lo que concierne a los parámetros de comparación, cuatro criterios son los más frecuentes: i) los costes de la propia empresa; ii) los precios establecidos por sus competidores; iii) los precios establecidos por la misma empresa o por competidores en otras zonas geográficas, y iv) la evolución de los precios de la propia empresa a lo largo del tiempo.

Las autoridades nacionales han recogido estos criterios. El propio TDC señaló, por ejemplo, en el Expediente *Onda Ramblas/AGEDI* que, a la hora de determinar cuál es el precio justo

> *«existen varios tests al respecto, tales como considerar que el precio justo es el que existiría en situación de competencia, el que existe en otros países del entorno o el que corresponde a otros servicios similares o bien los incrementos moderados en comparación con los precios anteriormente existentes»* [25].

Sin embargo, ninguno de estos términos de comparación es completamente satisfactorio. Por ejemplo, al comparar el precio de un producto o servicio con sus costes, es preciso establecer qué criterio de costes emplear y qué margen sobre los mismos se considerará adecuado. Además, en muchas ocasiones, las empresas que cuentan con unos costes más bajos son aquellas que más han invertido en mejorar su eficiencia y reducir sus costes. Por ello, a la hora de analizar si sus precios son excesivos hay que evitar las posibles distorsiones sobre los incentivos empresariales a continuar con sus políticas de inversión. Por otro lado, si comparamos los precios de dos productos, mercados, o momentos temporales distintos, hay que ser muy cauteloso, pues las diferencias en sus precios pueden deberse a diferencias en calidad, prestaciones, preferencias de los consumidores, etc.

En definitiva, toda comparación implica ciertas dificultades y cautelas, cualesquiera que sean los términos de comparación empleados. Por ello, para poder concluir que los precios de una empresa son abusivos por excesivos, se deberían realizar varias comparaciones bajo distintos criterios, las conclusiones de todas las comparaciones deberían apuntar en la misma dirección y las diferencias de precios entre la empresa analizada y los términos de comparación deberían ser muy sustanciales. La jurisprudencia se acerca cada vez más a este enfoque, denominado «*predominance of evidence*» o predominio de evidencia. Por ejemplo, en el caso *Napp*, la *Office of Fair Trading* (OFT) llevó a cabo diversas comparaciones que le llevaron a concluir que los precios eran excesivos [26].

---

[25] Resolución del TDC, *op. cit.*, 20.

[26] La OFT comparó: 1) los márgenes coste-beneficio que Napp obtenía en cada uno de los dos segmentos de consumidores en los que vendía su producto (hospitales y público en general), y 2) el margen coste-beneficio de Napp con respecto al de sus competidores; así como 3) los precios establecidos por Napp con el de sus competidores; 4) con los de la propia Napp a lo largo del tiempo, y 5) con los que ella misma establecía fuera del Reino Unido. Caso CA98/2/2001, *Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd and Subsidiaries v. Director General of Fair Trading*, 30 de marzo de 2001. El Tribunal de Apelación del Reino Unido (*Competition Appeal Tribunal*) apoyó el criterio de la OFT, señalando

C. La política de control de precios excesivos

Prohibir a las empresas establecer precios excesivos tiene como objetivo proteger el bienestar de los consumidores [27]. Sin embargo, la aplicación de esta prohibición supone una intervención por parte de las autoridades de competencia que puede generar distorsiones en el mercado. Estas distorsiones pueden ser particularmente graves, ya que las empresas invierten en el desarrollo de nuevas tecnologías o productos para adquirir una mayor eficiencia que reduzca sus costes y que les permita obtener mayores márgenes de beneficios. Si se impone un «techo» a los precios que pueden establecer, sus incentivos a invertir se verán reducidos, ya que se limitaría su capacidad para recuperar los costes incurridos.

Por consiguiente, la aplicación de la legislación debe considerar qué es mejor para el bienestar de los consumidores: i) establecer unos límites muy exigentes que lleven a las autoridades de competencia a intervenir a menudo en relación a prácticas de precios excesivos, o, por el contrario, ii) aplicar una política muy laxa respecto a precios. En ambos casos las autoridades de competencia están expuestas a cometer errores en sus decisiones. En caso de establecer un límite muy laxo, las autoridades de competencia acabarían concluyendo en muchas ocasiones que determinados precios no son excesivos cuando realmente lo son (error de tipo II). Como resultado, habrá consumidores cuya valoración del producto o servicio supera sus costes pero no su precio, por lo que no lo adquirirán. Por el contrario, si se consideran excesivos precios que realmente son competitivos, las empresas verán reducidos sus beneficios y su capacidad de recuperar costes, y, como hemos visto, tendrán menos incentivos a invertir, con lo que el bienestar de los consumidores también se vería perjudicado (error de tipo I).

En definitiva, se trata de sopesar los costes de una y otra situación, de acuerdo a las circunstancias concretas de cada caso. Por lo general, en el caso de los precios excesivos es más costoso el error de tipo I [28]. De hecho, el propio funcionamiento del mercado tiende a corregir los precios excesivos de una empresa, ya que si éstos se mantienen en el tiempo habrá competidores que entrarán al mercado para obtener también ellos unos beneficios altos. Esto ha llevado a diversos autores a considerar que la intervención de las autoridades de competencia en materia de precios excesivos debería circunscribirse a aquellos casos en que: i) existen barreras a la entrada; ii) la inversión no desempeña un papel muy importante, y iii) la

---

que todas las comparaciones tomadas en su conjunto soportan la conclusión alcanzada de que los precios establecidos por Napp se sitúan bien por encima de los que se establecerían en condiciones competitivas. Decisión del *Competition Appeal Tribunal Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v. Director General of Fair Trading*, de 15 de enero de 2002, párrafo 397.

[27] Así lo ha dejado claro la Comisión Europea en el *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses,* de diciembre de 2005, al señalar en su párrafo 4 que «*With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources*».

[28] Para una mayor discusión sobre las consecuencias de ambos errores en los casos de precios excesivos ver D. S. Evans y A. J. Padilla, *op. cit.*

posición de dominio de la empresa no se deriva de la inversión que ha llevado a cabo[29]. En estas condiciones, estaría justificado que las autoridades analizasen el posible carácter abusivo de los precios, con las precauciones señaladas anteriormente.

D. Aplicación por el TDC en el expediente televisiones

En los apartados anteriores hemos podido comprobar las muchas dificultades a las que se enfrentan las autoridades de defensa de la competencia a la hora de analizar si la política de precios de una empresa es constitutiva de abuso por establecer unos precios excesivos. La Resolución del TDC en el Expediente de las Televisiones es una muestra de ello[30].

En primer lugar, en este mercado era imposible realizar una comparación entre el precio establecido por AGEDI y el que existiría en este mercado en una situación de competencia, ya que, como indica el TDC, en el mercado de referencia (el de la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de fonogramas en España) nunca ha existido tal configuración. Por ello, el SDC recurrió a una comparación internacional de las tarifas establecidas por distintas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en distintos Estados miembros, que le llevó a concluir que las aplicadas por AGEDI eran excesivas.

Las comparaciones geográficas de precios son un instrumento frecuente en este tipo de casos. Las autoridades analizan el nivel de precios de un mismo producto o servicio en distintos países, ya sea la misma empresa o empresas distintas quienes lo produzcan, para establecer un término de comparación para el nivel de precios investigado. Sin embargo, estas comparaciones son un instrumento muy delicado. Para poder concluir que un precio es excesivo por ser significativamente superior a los precios establecidos en otros países, se debe tener en cuenta que son muchos los factores que generan diferencias en precios, y por tanto:

i) Los productos que se comparan deben ser de calidad similar y contar con volúmenes de ventas parecidos, de manera que la base de la comparación sea consistente.
ii) Por otro lado deben tenerse en cuenta las diferencias respecto a la estructura de cada mercado, los costes de las empresas y la estructura y características de la demanda de cada país, que pueden generar diferencias sobre los precios finales.
iii) Del mismo modo, es relevante el momento del ciclo de vida del producto en que se encuentra éste en cada país, ya que los precios del mismo van cambiando a lo largo del ciclo, lo que podría explicar las diferencias de precios. Así, no es de esperar que el precio del

[29] D. S. Evans y A. J. Padilla, *op. cit.*
[30] Resolución del TDC, *op. cit.*, 2.

producto sea el mismo en aquellos países en que está bien establecido y en aquellos otros en los que ha sido recientemente introducido, ya que a menudo las empresas siguen estrategias de precios introductorios reducidos para ganar aceptación por parte de los consumidores.

iv) Por último, en las comparaciones internacionales se suele tomar como referencia de precio competitivo el de uno o varios países, pero estos precios empleados como referencia pueden no ser en realidad competitivos y ser excesivamente altos o bajos respecto a los precios perfectamente legítimos cobrados por la empresa investigada. En tal caso, la conclusión a la que nos llevaría la comparación internacional sería errónea.

En este expediente, AGEDI se hizo eco de estas dificultades y alegó que la comparación que llevó a cabo el SDC no era lo suficientemente homogénea y presentó nuevos datos de distintas entidades que llevaban a la conclusión contraria. Ante esta situación, el TDC consideró que ninguno de los ejercicios realizados habían resuelto las dificultades que la comparación suponía, tales como la elección de los ejercicios económicos a evaluar, la homogeneidad de los derechos de propiedad intelectual cubiertos por las tarifas comparadas, los pagos realizados a las entidades de gestión o los sistemas de pago existentes en los diferentes países. Todo esto llevó al TDC a concluir que ni una ni otra comparación permitían establecer de manera inequívoca si las tarifas de AGEDI eran excesivas o no y no consideró acreditado el abuso por precios excesivos, resaltando la dificultad de realizar comparaciones internacionales sobre bases homogéneas.

5. PRECIOS DISCRIMINATORIOS

Otra de las conductas constitutivas de abuso prohibidas por el art. 6 de la LDC es «*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*»[31].

A continuación analizamos las condiciones que deben reunirse para que la discriminación sea posible desde un punto de vista económico. Seguidamente, examinamos los requisitos establecidos en el texto del art. 6 de la LDC para poder considerar que una política de precios es abusiva por ser discriminatoria, y los efectos que sobre el bienestar pueden tener las prácticas de discriminación en precios. Concluimos con la descripción de la actuación del TDC en el Expediente Televisiones.

---

[31] Art. 6.2.*d)* de la LDC, reflejo del artículo 82.*c)* del TCE, que establece que una de las prácticas abusivas prohibida por el mismo consiste en: «*c)* aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva».

A. Una visión económica de la discriminación en precios

Desde un punto de vista económico, la discriminación en precios consiste en prácticas de precios que permiten a las empresas incrementar sus beneficios cobrando precios distintos por un número de unidades distinto o a clientes distintos. La discriminación en precios sólo es posible bajo ciertas condiciones[32]. En concreto, es necesario que las empresas puedan clasificar a sus clientes conforme la valoración que cada uno tiene del bien o servicio suministrado, y que además puedan evitar que se produzca arbitraje entre los consumidores[33]:

a) *Clasificación de los clientes*

El objetivo principal de una empresa que discrimina entre sus clientes es extraer de ellos el máximo beneficio, de manera que intentará establecer un precio más elevado para aquellos clientes que más valoren el producto, mientras que para aquellos cuya valoración es menor, el precio será más bajo. Por ello, el requisito obvio para poder seguir una estrategia de discriminación de precios es que las empresas sean capaces de identificar a los clientes de acuerdo a su disponibilidad a pagar por el bien. En algunos casos, la valoración del bien por parte de cada uno de los clientes es conocida y el precio se fija de forma individualizada (lo que se conoce como discriminación de primer grado). En otros, las empresas ofrecen «catálogos de contratos» que inducen a los consumidores a elegir el que más les conviene (discriminación de segundo grado). Por último, la discriminación en precios a menudo se basa en características observables de los clientes (discriminación de tercer grado).

b) *Imposibilidad de arbitraje*

La discriminación en precios llevada a cabo por una empresa sólo resultará exitosa si los consumidores no pueden realizar arbitraje entre ellos. Esto es, los consumidores no deben poder revenderse entre sí los productos

---

[32] R. O'Donoghue y A. J. Padilla, *op. cit.*, 18, capítulo 11.

[33] Algunos autores consideran que existe un tercer requisito indispensable para poder discriminar en precios: la empresa que quiere discriminar debe tener poder de mercado (ver por ejemplo J. Faully A. Nikpay, (2007), *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press). Pero existen posturas contrarias. Por ejemplo, M. E. Levine defiende que es posible discriminar en precios cuando el mercado es competitivo, no existiendo necesariamente un vínculo entre discriminación en precios y dominancia (M. E. Levine (2002), «Price discrimination without market power, *Yale Journal of Regulation*, 19: 1-36). De todos modos, debemos destacar que el efecto sobre el bienestar de las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por empresas con poco poder de mercado es bastante reducido. En este sentido, podría resultar beneficioso para el bienestar social el permitir que las pequeñas empresas puedan discriminar en precios, ya que con ello sus beneficios serán mayores y, en principio, aumentarán sus incentivos a invertir y hacerse más competitivas.

que han adquirido a precios distintos. En ocasiones, la propia operativa del mercado impide que exista arbitraje (por ejemplo, cuando los costes de transporte son elevados o existe legislación que lo impide). Pero también el suministrador del bien o servicio puede impedirlo, estableciendo límites a la importación o exportación de sus bienes o convirtiendo el producto en nominal.

El análisis económico de estas prácticas de precios indica que sus efectos sobre el bienestar son ambiguos. El efecto más claro de la discriminación es el incremento de los beneficios de la empresa que discrimina, lo cual es lógico ya que las empresas fijan sus precios para maximizar sus beneficios y no llevarían a cabo prácticas discriminatorias si no les reportaran un mayor beneficio. Además, la discriminación permite a las empresas recuperar sus costes de una manera más eficiente, ya que extraen mayores rendimientos de aquellos consumidores que valoran más el producto en cuestión. Asimismo, al conseguir aumentar sus beneficios, las empresas tienen más garantías de que podrán recuperar sus costes, lo que incentivará la entrada en el mercado y, al mismo tiempo, aumentará la inversión.

Pero el efecto de la discriminación sobre el nivel de producción depende de las circunstancias concretas de cada caso. La intuición es sencilla: cuando las empresas se ven obligadas a establecer un mismo precio para todos sus clientes, establecen precios intermedios, de modo que habrá clientes que no comprarán el producto por tener un precio superior a su valoración, y otros clientes comprarán mucha cantidad por tener un precio inferior a su valoración. Si por el contrario la empresa puede discriminar entre sus clientes, el precio se reducirá para aquellos que lo valoran menos, por lo que en este sentido aumenta la producción, pero será mayor para los que tienen una valoración elevada, que consumirán menos cantidad. En consecuencia, el efecto neto sobre el nivel de producción es indeterminado[34].

Los efectos sobre el bienestar se pueden extender a los mercados en los que operan los clientes afectados. En concreto, cuando el bien sobre el que se ejerce la discriminación es un bien intermedio empleado por otras empresas para producir otros bienes, la discriminación puede crear una desventaja competitiva entre ellas y distorsionar la competencia. Pero esta distorsión sólo se producirá en caso de que el producto en cuestión represente una parte importante de los costes de producción.

En definitiva, el efecto de la discriminación sobre los consumidores y sobre el bienestar social es indeterminado. Por ello, no tiene sentido establecer una prohibición general de las prácticas de precios discriminatorias, ya que esto impediría que se materializasen sus efectos positivos y provocaría efectos negativos tales como favorecer el establecimiento de precios

---

[34] La discriminación de primer grado es siempre eficiente, ya que la empresa suministrará a todos los clientes sin limitar la producción siempre y cuando estén dispuestos a pagar más que el coste marginal de producción.

paralelos o restar poder de negociación a los consumidores para obtener mejores precios.

B. ¿Cuándo es la discriminación abusiva desde un punto de vista legal?

Las prácticas empresariales deben cumplir tres condiciones para ser consideradas abusivas por discriminatorias[35].

a) *Prestaciones equivalentes*

Para poder concluir que una empresa está discriminando entre sus clientes es un requisito imprescindible que las prestaciones que ha contratado con cada uno de ellos sean equivalentes. Este análisis va mucho más allá de la simple comparación de los productos objeto de las prestaciones o de las partes implicadas en las mismas, e incluye aspectos tales como el contexto o el momento en el tiempo en que se producen.

Desde el punto de vista de los productos o servicios objeto de las prestaciones analizadas, éstos deben presentar ciertas similitudes en lo que respecta a sus características físicas o funcionales, aunque en ningún caso resulta necesario que sean idénticos en todos sus aspectos. El grado de sustitución que existe entre ellos y la valoración que de los mismos tienen los consumidores son también buenos indicadores del grado de similitud que existe entre dos productos o servicios. Así, si ambos productos o servicios son sustitutivos, las transacciones serán equivalentes, mientras que por el contrario, si el valor que los consumidores otorgan a cada uno de los productos o servicios es muy distinto, las transacciones no podrán considerarse equivalentes.

Asimismo, para determinar la equivalencia de dos prestaciones es imprescindible analizar el momento temporal en que se producen. Sólo se puede considerar que dos transacciones son equivalentes si se producen suficientemente próximas en el tiempo. De no limitarse el horizonte temporal, las empresas dominantes estarían permanentemente expuestas a acusaciones de discriminación respecto a transacciones pasadas.

---

[35] Debemos destacar que el Tribunal de Justicia estableció que la discriminación puede consistir no sólo en tratar situaciones similares de manera distinta, sino también en tratar situaciones diferentes de manera idéntica. Caso 12/63, *República Italiana v. Comisión*, de 17 de julio de 1963, párrafo 6.

b) *Condiciones desiguales*

La característica básica de toda discriminación es que los términos en que se producen las transacciones son diferentes. El punto esencial a analizar a estos efectos es si la rentabilidad que obtiene la empresa que suministra el bien o servicio por cada una de las transacciones equivalentes que se estén comparando es distinta.

c) *Desventaja competitiva*

La LDC establece que para que la discriminación sea abusiva, las condiciones desiguales por prestaciones equivalentes deben situar a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros. El texto del artículo parece indicar claramente que éste es el tercer requisito que debe cumplirse para que una práctica discriminatoria sea abusiva. Sin embargo, existen distintas posturas respecto a si es necesario o no determinar en cada caso concreto si se cumple esta condición. De hecho, la jurisprudencia comunitaria generalmente discute este aspecto muy levemente, e incluso en muchas ocasiones es ignorado.

Aunque no hay consenso respecto al grado de prueba exigible sobre este último requisito legal, algo que sí deja claro la letra de este artículo es que, para que la discriminación sea una práctica abusiva, es necesario que las partes entre las que la empresa está discriminando compitan entre sí. Es decir, las partes entre las que se está discriminando deben operar en el mismo mercado, al mismo nivel de producción, y ser competidores directos. De este modo, la empresa discriminadora no adquiere necesariamente una ventaja competitiva como resultado de la discriminación, sino que con su conducta distorsiona la competencia entre sus clientes.

C. La discriminación en el Expediente *TELEVISIONES*

En el Expediente que nos ocupa, el TDC analizó los tres requisitos que exige la ley y consideró que las tarifas por el uso de fonogramas suponían una discriminación para Antena 3 y Telecinco respecto a Televisión Española. En particular, el TDC consideró que había quedado acreditado que las cantidades que AGEDI reclamaba de Antena 3 y Telecinco por el uso de fonogramas desde 1990 a 2002 eran seis veces superiores a las cantidades percibidas de Televisión Española por prestaciones equivalentes y en el mismo periodo de tiempo sin que hubiera justificación objetiva alguna que explicara dichas diferencias. Además, el TDC estimó en su Resolución que las tres operadoras de televisión competían en el mercado español de televisión en abierto y que la política de precios de AGEDI había ocasionado una desventaja competitiva a Antena 3 y Telecinco frente a su competidora, Televisión Española.

Estas conclusiones contienen algunos aspectos debatibles, de manifiesto en las alegaciones de AGEDI en el Expediente. Por ejemplo, AGEDI alegó que las prestaciones no se podían considerar equivalentes, ya que los pagos recibidos de Televisión Española no incluían los derechos de los artistas ni de la reproducción instrumental, esto es, que las prestaciones no eran equivalentes. El TDC consideró en su Resolución que incluso de admitirse estas alegaciones, las cantidades satisfechas por Televisión Española seguían siendo 3,5 veces inferiores a las de sus competidores.

Asimismo, AGEDI alegaba que las diferencias entre ambas tarifas están justificadas por los distintos momentos en el tiempo en que se establece cada contrato. De acuerdo a sus argumentos, en el momento en que se produjo la negociación de las tarifas con Televisión Española, en 1986, los productores de fonogramas tenían una posición más débil que la que tenían ahora, lo que explicaría las diferencias entre las tarifas entonces establecidas para Televisión Española y las exigidas posteriormente a Antena 3 y Telecinco. El TDC responde, sin embargo, que de ser así, una vez que el Ministerio de Cultura autoriza a AGEDI a gestionar estos derechos en 1989, ésta podía haber revisado el acuerdo inicial existente entre la entidad que los gestionaba con anterioridad (AFYVE) y Televisión Española. Y que, dado que esta renegociación no se produjo, AGEDI debía haber ofrecido a Antena 3 y Telecinco unas condiciones equiparables a las de Televisión Española.

En definitiva, el TDC sancionó a AGEDI por abusar de su posición de dominio al discriminar entre Antena 3 y Telecinco con respecto a Televisión Española, ya que consideró que les había aplicado unas tarifas desiguales por unas prestaciones equivalentes, lo que generaba, a su entender, una desventaja competitiva a las primeras con respecto a la segunda.

6. CONCLUSIONES

El art. 6 de la LDC tiene como objetivo proteger el bienestar de los consumidores frente a las conductas de las empresas que pueden abusar de su posición de dominio en los mercados. Sin embargo, distinguir las prácticas abusivas de otras cuyo impacto sobre el bienestar es beneficioso no es tarea fácil. La Resolución del TDC en el Expediente *Televisiones* es reflejo de estas complejidades y de las cautelas con las que las autoridades intervienen en las estrategias de precios empresariales.

Desde un punto de vista económico, los abusos por precios excesivos son quizá los más controvertidos y los que exigen un estándar de prueba más estricto[36]. La intervención sólo parece justificada bajo condiciones de mercado excepcionales, en las que las barreras a la entrada son elevadas y

[36] En EE.UU. no existe este tipo de abuso, y diversos economistas consideran que este mismo enfoque sería apropiado en Europa. Véase por ejemplo M. MOTTA (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

la actuación de la empresa dominante impide la innovación o el lanzamiento de nuevos productos. El TDC parece haber recogido estas consideraciones en su Resolución en el Expediente *Televisiones*, donde, a falta de pruebas suficientemente convincentes, concluyó que no se podía establecer de manera inequívoca que las tarifas de AGEDI fueran excesivas.

Por su parte, las prácticas de discriminación de precios son universales, y se observan en mercados en los que no existe ninguna empresa dominante. Por ejemplo, la mayoría de los modos de transporte ofrecen tarifas reducidas en determinados horarios, los precios de los billetes de avión dependen de la clase en la que se vuele, y muchos servicios se ofrecen a precios distintos a grupos diferentes de clientes. Por regla general, estos tipos de discriminación son pro competitivos, y en muchos casos redundan en el bienestar de los consumidores, muchos de los cuales no podrían acceder al servicio si se ofreciera a un precio único. Desde esta perspectiva, la imposición de una regla que exigiera a las empresas dominantes tratar uniformemente a sus clientes podría tener efectos perversos sobre el bienestar.

Esto explica que los casos de abuso basados en la aplicación de condiciones discriminatorias son extremadamente poco frecuentes en Europa[37]. Estos casos tienen ciertas características en común, tales como que la empresa dominante disfrute de un cuasi-monopolio en el mercado, que la discriminación sea muy significativa y persistente y que el producto o servicio suministrado suponga un elevado porcentaje de los costes de sus clientes, ya que, de no ser así, parece difícil justificar que las diferencias de precios puedan tener un efecto material sobre las actividades de los clientes. Por último, es frecuente que en los casos de discriminación abusiva las empresas dominantes sean halladas culpables de otros abusos, de los que la discriminación es únicamente una consecuencia. La Resolución en el Expediente *Televisiones* supone, por tanto, una excepción respecto a la práctica comunitaria, ya que el TDC consideró que AGEDI había llevado a cabo prácticas de discriminación abusivas que no iban acompañadas de otros abusos.

---

[37] Casos 40-48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA v.* Commission [1978], ECR 1663, párrafos 524-28; caso 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979], ECR 461, párrafo 90; *Soda-Ash/Solvay*, OJ 1991, L 152/21, párrafo 61; y *Casoission* [2003], ECR II-5917, párrafo 217.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2006. ANULACIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL TDC POR FALTA DE ELEMENTO SUBJETIVO DE CULPABILIDAD

Emilia Pérez de Castro Antolín *
Inmaculada Sanz Sanz
Técnicos de apoyo del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

El presente trabajo surge a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 20 de septiembre de 2006, consecuencia del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y por el Consejo General de la Abogacía Española contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional —Sección Sexta—, estimatoria parcialmente del recurso deducido por el Consejo General de la Abogacía Española contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 18 de enero de 2000, sobre imposición de sanciones, Expte. 455/99. Abogacía Española.

Este estudio tiene por objeto analizar la procedencia o no de la imposición de multa por el TDC en el expediente arriba referenciado y su posterior revocación por sentencia de la Audiencia Nacional. Para ello analizaremos aspectos de la resolución del TDC que dio origen al recurso presentado ante la Audiencia Nacional, la sentencia de la propia Audiencia Nacional y la del Tribunal Supremo.

A continuación contemplaremos los fundamentos jurídicos del dolo y culpa, y la relación prohibición-infracción-sanción a la luz del Derecho administrativo sancionador tradicional y de la moderna tesis positiva. Se analizará, asimismo, el papel de las multas en el procedimiento sanciona-

---

* Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales y no comprometen al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

dor específico de derecho de la competencia y la aplicación, demasiado amplia, en la sentencia analizada de los principios de buena fe y confianza legítima invocados en la misma para exculpar al Consejo General de la Abogacía Española.

1. LIBERALIZACION DE LAS PROFESIONES COLEGIADAS

En general el sector de las profesiones liberales se caracteriza por un alto nivel de regulación, ya sea en forma de normativas estatales o de autorregulación de las organizaciones profesionales. Los defensores de la liberalización del ejercicio de las profesiones colegiadas aseguran que estas restricciones pueden tener un efecto negativo para los consumidores, ya que pueden eliminar o limitar la competencia entre prestadores de servicios y reducir, por lo tanto, los incentivos para que los profesionales trabajen con una buena relación calidad-precio o bien puedan ofrecer servicios innovadores. Por el contrario, quienes abogan por las regulaciones restrictivas sostienen que estas regulaciones tienen como finalidad proteger a los consumidores contra la negligencia profesional.

Los Colegios Profesionales han constituido un sector sobre el que versan numerosas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y ello en virtud de su especial naturaleza. Como queda definido en el art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Se insertan dentro de la Administración corporativa, y tienen encomendadas funciones al servicio del interés público y como tal actúan potestades propias de la Administración pública. Pero junto a estas potestades, también actúan como entes privados y en igualdad de condiciones con los restantes sujetos de Derecho.

En efecto, cuando los Colegios Profesionales actúan como operadores económicos, sometidos a las leyes de mercado, sus actuaciones serán enjuiciadas a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, cuando actúan en el ejercicio de las funciones que les vienen atribuidas por Ley, el carácter de Administración pública con la consiguiente habilitación legal, impide sancionar las conductas que de no tener el amparo del art. 2.1 de la LDC, podrían resultar reprobables a la luz de la defensa de la competencia. Es por ello que se plantea, con relativa frecuencia, si la actividad administrativa de los Colegios Profesionales se somete o no a la jurisdicción del TDC.

Si bien es cierto que el TDC ha venido aplicando sistemáticamente las normas concurrenciales a los acuerdos de los Colegios Profesionales, en relación con el amparo legal previsto en el art. 2.1 de la LDC, en su resolución de 4 de marzo de 1999 (Expte. r 335/98, Colegios Notariales) señala que «...En primer lugar, resulta necesario recordar que el precepto incluido en el

art. 2.1 LDC contiene una excepción a la aplicación de la prohibición de ententes colusorias incluida en el art. 1 de la misma Ley. En segundo lugar, se puede indicar que no solamente se trata de una excepción sino que se trata de una excepción que resulta indeseable para el legislador. Ello resulta del hecho cierto que supone el reconocimiento de que una norma tenga que recordar que algunos de sus preceptos no se aplican porque existe otra norma que así lo establece [...], cuando se legisla pro competencia, resulta poco grato recordar la existencia de normas anticompetitivas [...].

En este contexto, como consecuencia del encargo recibido del Gobierno en el Plan de Convergencia, el TDC, en junio de 1992, elaboró un Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones colegiadas[1] que contiene la propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España. El objetivo de la reforma era adecuar el régimen de prestación de servicios profesionales a la libre competencia propia de la economía de mercado.

En dicho Informe se describen las principales restricciones a la competencia que afectan a las profesiones y a la vez se hace una evaluación de las mismas, agrupándolas en: 1) barreras de entrada; 2) limitaciones a la competencia no relacionadas directamente con precios, y 3) limitaciones a la libre fijación de precios. Estudiada la normativa que afecta a estos colectivos, el TDC apunta la necesidad de modificar la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, puesto que la normativa económica aplicable a estos profesionales ha permanecido sin cambios en los últimos dieciocho años, a diferencia de otros sectores que han sido sometidos a reformas y a una profunda liberalización desde 1975.

Destaca en su Informe la cuestión de los honorarios, a los asigna un papel central en la política de competencia. Señala que el precio libre es una institución básica en la economía de mercado y debe ser el resultado del juego de la oferta y la demanda. Deben ser cliente y oferente los que decidan sobre el precio y una total transparencia de los mismos pondrá de manifiesto los beneficios que la competencia trae para el consumidor final al poder evaluar las distintas alternativas que los diferentes oferentes pueden presentar.

Elimina en su Informe cualquier injerencia del Estado o de cualquier Organización, fuera de las partes, que tenga capacidad para determinar los honorarios profesionales, pues la prohibición de la libre fijación de honorarios sólo tiene como finalidad favorecer intereses particulares.

La reforma propone suprimir exclusivamente aquellos privilegios que son utilizados en provecho exclusivo de una parte de la población, sin ningún beneficio para el resto.

---

[1] *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España*, junio de 1992, Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Informe justifica la necesidad de una reforma legal porque la LCD no derogó las normas con rango de ley que amparaban prácticas monopolísticas, puesto que el art. 2.1 excluye de la aplicación de la LCD dichas prácticas si están amparadas por una norma legal y en ese caso se encuentran los Colegios Profesionales.

En este sentido, el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996 y su posterior conversión en Ley 7/1997 de 14 de junio, sobre liberalización de las profesiones colegiadas consolidó la línea de actuación del TDC y supuso un cambio en la aplicación de la doctrina del TDC a la oferta de servicios y a la fijación de la remuneración de estas profesiones.

Es importante tener en cuenta que éste es el primer asunto, después de la publicación de la citada ley, en el que el TDC pasa de enjuiciar la limitación en la prestación de servicios y la fijación de honorarios como aspectos derivados de la ordenación de las profesiones colegiadas y, por tanto, amparados por el art. 2 de la LDC, a considerar estas conductas sujetas a las leyes de mercado y, por tanto, examinarlas a la luz del art. 1 de la LDC.

En efecto, la Ley 7/1997 liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, para ello introdujo un nuevo apartado al art. 2 de la Ley 2/1974 señalando que: «el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable».

Además se ha añadido un punto 4 en el citado art. 2 que establece: «Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el art. 3 de dicha ley».

Estableciendo claramente el legislador su voluntad de someter las profesiones colegiadas a las leyes del mercado y equipararlas al resto de operadores económicos.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que si bien no queda reflejada de manera explícita en el texto reformado del mencionado art. 2, será de aplicación sin excepciones a las profesiones liberales, pues regula con carácter general el régimen jurídico del ejercicio de la publicidad, sin perjuicio de las especialidades que, en cada caso, puedan existir de acuerdo con el art. 8 de la Ley que sólo se refiere a la «...protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran». Por lo que este artículo no es de aplicación en el presente asunto, tal y como ha quedado claramente reflejado tanto en la resolución del TDC como en la sentencia de la Audiencia Nacional y en la del Tribunal Supremo.

Finalmente, la Comisión, en su «Informe sobre la competencia en los Servicios Profesionales»[2] de 2004, afirma que si bien una cierta regulación en el sector de las profesiones liberales está justificada, en algunos casos se podrían y se deberían utilizar instrumentos más favorables a la competencia en lugar de ciertas normas tradicionales restrictivas.

En el examen de los progresos realizados por los Estados miembros en la revisión y eliminación de las restricciones desproporcionadas en la legislación y en la normativa de los organismos profesionales, los ha agrupado por su nivel de actividad en el periodo 2004-2005 y España se encuentra en el grupo de aquellos países en los que el proceso de reforma se ha iniciado lentamente y aún no han dado cuenta de actividad alguna[3].

No obstante, la Comisión reconoce que es prerrogativa de los Estados miembros determinar hasta qué punto quieren regular las profesiones directamente mediante regulación estatal, o dejarlo a la autorregulación de los organismos profesionales. Sin embargo la buena gobernanza requeriría que los Estados miembros supervisaran el impacto de la autorregulación nacional para evitar efectos excesivamente restrictivos y perjudiciales para los intereses de los clientes.

2. ANTECEDENTES

En este contexto, en enero de 1998 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) una denuncia contra el Consejo General de la Abogacía Española por realizar una supuesta conducta prohibida por la LDC y que consistía en la adopción de un Acuerdo el 19 de diciembre de 1997, por el que se aprueba un Reglamento de Publicidad, con efectos desde el día 1 de enero de 1998, que según el denunciante tiene por objeto restringir la competencia entre abogados.

Instruido el expediente por el SDC y recibido por el TDC, éste dictó resolución en la que, entre otros pronunciamientos, resolvió que se había acreditado la realización de una práctica prohibida por el art. 1.1 de la LDC, imputable al Consejo General de la Abogacía Española, consistente en la aprobación de un Reglamento de Publicidad que contiene prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios de soporte de la misma, intimando al Consejo para que cese en la realización de la misma.

---

[2] *Comunicación de la Comisión sobre el Informe sobre la competencia en los servicios profesionales*, Bruselas, 9 de febrero de 2004, COM (2004) 83 final.

[3] *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Servicios profesionales-Prosecución de la reforma*, Bruselas, 5 de septiembre de 2005, COM (2005) 405 final.

Además le impone una multa de treinta millones de pesetas (180.303,63 euros), le ordena dar traslado del texto íntegro de la resolución a todos los colegiados de los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo y publicar la parte dispositiva en el *BOE* y en la sección de economía de dos diarios de información general de ámbito nacional.

Esta resolución ha sido recurrida por el Consejo General de la Abogacía ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6 de la Audiencia Nacional (R 213/2000), recayendo sentencia de fecha 9 de junio de 2003 en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto y se declara no ser ajustada a derecho la resolución impugnada en lo que se refiere a la sanción de multa impuesta, confirmando dicha resolución en los demás pronunciamientos.

La Administración General del Estado y el Consejo General de la Abogacía interpusieron recurso de casación núm. 7937/2003 contra la sentencia de la Audiencia Nacional arriba mencionada, siendo desestimado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) según sentencia de 20 de septiembre de 2006.

A. Resumen de la resolucion del TDC

a) *Hechos probados*

El TDC considera acreditados los siguientes hechos:

— La Asamblea General del Consejo General de la Abogacía acordó el 19 de diciembre de 1977 aprobar un «Reglamento de Publicidad» con efectos desde el 1 de enero de 1978.
— En dicho Reglamento se establece que la información publicitaria facilitada por el abogado no podrá hacer referencia a la retribución de los servicios profesionales ni incluir fotografías, iconografías o ilustraciones, excepto los logotipos autorizados por la Junta de Gobierno.
— En cuanto al soporte de la información publicitaria se determinan los medios, se establecen las dimensiones y se regula la frecuencia. Se admite como soporte, Internet, infovía y correo electrónico. Se establece el lugar de colocación de las placas o rótulos de la actividad profesional, así como las dimensiones máximas y se prohíbe su colocación en cualquier otra parte que no sea de las señaladas.
— Se regula el envío de postales informativas o cartas genéricas conteniendo información objetiva previa autorización de la Junta de Gobierno y se establecen los requisitos para la publicación en guías telefónicas o análogas.
— Deberán contar con la previa autorización de la Junta de Gobierno la edición de folletos y de circulares informativas.

b) *Fundamentos de derecho*

Las alegaciones presentadas por el Consejo General de la Abogacía son exclusivamente jurídicas. El Consejo General básicamente alegó que el objeto del Reglamento de Publicidad es la ordenación del ejercicio de la profesión de abogado en lo que se refiere a la publicidad y que se aprobó en el ejercicio y cumplimiento de las funciones que le son encomendadas por Ley y, en concreto, la ordenación del ejercicio de la actividad profesional encomendada a los Colegios por el art. 5.*i)* de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, por lo que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa decidir si el ejercicio de dichas funciones ha sido o no acorde con la Ley.

Esta cuestión de la falta de competencia del TDC es un asunto tratado en numerosas ocasiones por el TDC y es doctrina consolidada contenida en diversas Resoluciones que el TDC es el único órgano que tiene competencia, bajo el oportuno control jurisdiccional, para analizar si un acto de un Colegio Profesional, o de cualquier otra institución, que tenga delegadas funciones públicas, es un acto de naturaleza administrativa que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC, o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC. Corresponde, pues, al TDC analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un acto de naturaleza administrativa de los Colegios Profesionales que queda al margen de las prohibiciones de LDC y si existe o no autorización legal.

Sentadas estas premisas, el TDC pasa a analizar si el Reglamento de Publicidad acordado tiene trascendencia económica y, por tanto, le son de aplicación los preceptos de la LDC, en particular el contenido del art. 1, o, por el contrario, se trata de una actuación de ordenación de la actividad profesional de los colegiados y goza del amparo que le otorga el art. 2.1 de la mencionada Ley.

En su análisis, el TDC concluye que evidentemente resulta innegable la trascendencia económica que tiene para los profesionales el que los servicios que ofertan puedan ser conocidos y, en ese sentido, el principal objetivo de la publicidad es influir sobre la demanda de productos y servicios como medio para aumentar los ingresos de quien la realiza, por lo que juega un papel en la actividad económica que va en creciente aumento. Como vemos, no goza del amparo legal del art. 2.1 de la LDC y, por el contrario, su contenido debe ser examinado a la luz del art. 1 de la citada Ley.

Coincide el TDC en sus conclusiones con el SDC al señalar que todas las prohibiciones y limitaciones contenidas en el Reglamento de Publicidad suponen una restricción a la libre competencia entre abogados y constituyen una conducta prohibida por el art. 1.1 de la LDC, imputable al Consejo General de la Abogacía Española. Además, estas restricciones perjudican no sólo el acceso de los consumidores a los servicios, sino también la entrada de nuevos profesionales en el mercado de la abogacía y limitan la expan-

sión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer.

En su resolución el TDC, en virtud de las facultades que le confiere el art. 10 en relación con el 46 de la LDC, impone una multa de 30 millones de pesetas (180.303,63 euros).

B. Resumen de la sentencia de la Audiencia Nacional

La resolución del TDC fue recurrida por el Consejo General de la Abogacía ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6, de la Audiencia Nacional que solicitaba la nulidad del acto impugnado, recayendo sentencia de 9 de junio de 2003.

La sentencia, al determinar el ajuste a la legalidad de la resolución impugnada, parte del análisis de la naturaleza de los Colegios Oficiales y su actividad, el contenido y ejercicio de sus competencias y el alcance del art. 21 de la LDC. En el análisis de estas cuestiones coincide con la resolución del TDC al señalar que la cuestión conflictiva reside en la naturaleza pública y privada de los Colegios Profesionales que justifica su sometimiento a la LDC cuando actúan con sometimiento al Derecho privado; o bien el carácter de Administración pública, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, que impide el sometimiento a los preceptos de la citada LDC.

Así pues, la AN coincide con el TDC al reconocer que todos los aspectos relativos a la oferta de servicios y fijación de la remuneración se someten a la libre competencia, en virtud de la Ley 7/1997 que liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas respecto a estos extremos, y por ello quedan fuera de la potestad de ordenación de los Colegios y Consejos, pues se constituyen al margen de las potestades administrativas que éstos ejercen.

Además, respecto a la alegación del Consejo General que considera con cobertura legal el Reglamento de Publicidad en virtud del art. 8 de la Ley 34/1988 General de Publicidad, la AN considera que las disposiciones de dicha Ley le son de aplicación a la publicidad que realicen los abogados, pero la limitación por vía reglamentaria que permite la citada norma sólo se refiere a la protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos que así lo requieran y, resulta evidente que en el presente caso no concurren tales circunstancias. Coincide plenamente con el TDC en que las limitaciones concretas del Reglamento de Publicidad afectan a la información sobre unos precios que están liberalizados y definen un aspecto esencial para el consumidor sobre el servicio que se presta.

Queda claro que la sentencia de la AN reconoce que el Reglamento de Publicidad aprobado por el Consejo General de la Abogacía contiene restricciones y limitaciones en el ejercicio de la profesión de abogado que suponen restricciones de la competencia tanto respecto a la prestación de

los servicios, como de la fijación de honorarios que suponen una infracción del art. 1 de la LDC y deben ser examinadas a la luz de la citada Ley.

Por el contrario, al analizar la procedencia de la imposición de sanción difiere sustancialmente de la resolución del TDC. La AN afirma que de acuerdo con la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, queda fuera de toda duda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivos de responsabilidad.

Por ello concluye que no concurre el elemento subjetivo que justifique la imposición de sanción toda vez que el Consejo actuó de buena fe al entender que le asistía la atribución competencial para ordenar los aspectos del ejercicio de la publicidad. Apoya sus conclusiones en la consideración del corto espacio de tiempo transcurrido entre la publicación de la Ley 7/1997, 14 de junio de 1997, y la aprobación del Reglamento de Publicidad, de 19 de diciembre del mismo año, que al suponer la Ley 7/1997 un cambio profundo en la perspectiva jurídica del ejercicio de las profesiones colegiadas, esa circunstancia pudo inducir a error al Consejo General sobre el alcance de las potestades de ordenación de la Administración Corporativa.

C. Resumen de la sentencia del Tribunal Supremo

El Consejo General de la Abogacía Española y la Administración General del Estado presentaron recurso de casación, el primero por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, ya que ésta carece de motivación alguna respecto a la confirmación de, entre otros, el pronunciamiento cuarto de la resolución del TDC. La segunda por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión planteada representada por el art. 10 de la LDC en relación con el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el primer caso, el TS consideró inadmisible el recurso por razón de la cuantía y en el segundo caso el recurso presentado por la Administración General del Estado fue desestimado.

En sus alegaciones, el Consejo considera que la pretensión de la resolución del TDC de ordenar al Consejo que dé traslado del texto íntegro de la misma a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo, supone un exceso de facultades del TDC, una lesión del principio de legalidad y una sanción pecuniaria encubierta y que la sentencia de la AN, a pesar de constar estas reclamaciones en la demanda, se limitó a confirmar la resolución del TDC en «los demás pronunciamientos» sin motivar los fundamentos de su legalidad.

A este respecto, el TS considera inadmisible el recurso por razón de la cuantía, como ya hemos señalado; pero, en el supuesto de que lo hubiera admitido por falta de motivación y la Sala hubiera debido pronunciarse sobre la legalidad del mismo, hubiera concluido que se ajusta a lo previsto en el art. 46.2.*c)* de la LDC que faculta al TDC a ordenar la remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.

Por su parte, el abogado del Estado, en su escrito de recurso, considera infringido el art. 10 de la LDC ya que, a su juicio, la existencia de una conducta infractora presupone la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, sin que pueda disociarse infracción y sanción, ya que si existe dolo y culpa, la sanción es una consecuencia establecida por Ley. Añade que no es posible que la culpabilidad exista a efectos de la imputación de la conducta y deje de existir al mismo tiempo a efectos de la sanción.

No comparte la apreciación de la Sala de que una Corporación como el Consejo General pueda actuar erróneamente, con negligencia excusable, cuando su decisión ha venido precedida de estudios y consultas.

La sentencia del TS rechaza los argumentos de la primera parte al señalar que del mismo art. 10 de la LDC se desprende que la sanción sólo es posible previa existencia de una deliberada o negligente conducta infractora. Hace referencia la Sala a su sentencia de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/7047) que, aunque referida a un caso de confianza legítima, distinguió los aspectos competenciales y sancionadores del acto del TDC, permitiendo la pervivencia de aquéllos, y la ausencia de éstos, en los supuestos de falta de los elementos subjetivos de la conducta.

Sin embargo, coincide con los argumentos del abogado del Estado al reconocer que difícilmente puede concebirse que el Consejo General de la Abogacía, órgano integrado por juristas de reconocida solvencia, pueda ignorar la trascendencia de sus actos en cuanto a sus implicaciones jurídicas y menos aún que ignore, como parece desprenderse de la sentencia de la AN, la vigencia de una Ley dictada unos meses antes, que además produjo un gran debate en la doctrina.

En opinión del TS, la potestad del Consejo de imponer límites a la publicidad establecidos en el Reglamento podría ser cuestionada en razón de su proporcionalidad, pero no de su existencia, que le viene atribuida por la Ley 2/1974 que le otorga expresamente la facultad para ordenar, en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, y que en la materia de publicidad podría incidir directamente en aspectos éticos, de dignidad profesional y de respeto a particulares, aspectos cuya defensa le está encomendada a los colegios profesionales.

Concluye el TS que la actuación del Consejo General se desarrolló en la creencia de que estaba amparada por el art. 2 de la LDC, lo cual permite aplicar la doctrina de esta Sala recogida en sentencias de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990/1258), 23 de febrero de 2000 (antes citada), y en las que en ellas se citan, y a la doctrina comunitaria contenida en las sentencias del

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Tomadini*, *Uniprex* y sobre todo la doctrina *Leclerc*, recogida en las sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1985.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE CULPABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

Aunque con ciertos matices y fruto de una larga evolución doctrinal y jurisprudencial [4], parece imponerse en la actualidad que en el Derecho administrativo sancionador deben observarse los principios del Derecho penal, y que, por tanto, la potestad administrativa sancionadora debe contemplar y analizar el elemento subjetivo de culpabilidad antes de imponer una sanción.

Según REBOLLO[5], «las diferencias entre infracción y delito relativas a la no exigencia de culpabilidad sólo tenían algún sentido como consecuencia de mantener previamente distinciones en los elementos objetivos de ambos, pero cuando éstas se niegan, como hace el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la doctrina, deviene también insostenibles los intentos de justificar la exclusión de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador».

Sin embargo, tal y como desarrollaremos en este apartado, hasta principios de los noventa se aplicaba el principio de responsabilidad objetiva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, e incluso con posterioridad numerosas sentencias del Supremo siguen reconociendo que no se puede equiparar el concepto de culpabilidad penal con la culpabilidad exigible en el ámbito administrativo, y el propio Tribunal Constitucional ha flexibilizado también su postura en el mismo sentido.

Por tanto, resulta importante precisar que, aunque pueda operar la exigencia de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, resulta imprescindible determinar con exactitud el grado de su operatividad, es decir, las peculiaridades que en este campo ofrece la regulación propia del Derecho administrativo sancionador frente al Derecho penal.

A continuación se detallarán los rasgos definidores del elemento subjetivo de culpabilidad, el dolo y la culpa, así como la evolución doctrinal y jurisprudencial de dichos conceptos en su aplicación al ámbito administra-

---

[4] Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1986, recordada más tarde en la de 17 de diciembre de 1988: «el ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el Ordenamiento penal en su conjunto por los que las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser culpables, atribuibles al autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho».

[5] M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, 1989.

tivo sancionador. Además, se hará un breve análisis de la invocación y comprensión del alcance del principio de culpabilidad por la doctrina del TDC, que durante algunos años ha interpretado que no se trata de un elemento esencial del ilícito, sino un elemento agravante o atenuante de la cuantía de la sanción.

Finalmente se analizará el fallo anulatorio del Tribunal Supremo en relación a la consideración de que no concurría el elemento subjetivo que justificase la imposición de sanción, así como las distintas sentencias del Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que basa su fallo.

A. Concepto del elemento subjetivo de la culpabilidad y sus manifestaciones (dolo y culpa)

El elemento subjetivo de la culpabilidad es un concepto que proviene del Derecho penal, en concreto el art. 1 del Código penal estipula que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas y culposas penadas por la ley». Por tanto, siguiendo a De Palma [6], que ha analizado con detalle la jurisprudencia que considera su aplicación, el elemento subjetivo de la culpabilidad está vinculado al principio de dolo o culpa; por ello, el gravamen que la sanción representa sólo podrá recaer sobre aquellas personas que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1999 resulta muy pedagógica para expresar el significado y el alcance del concepto de culpabilidad:

> «no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado culpabilidad. La culpabilidad es el reproche que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. ¿Por qué es el elemento de la culpabilidad la exigibilidad de un comportamiento distinto del que tuvo el infractor? Sencillamente porque la norma que tipifica las infracciones y las sanciones no exige nunca comportamientos imposibles. Por ello, la jurisprudencia clásica de nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones por infracciones administrativas tiene precisado que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas, superándose así una corriente jurisprudencial anterior que señalaba que bastaba la simple voluntariedad del sujeto».

A continuación se explicarán de forma breve las dos principales manifestaciones de la culpabilidad: el dolo y la culpa.

---

[6] *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, 1996

a) *Dolo*

En Derecho penal la regla es la exigencia del dolo, de tal manera que, sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia. La situación es completamente distinta en Derecho administrativo sancionador puesto que la regla es que basta la imprudencia para que se entienda cometida una infracción, y no es exigible el dolo sino sólo como elemento agravante para determinar la cuantía de la sanción.

En el dolo se integran dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. El elemento intelectual implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo infractor así como de su significación antijurídica. El elemento volitivo, esto es, querer el hecho ilícito, admite diversas graduaciones, así se puede hablar de: dolo directo de primer grado, cuando se quiere cometer inmediatamente el ilícito; dolo directo de segundo grado, cuando se aceptan las consecuencias inevitables de dicho ilícito; y dolo eventual, cuando el autor asume las consecuencias probables de su acción (este último concepto en ocasiones se puede confundir con la imprudencia).

La intención en el Derecho administrativo sancionador equivale, pues, al dolo penal puesto que presupone el conocimiento de la antijuridicidad de la acción —elemento intelectual— y, además, la voluntad de realizarla —elemento volitivo.

b) *Culpa*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que se actúa con culpa o imprudencia o negligencia, cuando se realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente, sino por haber infringido el deber de cuidado que personalmente le era exigible a su autor y cuyo resultado debería haber previsto.

COBO y VIVES[7] definen el concepto de culpa indicando que «la culpa consiste, en definitiva, en no haber previsto lo que debía preverse y en no haber evitado lo que debía evitarse».

La verdadera dificultad estriba en valorar si se ha aplicado la diligencia debida o el deber de cuidado exigible al autor, que debe valorar el juez en función de las circunstancias de hecho y de la personalidad del autor. Según DE PALMA[8], «el grado de diligencia que se impone desde el Derecho administrativo sancionador estará en función de diversas circunstancias: *a)* el tipo de actividad, pues ha de ser superior a la diligencia exigible a quien

---

[7] COBO y VIVES, 1999, *Derecho penal. Parte General.*

[8] A. PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, 1996.

desarrolla actividades peligrosas; *b)* actividades que deben ser desarrolladas por profesionales en la materia; *c)* actividades que requieren previa autorización administrativa».

Por ello, existe una amplia jurisprudencia que intenta renunciar al posible arbitrio del juez en la interpretación de la diligencia debida, entre la que cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1989 que indica: «el desideratum del principio de culpabilidad básico en materia de Derecho penal sería el poder determinar el individual estado de conciencia o intencionalidad de la persona a quien se impute un delito [...] se debe atender a los datos objetivos sensorialmente perceptibles acudiendo a consagradas fórmulas generales de mensuración como son las acuñadas en los conceptos más o menos tópicos como son la diligencia de un buen padre de familia, la conducta que seguiría un hombre medio, etc.».

Aunque no siempre resulta fácil poder dilucidar cuándo se ha aplicado la diligencia debida o el deber de cuidado, en Derecho administrativo sancionador resulta trascendental el hecho de que el infractor sea un profesional o un lego. De acuerdo con Alejandro NIETO[9], cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad de error porque la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y, por ello, opera la presunción de que no se ha equivocado. El profesional tiene una formación técnica adquirida a través de los estudios que han dado lugar a la obtención de un título, que le preservan formalmente contra el error. A quien ejerce una profesión o actividad especializada está obligado a adoptar precauciones especiales para evitarlo e implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares y responsabilidades específicas frente a la Administración y a terceros.

Existe una amplia jurisprudencia en la que se rechaza como causa exculpatoria la ausencia de culpa en el caso de profesionales a los que se le imponen una diligencia debida, esto es, unos deberes de vigilancia, prudencia y pericia por encima de los límites exigibles a cualquier otro administrado. Como ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 en la que se declara que «los recurrentes, al ser administradores de una entidad bancaria, deben conocer especialmente las normas aplicables al funcionamiento de los bancos para garantizar la seguridad de sus actuaciones, así como las referidas a la responsabilidad de los administradores [...] no han observado en su actuar toda la diligencia que a su cargo es exigible a las personas capaces y preparadas técnicamente. Existe, pues, una clara acusación de responsabilidad por negligencia».

Conviene aquí hacer mención a otro argumento que utilizan los recurrentes como causa de exoneración de la sanción, la ignorancia de la ley, y que es un argumento en el que la Audiencia Nacional basó su fallo anu-

---

[9] A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos.

latorio en el asunto que nos ocupa, dado que no concurría el elemento subjetivo que justificase la imposición de sanción, puesto que el Consejo al dictar el Reglamento de Publicidad le asistía la atribución competencial para ordenar los aspectos del ejercicio de publicidad objeto del recurso.

El problema es que si se admite la ignorancia de la ley como causa de exoneración, sobra buena parte del Derecho administrativo sancionador. Así el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de marzo de 1987, indica que no se estima la ignorancia alegada por el infractor como causa de exoneración porque «el principio en virtud del cual la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, queda reforzado en este caso por las circunstancias del expedientado, cuya condición de conductor profesional le hace especialmente conocedor de los requisitos y obligaciones de toda índole inherentes a la compraventa de vehículos. No cabe presumir de su desconocimiento en quien tiene su modo de vida precisamente en este sector».

Por último, indicar que tanto el fallo anulatorio de la Audiencia como el del Supremo basan sus argumentos exculpatorios en la existencia de buena fe y en la confianza legítima de los administrados. Es muy habitual que tanto el Tribunal Supremo [10] como el Tribunal Constitucional utilicen como causa de exculpación los principios de buena fe o confianza legítima. La sentencia, objeto de nuestro análisis, también se apoya para exculpar al Consejo General de la Abogacía en los principios de buena fe y confianza legítima, aunque tal y como veremos la confianza legítima no puede aplicarse ante cualquier convicción psicológica del particular beneficiario, sino más bien cuando se base en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de su actuación administrativa. Además, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas citadas por el Supremo en ningún caso consideran aplicable dicho principio.

B. Evolución doctrinal y jurisprudencial en la aplicación de elemento subjetivo de la culpabilidad

De manera brillante, Alejandro Nieto [11] sostiene que no ha sido pacífica ni la doctrina ni la jurisprudencia en la aplicación y compresión del principio de culpabilidad, y mantiene que aunque no de forma unánime, puesto que se pueden encontrar en una u otra etapa sentencias contrarias, se pueden distinguir dos etapas claras: una primera etapa, en la que los principios aplicados en el Derecho administrativo sancionador no estaban muy

---

[10] Sentencia de de 14 de mayo de 1998. El Supremo considera que los hechos no son susceptibles de infracción «*ante la ausencia total de culpabilidad que elimina toda responsabilidad a quien ha actuado con buena fe y cumpliendo las reglamentaciones urbanísticas para construir*».

[11] A. Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos.

próximos a los del Derecho penal, y en la que se negaba la exigencia de culpabilidad en las infracciones administrativas; una segunda etapa, en la que se va imponiendo la tesis de la exigencia de culpabilidad manifestada en todas sus variantes (dolo, culpa grave, negligencia e imprudencia).

Así, Alejandro NIETO denomina a la primera etapa la de suficiencia de la voluntariedad o tesis negativa y a la segunda etapa tesis positiva.

a) *Etapa en la que predomina la tesis negativa*

La primera etapa comienza por el rechazo absoluto de la culpabilidad, por ser ésta incompatible con la responsabilidad objetiva que preside originariamente el campo de las infracciones administrativas. Dentro de esta etapa se abandona progresivamente la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo, que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad, que implica que el autor ha de querer el resultado.

En cuanto a la doctrina que mantiene esta tesis negativa se puede mencionar a CASTEJÓN [12], quien mantiene que «las faltas administrativas no exigen como el delito, ni dolo ni culpa, pues basta la simple voluntariedad de la acción». También VILLAR PALASÍ [13] y MONTORO [14] reconocen el carácter objetivo de la multa, resultando indiferentes las nociones de culpa.

La jurisprudencia, no sólo en la época preconstitucional, sino con posterioridad, principalmente durante los años ochenta, mantenía que la culpabilidad no es necesaria y que bastaba la voluntariedad de la acción. Por tanto, se elimina la responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito, y se aceptan los supuestos de error e ignorancia.

En la sentencia de 21 de marzo de 1984 el Tribunal Supremo mantenía que «la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre agente y acto típico, es en cualquiera de sus modalidades elemento esencial de la infracción delictiva o de índole criminal, pero no lo es de la infracción administrativa salvo disposición expresa en este sentido contenida en la norma tipificante».

Del mismo modo en sentencia de 22 de abril de 1985 el Tribunal Supremo sostiene que «para la responsabilidad es totalmente irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, porque en la esfera del Derecho administrativo sancionador en estas materias no se requiera una conducta dolosa sino simplemente irregular en la observación de las normas». La jurisprudencia en esta época percibe una gran diferencia entre las infraccio-

---

[12] F. CASTEJÓN, *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, 1950.

[13] J. L. VILLAR PALASÍ, *Poder de policía y precio justo*, 1955.

[14] M. MONTOSO PUERTO, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, 1965.

nes administrativas y los delitos y, en consecuencia, también, de la no aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador.

En materia de disciplina de mercado, ciertamente muy próxima al derecho de la competencia, el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de febrero de 1989 indica que «las infracciones en materia de disciplina de mercado no requieren para su existencia jurídica y para ser sancionadas de un propósito preconcebido o voluntad intencional de infringir, bastando con el hecho material constitutivo de la infracción».

Por su parte el Alto Tribunal, en la sentencia de 20 de junio de 1983, explica con detalle las diferencia conceptual entre culpabilidad y voluntariedad: «la imposibilidad de confundir intencionalidad del resultado con voluntariedad de la acción como elemento esencial y básico de toda conducta consciente de independencia de la finalidad antijurídica perseguida por el sujeto agente por dolo directo o eventual o transgresión de la previsibilidad característica de la conducta culposa, es decir, por producirse acción consciente y su resultado lesivo de la obediencia debida del mandato gubernativo [...]; la voluntariedad como presupuesto psicológico de la acción consciente, se agota en ella y no trasciende al querer o deber jurídico de prever el resultado, afectando a la imputabilidad y no a la culpabilidad en referencia, y así incide constitutivamente sobre toda conducta sujeta de modo típico al orden sancionador, incluido el de índole administrativa».

En conclusión, para la exigencia de la responsabilidad ante la Administración basta como elemento subjetivo la simple voluntariedad de la acción o conciencia de la omisión, sin ser la intencionalidad dolosa ni la previsión del resultado un elemento constitutivo de la infracción, resultando ser solamente un factor de graduación de la sanción administrativa.

Resulta importante destacar que durante muchos años (desde los años cincuenta hasta finales de los ochenta), la doctrina y la jurisprudencia consideraban que para aplicar una sanción administrativa no había que acreditar la culpabilidad en sentido técnico penal y bastaba con acreditar la mera voluntariedad de la acción; utilizando la culpabilidad, sin embargo, a los simples efectos de aumentar o disminuir la cuantía de dicha sanción.

Este elemento de graduación de la infracción resulta importante en el análisis de las resoluciones y sentencias aplicadas en el ámbito administrativo sancionador de defensa de la competencia, dado que éste ha sido el criterio mayoritario utilizado durante años y que progresivamente ha ido cambiando cuando se dictan sentencias como la analizada en este artículo.

Por ello, a continuación se detallarán numerosas sentencias del Tribunal Supremo en las que la culpabilidad sirve no para probar que la conducta resulta ser antijurídica y culpable, y por ello, merecedora de sanción, sino para graduar la sanción:

— Sentencia de 20 de junio de 1983: «la sanción de orden administrativo no requiere intencionalidad en cuanto elemento constitutivo y sólo es modalmente agravatoria de la responsabilidad».
— Sentencia de 15 de julio de 1985: «la culpabilidad es un elemento modal o de graduación de la sanción».
— Sentencia de 30 de noviembre de 1981: «la culpabilidad, en efecto, es factor, en cualquiera de sus modos doloso y culposo, que actúa sobre la graduación de las sanciones administrativas, o sea, no ya sobre la infracción en cuanto ente jurídico, sino sobre su consecuencia o sanción».
— Sentencia de 11 de junio de 1991: «el fraude constatado presupone la intencionalidad normativamente requerida por acción u omisión, pues el art. 7.1.2 del Real Decreto 1945/1983 pondera, para la calificación de las infracciones, que éstas se produzcan de forma consciente y deliberada o por falta de controles y precauciones exigibles en la actividad de que se trate, lo cual revela la innecesariedad del ánimo o voluntariedad deliberada, esto es, el dolo directo en terminología penal [...] y en el art. 10.2 se gradúa la sanción ponderando el dolo o la culpa».

Ésta es la línea jurisprudencial que ha venido aplicando el TDC puesto que la culpabilidad, tal y como veremos, la ha aplicado normalmente para graduar la sanción, aunque en ocasiones haya sido invocada por los imputados para inhibir la aplicación de cualquier multa.

b) *Etapa en la que predomina la tesis positiva de exigencia de culpabilidad*

En la segunda etapa, que empieza a finales de los ochenta y principios de los noventa, y que alcanza al momento actual, resulta casi indiscutible la aplicación al Derecho Administrativo sancionador del viejo principio penal de la culpabilidad personal, esto es, no basta querer el resultado —la denominada voluntariedad psicológica— sino que es necesario querer el resultado ilícito, bien porque existe intencionalidad o culpabilidad.

Según SUAY [15] el cambio jurisprudencial comienza a producirse en 1983, pues a partir de esa fecha es cuando empieza a generalizarse la exigencia de culpabilidad en sentido estricto sin que baste la simple voluntariedad.

En realidad el cambio en la interpretación del elemento subjetivo de culpabilidad por el Tribunal Supremo se produce en los años noventa, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en sentencia de 26 de abril de 1990, en el fundamento jurídico 4.°, indica que: «es cierto que, a diferen-

[15] J. SUAY RINCÓN, *Las sanciones administrativas en Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1989.

cia de lo que ha ocurrido en el Código penal en el que ha sustituido aquel término ("voluntarias") por la expresión "dolosas o culposas", en la Ley General Tributaria se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de la infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se ha suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius punendi* del Estado, tal resultado sería inadmisible en nuestro ordenamiento».

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de julio de 1991, declara sin ningún ápice de duda que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural del Derecho penal, y viene a indicar en la ya citada sentencia de 1990 que también debe aplicarse al Derecho administrativo sancionador, de manera que en la imposición de sanciones rige el principio de la culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), excluyendo la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.

Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo cambia su línea jurisprudencial de responsabilidad objetiva y de imposición de sanción si existe voluntariedad en la acción, por la aplicación de los principios de culpabilidad en sentido técnico penal al ámbito de Derecho administrativo sancionador. Así, a modo de ejemplo, en la sentencia de 16 de febrero de 1990 el Tribunal Supremo advierte que:

> «Exigencia de culpabilidad en la infracción y presunción de inocencia suponen una barrera infranqueable a normas infraconstitucionales que establezcan supuestos de responsabilidad por una infracción, al margen de la propia conducta personal [...]. Tales exigencias se oponen a criterios de responsabilidad establecida en razón de previsiones estrictamente objetivas».

También en sentencias de 30 de enero y de 5 de febrero de 1988 el Supremo define la infracción administrativa como «acción u omisión contraria a la ley, tipificada y culpable». Asimismo en sentencia de 13 de octubre de 1989 se indica que «el dolo o malicia constituye el meollo de cualquier conducta para que pueda ser calificada como ilícita».

Por último citaremos la sentencia de 23 de enero de 1998 en la que el Supremo considera que «Puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STS 76/1990, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa».

Desde entonces, la mayoría de las sentencias del Supremo han seguido esta línea jurisprudencial, si bien según SUAY [16]: «las contradicciones llegan a extremos insólitos. Da la impresión de que el Tribunal Supremo no se atiene a unas pautas generales de conducta, sino que va resolviendo según lo que el arbitrio y la intuición de cada ponente le va dictando en cada caso que se les suscita. Citas jurisprudenciales pueden esgrimirse en apoyo de las tesis más dispares y resulta ser extraordinariamente difícil poder extraer conclusiones generales».

Aunque resulten duras estas palabras, es cierto que la mayoría de la doctrina, entre los que conviene citar a Alejandro NIETO [17] y DE PALMA [18], considera que existe una cierta situación de desconcierto, ello debido a que durante muchos años el Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación de la culpabilidad para imponer una sanción administrativa, y los jueces del Tribunal Constitucional han terminado flexibilizando su postura, indicando que la culpabilidad penal debe matizarse al ser aplicada en Derecho administrativo sancionador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de febrero de 1999, en plena vigencia de la tesis positiva, reconoce que la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas pero no en los mismos términos que en el Derecho penal y a los juristas les corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades. En concreto señala:

> «Hay que precisar —así lo hace la doctrina científica— que la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas lo es en distintos términos que en el Derecho penal, porque frente a lo limitado de los ilícitos penales, en el Derecho administrativo sancionador el repertorio de ilícitos es inagotable [...]. Si se hiciera así el Derecho administrativo sancionador no existiría. Al movernos en el campo del Derecho administrativo sancionador, debemos tener en cuenta que las normas —el Ordenamiento Jurídico— protegen intereses públicos».

C. TÍMIDA APLICACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE CULPABILIDAD EN DERECHO DE LA COMPETENCIA

El legislador ha optado en la mayoría de los casos por la tesis negativa, dado que se ha negado a admitir el principio de culpabilidad en cualquier texto y, además, varias leyes sectoriales pasan por alto la culpabilidad en términos inequívocos. Con estos condicionantes legales es comprensible que el Tribunal Supremo no se encuentre muy seguro a la hora de exigir en todas las infracciones la existencia de culpabilidad.

---

[16] J. SUAY RINCÓN, 1989, *Las sanciones administrativas en Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*.

[17] A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos.

[18] A. PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, 1996.

En derecho de la competencia, y para el asunto objeto de estudio, hay que analizar el tipo o la conducta antijurídica recogida en el art. 1 de la LDC, así como en el art. 10 de la misma Ley respecto a las sanciones, a efectos de poder conocer si expresamente el legislador recoge el principio de culpabilidad o el de responsabilidad objetiva.

El art. 1 estipula que «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...».

En diversas resoluciones, entre las que cabe destacar la resolución de 1 de abril de 2002 (Expte. r 472/01 *Gestores Inmobiliarios/Administradores de Fincas*) y la de 22 de noviembre de 2006 (Expte. r 690/06, *Operadores del Sector Distribución*), el TDC, apoyando sus argumentos en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional [19], indica que para que resulte prohibido un acuerdo por la LDC, éste debe cumplir al menos uno de estos tres requisitos: *a)* que tenga por «objeto» impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; *b)* que tenga el «efecto» de hacerlo, aunque no hubiera propósito; *c)* que, sin producir el «efecto» ni perseguirlo, tenga «aptitud» para ello.

Por tanto, el legislador, en el ámbito de defensa de la competencia, recoge el elemento subjetivo de culpabilidad, pues estipula el dolo o intencionalidad —«tener por objeto»— y la culpa o negligencia —«por efecto aunque sin propósito»—. Sin embargo, queda un tercer elemento —«poder producir el efecto o tener aptitud para ello»— que difícilmente resulta encuadrable como elemento de la culpabilidad, sino como un elemento más próximo a la responsabilidad objetiva.

Respecto al art. 10, la LDC estipula expresamente el elemento subjetivo de culpabilidad, pues se indica que «El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los arts. 1, 6 y 7».

En el Derecho comunitario se guarda silencio respecto a la exigencia de culpabilidad como presupuesto para la imposición de sanción, aunque no faltan declaraciones expresas en las que la culpabilidad sirve de criterio para determinar la cuantía de la sanción. En concreto, el Reglamento 17/62, sobre derecho de la competencia, en su art. 15.2, atribuye este efecto a la negligencia y a la intención deliberada. Por tanto, si la culpabilidad es valorada como un agravante, no resulta tan claro dilucidar si se debe exigir el elemento subjetivo de culpabilidad como un elemento esencial del ilícito.

La fuerte implantación de los principios y requisitos utilizados en el procedimiento sancionador comunitario en la aplicación en nuestro país del derecho de la competencia, conlleva la falta de costumbre por parte del TDC,

[19] Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998

órgano encargado de la imposición de sanciones, de analizar en sus resoluciones el elemento subjetivo de culpabilidad y, en caso de hacerlo, emplearlo normalmente no para declarar que una conducta no es sancionable, sino para atenuar o agravar la cuantía de la misma.

En la mayoría de las resoluciones del TDC no se analiza el elemento subjetivo de culpabilidad para imponer sanciones, y por ello no se detallan en este artículo, basta un amplio estudio de dichas resoluciones para extraer estas conclusiones.

Sin embargo, queremos destacar alguna resolución, bastante reciente, por cierto, en la que los recurrentes invocan la inexistencia de dolo o culpa para inhibir la imposición de sanción, aunque haya resultado acreditada claramente la antijuridicidad de la conducta, y en la que el TDC considera que debe aplicarse sanción y atenuar la cuantía de ésta en virtud de que existían otras Resoluciones en las que el TDC se había pronunciado en contra de que existiesen cláusulas de esa naturaleza en las licencias de patente. Lo que indica expresamente la resolución de 7 de marzo de 2005 (Expte 575/04, *Fabricantes de Cartón-2*) ante la alegación de falta de intencionalidad es que «El Tribunal también se ha pronunciado en contra de que existan cláusulas de esta naturaleza en las licencias de patente (resoluciones de los Exptes. 10/1990 y 11/1990, respectivamente, de 25 y 18 de mayo), por lo que no se pueden aceptar las alegaciones de los denunciados, si bien aprecia circunstancias que atenúan el efecto de la infracción señalada».

Un ejemplo muy próximo al caso que nos ocupa es la doctrina sentada en la resolución de 26 de mayo de 2003 (Expte. 539/02, *Cofarca*) en la que el TDC, ante la alegación de la imputada de que su conducta antijurídica no puede ser sancionada por haber actuado con buena fe y aplicando la diligencia necesaria para que los Estatutos aprobados fueran conformes a la legalidad solicitando dictámenes, aduce que:

> «debe oponerse la doctrina de que la culpabilidad ha de proyectarse no tanto en las manifestaciones externas de la conducta del autor de una infracción, sino especialmente en los elementos internos de la finalidad perseguida con esa conducta y en la conciencia y voluntad de que los actos realizados produzcan un resultado determinado, que está prohibido por ley [...] finalidad que indudablemente fue contemplada y aceptada por los responsables [...] la jurisprudencia no anuda la idea de culpabilidad del sujeto infractor a la adopción de precauciones de asesoramiento o consultas previas, sino que la vincula a la circunstancia de que la conducta no se halle amparada por la interpretación jurídica razonable de las normas imperativas aplicables (STS 23 de septiembre de 2002, entre otras), lo que no sucede en el supuesto examinado, en el que la infracción apreciada es clara e incontestable. [...]. La sanción debe moderarse tomando en consideración la actuación de la imputada solicitando dictámenes».

Probablemente, debido a la jurisprudencia sentada en algunos fallos de la Audiencia Nacional y del Supremo que inhiben la imposición de sanción en

virtud de la apreciación de inexistencia de dolo o culpa, el TDC en sus resoluciones más recientes analiza el elemento subjetivo de la culpabilidad para decidir si impone sanción. Como ejemplo podemos citar la resolución de 21 de noviembre de 2006 (Expte 604/05, *Transporte Taxi*), que en su fundamento jurídico cuarto dice: «La exigencia del elemento subjetivo trae necesariamente consigo la exigencia de su prueba que, por tratarse de la demostración de un elemento intelectual o interno, generalmente sólo presente en la mente de los autores y rara vez plasmado documentalmente ni susceptible en general de prueba directa, debe ser inferido de hechos probados, de los que racionalmente pueda obtenerse una conclusión de la existencia de un ánimo de restringir la competencia o, en el caso de la negligencia, de la falta del necesario cuidado para evitar dicho perjuicio». En esta resolución se impuso multa por existencia de dolo por parte del autor. Existen otras resoluciones recientes en las que se analiza el elemento subjetivo[20].

Finalmente, debemos indicar que resulta imprescindible el análisis del elemento subjetivo de culpabilidad por el TDC, si bien éste debe ser entendido con más laxitud que en Derecho penal o que en otro ámbito del Derecho administrativo sancionador, y ello debido a la función pedagógica que ejerce el TDC con sus resoluciones, sancionando con multa la vulneración de la LDC. Además, no debe olvidarse el carácter disuasor de la multa para los distintos operadores económicos y para los propios infractores que preferirán continuar restringiendo la competencia dado que deben probar su culpabilidad para imponerles una multa.

D. Aplicación del elemento subjetivo de la culpabilidad en la sentencia analizada

La Sala contraviene en esta sentencia lo manifestado por la Audiencia Nacional en su fallo, de que una Corporación como el Consejo General, integrado por juristas de reconocida solvencia técnica, pueda actuar erróneamente, con negligencia excusable, cuando su decisión ha venido precedida de consultas y dictámenes.

Compartimos este argumento, pues, tal y como se ha expresado a lo largo de este artículo, no cabe aducir el error o ignorancia de la vigencia de la Ley dictada unos meses antes por parte de los profesionales que realizan la actividad especializada de interpretar las leyes, máxime cuando la conducta restrictiva la comete nada menos que el Consejo General de la Abogacía Española y cuando ha resultado acreditado que había un gran debate doctrinal entre abogados, y se habían realizado numerosos dictámenes y consultas. En esto apoyamos plenamente el criterio de la Sala.

No obstante, resulta curioso el hecho de que después de desvirtuar la negligencia alegada por la Audiencia, la Sala argumente que resulta aplica-

---

[20] Resolución de 28 de octubre de 2003 (Expte. 551/02, *Funerarias Castellón*). Es firme.

ble el principio de la buena fe y de la confianza legítima, citando, además, sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las que no se aplican estos principios, como más adelante expondremos.

Según el Supremo existe buena fe dado que el Consejo tiene potestad para imponer límites a la publicidad de sus colegiados mediante un Reglamento, y actuó en la creencia de que su conducta estaba amparada por el art. 2 de la LDC, que estipula que el art. 1 de la misma no resulta aplicable a aquellas conductas desarrolladas por ley. Esta interpretación se encuentra con diversos problemas.

El primero de ellos es que resulta un tanto incongruente que se afirme que no se puede aducir que el Consejo General de la Abogacía ignore las implicaciones jurídicas y la vigencia de la Ley 7/1997, para a continuación indicar que el Consejo creía que actuaba con amparo legal que inhibe la aplicación del art. 1 de la LDC, cuando en el art. 2.4 de la Ley 7/1997 se indica expresamente que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites del art. 1 de la LDC. ¿Cómo puede hablarse de amparo legal cuando expresamente en la Ley 7/1997 se ha previsto que desaparece la invocación del mismo para los Colegios profesionales? Caben dos posibilidades: o se conoce la ley, y por tanto hay culpabilidad; o se invoca la ignorancia; pero no se puede apoyar el fallo en ambos argumentos.

El segundo problema es que para que exista buena fe o confianza legítima, tal y como hemos explicado, no basta cualquier tipo de convicción psicológica en el Consejo, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan a confiar en la legalidad de su actuación. No ha resultado acreditado que dichos signos externos se hayan producido.

El tercer problema es que la jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo basa su fallo, o bien no aplica el principio de confianza legítima o en nuestra humilde opinión, no debería haberse invocado. Además, en ninguna de ellas se utiliza dicho principio como causa de exculpación o de inaplicabilidad del elemento subjetivo de la culpabilidad para inhibir la imposición de sanción.

En cuanto a las sentencias de 1 de febrero de 1990 y de 23 de febrero de 2000, el Tribunal estima que se ha vulnerado la confianza legítima del recurrente no sobre la base de un cambio normativo, una Ley, un Decreto o un Reglamento (como en la jurisprudencia comunitaria), sino que en dichas sentencias se considera acto administrativo una mera comunicación del director provincial del Ministerio de Educación y Cultura (MEC) solicitando el número de unidades escolares del Centro, como un acto que genera un derecho a subvención; o las reuniones informales mantenidas entre la Asociación Nacional de Editores de Libros (ANELE) y el subsecretario del MEC.

Vamos a analizar las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, citadas por el Supremo en la sentencia, a fin de

conocer exactamente su contenido y la supuesta aplicación del principio de confianza legítima en las mismas. Como ya se hizo en un artículo[21] de un número anterior de este *Anuario* (1997), se pone de manifiesto que en ninguna de las sentencias mencionadas por el Supremo el TJCE ha aplicado el principio de confianza legítima, y no parece adecuada su invocación por el órgano jurisdiccional, que con la misma trata de hacer comprensible un principio general del Derecho, indeterminado y no expresado explícitamente en las normas.

En la sentencia *Tomadini*[22] se configuran unos límites muy precisos a la aplicación del principio de confianza legítima, indicando que la invocación de este principio no significa la imposibilidad de establecer nuevos reglamentos que modifiquen los ya vigentes y, por tanto, las expectativas de derechos adquiridos en el pasado, especialmente en cuanto a la organización común de mercados, que exige una continua adaptación a los cambios económicos de los sectores agrícolas.

El TJCE, en la sentencia *Unifrex*[23], señala que no se puede alegar que, en virtud de la confianza legítima del administrado, se deba garantizar el riesgo por las modificaciones del tipo de cambio como parte de la cuantía del montante equivalente. Asimismo en la sentencia *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*[24] se afirma que el principio de la protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho comunitario.

Finalmente, la denominada «doctrina Leclerc» recogida en diversas sentencias comunitarias[25] sirve para todo lo contrario de lo que hace el Supremo, puesto que considera que no resulta aplicable el principio de confianza legítima e incluso en alguna de ellas ni lo menciona. Por ello, no se entiende por qué se invocan dichas sentencias, pues no constituyen ninguna línea jurisprudencial comunitaria en torno al principio analizado.

Tras el análisis de estas sentencias del TJCE que son invocadas en la sentencia, todavía nos sorprende más la afirmación que se hace en la misma: «lo que permite aplicar la doctrina comunitaria contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia, resolutivas de los casos *Tomadini*...». Ello hace que sea absolutamente incomprensible la utilización de dichas sentencias como

---

[21] I. SANZ SANZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997», *Anuario de Competencia de 1997*.

[22] Sentencia del TJCE de 16 de mayo de 1979.

[23] Sentencia del TJCE 12 de abril de 1984.

[24] Sentencia del TJCE de 26 de abril de 1988.

[25] Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 1977. STJCE de 10 de enero de 1985, *Leclerc v. Thomas Au blé vert*. STJCE de 29 de enero de 1985, *Leclerc v. Cullet*. STJCE de 11 de julio de 1985, *Leclerc v. Syndicat des libraires de Loire-Ocean*. STJCE de 25 de septiembre de 1985, *Leclerc v. Francia*. STJCE de 14 de julio de 1988, *Leclerc v. Syndicat des librairies*.

doctrina comunitaria que sirva de apoyo a la aplicación del principio de confianza legítima y de buena fe, que permita concluir que el Consejo General de la Abogacía desarrolló su conducta en la creencia de que estaba amparada por el art. 2 de la LDC y que, por ello, no concurre el elemento subjetivo de culpabilidad.

4. CONCLUSIÓN

Compartimos el fallo del TDC, tanto en la procedencia de imponer una sanción como en la cuantía de la misma, y en este punto conviene analizar las circunstancias que le han llevado a imponer la mencionada multa. Al margen de las teorías del dolo y la culpa, que pueden explicar la procedencia o no de la imposición de sanción y que se han analizado en detalle a lo largo de este trabajo, la Exposición de Motivos de la LDC señala que el régimen de sanciones establecido en la misma garantiza el cumplimiento de la Ley, tanto en sus aspectos formales como en los sustantivos. Se trata de una herencia de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, y tiene como fin el cumplimiento de la labor pedagógica que desempeña el TDC en sus resoluciones.

Por otra parte, hay que tener en cuenta las directrices de la Comisión respecto al endurecimiento de las sanciones como una medida del carácter disuasorio de las multas, pues en caso contrario puede ocurrir que resulte más ventajoso incumplir la LDC que cumplirla.

Resulta evidente que en la determinación de la cuantía de la sanción el TDC ha tenido en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el caso. En cuanto a los criterios tomados en cuenta, el TDC concede especial relevancia a la modalidad y alcance de la práctica infractora. En este caso concreto, el Reglamento de Publicidad objeto del expediente supone una restricción que actúa no sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer.

El mercado afectado es el de los servicios profesionales y, como afirma el TDC, el Reglamento de Publicidad supone una pretensión de anular la decisión autónoma y libre de los profesionales de la abogacía en un aspecto importante de la competencia entre ellos como es la forma de dar a conocer sus servicios. Además los efectos se dan en todo el territorio nacional pues no hay que olvidar que el Consejo General de la Abogacía es el máximo órgano rector de los Colegios de Abogados.

Cabe destacar aquí el cambio evidente que ha supuesto la publicación de la Ley 7/1997 en la doctrina del TDC. En ausencia de una norma como la citada Ley, el TDC se vio forzado a admitir en su resolución de 2 de noviembre de 1994 (Expte. 83/94) que la prohibición de la publicidad de los

Colegios de Abogados, contenida en el art. 31 del Estatuto General de la Abogacía, aun siendo una restricción a la competencia, está amparada en el Estatuto General de la Abogacía dictado en aplicación de lo establecido en la Ley 2/1974, de Colegios [26].

En cuanto al periodo durante el que se ha producido dicha práctica, el TDC estima que la duración de la misma abarca desde el 1 de enero de 1998 hasta el 18 de enero de 2000, fecha de la resolución. Además, por razones de ejemplaridad el TDC considera que hay que dar una amplia difusión a la misma, para lo cual ordena la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el *BOE* y en la sección de economía de dos diarios nacionales de información general. También considera oportuno ordenar al Consejo que dé traslado de la parte dispositiva de la resolución a todos los colegiados de los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de un mes.

En cuanto a la vulneración del art. 1 de la LDC, es evidente que el comportamiento del Consejo General de la Abogacía en cuanto que adoptó un acuerdo mediante el cual se aprobaba un Reglamento de Publicidad con limitaciones y restricciones al ejercicio de la profesión de abogado, ha infringido dicho precepto. En numerosas resoluciones el TDC ha considerado como muy graves restricciones a la competencia del art. 1 de la LDC y sobre todo los acuerdos horizontales de fijación de precios y condiciones, ya que son los que ocasionan mayores daños al mercado y a los consumidores.

No compartimos el fallo de la AN ni del TS en lo que concierne a la supresión de la multa por varias razones. En primer lugar, tal y como señala el abogado del Estado, la existencia de una conducta infractora presupone la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, sin que pueda disociarse infracción y sanción, ya que si existe dolo y culpa, la sanción es una consecuencia establecida por Ley. Además, no es posible que la culpabilidad exista a efectos de la imputación de la conducta y deje de existir al mismo tiempo a efectos de la sanción.

Compartimos la sentencia del TS cuando reconoce que difícilmente puede concebirse que el Consejo General de la Abogacía, órgano integrado de juristas de reconocida solvencia, pueda ignorar la trascendencia de sus actos en cuanto a sus implicaciones jurídicas y menos aún que ignore, como parece desprenderse de la sentencia de la AN, la vigencia de una Ley dictada unos meses antes, que además produjo un gran debate en la doctrina.

Sin embargo, no puede invocarse el principio de buena fe o de confianza legítima basado en la creencia del Consejo General de que al publicar el Reglamento de Publicidad le amparaba el art. 2 de la LDC, puesto que no ha habido ningún signo externo de la Administración lo suficientemente concluyente para que le induzca razonablemente a confiar en la legalidad de su actuación. Además, tal y como ya se ha señalado, resulta un tanto incom-

---

[26] Véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, *Competencia y Publicidad en el mercado de la abogacía*, Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia (21 de julio de 2000).

prensible que el Supremo reconozca que no existía ignorancia de la Ley 7/1997 que en su art. 2.4 recoge expresamente que resulta aplicable el art. 1 de la LDC, y luego afirmar que creían que había amparo legal del art. 2 de la LDC, que significa que no es aplicable el art. 1 de la LDC. Todo un galimatías.

La práctica desvirtúa la alegación de que el Consejo General de la Abogacía actuaba en la creencia de que estaba asistido por el amparo legal del art. 2 de la LDC, ya que el Consejo General de la Abogacía continúa queriendo influir en la determinación de los honorarios profesionales de los abogados, a pesar de que éstos hayan sido liberalizados, como prueba la resolución del TDC de 26 de septiembre de 2002, posterior a la resolución objeto de este trabajo, en la que el Tribunal declara que el Consejo General de la Abogacía ha dictado una decisión colectiva, de las prohibidas por el art. 1 de la LDC, para establecer honorarios mínimos, impidiendo que los precios de los servicios de los abogados se fijen libremente por negociación entre abogado y cliente.

Los hechos acreditados y probados demuestran que los efectos de la práctica tienen una gran repercusión en las relaciones mercantiles ya que afectan al mercado de los servicios profesionales al limitar la competencia entre estos profesionales impidiendo dar a conocer sus servicios y no en una pequeña área sino en todo el territorio nacional. Resulta evidente la distorsión de la competencia.

En nuestra opinión, la sanción aplicada es conforme a la legalidad, al haber observado y ponderado el TDC los criterios contenidos en el art. 10 de la Ley, guardando la correspondiente proporcionalidad y atendiendo a la cuantía de la multa, en relación con la gravedad de los hechos y el efecto provocado. En este caso la fijación de la multa en 30 millones de pesetas (180.303,63 euros) es sensiblemente inferior al tope máximo establecido en la normativa vigente.

Por último, indicar que esta sentencia se ha dictado en un momento especialmente inoportuno, y ello debido a que según el Informe de la Comisión mencionado, España está entre los países peor situados en la liberalización de los Colegios Profesionales, y porque, además, ésta era la primera resolución del TDC en la que por aplicación de la nueva Ley 7/1997 no se aplicaba amparo legal a las conductas restrictivas de los Colegios profesionales.

LOS *PLANES CLAROS* Y LOS ABUSOS CONSENTIDOS

Miguel COMENGE PUIG
Consejero Técnico D. G. Política Económica
Ex Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Ex Director General de Defensa de la Competencia

La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000, en el expediente sancionador 456/99, *Retevisión-Telefónica* (RTDC)[1], ha sufrido un abrupto recorrido por los órganos jurisdiccionales de revisión, hasta su total descarrilamiento.

La Audiencia Nacional, por sentencia de 22 de septiembre de 2003 (SAN), confirmó todos los pronunciamientos de la RTDC, salvo la cuantía de la multa que quedó reducida a un 90 % de la que el TDC había impuesto.

Recurrida en casación esta sentencia por Telefónica, S. A., y por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo estimó el recurso de Telefónica y, con una nueva interpretación de los arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, anuló la resolución del TDC, por sentencia de 20 de junio de 2006 (STS).

El autor considera, dicho sea con el debido respeto a tan altas instancias judiciales, que ambas sentencias están fundadas en razonamientos y valo-

---

[1] El siguiente detalle cronológico de las resoluciones que se comentan, junto con las abreviaturas que se usarán en este artículo, puede facilitar su lectura.
Hechos: enero-marzo 1998.
Informe CMT sobre *Planes Claros*: 19 de febrero 1998.
Resolución CMT sobre medidas cautelares: 30 de abril de 1998.
RTDC: Resolución TDC 456/99: 8 marzo 2000.
Sentencia Juzgado Primera Instancia Majadahonda (daños y perjuicios): 18 octubre 2000.
Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (apelación daños y perjuicios): 17 octubre 2002.
SAN: Sentencia Audiencia Nacional: 22 septiembre 2003, Jur. 2004/84628.
STS: Sentencia Tribunal Supremo: 20 de junio de 2006, Recurso 9174/2003.
TS: Tribunal Supremo.
AN: Audiencia Nacional.
TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia.
SDC: Servicio de Defensa de la Competencia.
CMT: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
LDC: Ley de Defensa de la Competencia.
LCD: Ley de Competencia Desleal.

raciones poco consistentes, y que modifican el panorama doctrinal del abuso de posición dominante en España, alejando la aplicación del art. 6 LDC de los fundamentos en los que los órganos comunitarios se basan para aplicar la prohibición contenida en el art. 82 TCE.

Si, a los mayores márgenes de libertad establecidos por estas resoluciones para la conducta de las empresas dominantes, se añaden las nuevas tolerancias que establece el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia (abusos de posición dominante exentos —¿consentidos?— por Ley), el panorama de competencia se ensombrece en los importantes mercados españoles dominados por pocas empresas y aislados del mercado internacional por poderosas barreras de entrada.

1. LA RESOLUCIÓN DEL TDC

A. LOS HECHOS

Los hechos que el TDC consideró probados y admitidos por las partes pueden resumirse así:

a) *Mercado, marco legal*

Telefónica, S. A., era el primer operador de telecomunicaciones del mercado español, con una facturación en 1997 por el servicio telefónico básico de 1.340 miles de millones de pesetas, mientras que Retevisión, S. A., era desde el 23 de enero de 1998 el segundo operador de telefonía básica en el mercado nacional, a través del denominado sistema de gestión indirecta, mediante la utilización, previa contraprestación, de las redes de Telefónica para el encaminamiento de las llamadas de sus abonados.

La liberalización progresiva del mercado de las telecomunicaciones terminó en 1998, cuando pasaron a un régimen de competencia plena o restringida todos los servicios objeto del Contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica, atribuidos hasta entonces a ésta en condiciones de monopolio. Este proceso dio lugar a diferentes normas de regulación del mercado [2], culminando con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Estas normas señalan a Telefónica como operador dominante en la prestación del servicio telefónico básico y operador propietario de la red básica de telecomunicaciones, que controla el acceso a una instalación necesa-

---

[2] Real Decreto Ley 6/1996, Ley 12/1997, de liberalización de las telecomunicaciones, Real Decreto 1912/1997, que aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores y Orden del Ministerio de Fomento, por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante.

ria para la prestación de servicios en el mercado relevante. Telefónica, como operador dominante, debía someter sus tarifas de servicio telefónico básico y de interconexión a autorización previa por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, con informe previo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) *Acciones estratégicas de Telefónica frente a la liberalización*

Telefónica aprobó en junio de 1997 un conjunto de acciones estratégicas de cara a la apertura del mercado: creación de una base de datos de clientes y de un grupo de productos denominados Bonos y Paquetes de Tráfico para fomentar el consumo en los tramos de tráfico provincial, interprovincial e internacional así como la realización de una serie de estudios de mercado. Consta que Telefónica disponía de ficheros del mercado segmentado en función del consumo histórico, alguno de ellos con clasificación de sus clientes en función de su facturación, para prestar un tratamiento comercial diferenciado.

Telefónica trató de lanzar, en septiembre de 1997, una serie de productos, los *Planes Personales*, basados en descuentos a determinados colectivos de usuarios para incentivar el consumo. Los Planes Personales fueron paralizados por la CMT poco después de su lanzamiento publicitario, ante la inminente liberalización del mercado debido a su carácter discriminatorio, su posible efecto de fidelización en determinados grupos de clientes y su potencial de obstaculización de la entrada de nuevos operadores en el mercado.

c) *Las campañas de publicidad*

Retevisión comenzó a promocionarse en el mercado español el 9 de enero de 1998 a través de una campaña de publicidad. El 16 de enero anunciaba la posibilidad de obtener información y de solicitar sus servicios a través del número 015. A partir del 23 de enero, comenzó a ofrecer sus servicios mediante la marcación del prefijo 050 para el encaminamiento de las llamadas

El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó una campaña de publicidad anunciando una nueva oferta de productos denominados *Los Planes Claros*. Estos planes consistían en distintos paquetes de descuentos para las llamadas interprovinciales e internacionales en horarios determinados.

d) *Intensidad*

La campaña publicitaria de *Los Planes Claros* se mantuvo desde el 5 de febrero hasta el 5 de marzo y tuvo un coste de 1.494 millones de pesetas, muy superior al coste medio de 285 millones de pesetas de las 38 campa-

ñas publicitarias realizadas por Telefónica en el año 1997 y primer trimestre de 1998.

En relación con la campaña de Retevisión, la de Telefónica fue muy intensa, particularmente en las dos primeras semanas de emisión, tal como se aprecia en el cuadro siguiente:

IMPACTOS (GRP) POR SEMANA

	1.ª	*2.ª*	*3.ª*	*4.ª*	*5.ª*	*6.ª*	*7.ª*	*8.ª*	*9.ª*	*10.ª*	*11.ª*	*12.ª*
Telefónica	—	—	—	—	2.305	780	412	178	—	437	—	—
Retevisión	421	476	497	404	344	307	311	240	97	195	499	422

e) *Objetivos*

Entre los objetivos de la campaña de Telefónica figuraban los siguientes:

«OBJETIVOS:

— *Generar una percepción favorable a la oferta de precios y productos de Telefónica.*
— *Generar una duda razonable sobre la bondad de la oferta de precios de Retevisión».*

«La petición que realizamos a las Agencias consiste en la propuesta de un PLAN DE LANZAMIENTO que construya una imagen eficaz, clara y altamente notoria de esta oferta, sitúe a Telefónica como la mejor opción valor-precio en telefonía, impida (minimice) el uso del 050 y de los servicios de Retevisión y genere demanda de estos productos y servicios».

«Se trata de evidenciar que la oferta de Retevisión no es tan buena, que su oferta no es siempre la más barata, y que sólo Telefónica puede ofrecerte la sencillez...».

«EJES DE COMUNICACIÓN: Asentar la idea de que Telefónica tiene ofertas en precios muy atractivos, que evitan la incomodidad de tener que decidir el uso de otro operador para algunas llamadas (marcar 050 antes), y que las ofertas están segmentadas para adecuarse a las necesidades de cada uno (VALUE FOR MONEY)».

«MANDATORIOS: Hace falta contrarrestar con Precio y Valor lo que Retevisión es sólo oferta plana de descuentos, y productos sólo de larga distancia (las menos frecuentes)».

«En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de Retevisión».

f) *Planificación*

La campaña se organizó en un periodo de tiempo muy breve (*Briefing*: 21 de enero de 1998; presentación, 26 de enero de 1998; decisión, 27 de

enero de 1998; rodaje de película, 29 de enero de 1998; entrega de copias de emisión, 4 de febrero de 1998; material impreso BTL/apoyo a ventas, 4 de febrero de 1998). El director de Marketing de Telefónica señalaba que *«el procedimiento de concepción del producto mencionado ha sido muy rápido para responder al mercado, que no es el habitual, y que no tiene nada que ver con Los Planes Personales».*

g) *Autorización*

De los cinco planes de descuento, cuatro de ellos, los referidos a las llamadas interprovinciales, estaban sometidos a autorización por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la CMT.

Telefónica solicitó la autorización el mismo día 5 de febrero en el que lanzó su campaña de publicidad.

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobó, el 5 de marzo de 1998, los planes anunciados por Telefónica con las siguientes modificaciones: el *Plan Comunidad* se extendió también a las provincias limítrofes, el *Plan 3 en casa* se extendió a todos los usuarios y desapareció el *Plan & Rock,* dirigido a los menores de 35 años.

h) *Previsión de Telefónica sobre el riesgo de publicitar productos no autorizados*

Telefónica hace referencia en distintos documentos a la duda de que los Planes fueran aprobados y al consiguiente efecto de frustración sobre los usuarios.

> *«Alternativa si nos aprueban los planes: necesitamos una película nueva comunicando que los planes están aprobados y reactivando las llamadas al 004.*
>
> *«PELÍCULAS: Como ya se ha avanzado, al hablar de nombres, se realizarán dos películas más...*
>
> *La razón de tener estas películas es contar con suficiente material para mantener la campaña en caso de que el Ministerio de Fomento decidiese cortarla. En este sentido se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: "Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento", que exculparía a Telefónica ante la opinión popular».*
>
> *«La agencia habla con..., que hace los siguientes comentarios tras la reunión con el departamento legal: [...] 2, aún no es producto vendible, en el sentido de que todavía no está autorizado...».*
>
> *«Además de la comunicación sobre las llamadas recibidas en el 004, tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la CMT, tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas.*

Por tanto necesitamos una alternativa creativa en los distintos medios si el caso fuera que la CMT nos deniega la aprobación de los Planes de Descuento. De esta forma, nuestros usuarios sabrán que no es Telefónica la que no ofrece descuentos a sus distintos segmentos de usuarios, sino que simplemente se le deniega la posibilidad de hacerlo».

«Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de Descuento no son contratables todavía».

i) *Valoración por Telefónica de los efectos de la campaña*

En distintos documentos de Telefónica se contienen valoraciones iniciales sobre el impacto de la campaña:

«ESCENARIO: DE DÓNDE VENIMOS A DÓNDE VAMOS. Con Planes Claros, hemos sembrado la duda del precio/descuento y ya no está "Tan Claro" que haya que llamar al 015».

«OBJETIVOS (cont.)

Si con los Planes Claros el objetivo era generar la duda ante la promesa de ahorro del 2.º operador, ahora damos un paso adelante...».

2. LANZAMIENTO DE RETEVISIÓN

Oferta comercial:

— Precios hasta un 25 % más bajos [...].

Los resultados:

— 300.000 llamadas en la primera semana de campaña.
— 120.000 clientes (personas que han facilitado sus datos y están habilitados para llamar a través del 050).

3. LOS PLANES CLAROS

— El 5 de febrero se lanzaron los Planes Claros, consistentes en: [...].
— Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas.
— Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de Descuento no son contratables todavía».

B. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

En los apartados 14, 15 y 16 de los fundamentos de derecho de la resolución se enumeran los principios de la doctrina comunitaria y nacional inspiradores de anteriores resoluciones y en los que se basará para valorar la conducta de Telefónica cuya posición dominante en el mercado español de telefonía básica interprovincial a larga distancia estaba fuera de duda en el momento de los hechos:

— Incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no

distorsionadas de competencia (*Michelin* 322/81 CE, *Airtel/Telefónica* 413/97 TDC).

— Abuso es el concepto objetivo por el que *la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia* (*Hoffmann-La Roche*, 1979 TJCE).

— Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, se utiliza el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva (*Centre Belge d'Études de Marché Telemarketing,* 1986; *Hilti,* 1988; *Tetra Pak,* 1988; *BPB,* 1989) y, por ello, para la apreciación del abuso será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.

Tras esta enumeración de principios, el TDC establecía en el apartado 17 de los fundamentos de derecho que por su intención anticompetitiva y por su contenido desleal, la campaña de los *Planes Claros* constituyó un abuso de posición dominante de Telefónica destacando los siguientes aspectos de la campaña:

— La *coyuntura histórica en que se produce la campaña:* primera vez que irrumpe en el mercado de la telefonía básica un competidor de Telefónica, hasta entonces y desde siempre, monopolista legal.

— La *desproporción de los medios que Telefónica puso en juego* en esta campaña en relación con anteriores campañas de Telefónica, con la campaña de su competidor y con la campaña que la propia Telefónica lanzó para publicar la oferta de *Los Planes Claros* una vez que, tras las modificaciones impuestas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, contaban ya con la preceptiva autorización.

— La *plena conciencia de Telefónica sobre la frustración que podrían sentir los usuarios en el caso de que no se autorizasen* los *Planes Claros.*

— El *contenido de la campaña,* en relación con los usuarios a los que se dirige para que decidan entre su oferta y la de su competidor:

  • Oferta de algo que no existe aún y que puede no llegar a existir.
  • La advertencia al público de la necesidad de aprobación de los *Planes Claros* se realiza en términos muy escuetos, equívocos, de forma indiferenciada con respecto a otras frases del anuncio y en caracteres muy poco perceptibles.

— La *abrumadora intensidad publicitaria,* seis veces más intensa que la de Retevisión en la primera semana, con unos descuentos espec-

tacularmente altos (hasta el 60 % en el Plan 5 estrellas) publicitados con gran formato, mientras que en letra muy pequeña se señala que sólo se aplican en determinados horarios y que precisan aprobación administrativa, determina un gran riesgo de inducir confusión al usuario.

El hecho de que Telefónica asumiera ese riesgo de confundir y frustrar a sus clientes sólo puede explicarse porque el objetivo prioritario era la anulación de la campaña de su incipiente único competidor. De la misma forma que los monopolios pueden desentenderse de la necesidad de innovar, de modernizar, de procurar la mayor satisfacción a los consumidores, siempre que las barreras de entrada sean altas y seguras, sólo los monopolios, junto con empresas ocasionales a las que no importa desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración al mercado.

Telefónica podía legítimamente reaccionar ante la oferta de su competidor con una oferta alternativa, pero no existe justificación objetiva para que se anticipase con una oferta que carecía de la preceptiva autorización. Siendo consciente de la frustración que podía producir a los usuarios, sólo podía hacerlo prevaliéndose de su posición de dominio, contando con la inercia de unos usuarios resignados desde siempre a un único proveedor de servicio telefónico y confiando en que la intensidad de su campaña publicitaria minimizaría la del recién llegado primer competidor.

En definitiva, el Tribunal consideraba «*que no existía necesidad objetiva alguna de asumir estos riesgos ni de infligir este trato a los usuarios y que, por ello, se trata, sin duda alguna, de una conducta abusiva en la que Telefónica no estuvo a la altura de la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante, al reaccionar, sin justificación objetiva alguna, de manera desleal y desproporcionada a la amenaza que percibía en la irrupción de su primer competidor, excediendo el derecho que le asiste a adaptarse a las nuevas condiciones de competencia*».

En consecuencia, el Tribunal declaraba la infracción del art. 6 LDC e imponía a Telefónica, S. A., la sanción de 1.400 millones de pesetas, muy por debajo del límite máximo que permite el art. 10.1 LDC y atendiendo, como determina el art. 10.2 LDC, a las siguientes circunstancias:

— Modalidad de la infracción: el abuso de posición dominante, tanto si se dirige a la explotación de los consumidores como a restringir la acción de los competidores, constituye junto al cártel de precios una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de competencia en el mercado.
— Dimensión del mercado afectado: en 1997, Telefónica ingresó 1.007.844 millones de pesetas por servicios de telefonía básica. No obstante, el Tribunal consideró que el mercado afectado era, únicamente, el de la telefonía básica interprovincial.
— Cuota de mercado de la empresa: la cuota de Telefónica era, al comenzar la campaña de Retevisión, el 100 %.

— Efectos de la campaña sobre los competidores y sobre los usuarios: no se habían cuantificado, pese a la *enorme notoriedad de la campaña que generó cientos de miles de llamadas* sólo en la primera semana de campaña, desconociéndose qué proporción de estas llamadas se realizó con inhibición de llamadas al teléfono 015 de Retevisión, por lo que estos posibles efectos no se consideraron para fijar la sanción.
— Reiteración en la realización de las conductas prohibidas:

- Resolución de la Sección Primera del TDC de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas.
- Resolución TDC de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, *Teléfonos en Aeropuertos*), confirmada por sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España, S. A., y se impone a Telefónica una multa de 124 millones de pesetas.
- Resolución TDC de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, *BT/Telefónica*), en la que se declara abusivo aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, situando a BT en posición desventajosa frente a la propia Telefónica, y se impone a Telefónica una multa de 580 millones de pesetas.
- Resolución TDC de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97 *Airtel-Telefónica*), en la que se declara la conducta abusiva de dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel, S. A., y se impone una multa de 610 millones de pesetas a Telefónica Servicios Móviles (filial de Telefónica al 100 %) y de 150 millones de pesetas a Telefónica de España.
- Resolución TDC de 27 de julio de 1999 (Expte. 394/97 *Telefónica-Ibertex*), en la que se declara abusiva la modificación del contrato con Ibertex y se impone a Telefónica una multa de 20 millones de pesetas.

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La sentencia de la Audiencia Nacional[3] de 22 septiembre 2003 estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo 483/2000 promovido

[3] Jur. 2004/84628.

por Telefónica contra la RTDC, declarando que no es ajustada a derecho en cuanto a la graduación de la sanción y anulándola, en consecuencia, en el citado aspecto, declarando la procedencia de una sanción de 901.518.16 euros y confirmando la resolución impugnada en sus demás pronunciamientos.

A. Los hechos

En el Fundamento Jurídico primero de la sentencia de la Audiencia Nacional los hechos que resultan probados son «*en esencia*» los siguientes:

1. *El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una oferta de productos denominada los Planes Claros, que comprendían distintos productos. La campaña concluyó el 5 de marzo de 1998.*
2. *A la fecha en que se realizan las operaciones de publicidad, los productos no habían sido autorizados, no siéndolo, posteriormente alguno de ellos. La mayor parte del coste destinado a la campaña de publicidad lo fue en relación con los planes no aprobados.*
3. *Dadas las dimensiones del amplio despliegue publicitario de la campaña comercial, se recibieron un enorme número de llamadas de potenciales clientes, lo que indica el impacto en el mercado de dicha publicidad en un momento en que el mismo se está abriendo a otros competidores desde una situación de monopolio.*

En esta relación de hechos, aunque se señala que Telefónica hizo publicidad de Planes no autorizados y del impacto en el mercado de la campaña, se omiten los aspectos de simultaneidad de la campaña con la de Retevisión, intensidad de la misma, desproporción, riesgo de defraudar al consumidor y conocimiento de tal riesgo, que se documentaban en la resolución TDC.

B. Los fundamentos de derecho

La SAN confirma la RTDC en todos sus pronunciamientos, salvo en la graduación de la multa, pero resulta curioso que, al hacerlo, no se refiera a ninguno de los principios básicos de la citada resolución. No hay alusión alguna a la especial responsabilidad del dominante ni al concepto objetivo del abuso ni a la necesidad de una justificación objetiva para que la conducta del dominante pueda ser considerada legítima.

Por el contrario, la SAN se extiende en consideraciones y expresiones como «*abuso de posición de dominio en supuestos en que no se afecta el interés público*», «*el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a este*

fin...», «la conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional», «la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico, término amplio que incluye no sólo a las empresas...» (FJ segundo B).

Aunque la sentencia pretende con estos párrafos subsumir la conducta de Telefónica en el art. 6 LDC, está, en realidad, enumerando determinantes del art. 1 LDC que no se requieren en el art. 6. Todos estos párrafos pueden predicarse de las conductas colusorias pero no necesariamente de los abusos de posición de dominio. Por ejemplo, el último párrafo citado resultaría aplicable a las conductas prohibidas en el art. 1 LDC, pero no lo es a los abusos que prohíbe el art. 6 LDC que, claramente, sólo se refiere a los realizados por empresas.

En todo caso, lo que la Audiencia objeta en la RTDC es el importe de la sanción de 1.400 millones de pesetas (8,4 millones de euros), que anula, imponiendo la de 901.518.16 euros, que declara procedente. Esta fortísima reducción de la multa, sorprendente si se considera que la SAN confirma todos los demás pronunciamientos del TDC, se fundamenta en el apartado sexto de los Fundamentos Jurídicos, que transcribo a continuación en cursiva negra determinados párrafos, para resaltar sus principales argumentos.

«*En la graduación se atendió —como se expresa en la propia resolución impugnada— a la gravedad del tipo infractor, la gran cantidad de llamadas de clientes y a la sanción de otras conductas previas. Ahora* ***bien, esta Sala ha señalado que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita. Por ello ha de atenderse a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción. En cuanto al número de llamadas —esto es, el impacto real de la campaña publicitaria en el mercado—, es criterio correcto para graduar la sanción, pues pone de manifiesto el impacto de la conducta infractora en el mercado de referencia. Pero tampoco puede ser considerado criterio de graduación las sanciones impuestas mientras éstas no sean firmes, pues aunque suponen una apariencia de comportamiento infractor reiterado, la reiteración no queda establecida en tanto no sean firmes las sanciones.***

Así las cosas, y atendiendo, por una parte, al impacto de la campaña en el mercado —manifestada en el gran número de llamadas de clientes—, al momento económico de apertura de un mercado monopolístico que hace especialmente dañoso potencialmente comportamientos como el descrito; y de otra, a la limitación de la campaña publicitaria en el tiempo y a la falta de acreditación de intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia, corresponde imponer la sanción en el grado máximo de la prevista sin el incremento señalado en el art. 10 de la ldc».

Con respecto al primer reparo (primera cursiva negra del texto anterior), MEDRANO IRAZOLA, dentro de un artículo[4] en que sostiene la inconstitucionalidad del sistema sancionador de la LDC, se refiere así a esta sentencia de la Audiencia Nacional: «*la sentencia reduce drásticamente el importe de la multa..., sobre la base de una argumentación que al menos para nosotros es sorprendente en su elemento principal: "En la graduación se atendió —como se expresa en la propia Resolución impugnada— a la gravedad del tipo infractor, la gran cantidad de llamadas de clientes y a la sanción de otras conductas previas. Ahora bien esta Sala ha señalado que* ***el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto,*** *que lo es para la conducta descrita. Por ello ha de atenderse a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción" (la cursiva negra es nuestra). El argumento es impecable con carácter general, pero, al presuponer que la gravedad de la conducta sancionada "ya viene reconocida por el legislador al tipificarla", desconoce palmariamente que tal cosa no sucede en la LDC, sino que es asunto que el art. 10.2 remite a la consideración ad* hoc por *el Tribunal de Defensa de la Competencia. Esto, en nuestra opinión, es inconstitucional. Pero el razonamiento de la Sala conduce, si se sigue aplicando el art. 10, a parificar las sanciones que pueden imponerse a cualesquiera infracciones competenciales (tal y como está la ley, puede no quedar más remedio, pero es absurdo)*».

Tras dieciocho años de constante aplicación del art. 10 LDC, se comparta o no la opinión de MEDRANO sobre su posible inconstitucionalidad, hay que coincidir, en todo caso, en la sorpresa de que la Audiencia ignore que la Ley[5] obliga al TDC a considerar como primer factor para valorar la cuantía de las sanciones la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia y que el TDC ha declarado en numerosas resoluciones ya firmes, tras la correspondiente revisión judicial, que los abusos de posición de dominio y los acuerdos horizontales de fijación de precios constituyen las modalidades que más gravemente pueden distorsionar la competencia en el mercado.

El segundo reparo de la SAN a la RTDC consiste en que *tampoco puede ser considerado criterio de graduación las sanciones impuestas mientras*

---

[4] S. MEDRANO IRAZOLA, «La tipicidad de la infracción y la cuantía de las multas», incluido en el libro *La Modernización del Derecho de la Competencia,* Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005.

[5] Art 10.2 LDC: «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 restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

La duración de la restricción de la competencia.

La reiteración en la realización de las conductas prohibidas».

éstas no sean firmes, pues aunque suponen una apariencia de comportamiento infractor reiterado, la reiteración no queda establecida en tanto no sean firmes las sanciones. En este aspecto, la RTDC enumeraba las cinco ocasiones en que el propio TDC había declarado conductas abusivas de Telefónica y especificaba la firmeza de las dos primeras. Las tres restantes databan de 1999 por lo que la revisión judicial, de haber sido solicitada, no se había podido producir. En consecuencia, sí que existía reiteración en conducta abusiva y no una simple apariencia de comportamiento infractor reiterado.

En el último párrafo subrayado la AN establece que «*atendiendo, por una parte, al impacto de la campaña en el mercado —manifestada en el gran número de llamadas de clientes—, al momento económico de apertura de un mercado monopolístico que hace especialmente dañoso potencialmente comportamientos como el descrito; y de otra, a la limitación de la campaña publicitaria en el tiempo y a la falta de acreditación de intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia, corresponde imponer la sanción en el grado máximo de la prevista sin el incremento señalado en el art. 10 de la LDC*».

De esta forma, sin considerar varios de los factores que el art. 10.2 obliga a tener en cuenta, como la gran dimensión del mercado afectado [10.2.*b*)] o la cuota del 100 % del infractor en dicho mercado [10.2.*c*)], descartando la probada reiteración [10.2.*f*)] y tras una valoración contradictoria (hubo impacto en el mercado: gran número de llamadas, el comportamiento tenía un potencial especialmente dañoso por el momento en que se produjo pero no se acreditaron intensos daños reales y no se ha acreditado una real y grave distorsión de la competencia), la AN anula la sanción de 1.400 millones de pesetas establecida por el TDC e impone la sanción de 150 millones de pesetas, señalando que es el grado máximo de la prevista, «*sin el incremento señalado en el art. 10 de la LDC*», como si la equidad no obligase a aplicar tal incremento en la sanción de infracciones graves de la LDC por empresas con elevadas cifras de ventas.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Contra la SAN, la Administración del Estado y Telefónica, S. A., interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo que la Sentencia de 20 de junio de 2006[6] resolvió, estimando el recurso de Telefónica contra SAN que casa y anula, estimando el recurso de Telefónica contra la resolución de TDC que anula por disconformidad con el ordenamiento jurídico y desestimando el recurso del Abogado del Estado contra la SAN.

Reproducimos a continuación un extracto de los pronunciamientos de la STS que consideramos de mayor interés, manteniendo la redacción original

[6] 20 de junio de 2006, Recurso 9174/2003.

de los párrafos que se transcriben en letra cursiva y apostillando a pie de página los comentarios sobre aspectos formales que nos sugieren, en el bien entendido que la opinión sobre el fondo constituirá la parte final de este artículo.

A. Hechos probados

En el FD 6.º de la STS se considera probado el mismo relato de hechos en que la AN había condensado la conducta denunciada, añadiendo al mismo el hecho de que Telefónica hizo en la campaña la advertencia de que los descuentos estaban sujetos a aprobación administrativa, aunque con las precisiones del TDC sobre características tipográficas y de otro orden en que se plasmó la advertencia.

B. Fundamentos de derecho

Primero. Se refiere a la SAN objeto de este recurso de casación, que «*corroboró la existencia de la infracción sancionada si bien redujo la multa a la suma de 901.518,16 euros al reputar que...*».

Segundo. Reproduce los *hechos probados* y las conclusiones de la SAN.

Tercero. Reproduce textualmente aquellos *hechos* (A1 ... A6) y *fundamentos jurídicos* (B1 ... B9) de la resolución TDC que considera «más relevantes a efectos del fallo»[7].

Cuarto. Aunque la SAN declaraba que la resolución CMT de 30 abril 1998 «*nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa*» el TS considera que sucede todo lo contrario. La CMT resolvía otra denuncia interpuesta por operadores de cable, pero había identidad de circunstancias tal como admite el TDC en B1)[8].

Quinto. «*El TDC hizo... una transcripción fragmentada e incompleta de la resolución de la CMT que no refleja con exactitud su contenido*». En

---

[7] No están todos y los transcritos no siempre están completos. Entre los *hechos* no se reproducen los relativos a los documentos en que Telefónica muestra su preocupación por el riesgo de defraudar al consumidor lanzando una campaña vacía y tampoco aquellos en los que, una vez realizada, aporta datos sobre los resultados y valora como un éxito la campaña.

Con respecto a los *fundamentos* no se reproduce el correspondiente a la inspección domiciliaria y las resistencias de Telefónica, no se reproduce íntegramente el correspondiente a la valoración del documento de la CMT, no se reproducen los datos en que se basa el TDC para tildar de desproporcionada la campaña, ni las expresiones de Telefónica sobre la oferta vacía y el riego de frustración y se omite totalmente el FD 15 sobre la jurisprudencia comunitaria y los conceptos de especial responsabilidad, derecho del dominante a reaccionar a la competencia con actos legítimos, necesidad de justificación objetiva de la conducta del dominante.

[8] La RTDC no se refiere, propiamente, a la identidad de circunstancias sino a que los abusos de posición dominante sólo pueden ser declarados por el TDC que, en este caso, además, había podido utilizar un material probatorio del que la CMT carecía.

consecuencia, se transcriben en la sentencia los extremos de la resolución de la CMT que el TS estima relevantes.

Sexto. Accede a la pretensión actora de integrar en el relato de hechos probados de la SAN el hecho de que Telefónica hizo en la campaña la advertencia de que los descuentos estaban sujetos a aprobación administrativa[9] aunque el TS añade las precisiones del TDC *sobre las características tipográficas y de otro orden en que se plasmó la advertencia.*

Séptimo. El segundo motivo de casación suscitado por Telefónica... se funda en un doble argumento: *i)* la *«errónea interpretación del art. 6 de la LDC realizada por la Sentencia impugnada... y, subsidiariamente, que ii) aun cuando se aceptase la errónea interpretación del articulo 6 de la LDC realizada por la Sala* a quo, *y conforme a la cual basta con que exista una conducta ilícitamente anticompetitiva realizada por una empresa que goza de una posición de dominio para que concurra una infracción del citado art. 6, habría que concluir que no ha existido tampoco una infracción del art. 6 de la LDC, ya que la conducta competitiva fue perfectamente lícita».*

El TS encuentra que la segunda línea argumental del motivo basta para estimarlo pues, según la sentencia, los hechos que el TDC y la AN consideran probados llevan a la conclusión de que no hubo abuso de la posición de dominio que, sin duda, tenía Telefónica.

Como primer factor insoslayable deduce del contenido de la campaña que los descuentos ofrecidos constituían una respuesta comercial a los descuentos de Retevision.

Los descuentos no eran predatorios, ni desmedidos ni ocultaban subvenciones cruzadas como sostenía Retevisión en denuncia ante el SDC, fueron informados favorablemente por la CMT y tres de ellos aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos con modificaciones de menor importancia[10].

El informe del organismo regulador concluía que *la Comisión no aprecia circunstancias que pudieran determinar abusos de posición de dominio... una vez introducidas las modificaciones que en el cuerpo de este informe se señalan*[11].

---

[9] En puridad, la frase utilizada en los anuncios advertía de que *algo* estaba *«sujeto a aprobación administrativa»* sin que, por el contexto en que se insertaba la frase, pudiera deducirse ni que ese *algo* era el descuento ni qué Administración pública o privada tenía que autorizarlo.

[10] El TDC no opuso reparo alguno a la cuantía de los descuentos sino a la inoportunidad, la desproporción y el carácter engañoso y desleal con que fueron publicitados. El hecho de que la Comisión Delegada del Gobierno aprobara tres de ellos no supone que Telefónica debiera presumirlo. Consta el temor de Telefónica de que no fueran aprobados y, de hecho, uno no fue autorizado, como no lo habían sido los *Planes Personales* en 1997.

[11] Ésta no es una conclusión de la resolución CMT de medidas cautelares a la que se refiere el FD 4, sino del informe preceptivo de la CMT de 19 de febrero de 1998, previo a la autorización de los descuentos por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, siendo la última conclusión de este informe: *Cuarta. La divulgación publicitaria de la oferta sin la previa autorización produce un impacto de inhibición en los potenciales clientes en su contratación con los operadores*

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos *incluso suprimió algunas de las restricciones que Telefónica, S. A., había impuesto a dichos descuentos, esto es, amplió su ámbito subjetivo y territorial*[12].

En lo sustancial, pues, el contenido de la oferta no era contrario, sino favorable a la libre competencia, produciendo el efecto favorable del descenso generalizado de los precios, uno de los objetivos prioritarios de la política de liberalización de las telecomunicaciones.

Octavo. Tanto el TDC como la AN enfatizan que la intención de Telefónica era «obstaculizar el acceso a los nuevos competidores». *Pudiera decirse incluso que el TDC atiende más a los componentes subjetivos de la conducta consistente en el lanzamiento de la campaña que a los datos objetivos de ésta, aun cuando ciertamente también a estos últimos se refiere. Precisamente para indagar en la «intencionalidad»*[13] *de aquella compañía no duda*[14] *en utilizar los documentos internos de sus distintos servicios así como otros en los que da instrucciones a la agencia de publicidad.*

La AN *afirma que la campaña objetivamente tiende a restringir la libre competencia y subraya de modo repetido que se lanzó a sabiendas de la falta de la preceptiva autorización administrativa.*

A juicio del TS, lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación.

...la distinción entre la respuesta legítima y la explotación abusiva estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad.

Noveno. Despejadas las dudas que pudieran existir sobre el contenido[15] *hemos de afrontar si la publicidad de dicha oferta pudiera, por sí sola, reputarse explotación abusiva...*

---

entrantes, impacto que ha podido perturbar la normal evolución del mercado con el riesgo añadido de no llegar a constituir oferta efectivamente seleccionable para dichos clientes.

[12] Las restricciones que imponía Telefónica producían segmentación del mercado, conducta que puede constituir una explotación abusiva. Cuando la Comisión Delegada del Gobierno suprime alguna de estas restricciones, demuestra la necesidad de que el dominante espere la aprobación de los descuentos que se propone aplicar.

[13] La palabra «intencionalidad» no aparece en el texto de la RTDC más que como trascripción de alegaciones de la defensa. El TDC utiliza la palabra «intención» cuando se refiere a la voluntad de Telefónica en relación con el fin que pretendía para su campaña.

[14] Estos documentos habían sido legítima y esforzadamente obtenidos por el Servicio en inspección de la sede de Telefónica y contenían numerosos datos no sólo sobre la intención, sino también sobre la preparación, ejecución y efectos de la campaña. No parece que el TDC pudiera dudar en examinarlos.

[15] En realidad, la CMT, en la que tanto se apoya el TS, expresaba algo más que dudas sobre la publicidad de los descuentos, verdadero contenido de la campaña, antes de que estuvieran autorizados.

Contempla dos enfoques de principio una vez aceptada la viabilidad en abstracto de que pudiera ser abusivo el uso de la publicidad por parte de una empresa dominante.

...el primero de los dos enfoques... discernir si por sus características propias la campaña de publicidad además de pretender el objetivo obvio —y legítimo— de reforzar la fidelidad de los antiguos clientes y o ganar otros, resultaba innecesaria y conducía, más bien a la configuración de un mercado cautivo imponiendo al nuevo operador, como barrera de entrada, la necesidad de acometer en réplica gastos publicitarios desorbitados que hicieran inviable o muy seriamente gravoso a su respuesta comercial.

La AN no llega a considerar si la campaña constituyó una barrera de entrada para el nuevo operador y el TDC, aunque destacó el mayor coste respecto a campañas previas, y la mayor intensidad de impactos con respecto a la campaña de su competidor, consideró irrelevante algo que no lo era; la capacidad financiera del nuevo entrante no era irrelevante como dijo el TDC [16] y, con respecto a la «necesidad», la campaña tenía una justificación comercial aceptable.

Décimo. *El segundo de los citados enfoques —que fue, en definitiva, el que prevaleció en la decisión final del TDC aunque la sentencia impugnada no se refiera a él de modo explícito— atiende al contenido supuestamente* [17] *desleal de la campaña. Aun cuando ni el adjetivo desleal ni el concepto de deslealtad aparecen en la sentencia de instancia, sí lo hacen y de modo reiterado en la decisión del TDC hasta el punto de que, según hemos trascrito, la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio por parte de Telefónica, S. A., derivaba de su «intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica mediante una campaña de contenido desleal»... A lo que añadió que «los elementos desleales de la conducta al integrarse en la definición de esta conducta abusiva concreta no pueden sostenerse además de manera autónoma, por lo que no se imputará la infracción del art. 7 LDC».*

...

No cabe... *extender el ámbito del art. 7 considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquella sancionable a título del 6 LDC.*

...

En efecto, existiendo en la Ley 16/89 un tipo sancionador específico para los actos desleales no cabe prescindir de los requerimientos materiales del art. 7 para concluir que toda conducta desleal cometida desde la

---

[16] El TDC expresó la irrelevancia de la capacidad financiera del entrante para analizar la proporcionalidad de la respuesta de Telefónica, todo ello, dentro del *test* de necesidad objetiva de la conducta. El TS ni siquiera recoge el tema de la desproporción de la respuesta sino, simplemente, siguiendo a la CMT, el de la capacidad del entrante para replicar con una nueva campaña a la desleal de Telefónica o el de la campaña como barrera de entrada, algo no imputado por el TDC.

[17] Pese a las premoniciones de la CMT al respecto de la calificación del TDC y de las sentencias del juez ordinario y de la Audiencia Provincial, para el TS la deslealtad sigue siendo *supuesta*.

posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no se distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Por decirlo en otros términos la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el art. 6, cuando se lleve a cabo mediante algunas de las conductas tipificadas en el apartado 2 de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto a otra.

A partir de estas premisas hemos de valorar si el supuesto comportamiento desleal imputado a Telefónica, S. A., era susceptible de ser tipificado en los términos en que lo fue por el TDC, aceptados después por la Sala de instancia. La respuesta debe ser negativa. Si la propia Sala sentenciadora admite de modo expreso que no se acreditaron «intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia» (afirmación que le sirve únicamente para reducir el importe de la sanción pecuniaria), en buena lógica debió estimar que el acto desleal no era susceptible de ser sancionado a título de la Ley 16/1989, pues, como ya hemos subrayado, sólo si los actos desleales distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público pueden recibir aquella incriminación.

Y es que, en efecto, sentado que el contenido mismo de la campaña (esto es, el programa de descuentos ofrecidos) favorecía la competencia en el mercado de la telefonía fija con beneficio para los usuarios que veían rebajado el precio de sus llamadas, y una vez excluido que la difusión o publicidad de aquéllos supusiera una barrera de entrada al nuevo operador por imponerle la necesidad de acometer en réplica inversiones publicitarias tales que hicieran inviable o muy seriamente gravosa su respuestas comercial, el mero hecho de que dicha campaña publicitaria pudiera calificarse como desleal por no reflejar de modo suficientemente destacado la necesidad de la previa autorización administrativa o por contener otras indicaciones no suficientemente exactas, tal hecho, decimos, no es sancionable a título de la Ley 16/1989 si, como en este caso ocurrió, no distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

Por ello se estima el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por Telefónica, S. A., lo cual hace innecesario el análisis del resto e implica desestimar el que dedujo el abogado del Estado para abogar por el mantenimiento de la sanción originaria reducida por la Sala de instancia. Se estima, también, el recurso contencioso-administrativo que impugnaba el acuerdo del TDC.

Todo ello *sin inmisión alguna en la competencia propia de la jurisdicción civil, ... Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Majadahonda... en el litigio civil correspondiente...*

Undécimo. Imposición de costas.

C. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo

La STS concede gran importancia a la resolución de la CMT. y deduce de ella que, si se contempla la conducta desleal al margen del art. 6 LDC, la campaña de Telefónica conducía a un descenso generalizado de los precios, y, por ello, no era contraria sino favorable a la libre competencia (FD 7). La STS adopta estos pronunciamientos y los fortalece mediante una nueva interpretación de los arts. 6 y 7 LDC. Por ello, es importante examinar y comentar esta resolución de la CMT.

La STS reprocha al TDC, y menos a la AN, el énfasis en el propósito subjetivo de Telefónica y señala que no es esto lo decisivo para sancionar un abuso de posición de dominio. La intención de obstaculizar la entrada de un nuevo competidor no es sancionable si se instrumenta por medios legítimos.

La STS establece que como los descuentos anunciados no constituían en sí mismos barreras de entrada (FD 8) y como la capacidad financiera del nuevo entrante (que el TDC consideró irrelevante a efectos de proporcionalidad de la respuesta) resultaba importante pues le permitía *actuar en réplica* (FD 9), la campaña resultaba ser una legítima respuesta comercial y existía una justificación comercial aceptable para la conducta de Telefónica.

Trataremos de contrastar los conceptos de la STS sobre «propósito subjetivo» y «carácter objetivamente antijurídico» con los constantemente aplicados en la práctica comunitaria y española y en la RTDC sobre el carácter objetivo del abuso y la necesidad de una justificación objetiva de la conducta del dominante.

Comentaremos, asimismo, la muy novedosa doctrina introducida en esta sentencia según la cual no cabe considerar que cualquier acto desleal de quien ostenta una posición de dominio constituya una explotación abusiva ya que los actos desleales deben satisfacer los requerimientos materiales del art. 7 LDC. Opinaremos sobre el sentido de que se contemplen actos de competencia desleal en la Ley española de libre competencia y sobre el papel del art. 7 en relación con los arts. 1 y 6 LDC.

Se comentará, también, la consideración de los efectos de las conductas abusivas y la prueba de su existencia en este caso, compatible con la falta de una cuantificación precisa.

a) *La Resolución CMT de 30 abril 1998*

El TS se apoya fundamentalmente en la resolución CMT de 30 abril 1998, de la que adopta los principales pronunciamientos a los que robustece mediante una nueva interpretación de los arts. 6 y 7 LDC.

Sobre esta resolución de la CMT hay que señalar que su fecha, 30 de abril de 1998, es muy posterior a la preparación y lanzamiento de la campaña de los Planes Claros, por lo que, frente a lo que algunos sugieren [18], ninguna confianza legítima podía Telefónica deducir de ella. Los hechos que el TDC sanciona son anteriores a esta fecha.

Después de poner de manifiesto la incoherencia de Telefónica, que venía sosteniendo ante la CMT que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene el monopolio administrativo para la aplicación del art. 6 de la Ley 16/1989 y reclamaba, después, ante el propio Tribunal que tuviera en cuenta como precedente la resolución de la CMT, el TDC declaraba que no tendría en cuenta el documento de la CMT puesto que, efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio y porque la CMT, al no disponer del material probatorio de que dispuso el TDC, como consecuencia de la investigación del SDC, no tenía todos los elementos de juicio y no había podido realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica.

En cualquier caso, el hecho de que las resoluciones de la CMT y del TDC difieran no implica falta de coordinación, si se tiene en cuenta el diferente momento respecto a los hechos en que se adoptan, la diferente identidad de las partes denunciantes, la diferente información y las distintas competencias con que cada organismo cuenta. Como se señala en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* [19]:

> *«La CMT no aplica las normas de defensa de la competencia españolas y comunitarias; sólo le corresponderá sancionar la infracción por incumplimiento de sus resoluciones, instrucciones y requerimientos de información».*
>
> *«El TDC aplica la Ley 16/1989, así como los arts. 85.1 y 86 TCE, con las multas previstas en dichos ordenamientos».*
>
> *«Si la resolución del Tribunal fuera distinta de la de la CMT no se infringiría el principio de coordinación establecido en los arts. 3.1 y 18 de la LPA... la interpretación del TDC puede mantenerse frente a la de otro órgano de la Administración por cuanto que la independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico propio del TDC (aun cuando se trate de un órgano administrativo) le convierten en el órgano designado por la Ley para decidir sobre las consecuencias aplicables a determinadas conductas... el TDC es el órgano especializado en la aplicación de la normativa propia del derecho de la competencia, sin que haya de sujetarse más que al ordenamiento jurídico (art. 20 LDC)».*

Por su parte, la Audiencia Nacional había estimado que el documento de la CMT nada tenía que ver con el asunto objeto de recurso. Parece soste-

---

[18] M. García-Villarrubia y M. Magide Herrero, *El control de la aplicación del derecho de la competencia a través de las categorías generales del Derecho administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (Asunto Planes Claros).*

[19] A. Arpón, A. Carrasco, M. Crespo y otros, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, pp. 849-858, Ed. Aranzadi, 1999.

nible este criterio de la AN ya que había muchas circunstancias diferentes en ambos expedientes (diferentes denunciantes en distintos momentos de la campaña, distinta motivación, diferente dependencia con respecto a la red de Telefónica, de Retevisión y de los operadores de cable) y, aunque la conducta denunciada en ambos expedientes tuviera la misma base de una campaña publicitaria en la que el operador dominante anunciaba descuentos que carecían de la autorización gubernamental necesaria, no tiene nada que ver la investigación de conductas pasadas objeto del recurso con la especulación sobre apariencia de buen derecho que realiza la CMT para resolver sobre medidas cautelares aplicables a una conducta en curso

En cualquier caso la CMT no tenía, no podía tener, la información de la que luego dispuso el TDC, sobre el objeto, la inoportunidad, la intensidad y los efectos de la campaña de Telefónica en relación con la de Retevisión.

El Tribunal Supremo estimó, por el contrario, que la resolución de la CMT era muy relevante y asumió sus planteamientos con tal grado de identificación que su examen resulta del mayor interés para el análisis de su sentencia.

La CMT se esfuerza en encontrar precedentes jurisprudenciales de campañas publicitarias que hayan sido declaradas contrarias a las normas de libre competencia y, al no encontrar ninguna con esa especificidad, elabora su propia teoría a partir de la tensión que plantean los conocidos principios de especial responsabilidad *(«a que se ve sujeto aquel operador que ostente una posición de dominio en un mercado cuyo entramado competitivo él mismo, por su peso específico, debilita»)* y derecho del mismo operador a competir activamente por todos los medios legítimos *(«toda compañía, incluso si ostenta una posición de dominio, tiene el derecho a competir activamente por todos los medios considerados legítimos»).*

Tras proclamar, de forma clara aunque prolija, este derecho del dominante a competir activamente por medios legítimos, junto con la exigencia de aquella responsabilidad por la que doctrina y jurisprudencia «*le imponen reiteradamente un escrupuloso buen hacer*», la CMT se pregunta: *¿puede constituir una campaña publicitaria puesta en marcha por el operador dominante un abuso contrario a la libre competencia?, ¿cuándo es meramente desleal y cuándo lesiona el ámbito de esta última?, ¿existe abuso de posición dominante o no se llega a traspasar el ámbito de la mera deslealtad?*

Parece obvio que, sin más análisis, a la luz de los principios antes enunciados, la CMT hubiera podido deducir que aunque la campaña fuera *meramente* desleal, la campaña, en sí misma, era ya un medio ilegítimo, es decir, un medio no legítimo, o sea, un medio no conforme a las leyes, aunque sólo fuera no conforme a la *mera* Ley de Competencia Desleal y a la *mera* Ley General de Publicidad. Por lo tanto, había suficientes datos para resolver que el operador con posición dominante no tenía derecho a lanzar una campaña publicitaria de contenido desleal ya que era una forma de competen-

cia activa con medios ilegítimos y, por ello, lo contrario de «*un escrupuloso buen hacer*».

Sin embargo, la CMT, en su esfuerzo por aislar la campaña de su propio contenido desleal y encontrar cuándo se excede la *mera* deslealtad para incurrir en abuso, continúa examinando las distintas normas españolas y comunitarias sobre publicidad y encuentra que *es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la que al vincular en su art. 7 competencia desleal y falseamiento de la libre competencia, establece un nexo indirecto entre esta última y publicidad. A este respecto cumple significar que se trata de un nexo cualificado además de indirecto: así, un acto de competencia desleal es en principio susceptible de constituir una vulneración (falseamiento) de la libre competencia. La efectiva infracción de ésta exige que el comportamiento en cuestión rebase la esfera de la simple deslealtad y tenga un impacto significativo sobre el mercado afectado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento. No se protegen pues directamente los intereses particulares (de los competidores actual o potencialmente lesionados), sino el bien público. Estas afirmaciones son ilustrativas de la trayectoria seguida al respecto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (así, resoluciones de fechas 7 de octubre de 1993 y 3 de noviembre de 1995).*

Estas resoluciones del TDC que cita la CMT descartan, efectivamente, la aplicación del art. 7 LDC en dos casos de prácticas insignificantes, sin lesión de la libre competencia, en mercados dispersos (autoescuelas, pequeños industriales), pero, antes de la resolución sobre los *Planes Claros* ya era doctrina del TDC que los actos desleales de quien domina un mercado van más allá del perjuicio privado y lesionan siempre el interés público, constituyendo un abuso de posición de dominio y vulnerando, por ello, el art. 6 LDC.

Por ejemplo, en dos resoluciones, hoy firmes, relativas a campañas de promoción o publicidad, el TDC establecía: «*El art. 6 LDC no prohíbe la posición dominante sino el abuso de la misma y enumera a título ejemplificativo una serie de supuestos de manera no exhaustiva. En cualquier caso, desde posición de dominio todo acto desleal supone una conducta abusiva prohibida por dicho art. 6 LDC*» (R. 431/98 *Eléctrica Curós*), y «*... el consagrado principio según el cual una empresa comete abuso de posición dominante cuando compite deslealmente desde una posición de dominio...*» (Expte. R. 362/99 *Bacardí*).

La CMT señala que la regulación comunitaria de publicidad (Directivas de 1984 y 1997) establece que la publicidad engañosa y la comparativa pueden distorsionar la libre competencia, sin referirse a la necesidad de impacto significativo en el mercado para que ello suceda. No obstante, decide por su cuenta que *el impacto sobre los mercados afectados será un criterio delimitador definitivo a la hora de determinar, como acontece en el caso que nos ocupa, si la publicidad efectuada por un operador dominante infringe o no los arts. 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989.*

Después de extenderse en consideraciones sobre los gastos «excesivos» como barreras de entrada, los descuentos, las subvenciones cruzadas y otros aspectos ajenos al asunto que el TDC trataría luego en su Resolución, la CMT, centrándose, por fin, en el potencial efecto negativo de la conducta para la que se pedían medidas cautelares, señala que:

> *«En cuanto al posible efecto inhibidor, aducido en el escrito de solicitud, que condicionase el comportamiento del usuario de cara a la contratación de otros competidores, se considera que podría producirse con un grado de probabilidad tal que no estaríamos ante una mera especulación, sino ante un efecto potencial relevante en términos de aplicación de los arts. 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989. Las características de la campaña, de fuerte impacto, y de las ventajas ofrecidas, la intercambiabilidad del servicio objeto de prestación, así como la facilidad añadida de no tener que contratar con otro operador cuando aquel del que se ha dependido siempre ofrece condiciones suficientemente atractivas, son todos ellos factores que hacen de la publicidad de referencia un medio objetivamente idóneo para producir la citada inhibición. Sin embargo, dada la condición, ya referida y fundamentada, de esta campaña de publicidad como legítima respuesta en el nuevo entorno competitivo y como instrumento empresarial revelador de un no censurable buen hacer empresarial, cumple significar que el impacto de tal inhibición, de producirse, carecería de la relevancia necesaria a los efectos requeridos por la normativa comunitaria y española de competencia»* [20].

Las dos primeras frases y la última de este párrafo parecen redactadas por personas diferentes que no se leen entre sí. ¿Cómo puede ser legítima la respuesta si utiliza medios ilegítimos? ¿De qué manera este instrumento desleal y engañoso utilizado por Telefónica, S. A., con efecto potencial relevante para producir la inhibición del usuario ante la oferta del competidor, puede revelar un buen hacer empresarial? Aun suponiendo que el fin, supuestamente beneficioso para el usuario, justificase los medios desleales, *quod non* puesto que tal efecto sólo puede producirse mediante ofertas firmes y no vaporosas, ¿de qué forma puede la CMT anticipar que el impacto de la inhibición, que ha definido en la frase anterior como altamente probable y con efecto *relevante* en términos de aplicación del art. 6 LDC, carecería de la *relevancia* necesaria para infringir la normativa de competencia?

Por lo que se refiere a la medida cautelar que los denunciantes solicitaban —prohibición de actividades de promoción y comercialización de planes de ahorro o descuentos, en tanto que los mismos no hayan sido aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos— la CMT explica que *sería quizás exigible conforme a las previsiones de la legislación en materia de publicidad, protección de consumidores y usuarios y competencia desleal, si bien éstos son ámbitos ajenos a las competencias y funciones de esta Comisión.*

---

[20] Cursiva negra del autor.

Sin embargo, dada la ya referida condición de los comportamientos desleales, categoría esta a la que pertenece la publicidad engañosa, de susceptibles de constituir un abuso de posición dominante cuando revisten una especial entidad, como se ha visto, esta Comisión entiende sería deseable que las campañas publicitarias de los operadores dominantes sobre planes de descuento o ahorro contasen, antes de su lanzamiento, con la preceptiva autorización de referencia[21].

En definitiva la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones resuelve:

> Primero. *Que la campaña publicitaria de referencia no constituiría una vulneración de la libre competencia en términos de abuso de posición dominante, sino, en su caso, y de conformidad con lo que resuelva el órgano competente, un supuesto de competencia desleal. En consecuencia, y por motivos de habilitación competencial y funciones propias de la* CMT, *no corresponde a esta Comisión, en relación a esa eventual deslealtad de comportamiento, pronunciarse a título principal ni adoptar medida alguna al respecto.*
>
> Segundo. *Que, consiguientemente, no habría lugar a la adopción de la medida cautelar instada.*
>
> Tercero. *Que no procede que esta Comisión imponga a Telefónica la prohibición de promocionar y comercializar planes de ahorro o descuento sin la previa aprobación de los mismos por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, siendo sin embargo deseable que dicha suerte de actuaciones cuenten con la referida autorización antes de su articulación en el mercado.*
>
> Cuarto. *Que los planes propuestos no representan un abuso de posición dominante y que no son, por lo tanto, contrarios a la libre competencia en el mercado de telefonía básica de larga...*
>
> ...

De este *resuelve* sorprende la curiosamente poco resolutiva redacción de los dos primeros párrafos en tiempo condicional sobre la materia que la CMT debía resolver (*la campaña publicitaria no constituiría una vulneración de la libre competencia, no habría lugar a la adopción de medidas cautelares)*, que contrasta con la categórica declaración del cuarto párrafo al afirmar, sobre lo que no tenía competencia para resolver, que *los planes propuestos no representan un abuso de posición dominante.*

Sorprende, también, que la CMT, a efectos de declarar la deslealtad de la campaña se remita al *órgano competente* mientras que, sobrepasando sus competencias, declare que la misma conducta no es abusiva, con la poca firmeza que da el tiempo condicional en el primer apartado, pero con total seguridad para los *planes propuestos* en el apartado cuarto, sin señalar que el órgano competente era el Tribunal de Defensa de la Competencia, único designado por Ley para realizar este tipo de declaraciones.

---

[21] Cursiva negra del autor.

b) *Diferenciación entre respuesta legítima y conducta abusiva*

Considera la STS (FD 8) que *lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación* y que *la distinción entre la respuesta legítima y la explotación abusiva estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad.*

Este pronunciamiento contrasta con la práctica y la jurisprudencia comunitaria que, a la hora de calificar o no como conducta abusiva la conducta del dominante, tienen en cuenta tanto la intención, como los medios utilizados (desleales incluidos), como los efectos sin que pueda apreciarse una mayor ponderación de unos factores sobre otros, pues es la consideración de todos ellos lo que permite una distinción eficaz. Los tratadistas lo señalan así en textos como el siguiente[22]:

> *«...frecuentemente es difícil distinguir.. una conducta permitida a una empresa en posición dominante y aquella que, según el Tratado, queda prohibida por "abusiva". Ello supone que será una cuestión de hecho y de grado en la que cabe esperar se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:*
>
> — *El tipo de conducta: ¿es claramente restrictiva de la competencia? **¿o poco leal?***
> — *Hasta qué punto la conducta de que se trate **es una práctica normal** en la industria.*
> — ***Hasta qué punto ya se domina el mercado.***
> — ***El efecto,** directo e indirecto, de la conducta de que se trate en los competidores y clientes.*
> — ***Intención de la empresa** en posición dominante: **¿quiere excluir a terceros?** ¿o es una respuesta legítima a la competencia?*
> — ***Proporcionalidad de la conducta** en relación a la amenaza percibida, si es que la hubiere».*

Por otra parte, lo que realmente ha venido resultando decisivo en la aplicación del art. 82 TCE (antes 86 TCEE), para distinguir si la conducta del dominante es abusiva o legítimamente competitiva, ha sido su justificación objetiva.

WHISH lo expresa clara y sucintamente así[23]:

> *«In order to distinguish abusive behaviour caught by Article 86 from legitimate behaviour outside it, the Court and Commission have developed a concept of objective justification. Some types of behaviour, such as refusal to supply and price discrimination, may at certain circumstances be held to*

---

[22] C. BELLAMY y G. CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Civitas, 1992. Cursiva negra del autor del artículo.

[23] R. WHISH, *Competition Law*, 1989, pp. 302-303.

be anti-competitive but in others be innocent. By asking whether there is an objective justification for the conduct in question, the Commission and Court are able to sift out from the net legitimate commercial behaviour.

The idea of objective justification has appeared in many other decisions and is now firmly part of Article 86 analysis, in particular where undertakings are accused of anti-competitive abuses».

No hace referencia explícita la STS a esta justificación objetiva de la campaña, aunque, después de señalar que los descuentos no constituían barrera de entrada, llevaban al descenso de precios y el entrante tenía capacidad financiera para actuar *en réplica,* afirma que existía necesidad de la propia campaña frente a la del entrante y se trataba de una *respuesta comercial aceptable.* Sin embargo, nada de esto parece justificar de forma objetiva la anticipación por Telefónica de la campaña de publicidad de unos descuentos cuya cuantía y cuyos destinatarios desconocía si acabarían coincidiendo con los anunciados, sin esperar la preceptiva autorización gubernamental de los mismos, para hacerla coincidir con la de su incipiente competidor, ahogándola con una intensidad desproporcionada y arriesgando la posible desautorización de los descuentos anunciados y la consiguiente decepción de los usuarios.

De todas formas, el hecho de que el TS dé prioridad al «comportamiento antijurídico» con respecto al «propósito subjetivo» desplaza parcialmente el foco hacia la conducta misma y necesita explicar por qué aunque el comportamiento fuera desleal (como sostenían la CMT, el TDC, el Juzgado de 1.ª Instancia de Majadahonda y la Audiencia Provincial de Madrid) no por ello era sancionable por la LDC. Para explicarlo, la STS acude a una novedosa interpretación del art. 7 LDC.

c) *Competencia libre y competencia leal. El art. 7 LDC antes y después de la STS: de cláusula de cierre a válvula de escape*

El funcionamiento saludable del mercado sólo se produce cuando sus actores compiten con libertad y con lealtad. Sin embargo, la deslealtad no supone, en general, una restricción de la competencia sino más bien un exceso de competencia. El desleal compite, aunque lo hace con tal virulencia que excede los límites de la buena fe.

Por ello, las leyes *antitrust,* las normas que regulan la libre competencia, centradas en la prohibición de conductas restrictivas, no suelen referirse a las conductas desleales que reflejan más un exceso en el ejercicio de la libertad de competir que una restricción de esta libertad.

El art. 7 LDC supone, entonces, una rareza, una excepción dentro del panorama de las leyes *antitrust* europeas, al dar al TDC la posibilidad de conocer los actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que afecten el interés público.

La redacción original de este artículo en la Ley de 1989[24] expresaba que las conductas desleales afectan al bien público, precisamente, cuando falsean la libre competencia, pero, tras la desafortunada reforma de 1999, la actual redacción del art. 7 LDC, con su doble exigencia, induce a creer que pueden existir graves distorsiones de la competencia que no afecten al interés público y obliga a examinar ambas circunstancias como si fueran independientes.

En todo caso, si para algo se incluyó el art. 7 en la Ley de Defensa de la Competencia fue para dar mayor protección al bien jurídico de la libre competencia y no para calificar o debilitar las prohibiciones contenidas en sus arts. 1 y 6, absolutamente homologables con los correspondientes de los demás ordenamientos *antitrust* de Europa.

Distintos autores estiman, así, que el art. 7 LDC introduce un tercer tipo de ilícito *antitrust autónomo*[25] diferente al acuerdo colusorio y al abuso de posición dominante definidos en los arts. 1 y 6 LDC, que se refiere a actos unilaterales realizados por empresas sin posición de dominio[26] o que constituye una *norma de cierre* del sistema para reprimir conductas que no pueden subsumirse en los arts. 1 y 6 LDC[27].

Frente a esta *rareza* del art. 7, el art. 6 LDC es, por el contrario, característico y estándar en las leyes *antitrust* europeas, y se ha venido aplicando también en España, de acuerdo con su procedencia del ordoliberalismo alemán que considera que la competencia está ya muy debilitada en mercados donde existe una posición de dominio y en los que, consecuentemente, se debe exigir del dominante un comportamiento escrupuloso que no debilite aún más el mercado.

Esta exigencia, muy discutida hoy en casos en que la posición dominante se predica con criterios dudosos o cuando tal posición se ha alcanzado tras mostrar una eficiencia superior a la de los competidores, nadie dudaría en aplicarla a un monopolio secular protegido administrativamente de la competencia de terceros, como era Telefónica en 1998 en el mercado de telefonía básica.

Para las prohibiciones del art. 6 LDC no existen ni las excepciones ni la posibilidad de valoración que establece el art. 1 LDC para los acuerdos anticompetitivos en él prohibidos. No hay, pues, abusos de menor importancia, no hay regla de *minimis* para los abusos, no hay abusos que puedan ampararse en leyes (al menos hasta que se promulgue la próxima Ley española

---

[24] Redacción a la que parece volverá, en uno de sus escasos aciertos, la próxima Ley de Competencia, en trámite en el Senado en el momento de redactar este artículo.

[25] I. RODRÍGUEZ DÍAZ, «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 228, 2003.

[26] M. TRONCOSO REIGADA, «El marco normativo de los ilícitos desleales de trascendencia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez I*, Madrid, ed. Civitas, 1996.

[27] R. ALONSO SOTO, «Competencia Desleal y Defensa de la Competencia en España», *Información Comercial Española*, núm. 750, 1996.

de Competencia que, al parecer y si el Senado no lo remedia, permitirá tal amparo legal del abuso), no hay *rule of reason* que pueda aplicarse a los abusos. Los abusos, si lo son, están prohibidos *per se*, con independencia de sus efectos.

Dentro de esta lógica que inspira hoy la jurisprudencia europea, el comportamiento ilícito del dominante es siempre un abuso y si se trata de un ilícito desleal implica, además, mala fe, algo radicalmente incompatible con la especial responsabilidad que se le exige.

En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, hasta la STS que comentamos, el TDC ha venido sosteniendo en sus resoluciones, sin reparo alguno por parte de los órganos judiciales de revisión, que la deslealtad desde una posición dominio constituye un abuso de dicha posición[28].

Ésta era la interpretación del TDC en la resolución sobre los *Planes Claros*, acorde con la jurisprudencia del momento en que hizo pública, y es la interpretación que sigue prevaleciendo hoy en la Unión Europea, sin perjuicio de la expectativa de una *modernización* del art. 82 TCE, o de su interpretación, que no acaba de llegar y que, cuando llegue, no es probable que propicie el que los monopolios entorpezcan la entrada de competidores.

La nueva interpretación del TS, según la cual no todos los actos desleales del dominante son abusivos, puesto que, para serlo, necesitarán satisfacer la doble y redundante exigencia del art. 7 LDC, cambia totalmente el alcance del art. 6 LDC. Si esta interpretación se consolida, los operadores dominantes no abusan de su posición de dominio al actuar con deslealtad hacia sus competidores y con engaño a los consumidores, siempre que no distorsionen gravemente la competencia y siempre que no afecten el interés público.

De esta forma, tras la STS el art. 7 LDC pasa, de ser una cláusula de cierre del sistema de protección de la libre competencia, a convertirse en una válvula de escape de la presión con la que el art. 6 LDC limita la capacidad de abuso de las empresas con posición de dominio. De esta manera, se consentirán en España conductas que en el resto de Europa estarían prohibidas como abusos de posición dominante.

Se cambia así el acento desde el concepto objetivo del abuso y de la automática afectación del interés público y se pasa a la verificación de si el acto desleal del dominante distorsiona gravemente a la competencia y si, además, afecta al interés público (¿cómo se puede distorsionar gravemente la competencia sin afectar el interés público?).

A la dificultad de *examinar el segundo requisito como un presupuesto adicional y autónomo, desvinculado del primero*[29], ya detectada en la apli-

---

[28] Ver, junto a las ya citadas RTDC 431/98 y R 362/99, las Resoluciones 458/99 *Gas Sabadell*, 536/2002 *IFCC/Correos* y 557/2003 *Telefónica/Astel.*

[29] M. MONTAÑÁ MORA, «El discutido art. 7 de La Ley de Defensa de la Competencia», incluido en el libro *La Modernización del Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005.

cación tradicional del art. 7, previa a la STS, es decir, en la represión de conductas desleales unilaterales de empresas sin posición dominante, habrá que añadir, en lo sucesivo, el antecedente que sienta la sistemática utilizada por el TS al valorar la no concurrencia de tales circunstancias en este caso, pese a su enorme notoriedad y efectos en cientos de miles de usuarios.

d) *Los efectos de los* Planes Claros

Los efectos de los *Planes Claros* eran conocidos desde la iniciación del expediente gracias a la valoración que la propia Telefónica realizó sobre la campaña, recogida en los documentos obtenidos en la inspección *in situ* que el SDC llevó a cabo en la fase de instrucción, en los que, como se indicaba anteriormente en los hechos probados del TDC, figuraban datos y valoraciones como los siguientes:

> *«ESCENARIO: DE DÓNDE VENIMOS A DÓNDE VAMOS. Con Planes Claros, hemos sembrado la duda del precio/descuento y ya no está "Tan Claro" que haya que llamar al 015».*
>
> *«OBJETIVOS* (cont.)
>
> *Si con los Planes Claros el objetivo era generar la duda ante la promesa de ahorro del 2.º operador, ahora damos un paso adelante...».*
>
> *2. LANZAMIENTO DE RETEVISIÓN*
>
> *Oferta comercial:*
>
> *— Precios hasta un 25 % más bajos [...].*
>
> *Los resultados:*
>
> *— 300.000 llamadas en la primera semana de campaña.*
> *— 120.000 clientes (personas que han facilitado sus datos y están habilitados para llamar a través del 050).*
>
> *3. LOS PLANES CLAROS*
>
> *— El 5 de febrero se lanzaron los Planes Claros, consistentes en: [...].*
> *— Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas.*
> *— Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de Descuento no son contratables todavía».*

Por ello, al imponer la sanción, el TDC conocía que había habido efectos importantes («*enorme notoriedad*», «*cientos de miles de llamadas*») y, sin embargo, al no existir una cuantificación precisa de los mismos no los tuvo en cuenta en el cómputo de la multa. Hay que recordar que tal cuantificación no era necesaria para la declaración de abuso, y que tres años después de la resolución del TDC sobre los *Planes Claros,* en 2003, el Tribunal de Primera Instancia europeo aún se pronunciaba, sobre el carácter abusivo de descuentos fidelizadores practicados por empresas dominantes, sin

necesidad de analizar su efecto real en el mercado (casos *Michelin II* y *British Airways*).

El Tribunal de 1.ª Instancia de Majadahonda[30], al fallar la demanda civil de daños y perjuicios, estableció el valor medio de la pérdida de tráfico de Retevision a causa de la campaña de Telefónica, en el periodo en que los descuentos anunciados no tenían autorización, en 742.273 llamadas. En dicha sentencia se explicaba la prueba practicada y la valoración que de ella deducía:

> *«De la exhaustiva prueba pericial practicada se deduce que las expectativas creadas por la difusión de este nuevo esquema tarifario de Telefónica, disminuyen el ritmo de llamadas que venían produciéndose al teléfono de información/suscripción de Retevisión (015) difundido en las comunicaciones publicitarias previas de esta Compañía».*
>
> *«En la mencionada pericial, mediante técnicas econométricas, y de carácter estadístico se encuentra una elevada correlación entre la disminución de llamadas al 015 y las producidas al teléfono de acceso indirecto de Retevisión (050) destinada al encauzamiento de las llamadas nacionales e interprovinciales que constituyen el nicho de mercado de Retevisión de forma alternativa a la marcación directa en el sistema tradicional de la telefonía básica proporcionado por Telefónica.*
>
> *Igualmente se aprecia en la prueba pericial que una vez finalizada la campaña publicitaria de Telefónica, se reanuda una ligera tendencia positiva en la incidencia de llamadas al teléfono 015 de Retevisión».*
>
> *«La práctica de Telefónica se dirige esencialmente a frenar el crecimiento del número de abonos que se venían produciendo al servicio ofrecido por Retevisión».*
>
> *«Otra cuestión, muy diferente, es que una vez aprobadas las tarifas por el órgano regulador, Telefónica hubiera iniciado una campaña informativa, dirigida a recuperar el tráfico que estaba siendo captado por su competencia con el fin, lícito a nuestro juicio, de intentar desacelerar la pérdida de cuota en el tráfico en ese segmento de usuarios y que podría ser contestado, de nuevo, por sus competidores, creándose así la situación conmpetencial buscada por el legislador».*

Por el contrario, el método que dedica la STS a la verificación de si la conducta juzgada daña o no gravemente la competencia y si afecta o no al interés público no puede ser más expeditivo: si la Audiencia Nacional *admite de modo expreso que no se acreditaron «intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia» (afirmación que le sirve únicamente para reducir el importe de la sanción pecuniaria) en buena lógica debió estimar que el acto desleal no era susceptible de ser sancionado a título de la Ley 16/1989, pues, como ya hemos subrayado, sólo si los actos desleales distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público pueden recibir aquella incriminación.*

---

[30] Procedimiento: Menor Cuantía 59/1998.

A esta sumaria valoración de la STS podría, quizás, objetarse que, ante lo novedoso de la interpretación del art. 7 LDC que en ella se realiza, no era *en buena lógica* exigible a la Audiencia Nacional que aplicase en 2003 la doctrina que el Tribunal Supremo iba a emitir en 2006 y, por otra parte, se podría, también, quizás, reiterar el anterior comentario a la SAN sobre la forma contradictoria en que la AN sostiene que no se ha acreditado una grave distorsión de la competencia tras haber admitido como hecho probado (también admitido en la STS) que el *enorme número de llamadas de potenciales clientes* que recibió Telefónica indicaba el impacto en el mercado en el momento en que *se está abriendo a otros competidores desde una situación de monopolio.*

Termina la STS resumiendo la conducta de Telefónica así:

> *Y es que, en efecto, sentado que el contenido mismo de la campaña (esto es, el programa de descuentos ofrecidos) favorecía la competencia en el mercado de la telefonía fija con beneficio para los usuarios que veían rebajado el precio de sus llamadas, y una vez excluido que la difusión o publicidad de aquéllos supusiera una barrera de entrada al nuevo operador por imponerle la necesidad de acometer en réplica inversiones publicitarias tales que hicieran inviables o muy seriamente gravosa su respuesta comercial, el mero hecho de que dicha campaña publicitaria pudiera calificarse como desleal por no reflejar de modo suficientemente destacado la necesidad de la previa autorización administrativa o por contener otras indicaciones no suficientemente exactas, tal hecho, decimos, no es sancionable a título de la Ley 16/1989 si, como en este caso ocurrió, no distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público».*

Sin embargo, creemos que ni la campaña favorecía la competencia ni era sólo la falta de precisión en los anuncios lo que los hacía desleales y engañosos, sino el carácter vacío de la oferta de Telefónica, la inexistencia del producto que anunciaba en una desproporcionada campaña de inusual intensidad, diseñada para *generar la duda* en la oferta del único competidor, que no beneficiaba en absoluto a los usuarios, sino que los perjudicaba puesto que, en realidad, cientos de miles de usuarios tuvieron que esperar a la aprobación gubernamental para poder beneficiarse de unos descuentos de los que podrían haberse beneficiado antes, si su atención a los de Retevisión no hubiera sido desviada hacia los inexistentes de Telefónica. Incluso algunos de estos usuarios (los menores de 35 años, *Plan & Rock*) esperaron en vano, puesto que el descuento anunciado no fue aprobado.

En este sentido, la campaña de los *Planes Claros* nos hace recordar la preocupación de los órganos *antitrust* por la forma en que algunas empresas de *software,* dominantes en sus respectivos mercados, anuncian prematuramente nuevos productos o nuevas versiones de productos que, realmente, están muy lejos de poder ser comercializados (*vaporware*[31]). Estos

---

[31] D. DRANOVE y N. GANDAL, *The DVD vs. DIVX Standard War: Network Effects and Empirical Evidence of Vaporware,* Tel-Aviv University, The Foerder Institute For Economic Research, 1999.

productos llegarán al mercado tarde o nunca y si se anuncian es, sobre todo, para entorpecer el desarrollo o la comercialización de los productos más avanzados de los competidores, induciendo a los consumidores, mediante la duda y la incertidumbre, a esperar la llegada de los *vaporosos* productos que anuncia el dominante y, sobre todo, a no comprar los de sus rivales.

Planes vaporosos, válvulas de escape y abusos consentidos por Ley configuran en España un amenazador porvenir para clientes, usuarios y competidores de empresas dominantes.

TERCERA PARTE

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DICTADAS

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 2006 se recupera un poco el número de entrada, quedando dentro de los niveles de los últimos cinco años y, por tanto, muy lejos de las estadísticas de finales del milenio anterior. Efectivamente, estamos muy lejos de los 268 asuntos de 1997 que marcaron el punto culminante.

El ejercicio 2006 presenta una distribución de las entradas muy diferente en comparación con la del año 2005. El número de expedientes iniciados de oficio baja de forma muy notoria. También bajan las solicitudes de autorizaciones, mientras que las denuncias se incrementan sensiblemente... así, el perfil del año 2006 se asemeja bastante al del ejercicio 2004.

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
2006	67	80	4	8	92

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
2006	87,00	4,40	8,60

B. SALIDA DE EXPEDIENTES

Las estadísticas del Servicio en relación con la salida de expedientes son muy similares a las de los últimos ejercicios. La importancia propor-

cional de los archivos respecto a los expedientes que no se elevan al TDC ha aumentado un poco más. El número de expedientes remitidos al TDC es similar al de los dos ejercicios anteriores, muy lejos de las cifras de finales del anterior milenio.

En el año 2006, ya son más las Comunidades Autónomas que han puesto en funcionamiento sus propios órganos de defensa de la competencia. Concretamente, a lo largo de 2006, a las cuatro Comunidades Autónomas con órganos competentes creados y en funcionamiento (Cataluña, Galicia, Madrid y Valencia), se han unido otras cuatro (Aragón, País Vasco, Región de Murcia y Castilla y León). Por ello, es lógico que el número de expedientes remitidos por el SDC a las autoridades autonómicas se haya incrementado respecto del ejercicio anterior. Así, 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, 12 expedientes (en el año 2005 remitió cuatro expedientes).

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.), remitidos a las autoridades de las Comunidades Autónomas (CCAA) o enviados al TDC (TDC); y el total de expedientes finalizados.

Cuadro 1c: Salidas de expedientes (valores absolutos)

Año	*AR.*	*AC.*	*SOB.*	*CONV.*	*CCAA*	*TDC*	*Total*
1989	6	6	17	—	—	19	48
1990	26	6	5	—	—	52	89
1991	17	12	8	—	—	27	64
1992	39	20	21	—	—	31	111
1993	58	15	30	—	—	39	142
1994	59	2	19	—	—	68	148
1995	55	5	16	—	—	63	139
1996	79	13	24	—	—	66	182
1997	95	15	19	—	—	67	196
1998	119	10	30	—	—	53	212
1999	111	9	26	—	—	60	206
2000	82	6	27	0	—	51	166
2001	53	4	16	0	—	46	119
2002	39	4	17	0	—	42	102

Año	*AR.*	*AC.*	*SOB.*	*CONV.*	*CCAA*	*TDC*	*Total*
2003	61	0	23	1	—	33	118
2004	42	3	15	0	—	20	80
2005	42	4	16	1	4	26	93
2006	38	2	17	1	12	22	92

A continuación, igual como se ha hecho con la entrada de expedientes, se presenta un cuadro donde se puede apreciar en los últimos doce años la labor del SDC desde una perspectiva porcentual. Como puede observarse, en el año 2006 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 2006 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.*	*CCAA*	*TDC*
1995	39,50	3,50	11,50	—	—	45,30
1996	43,40	7,10	13,10	—	—	36,20
1997	48,40	7,60	9,60	—	—	34,10
1998	56,10	4,70	14,10	—	—	25,00
1999	53,80	4,30	12,60	—	—	29,10
2000	49,40	3,60	16,30	0,0	—	30,70
2001	44,50	3,40	13,40	0,0	—	38,70
2002	38,20	3,90	16,70	0,0	—	41,20
2003	51,70	0,00	19,50	0,8	—	28,00
2004	52,50	3,70	18,80	0,0	—	25,00
2005	45,16	4,30	17,20	1,07	4,30	27,96
2006	41,31	2,17	18,48	1,09	13,04	23,91

C. Mecanismo de asignación del órgano competente para nuevos expedientes entre el SDC y los órganos de instrucción de las Comunidades Autónomas

A lo largo de 2006, a las cuatro Comunidades Autónomas ya existentes con órganos competentes creados y en funcionamiento: Cataluña, Galicia, Madrid y Valencia, se han unido otras cuatro: Aragón, País Vasco, Región de Murcia y Castilla y León. De esta forma, durante el 2006, junto a la Administración General del Estado, han ejercido sus competencias ocho órganos autonómicos de competencia, pues en el caso de Extremadura, si bien el Jurado de Defensa de la Competencia se creó por Ley 2/2005, de 24 de junio, y se designó al Servicio de Comercio interior, como unidad competente para la instrucción de los procedimientos, ambos órganos no han entrado en funcionamiento hasta enero de 2007. Por último, debe hacerse mención a la creación, mediante Decreto 18/2006, de 1 de agosto, del SDC, por parte de la Comunidad Autónoma de Canarias y que tampoco ha entrado en funcionamiento en el 2006.

Este notable incremento de órganos autonómicos de defensa de la competencia en funcionamiento ha hecho que se haya incrementado sensiblemente el número de expedientes objeto de tramitación a través de los mecanismos previstos en el artículo 2 de la Ley 1/2002. Así, mientras que en el 2005 se tramitaron un total de 16 expedientes, dicha cifra se ha elevado a 38 en el 2006.

A diferencia del ejercicio anterior, no ha sido necesaria la convocatoria de la Junta de Conflictos. Finalmente, cabe observar que la mayoría de los casos son asignados a las Comunidades Autónomas

A continuación se muestra la evolución del mecanismo de asignación de expedientes:

Año	*CCAA*	*Mecanismo iniciado*		*Asignación*		*Junta conflictos*	
		por Estado	*por CA*	*a Estado*	*a CA*	*para Estado*	*para CA*
2004	Cataluña	6	2	2	6	0	0
2005	Cataluña	2	8	0	10	0	0
	Galicia	1	0	0	1	0	0
	Madrid	2	1	1	2	1	0
	Valencia	2	0	0	2	0	0
2006	Cataluña	2	10	2	10	0	0
	Galicia	3	5	0	8	0	0
	Madrid	3	3	0	6	0	0
	Aragón	2	2	2	2	0	0
	País Vasco	3	1	1	3	0	0
	Valencia	1	1	1	1	0	0
	Cast.-León	1	0	0	1	0	0
	Murcia	0	1	1	0	0	0

2. CONCENTRACIONES

Por tercer año consecutivo, el número de operaciones de concentración notificadas se ha incrementado. Este incremento ha sido especialmente importante, pues se ha pasado de 115 notificaciones en 2005 a 132 en el año 2006. De estas 132 notificaciones, 54 han sido también notificadas en otros Estados miembros.

A continuación mostramos la evolución de la tramitación de expedientes en materia de concentraciones desde el año 1990, con indicación del número de expedientes notificados voluntariamente (E.NOT.); los iniciados de oficio (E.I.OFI.); los remitidos al TDC (E.TDC); y los previos a la iniciación de oficio (E.P.I.OFI.).

Cuadro 2a: Expedientes de concentración: total de notificaciones y número de expedientes remitidos al TDC (segunda fase del procedimiento)

Año	*E.NOT.*	*E.I.OFI.*	*E.TDC*	*E.P.I.OFI.*
1990	8	0	3	0
1991	11	0	0	0
1992	17	0	7	0
1993	15	1	3	1
1994	13	0	2	16
1995	20	0	5	8
1996	23	0	2	27
1997	19	0	7	26
1998	31	0	7	24
1999	51	0	14	31
2000	93	—	11	—
2001	76	—	7	—
2002	100	—	9	—
2003	79	—	5	—
2004	94	—	5	—
2005	115	—	6	—
2006	132	—	9	—

Se indica junto al número de notificaciones (NOT.) los datos cuantitativos sobre las decisiones en la primera fase del procedimiento (M.): autorizaciones tácitas (AT.), remisiones al TDC (RTDC) u otras competencia del Ministro (M.); y, en su caso, en la segunda fase del procedimiento esto, es cuando concurre una resolución del Consejo de Ministros (CM.): indicando si hay o no oposición (OP./NOOP.) o si hay condiciones para la operación (C.). 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
2006	132	117	6	9	0	5	4

[1] 2, desistimiento de las partes; 1, remisión a la Comisión, y 5, archivo.
[2] 1, remisión a la Comisión, y 1, archivo.
[3] 1, archivo de la notificación por desistimiento de las partes.
[4] 2, archivos por no tratarse de operaciones de concentración sujetas a control de la LDC, y 1, desistimiento de las partes.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

1. MARCO GENERAL DE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el año 2006 se reduce todavía más el número absoluto de resoluciones dictadas por el TDC, por debajo del nivel del año 2001. Por tanto, este último ejercicio se caracteriza por presentar el menor número de resoluciones de los once años que se lleva elaborando el *Anuario*.

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	*E.S.*	*M.C.*	*A.S.*	*R.A.A.*	*R.S.E.*	*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
2006	20	4	12	19	6	0	19	80

[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 2006* se han incluido las informaciones disponibles en el servidor telemático del Tribunal de Defensa de la Competencia (http://www.cncompetencia.es/). En la fecha de entrega a

La importancia relativa de los principales tipos de resoluciones es la siguiente:

	E.S.	*M.C.*	*A.S.*	*R.A.A.*	*R.S.E.*
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
2006	32,79	6,56	19,67	31,14	9,84

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:

	E.S.	*M.C.*	*A.S.*	*R.A.A.*	*R.S.E.*	*INC.*	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
2006	25,00	5,00	15,00	23,75	7,50	0,00	23,75

imprenta del *Anuario* todavía no se habían publicado todas las resoluciones adoptadas en el año 2006 en el *Boletín Oficial del Ministerio de Economía*.

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 versa. Respecto a esta última distinguimos entre expediente sancionador (E.S.), expediente de medidas cautelares (M.C.), expediente de autorización singular (A.S.), recurso contra el archivo de actuaciones (R.A.A.), recurso contra el sobreseimiento de expedientes (R.S.E.) y otras resoluciones no enmarcables en las anteriores categorías (OTROS).

Fecha	*Núm.*	*Exped.*	*Referencia*	*Materia*
02-01-06	A 356/05	2637/05	Código PAOS.	A.S.
19-01-06	436/98	1437/96	Ganaderías de Lidia (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
20-01-06	492/00	1926/98	Hormigón Gerona (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
20-01-06	427/98	1384/96	Electra Caldense (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
26-01-06	r 669/05 v	DP 11/05	Manos Limpias.	OTROS
27-01-06	r 671/05 v		Coot Habana (Auto de inadmisión).	OTROS
31-01-06	r 680/05 v		Viviendas Ministerio de Defensa 3 (Auto de inadmisión).	OTROS
17-02-06	587/05	2479/03	Bingo simultáneo.	E.S.
21-02-06	r 675/05	2530/04	BAS/MAPFRE.	R.A.A.
08-03-06	r 655/05 v		TKI.	R.A.A.
10-03-06	r 648/05	2366/02	Centros Deportivos Benicarló.	R.A.A.
14-03-06	R 661/05	2505/04	INFOCAL GESA GAS.	R.S.E.
14-03-06	A 163/96	1311/95	Prórroga Morosos Óptica.	A.S.
17-03-06	592/05	2568/04	Fabricantes Bisutería de Andalucía.	E.S.
31-3-06	r 684/06 v	2581/04	Cines Andalucía-2.	OTROS
04-04-06	r 625/04	2319/01	Centros Deportivos Castellón.	R.A.A.
06-04-06	A 357/06	2668/06	Código FEBE.	A.S.
07-04-06	A 358/06	2672/06	Morosos Plataformas Elevadoras.	A.S
17-04-06	322/92	763/91	FACONAUTO (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
17-04-06	R 654/05	2417/02	Interflora/Tanatorios Castellón 2.	R.S.E
19-04-06	490/00	1986/99	Repsol (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
24-04-06	r 677/05	2632/05	Distribuidoras Prensa Ciudad Real.	R.A.A.
26-04-06	A 283/00		Morosos ASPACK (Renovación).	A.S.

Fecha	*Núm.*	*Exped.*	*Referencia*	*Materia*
10-05-06	588/05	2588/05	Distribuidores Cine.	E.S.
12-05-06	R 517/02	2216/00	Vendedores de Prensa de Barcelona.	R.S.E.
22-05-06	589/05	2434/02	FIAB/Grandes Superficies.	E.S.
30-05-06	A 354/05	2616/05	Acuerdo Interlínea Algeciras-Ceuta.	A.S.
30-05-06	MC 35/06	2545/04	Excursiones Puerto de Sóller.	M.C.
05-06-06	590/05	2472/03	Ambulancias Orense.	E.S.
07-06-06	r 656/05	2599/05	ADICAE/La Caixa.	R.A.A.
14-06-06	R 668/05	2525/04	Aeropuertos 2.	R.S.E.
16-06-06	r 658/05	2577/04	UNELCO-ENDESA.	R.A.A.
16-06-06	A 170/96	2276/01	Morosos ASEFOSAM (Auto de archivo).	A.S.
21-06-06	r 685/06 v	2597/05	Viviendas Ministerio de Defensa 5.	M.C.
22-06-06	A 361/06	2688/06	Distribuidores de carburante de Andalucía (Auto de archivo).	A.S.
28-6-06	r 663/05	506/04	Transporte Viajeros Lugo.	R.A.A.
28-6-06	r 665/05	2532/04	Transporte por Taxi.	R.A.A.
28-6-06	A 355/05	2630/05	Acuerdo de interlínea Algeciras-Tánger.	A.S.
29-6-06	r 683/06 v	2661/05	Spanair.	M.C.
04-07-06	A 172/96		Morosos Comercio Químico (Auto).	A.S.
13-07-06	593/05	2523/04	Televisiones.	E.S.
17-07-06	R 676/05	2495/03	Jofra Oil/Shell.	R.S.E.
17-07-06	490/00	1986/99	Repsol (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
18-07-06	600/05	2556/04	Panaderías de Cuenca.	E.S.
18-07-06	r 687/06 v		AUSBANC.	OTROS
20-07-06	r 662/05	2611/05	Farmacéuticos Asturias.	R.A.A.
20-07-06	A 359/06	2669/06	Morosos Impermeabilizantes Asfálticos (Auto).	A.S.
26-07-06	591/05	2513/04	Agencias de Viajes.	E.S.
27-07-06	594/05	2565/04	Cines Campoo.	E.S.
08-09-06	r 693/06	2695/06	Correduría de Seguros.	R.A.A.
12-09-06	A 287/00		Sistema Euro 6000 (Providencia de Archivo).	A.S.
12-09-06	547/02	2173/00	Gas Natural Alicante (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
12-09-06	450/99	892/92	Polvorines (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS

Fecha	*Núm.*	*Exped.*	*Referencia*	*Materia*
12-09-06	426/98	1450/96	Azúcar (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
12-09-06	352/94	847/92	Industrias Lácteas (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
12-09-06	476/99	1799/98	Agencias de viaje (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
12-09-06	409/97	1060/97	Alimentación infantil (Resolución de Ejecución de Sentencia).	OTROS
18-09-06	r 694/06	2702/06	JUREI.	R.A.A.
20-09-06	595/05	2535/04	Ambulancias conquenses.	E.S.
26-09-06	r 672/05	2588/05	Enseñanza pilotos.	R.A.A.
26-09-06	597/05	2524/04	Emisión partidos de bolos.	E.S.
28-09-06	r 686/06	2671/06	Artistas Intérpretes o Ejecutantes.	R.A.A.
02-10-06	MC 36/06	2244/05	AXIÓN-ABERTIS.	M.C.
02-10-06	596/05		Fabricación Máquina Herramienta.	E.S.
05-10-06	599/05	2531/04	Maquinaria Agropecuaria.	E.S.
18-10-06	598/05	2573/04	Panaderías de Valencia.	E.S.
18-10-06	603/05	2574/04	Procuradores Ponteareas.	E.S.
27-10-06	r 678/05	2617/05	El Caserón/SGAE.	R.A.A.
03-11-06	R 667/05	2564/04	Radios.	R.S.E.
07-11-06	r 673/05	2599/05	Deportes Valladolid.	R.A.A.
21-11-06	604/05		Transporte Taxi.	E.S.
22-11-06	605/05	2331/01	Juguetes Cataluña.	E.S.
22-11-06	r 690/06	2694/06	Operadores sector distribución	R.A.A.
22-11-06	584/04		Prensa/Correos (Incidente de Ejecución-multa coercitiva).	OTROS
27-11-06	r 679/05	2631/05	Zeroa/Ayuntamiento de Pamplona.	R.A.A.
28-11-06	r 682/06	2612/05	Farmacéuticos de Córdoba.	R.A.A.
14-12-06	606/05	2551/04	ASINEM-ENDESA.	E.S.
28-12-06	r 698/06 v	763/91	FACONAUTO 2.	OTROS
28-12-06	602/05	2557/04	Viesgo Generación.	E.S.
28-12-06	608/06	2626/05	Asturvivienda.	E.S.

2. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

A. EXPEDIENTES SANCIONADORES

El número de expedientes sancionadores que ha resuelto el TDC en el año 2006 es de 20. Por tanto, ha aumentado un poco respecto del año anterior para situarse en niveles similares al de los años anteriores a 2005.

Todos los expedientes sancionadores instruidos en el año 2005 han desembocado en resoluciones finales.

El cuadro que sigue relaciona las resoluciones finales de expedientes sancionadores con indicación de su fecha; número de expediente con indicación de su origen en virtud de denuncia o de oficio por la propia administración; las conductas detectadas; la decisión del TDC acerca de si se acredita (E) o no se acredita (N.E.) la existencia de las prácticas prohibidas o si se estima procedente su sobreseimiento (S.); la multa impuesta en aplicación del art. 10.1 LDC; y la multa impuesta en aplicación del art. 10.3 LDC.

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Dec.*	*Multa 10.1 LDC*	*Multa 10.3 LDC*
17-02-06	587/05	Art.1. Acuerdos restrictivos en el mercado de servicios para el establecimiento de juegos de azar en red en la CA de Madrid. Cláusulas de exclusividad, de tanteo y de penalización del desistimiento.	E.	No se impone sanción	
17-03-06	592/05	Art. 1. Asociación profesional del sector de la bisutería que niega la admisión como asociado a un operador por motivos no objetivos.	E.	6.000 €	
10-05-06	588/05	Art. 1. Asociación profesional de la distribución cinematográfica que crea una base de datos mediante la cual se intercambian datos estratégicos sensibles para su competencia. Art. 1. Diversas empresas cinematográficas se concertan para uniformizar las políticas comerciales	E.	900.000 € a la asociación y 2.400.000 € a cada una de las 5 distribuidoras imputadas	
22-05-06	589/05	Art.1. Empresas distribuidoras de alimentación conciertan sus políticas para imponer a sus suministradores un sistema homogéneo de seguridad.	E.	75.000 € a cada una de las 4 distribuidoras imputadas	
05-06-06	590/05	Art. 1. Concertación mediante la constitución de una Agrupación de Interés Económico para el reparto del mercado de transporte en ambulancia en la provincia de Orense.	E.	La totalidad de las multas impuestas a las 14 empresas de ambulancias imputadas es de 405.000 €	

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Dec.*	*Multa 10.1 LDC*	*Multa 10.3 LDC*
13-07-06	593/05	Art. 6 y art. 82 TCE. Abuso de posición dominante en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual, al aplicar para el uso de su repertorio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.	E.	300.000 € a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales	
18-07-06	600/05	Art. 1. Recomendación colectiva de precios mínimos del pan en la provincia de Cuenca.	E.	100.000 € a la Asociación de Fabricantes y Expendedores de Pan	
26-07-06	591/05 oficio	Art. 1. Negociación colectiva de los cargos por emisión de billetes de las agencias de viajes. Art. 1. Reparto de mercado en relación con la contratación de billetes con diversas compañías aéreas.	E.	La totalidad de las multas impuestas a las 3 compañías aéreas es de 2.550.000 € y a las 7 asociaciones de viajes es de 3.600.000 €	
27-07-06	594/05	Art. 1. Convenio entre ayuntamiento y titular de un cine por el que se establece que no podrán realizarse exhibiciones cinematográficas en otros locales.	E.	Multa de 1.000 € al Ayunt. Y de 1.000 € al titular del cine	
20-09-06	595/05	Art. 1. Reparto de mercado de servicios de transporte sanitario terrestre de personas en empresas privadas en la provincia de Cuenca.	E.	La totalidad de las multas impuestas a las 13 empresas de ambulancias imputadas es de 495.000 €	
26-09-06	597/05	Art. 6. Abuso de posición dominante consistente en presionar a las peñas bolísticas para suscribir los contratos de cesión de los derechos audiovisuales y televisivos.	E.	8.000 € a la Federación Española de Bolos	
02-10-06	596/05	Art. 1. Acuerdo presunto del fabricante de herramientas con los distribuidores comerciales para no suministrar productos a otro distribuidor.	N.E.		
05-10-06	599/05	Arts. 1 y 6. Supuestas prácticas restrictivas derivadas del incumplimiento de las condiciones contractuales en la forma de pago y plazos de entrega, infracción de exclusiva territorial y trato discriminatorio.	N.E.		

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Dec.*	*Multa 10.1 LDC*	*Multa 10.3 LDC*
18-10-06	598/05 oficio	Art. 1. Recomendación colectiva de precios mínimos del pan en la provincia de Valencia.	E.	300.000 € a la Federación Gremial de Panadería y Pastelería	
18-10-06	603/05	Art. 1. Acuerdo entre 6 procuradores de un mismo partido judicial para no aplicar el descuento máximo que permite la Ley. Determinadas instalaciones (existencia de razones objetivas para esta negativa: falta de prueba de aislamiento necesaria).	E.	3.000 € a cada uno de los 6 procuradores	
21-11-06	604/05	Art. 1. Acuerdo entre suministradores de patrones tarifarios para adaptar los parquímetros a las tarifas de taxi para obligar a los distribuidores a adquirirlos en uno de ellos a un precio superior.	E.	6.000 € a cada uno de los 2 suministradores	
22-11-06	605/05	Art.1. Reglamento de la Associació de Joguiners Agrupats de Catalunya que restringe la libertad de sus miembros para instalar nuevos puntos de venta.	E.	3.000 € a la Associació de Joguiners Agrupats de Catalunya	
14-12-06	606/05	Art. 6. Abuso de posición de dominio en el mercado conexo de la instalación, partiendo de suposición de dominio como distribuidor único en la Isla de Mallorca.	E.	900.000 € a Endesa	
28-12-06	602/05 oficio	Art. 6. Abuso de posición de dominio (mercado de energía eléctrica) consistente en ofertar en una situación de restricciones técnicas la electricidad en el mercado diario a precios superiores a los costes variables revelados.	E.	2.500.000 € a Enel	
28-12-06	608/06	Art.1. Recomendación colectiva para que los asociados no participen en un salón inmobiliario	E.	50.000 € a la Confederación Asturiana de la Construcción	

El análisis de estas resoluciones de expedientes sancionadores puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

Todos los expedientes sancionadores tienen origen en una denuncia, salvo tres de ellos. Así, aunque sigue existiendo un claro dominio de los expedientes que tienen origen en una denuncia, es de recibo constatar que vuelve a repuntar la actuación de oficio en un momento en que el número de expedientes sancionadores sigue disminuyendo..

A diferencia del año anterior, el número de supuestos en que el TCD considera no acreditada la conducta disminuye. De hecho después del año anterior en que en más de la mitad de los expedientes el TDC considera no acreditada la conducta, en el ejercicio 2006 no se estima acreditada la conducta únicamente en dos casos (estas cifras son muy similares a las de 2004, cuando de las 22 resoluciones sancionadoras se considera en cinco que no existe acreditación).

En cuanto a las multas, cabe señalar un importante aumento respecto al ejercicio 2005, sin alcanzar la enorme suma del año 2004 (recordemos que esas cifras elevadas se debieron a las elevadas multas impuestas a Telefónica y a Correos).

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 €
2006	24.349.000 €	0 €	24.349.000 €

B. MEDIDAS CAUTELARES

En el año 2006 hay cuatro resoluciones sobre medidas cautelares, dos de ellas resuelven sendos recursos planteados contra la decisión del SCD de denegar la adopción de medidas cautelares. El TDC confirma esta decisión. En los otros dos supuestos el TDC considera necesarias las medidas cautelares, mientras que en el otro desestima la petición.

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Decisión*
30-05-06	MC 35/06	Subordinación de la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren de Sóller a la contratación de la excursión marítima con una determinada naviera.	Estimación
21-06-06	MC 35/06	Elección por los Colegios Notariales del profesional que debía autorizar cada una de las escrituras públicas de compraventa de vivienda. Recurso contra providencia del SDC de no adoptar medidas cautelares. Desestimación del recurso.	Desestimación
29-06-06	R 683/06	No asignación a determinadas compañías aéreas de la nueva Terminal 4 del Aeropuerto de Barajas. Recurso contra providencia del SDC de no adoptar medidas cautelares. Desestimación del recurso.	Desestimación
02-10-06	MC 36/06	Barreras de entrada en el mercado nacional de servicios portadores de la señal audiovisual.	Desestimación

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 2006 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
2006	7	5	0	0

a) *Resolución final sobre primera solicitud*

El TDC ha dictado, en el año 2006, cinco resoluciones finales en expedientes de autorización singular y dos autos de archivo. Esta cifra es la más baja de los últimos diez años (muy lejos de las estadísticas de los años noventa).

El cuadro adjunto relaciona estas 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*
02-01-06	A 356/05	Código PAOS de autorregulación publicitaria de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud.	Autorización	3 años
06-04-06	A 357/06	Código FEBE de autorregulación publicitaria de la publicidad de bebidas espirituosas.	Autorización	5 años
07-04-06	A 558/06	Registro de morosos.	Autorización	5 años
30-05-06	A 354/05	Acuerdo de interlineado en la línea marítima Algeciras-Ceuta.	Autorización con condiciones	3 años
22-06-06	A 361/06	Registro de morosos.	Auto de archivo	
28-06-06	A 355/05	Acuerdo de interlineado en la línea marítima Algeciras-Tanger	Autorización con condiciones	3 años
20-07-06	A 359/06	Registro de morosos.	Auto de archivo	

Como en los años 2004 y 2005 y a diferencia de los anteriores, los registros de morosos no constituyen la principal materia sobre la que versan las resoluciones autorizatorias del TDC. A diferencia de otros años todas las resoluciones son positivas, si bien hay dos autos de archivo que no entran en el fondo y que se refieren al nuevo Reglamento de exención por categorías relativo a los registros de morosos.

En el caso de las autorizaciones otorgadas, en tres supuestos se concede la autorización para tres años y en los dos restantes para 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.); de archivo por ser de aplicación un Reglamento de exención; y de la no aplicación de la LDC a las conductas analizadas (N. LDC).

Año	*Aut.*	*N. aut.*	*Des.*	*N. ldc*	*Archivo*	*Exp. san.*
1997	28	4	1	5	0	1
1998	10	2	1	4	0	0
1999	16	3	3	1	0	0
2000	9	2	0	5	0	0
2001	6	0	1	2	0	0
2002	13	4	1	3	0	0
2003	9	0	1	3	0	0
2004	7	7	0	0	0	0
2005	6	4	0	0	0	0
2006	5	0	0	0	2	0

Estos datos determinados en porcentaje ofrecen los siguientes resultados:

Año	*Aut.*	*N. aut.*	*Des.*	*N. ldc*	*Archivo*	*Exp. san.*
1997	71,79	10,25	2,56	12,82	0	2,56
1998	58,82	11,76	5,88	23,52	0	0,00
1999	69,56	13,04	13,04	4,34	0	0,00
2000	56,25	12,50	0,00	31,25	0	0,00
2001	66,67	0,00	11,11	22,22	0	0,00
2002	61,90	19,05	4,76	14,29	0	0,00
2003	69,21	0,00	7,69	23,00	0	0,00
2004	50,00,	50,00	0,00	0,00	0	0,00
2005	60,00,	40,00	0,00	0,00	0	0,00
2006	71,43	0,00	0,00	28,57	28,57	0,00

b) *Solicitud de prórroga*

Las solicitudes de prórrogas ha vuelto a disminuir y lo ha hecho de manera muy significativa (en 2005 se dictaron 13 resoluciones de prórroga; este año 2006 han sido sólo cuatro). La causa es en parte la entrada en vigor del Reglamento de exención relativo a los registros de morosos; pero no puede pasarse por alto el hecho de que no hay ninguna resolución de renovación relativa a otras cuestiones. En los dos casos en que ha entrado a

resolver el fondo, el TDC ha concedido la prórroga, siempre para un plazo de cinco años.

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Decisión*	*Límite temporal*
14-03-06	A 163/96	Registro de morosos.	Prórroga	5 años
26-04-06	A 283/00	Registro de morosos.	Prórroga	5 años
16-06-06	A 170/96	Registro de morosos.	Auto de archivo	
04-07-06	A 172/06	Registro de morosos.	Providencia de archivo. Petición de renovación cuando ya ha expirado la autorización	
12-09-06	A 287/00	Sistema de fijación de tasas de intercambio entre entidades de crédito que forman parte del Sistema Euro 6000.	Providencia de archivo. Petición de renovación cuando ya ha expirado la autorización	

c) *Modificación de la autorización*

En el año 2006 el TDC no ha dictado ninguna resolución de modificación de una autorización existente.

d) *Revocación de la autorización*

En el año 2006 el TDC no ha dictado ninguna resolución de revocación de una autorización existente.

3. RECURSOS CONTRA ACUERDOS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como en anteriores años, las resoluciones del TDC relativas a recursos interpuestos contra actos del SDC (R.A.A. + R.S.E.) siguen siendo proporcionalmente las más numerosas (hay que tener en cuenta que hasta 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 19 en el ejercicio 2006. 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*
21-02-06	r 675/05	Obligación de utilización del rótulo MAFRE en todos los servicios de asistencia en carretera requeridos y pago del servicio prestado por importe inferior al coste real.	Desestimación.
08-03-06	r 655/05	Denegación de subvención dentro de programa de apoyo a nuevas iniciativas empresariales gestionada por una empresa pública creada por la Diputación Foral de Bizkaia.	Desestimación.
10-03-06	r 648/05	Ayuntamiento que oferta cursos de gimnasia en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios.	Desestimación.
04-04-06	r 625/04	Ayuntamiento que oferta cursos de gimnasia en instalaciones públicas a precios supuestamente predatorios.	Desestimación.
24-04-06	r 677/05	Distribuidoras de prensa que imponen el cobro de unos costes por el reparto a domicilio de publicaciones, antes gratuitos.	Desestimación.
07-06-06	r 656/05	Aplicación por la entidad de ahorro de una comisión por cada apunte de adeudo que se efectúe en cuentas y libretas de ahorro.	Desestimación.
16-06-06	r 658/05	Contratos concertados entre la única empresa distribuidora de electricidad en Canarias y empresas instaladoras del sector eléctrico.	Desestimación.
28-06-06	r 663/05	Denuncia contra la Diputación de Lugo por supuestos precios por debajo de coste en la explotación de servicios de transporte de viajeros por la «ruta de los Embalses»	Estimación.
28-06-06	r 665/05	Supuesto acuerdo entre la Federación del Taxi de Madrid y Radio Taxi para limitar la libertad de elegir el taxímetro.	Desestimación.
20-07-06	r 662/05	Convenio entre el Servicio de Salud de Asturias y el Colegio de Farmacéuticos sobre la facturación de recetas de la Seguridad Social.	Desestimación.
08-09-06	r 693/06	Denuncia presentada por una entidad de seguros en relación con las actuaciones de un particular por supuestos actos de competencia desleal.	Desestimación.
18-09-06	r 694/06	Denuncia presentada por una Fundación contra el Colegio de Abogados de Madrid en relación a supuesta amistad de determinados abogados con los jueces.	Desestimación.

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Decisión*
26-09-06	r 672/05	Supuesto trato desigual y publicidad engañosa del Colegio de pilotos de la aviación comercial respecto a las escuelas de aviación.	Desestimación.
28-9-06	r 686/06	Denuncia de la Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes en relación a contratos firmados entre la Sociedad de gestión AISGE con T5 y A3.	Desestimación.
27-10-06	r 678/05	Tarifas de la SGAE en el servicio denominado «discoteca» para eventos de restauración, bodas y banquetes.	Desestimación.
07-11-06	r 673/05	Oferta por la Federación Municipal de Deportes de Valladolid de un programa de actividades de ocio y oferta por el Ayuntamiento de Valladolid de parcelas municipales para la construcción de centros de deportivos y de ocio.	Desestimación.
22-11-06	r 690/06	Supuesto pacto colusorio entre distintos operadores del sector de la distribución para no robarse los profesionales de los productos frescos.	Desestimación.
28-11-06	r 679/05	Convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Pamplona y el *Diario de Navarra* por medio del cual este diario distribuía en exclusiva la publicación editada por el Ayuntamiento.	Desestimación.
14-12-06	r 682/06	Fijación de la denominada «cuota variable» proporcional al volumen de facturación de cada oficina de farmacia con el Servicio Andaluz de Salud. Supuesto trato desigual de los farmacéuticos.	Desestimación

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.):

Año	*N. EST.*	*EST.*	*INAD.*	*DES.*
1997	41	14	7	2
1998	39	8	1	0
1999	32	6	1	1
2000	40	3	2	0
2001	16	9	0	1
2002	20	6	1	1

Año	*N. EST.*	*EST.*	*INAD.*	*DES.*
2003	10	8	2	1
2004	14	6	2	0
2005	9	7	3	1
2006	18	1	0	0

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
2006	94,74	5,26	0,00	0,00

Respecto al año anterior, se recupera el panorama habitual en los últimos ejercicios en los que priman claramente las resoluciones desestimatorias.

B. Recursos contra el sobreseimiento de expedientes

En el año 2006, con seis resoluciones, disminuye por tercer 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*
14-03-06	R 661/05	Supuestas prácticas restrictivas consistentes en ofertar a los usuarios de gas servicios de inspección y revisión de las instalaciones a precios inferiores a los de mercado.	Estimación.
17-04-06	R 554/05	Denuncia de Interflora contra diversos tanatorios por impedir o condicionar la entrega de los adornos florales mortuorios en los tanatorios. Archivo previo.	Estimación.

Fecha	*Exped.*	*Conducta*	*Decisión*
12-05-06	R 517/02	Denuncia de propietaria de quiosco sobre cargo de distribución de determinadas publicaciones. Archivo previo.	Desestimación.
14-06-06	R 668/05	Empresa de consultoría de transporte aéreo denuncia a AENA por supuesta barrera de entrada. Archivo previo.	Estimación.
17-07-06	R 676/05	Contrato entre Shell y titular del terreno en el que se ubica una gasolinera sobre régimen de gestión del negocio y compra de los productos.	Desestimación.
03-11-06	R 667/05	Denuncia de profesionales de los medios de comunicación contra el Grupo Prisa y Antena 3 sobre un contrato de representación exclusiva.	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 2006 junto con los de los nueve años anteriores distinguiendo entre: no estimación del recurso (N. EST.); estimación del recurso (EST.), declaración de inadmisibilidad (INAD.), o desistimiento del recurrente (DES.):

Año	*N. EST.*	*EST.*	*INAD.*	*DES.*
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
2006	3	3	0	0

Estos datos corresponden a los siguientes porcentajes:

Año	*N. EST.*	*EST.*	*INAD.*	*DES.*
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

Año	*N. EST.*	*EST.*	*INAD.*	*DES.*
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	100,00	0,00	0,00	0,00
2006	50,00	50,00	0,00	0,00

Cabe advertir que, a diferencia del ejercicio anterior, las resoluciones estimatorias y desestimatorias tienen la misma importancia relativa. De hecho, las resoluciones estimatorias no habían alcanzado este porcentaje en los diez años anteriores.

4. CONCENTRACIONES

Se indican a continuación los ocho casos en que, durante el año 2006, el TDC ha emitido dictamen respecto de una operación de concentración.

EXPED.	*PARTES*	*DICTAMEN*
C94/06	Adquisición por Gas Natural SDG, S. A., del control sobre Endesa, S. A., mediante la formulación de una oferta pública de adquisición de acciones.	Oposición.
C95/06	Adquisición por parte de MIQUEL ALIMENTACIÓ GRUP, S. A., de la totalidad del capital social de PUNTOCASH. S. A.	No oposición.
C96/06	Fusión de COFARES y HEFAME en una nueva sociedad cooperativa, con disolución, sin liquidación de ambas.	Con condiciones.
C97/06	Adquisición por parte de la Compañía Trasmediterránea, S. A., de la totalidad del capital social de Europa Ferrys, S. A., y Viajes Eurotras, S. A.	Con condiciones.
C98/06	Toma de control exclusivo por parte de Abacocine, S. L., de Cinebox Exhibición, S. L., y de Circuito Español de Cine, S. L.,	Con condiciones.
C99/06	Adquisición del control exclusivo por parte de Universal Music Spain, S. L., sobre Vale Music Spain, S. L., y Ticker Media Superventas, S. L.	Con condiciones.
C100/06	Adquisición de activos de Dinosol Supermercados, S. L., por parte de Centros Comerciales Carrefour, S. A., y Distribuidora Nacional de Alimentación, S. A.	No oposición.
C101/06	Adquisición del control conjunto sobre Lince Servicios Sanitarios, S. A., y sobre sus filiales, Seguro Colegio Médico Quirúrgico, S. A., y Lince Asistencia Médica y Hospitalaria, S. L., por parte de Compañía de Seguros Adeslas, S. A., y de Global Consulting Partners.	Con condiciones.

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
2006	1	2	6	8

AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. CATALUÑA

En el año 2006, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC) ha adoptado cuatro resoluciones, frente a las seis del año 2004 y las cuatro del año 2005. Se trata de tres expedientes sancionadores. Los tres expedientes sancionadores publicados al día de hoy han finalizado con la imposición de multas. La cuarta resolución no ha sido publicada y se encuentra pendiente de recurso contencioso-administrativo.

Además se ha dictado un auto de archivo en relación con una solicitud de autorización de un registro de morosos presentada estando en vigor el Reglamento por categoría de morosos.

A continuación se presentan todas las resoluciones del TCDC ordenadas por orden cronológico. Se hace expresa indicación de su fecha, del expediente, de la referencia nominal, del tipo de expediente, de la materia sobre la que versa y del contenido de la parte resolutiva.

Fecha	*Exped.*	*Referencia*	*Tipo*	*Materia*	*Decisión*
24-05-06	9/05	Cadbury Schweppes Bebidas de España	Expediente sancionador	Cláusula de exclusiva	Multa de 100.000 €
20-09-06	10/05	Endesa/Factor Energía	Expediente sancionador	Abuso de posición de dominio consistente en limitar el acceso a la distribución	Multa de 180.000 €
—	11/05	Colegio de Notarios de Barcelona	Expediente sancionador	—	—
31-10-06	12/06	Asociación de tocoginecólogos de Cataluña	Expediente sancionador	Acuerdo de boicot	Multas a la asociación de 70.000 €
15-11-06	A14/06	Morosos Garajes de Barcelona	Autorización	Registro de morosos	Archivo

2. GALICIA

El Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia ha iniciado su actividad resolutoria y lo ha hecho resolviendo tres recursos contra archivos del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia.

Fecha	*Exped.*	*Referencia*	*Tipo*	*Materia*	*Decisión*
04-07-06	R 1/06	Relojes de Ferrol	Recurso contra archivo	Negativa de suministro de relojes a una relojería	Estimación parcial
14-09-06	R 2/06	Mataderos de Orense	Recurso contra archivo	Presunta actuación desleal en relación con concesión para matadero	Desestimación
14-09-06	R 3/06	Venta ambulante	Recurso contra archivo	Presuntos actos de competencia desleal en el sector de la venta ambulante.	Estimación parcial

AUDIENCIA NACIONAL

La Sección Sexta de la Audiencia Nacional, que conoce de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del TDC, ha dictado 68 sentencias en 2006 (más 11 autos). Esta cifra es la más alta de los últimos cinco años. En los ejercicios anteriores dictó 58 sentencias en 2005, 51 sentencias en 2004, en el año 2003 fueron 78 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*
19-01-2006	18-06-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Supuesta fijación de precios de reventa a los franquiciados de DIA. No se acredita la infracción.	Confirma Res. TDC.
20-01-2006	Resolución del Ministerio de Economía 23-04-2003	Sanción por infracción art. 15.2 LDC: obligación notificación concentración.	Confirma Res.
25-01-2006	21-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Inadmisión
02-02-2006	26-05-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
08-02-2006	18-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
08-02-2006	22-10-2003 Archivo	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
10-02-2006 Auto	22-07-2002	Recurso contra providencia del SDC mediante la cual se requiere una documentación a Coca-cola.	Archivo por desaparición sobrevenida del objeto.
13-02-2006	Resolución del Ministerio de Economía 11-11-2004	Sanción por infracción art. 15.2 LDC: obligación notificación concentración.	Confirma Res.
13-02-2006	12-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.

Fecha	*Resolución TDC*	*Materia*	*Decisión*
15-02-2006	12-09-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Reparto geográfico del mercado del calcín (vidrio).	Confirma Res. TDC.
15-02-2006 Auto	21-12-2004 Incoación expediente	Resolución que inadmite recurso contra providencia de incoación de oficio de expediente sancionador.	Desistimiento.
16-02-2006	Resolución del Ministerio de Economía 19-05-2003	Sanción por infracción art. 15.2 LDC: obligación notificación concentración.	Confirma Res.
16-02-2006	30-06-2003 Sobreseimiento	Art. 1: Condiciones generales de venta en el sector de los productos farmacéuticos.	Confirma Res. TDC.
27-02-2006	18-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
03-03-2006	12-09-2003 Archivo	Art. 1: Presunta fijación de precios de reventa de carburantes en estaciones de servicio de Repsol o Cepsa.	Confirma Res. TDC.
03-03-2006	27-01-2004 Archivo	Denuncia contra campaña de control de precios de los carburantes de la Xunta de Galicia.	Confirma Res. TDC.
08-03-2006	16-09-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Exigir a determinadas floristerías una cantidad de dinero por la entrada en los tanatorios.	Confirma Res. TDC.
09-03-2006	25-09-2003 Sobreseimiento	Arts. 1 y 6: Clasificación terapéutica de productos farmacéuticos.	Confirma Res. TDC.
23-03-2006	21-11-2003 Archivo	Art. 7: Supuestos actos desleales de Retevisión y Lince denunciados por Telefónica.	Confirma Res. TDC.
23-03-2006	28-10-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Fijación colectiva por la Asociación Provincial de Agencias de Funerarias de Castellón de precios para aceptar los adornos florales que las floristerías entregan a los tanatorios.	Confirma Res. TDC.
27-03-2006	07-02-2003 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio de CORREOS consistente en haber retenido correspondencia con el anagrama de su competidor IFCC, que los usuarios habían depositado por error en los buzones de la red pública.	Confirma Res. TDC.
30-03-2006	21-11-2003 Archivo	Art. 7: Supuestas prácticas restrictivas contenidas en cartas enviadas por Telefónica.	Confirma Res. TDC.
05-04-2006	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.
06-04-2006	18-12-2003 Archivo	Art. 6: Supuesto abuso de posición de dominio del Ayunt. de Logroño en el mercado de los servicios deportivos.	Confirma Res. TDC.
07-04-2006	13-06-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
11-04-2006	22-07-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo entre empresas del sector de los radiofármacos para fijación indirecta de precios.	Confirma Res. TDC.
17-04-2006	12-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.

Fecha	*Resolución TDC*	*Materia*	*Decisión*
17-04-2006	14-11-2003 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio consistente en campaña publicitaria en la que vincula mercados conexos en el sector del gas.	Estimación del recurso: anulación Res. TDC por caducidad expediente.
27-04-2006	30-05-2001 Expediente sancionador	Art. 1: Presunta fijación de precios de reventa de carburantes en estaciones de servicio de CEPSA.	Confirma Res. TDC.
28-04-2006	08-01-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Recomendación colectiva tendente a uniformizar la respuesta de los asociados a Pfizer.	Confirma Res. TDC.
03-05-2006	21-11-2003 Auto de incidente en ejecución de sentencia	Art. 6: Abuso de posición de dominio consistente en la negativa de suministro de tabaco.	Confirma Res. TDC.
03-05-2006	28-02-2003 Desestimación presunta	Art. 6: Abuso de posición de dominio consistente en la negativa de suministro de tabaco.	Confirma Res. TDC.
05-05-2006	18-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
08-05-2006	13-02-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Recomendación colectiva en el sector de los ganaderos con el fin de unificar el comportamiento de sus asociados.	Confirma Res. TDC.
12-05-2006	11-09-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Conducta no acreditada supuestamente contraria en el mercado de los cementos. Archivo por el TDC.	Confirma Res. TDC.
12-05-2006	13-06-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
02-06-2006	18-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
15-06-2006	26-05-2003 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio de COFARCA al imponer obligaciones a sus asociados.	Confirma Res. TDC.
16-06-2006	20-01-2004 Autorización	Art. 1: Denegación de autorización por el que los asociados de FEBE establecen un mecanismo de control de la publicidad de las bebidas espirituosas.	Estimación parcial. Se declara derecho a la autorización singular.
28-06-2006	16-02-2005 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo de precios entre las autoescuelas de Extremadura.	Confirma Res. TDC.
30-06-2006	20-01-2004 Sobreseimiento	Art. 1: Condiciones generales de venta en el sector de los productos farmacéuticos.	Confirma Res. TDC.
30-06-2006	13-06-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
10-07-2006 Auto	22-07-2002	Recurso contra providencia del SDC mediante la cual se requiere una documentación a Coca-cola.	Archivo por desaparición sobrevenida del objeto.
10-7-2006	09-12-2004 Sobreseimiento	Art. 7: Supuesta venta a pérdida en la prestación de servicios de análisis químicos en Murcia.	Confirma Res. TDC.

Fecha	*Resolución* TDC	*Materia*	*Decisión*
12-07-2006	30-03-2004 Autorización	Art. 3: Denegación de autorización para sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza.	Confirma Res. TDC.
12-07-2006	30-03-2004 Autorización	Art. 3: Denegación de autorización para sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza.	Confirma Res. TDC.
12-07-2006	30-03-2004 Autorización	Art. 3: Denegación de autorización para sistema de recopilación de datos estadísticos referentes a la fabricación y comercialización de cerveza.	Confirma Res. TDC.
17-07-2006	19-02-2004 Sobreseimiento	Art. 1: Conducta conscientemente paralela de negativa de suministro de productos farmacéuticos.	Confirma Res. TDC.
19-07-2006	08-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo de cofradía de pescadores de impedir a entrada en las dependencias de la cofradía a una empresa pescadora.	Confirma Res. TDC.
20-07-2006	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.
20-07-2006	07-10-2002 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio consistente en la modificación de los plazos de pago a mayoristas.	Confirma Res. TDC.
12-09-2006	12-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.
12-09-2006 Auto	26-02-2004 Expediente sancionador	Art. 7: Haber dispuesto para su venta como CAVA botellas de vino espumoso con un periodo de fermentación en botella inferior al establecido.	Desistimiento
14-09-2006	12-09-2005 Expediente sancionador	Art. 6: No se acredita que ENDESA haya negado la conexión a la red de suministro eléctrico.	Confirma Res. TDC.
19-09-2006 Auto	19-04-2006 Expediente sancionador	Art. 1: Ejecución de sentencia. Fijación de precios en las relaciones con las estaciones de servicios.	Desistimiento.
20-09-2006	04-10-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Extremadura.	Estimación parcial: reducción de la multa.
21-09-2006	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.
26-09-2006	20-06-2003 Expediente sancionador	Art. 1: Mecanismo compensatorio entre notarios de Madrid.	Confirma Res. TDC.
28-09-2006	26-11-2002 Expediente sancionador	Art. 7: Anuncio sobre intermediación inmobiliaria que induce a error.	Confirma Res. TDC.
28-09-2006	13-06-2005 Autorización	Auto de incoación de expediente de revocación de la autorización singular concedida a Carburos Metálicos.	Inadmisión
29-09-2006	15-04-2004 Expediente sancionador	Providencia de corrección de la numeración de folios del expediente del SDC.	Confirma Res. TDC.
09-10-2006 Auto	20-01-2006 Expediente sancionador	Art. 1: Ejecución de sentencia. Fijación horizontal de precios del hormigón.	Desistimiento

Fecha	*Resolución TDC*	*Materia*	*Decisión*
16-10-2006	18-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdos tendentes a unificar precios y condiciones comerciales en el mercado de las instalaciones de gas natural de Alicante.	Confirma Res. TDC.
17-10-2006	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.
20-10-2006	20-01-2003 Sobreseimiento	Códigos compartidos entre Iberia y Air Nostrum.	Confirma Res. TDC.
03-11-2006	07-07-2004 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio de ENDESA consistente en la presentación de ofertas a precios superiores a sus costes variables revelados.	Estimación. Anulación de la multa.
15-11-2006	07-07-2004 Expediente sancionador	Art. 6: Abuso de posición de dominio de ENDESA consistente en la presentación de ofertas a precios superiores a sus costes variables revelados.	Estimación. Anulación de la multa.
17-11-2006	26-05-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
20-11-2006	15-09-2004 Expediente sancionador	Arts. 6 y 82 TCE: Abuso de posición de dominio consistente en contratar con varios grandes clientes importantes descuentos a cambio de una exclusiva de servicios de correos.	Confirma Res. TDC.
23-11-2006	21-07-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Mecanismo compensatorio entre notarios de Bilbao.	Confirma Res. TDC.
23-11-2006 Auto	26-05-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Caducidad.
24-11-2006 Auto	26-02-2004 Expediente sancionador	Art. 7: Haber dispuesto para su venta como CAVA botellas de vino espumoso con un periodo de fermentación en botella inferior al establecido.	Desistimiento.
28-11-2006	07-11-2005 Autorización	Art. 3: Sistema 4B y Euro 6000 autorizado con condiciones.	Confirma Res. TDC.
30-11-2006 Auto	28-06-2006 Autorización	Art. 3: Acuerdo de interlineado y ordenación de horarios en la línea Algeciras-Tanger.	Desistimiento.
01-12-2006	Resolución del Ministerio de Economía 09-02-2005	Sanción por infracción art. 14 LDC: obligación notificación concentración.	Estimación parcial. Modificación de la multa.
09-12-2005	26-05-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Confirma Res. TDC.
12-12-2006	17-03-2005 Archivo	Art. 1 y 6: Supuestas prácticas prohibidas del Ayunt. de Almanzora consistentes en ofrecer clases de aeróbic a precios predatorios y con descuentos.	Confirma Res. TDC.
20-12-2006 Auto	11-04-2005 Autorización	Art. 3: Sistema de fijación de tasas de intercambio aplicables a las operaciones interbancarias originadas por pagos mediante tarjetas bancarias.	Desistimiento.
20-12-2006 Auto	11-04-2005 Autorización	Art. 3: Denegación de autorización para sistema de fijación de tasas de intercambio aplicables a las operaciones interbancarias originadas por pagos mediante tarjetas bancarias.	Desistimiento
22-12-2006	16-02-2005 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo de precios entre las autoescuelas de Badajoz.	Confirma Res. TDC.

Fecha	*Resolución TDC*	*Materia*	*Decisión*
22-12-2006	16-02-2005 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo de precios entre las autoescuelas de Badajoz.	Confirma Res. TDC.
27-12-2006	21-06-2004 Recurso contra Real Decreto-Ley	Real Decreto-Ley 15/1999 de medidas de liberalización.	Desestimación.
29-12-2006	21-06-2004 Expediente sancionador	Art. 1: Acuerdo sobre tarifas en el transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.	Confirma Res. TDC.

Al igual que en los 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
2006	Núm.	61,00	3,00	3,00	1,00	68
	%	89,80	4,40	4,40	1,40	100

TRIBUNAL SUPREMO

Se hace constar a continuación las sentencias del Tribunal Supremo en las que se invoca o aplica el derecho de la competencia. Como en los años anteriores la mayoría de las decisiones han sido dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en resolución de recursos contra sentencias o autos de la Audiencia Nacional dictadas a su vez en vía de recurso contra actos administrativos en la materia. El número de decisiones de la Sala de lo Civil vuelve a ser positivo tras dos años siendo nulo. Cabe recordar la tendencia de los últimos años: 5 (2001), 3 (2002), 2 (2003) y 0 (2004 y 2005).

1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 24-01-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Freixenet contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que revoca el sobreseimiento en supuesto de elaboración de cava con una variedad de uva no autorizada. Caducidad expediente.	Desestimación del recurso.
Sentencia 01-02-2006	Recurso de casación contra sentencia del TSJ de Madrid	Recurso interpuesto por Telefónica contra la sentencia del TSJ Madrid recaída en el recurso contra Circular de la CMT en materia de campañas publicitarias. Funciones respectivas del TDC y de los órganos reguladores.	Estimación del recurso. Anulación de la Circular.
Sentencia 14-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Viajes Barceló contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas restrictivas en relación con concurso público para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del «programa Vacaciones para la 3.ª edad».	Desestimación del recurso.
Sentencia 20-2-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Repsol contra auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución TDC. Publicación de la resolución condenatoria.	Desestimación del recurso.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 21-02-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 06-03-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por CEPSA contra auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución TDC. Publicación de la resolución condenatoria.	Desestimación del recurso.
Sentencia 22-03-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por empresa aseguradora contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo para obstaculizar el acceso al mercado de seguros sanitarios de nuevos competidores.	Desestimación del recurso.
Sentencia 22-03-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por un productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (azúcar para usos industriales).	Desestimación del recurso.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 28-03-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio de Administradores de Fincas de Murcia contra auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución TDC. Publicación de la resolución condenatoria.	Desestimación del recurso.
Sentencia 28-03-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio de Administradores de Fincas de Galicia contra auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución TDC. Publicación de la resolución condenatoria.	Desestimación del recurso.
Sentencia 04-04-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por UEE contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba el abuso posición dominio en el mercado de la distribución de explosivos industriales.	Desestimación del recurso.
Sentencia 04-04-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Nestlè contra sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria parcialmente de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios de los alimentos infantiles y acuerdo para la comercialización exclusivamente en farmacias.	Desestimación del recurso.
Sentencia 05-04-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por laboratorio contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios en concurso público (vacunas gripales).	Desestimación del recurso.
Sentencia 05-04-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 16-05-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio de Administradores de Fincas de Extremadura contra auto de la Audiencia Nacional denegatorio de la suspensión de la ejecución de la resolución TDC. Publicación de la resolución condenatoria.	Desestimación del recurso.
Sentencia 18-05-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 30-05-2006	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 un abuso de posición dominante consistente en impedir la entrada de un competidor mediante la celebración de contratos con exclusiva con empresa filial.	Estimación del recurso. Anulación de la sanción.
Sentencia 05-06-2006	Recurso contra Ordenanza Municipal.	Recurso interpuesto contra la Ordenanza Municipal del servicio urbano de auto-taxi de Zaragoza.	Desestimación del recurso.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 06-06-2006	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 un abuso de posición dominante consistente en la elaboración de listas negras de mayoristas de terminales.	Desestimación del recurso.
Sentencia 06-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio Farmacéuticos de Valencia contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de conducta prohibida consistente en una circular con la finalidad de discriminar los productos ofrecidos a los consumidores en detrimento de un fabricante.	Desestimación del recurso.
Sentencia 12-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por una productora de leche contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 20-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por entidad bancaria contra sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria de recurso interpuesto por AUSBANC contra resolución TDC que confirmaba acuerdo.	Desestimación del recurso.
Sentencia 20-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Telefónica contra sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria parcialmente (cuantía multa) de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un abuso de posición dominante consistente en lanzamiento de campaña publicitaria de los Planes Claros.	Estimación del recurso. La campaña no constituye explotación abusiva. Anulación de la sanción.
Sentencia 20-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Danone contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 20-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Consejo andaluz de Colegios de Médicos contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que confirma archivo.	Desestimación del recurso.
Sentencia 04-07-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Iparlat contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de un acuerdo de precios (leche).	Desestimación del recurso.
Sentencia 04-07-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Ecolmare contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que confirma archivo. Supuestas conductas restrictivas en puertos con relación a servicios contra la polución.	Desestimación del recurso.
Sentencia 12-07-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Iparlat contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución Ministerio de Economía que impone sanción por infracción obligación de notificar una concentración.	Desestimación del recurso.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 20-09-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Consejo General de la Abogacía Española contra sentencia de la Audiencia Nacional estimatoria parcialmente de recurso contra resolución TDC que declaraba contrarias al art. 1 LDC las normas sobre publicidad.	Desestimación del recurso.
Sentencia 29-09-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Vileda contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba no acreditada conducta restrictiva alguna.	Desestimación del recurso.
Sentencia 03-10-2006	Recurso de casación contra sentencia del TSJ de Madrid.	Recurso interpuesto por Plátanos Morales contra la sentencia del TSJ Madrid recaída en el recurso contra acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid sobre Normas de funcionamiento de la sección de plátanos de la Unidad Alimentaria de Madrid.	Desestimación del recurso.
Sentencia 03-10-2006	Recurso contra acuerdos del Consejo de Ministros.	Recurso interpuesto por AUNA 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 Vía Digital/Sogecable.	Desestimación del recurso.
Sentencia 10-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Texaco contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas restrictivas consistentes en pactos de exclusividad no amparados por la exención por categoría.	Desestimación del recurso.
Sentencia 11-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Colegio de APIS de La Coruña contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas contrarias al art. 7 LDC consistentes en la publicación de anuncios engañosos y denigrantes.	Estimación del recurso.
Sentencia 18-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por EDEGA contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de conducta abusiva en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendada.	Desestimación del recurso.
Sentencia 24-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Mundosocial contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas restrictivas en relación con concurso público para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del «programa Vacaciones para la 3.ª edad».	Desestimación del recurso.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Sentencia 20-12-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional	Recurso interpuesto por Viajes Iberia contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de prácticas restrictivas en relación con concurso público para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del «programa Vacaciones para la 3.ª edad».	Desestimación del recurso.

Además, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado 12 autos en relación con la defensa de la competencia.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Auto 28-04-2006	Recurso contra acuerdo del Consejo de Ministros.	Petición de suspensión de autorización de concentración hasta resolución del recurso interpuesto por Endesa contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba con condiciones la concentración económica Gas Natural/Endesa.	Estimación del recurso.
Auto 16-05-2006	Recurso contra acuerdo del Consejo de Ministros.	Petición de suspensión de autorización de concentración hasta resolución del recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba con condiciones la concentración económica Spanish Into-Plane Services.	Desestimación del recurso.
Auto 15-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por SGAE contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de una conducta prohibida.	Inadmisión del recurso por razón de la cuantía.
Auto 22-06-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por ACOPEVI contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de una conducta prohibida.	Inadmisión del recurso por razón de la cuantía.
Auto 26-06-2006	Recurso contra acuerdo del Consejo de Ministros.	Recurso de súplica contra auto 28-04-07 de suspensión de autorización de concentración hasta resolución del recurso interpuesto por Endesa contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba con condiciones la concentración económica Gas Natural/Endesa.	Desestimación del recurso.
Auto 27-06-2006	Recurso contra acuerdo del Consejo de Ministros.	Petición de suspensión de actuaciones en relación con recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba con condiciones la concentración económica Spanish Into-Plane Services.	Estimación del recurso.
Auto 13-07-2006		Solicitud de Endesa de entrega a las partes de la documentación declarada confidencial en vía administrativa.	Desestimación por ser genérica la demanda.
Auto 28-09-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Recurso interpuesto por Nuprosa contra sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de recurso contra resolución TDC que declaraba la existencia de una conducta prohibida.	Inadmisión del recurso por razón de la cuantía.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Auto 28-09-2006	Recurso de casación contra auto de la Audiencia Nacional.	Recurso de Cooperativa Farmacéutica Canaria contra auto de la Audiencia Nacional que desestima petición de suspensión de sanción.	Inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía litigiosa.
Auto 05-10-2006		Recurso de Endesa contra auto TS de 13-07-2006 que deniega solicitud de entrega a las partes de la documentación declarada confidencial en vía administrativa.	Desestimación del recurso.
Auto 05-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Nacional.	Oposición a la admisión de recurso interpuesto por Correos contra sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional contra resolución TDC desestimatoria de recurso contra archivo.	Desestimación de la petición y admisión a trámite del recurso.
Auto 19-12-2006	Recurso contra acuerdo del Consejo de Ministros.	Recurso de ASIE contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba con condiciones la concentración económica Gas Natural/Endesa. Alegación previa del abogado del Estado sobre falta de legitimación activa.	Desestimación de la alegación y del recurso.

2. SENTENCIAS DICTADAS POR LA SALA DE LO CIVIL

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Auto 28-03-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca.	Recurso interpuesto por CEPSA contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca. Se invoca el art. 81 CE y el art. 1 LDC en relación a unos contratos de representación exclusiva.	Inadmisión del recurso por razón de la cuantía.
Auto 31-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.	Prejudicialidad de la vía administrativa (art. 13.2 LDC).	Inadmisión del recurso.
Auto 05-12-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.	Prejudicialidad de la vía administrativa (art. 13.2 LDC).	Inadmisión del recurso.

Además, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado tres autos en relación con la defensa de la competencia.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Auto 28-03-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca.	Recurso interpuesto por CEPSA contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca. Se invoca el art. 81 CE y el art. 1 LDC en relación a unos contratos de representación exclusiva.	Inadmisión del recurso por razón de la cuantía.

Fecha	*Resolución*	*Materia*	*Decisión*
Auto 31-10-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.	Prejudicialidad de la vía administrativa (art. 13.2 LDC).	Inadmisión del recurso.
Auto 05-12-2006	Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.	Prejudicialidad de la vía administrativa (art. 13.2 LDC).	Inadmisión del recurso.

COMISIÓN EUROPEA *

1. DECISIONES DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

A. Casos registrados

El número de casos registrados por la Red Europea de la Competencia *(European Competition Network),* esto es, la Comisión junto a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, es de 165, de los cuales 144 han sido iniciados por las autoridades nacionales. Así el número de casos sigue decreciendo en este tercer ejercicio de aplicación del sistema descentralizado implantado por el Reglamento 1/2003 (http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/statistics.html). Este descenso se debe casi exclusivamente a la disminución de los asuntos registros por las autoridades nacionales.

B. Decisiones formales sancionadoras del año 2006

Durante el año 2006, la Comisión ha adoptado ocho decisiones formales con imposición de multas. En siete casos se trata de cárteles y se imponen multas a 45 empresas por un total de 1.846.385.500 euros (a comparar con los 683,029 millones de euros de 2005 o con los 390,2091 millones de euros de 2004). En el octavo caso se trata de una sanción por un abuso de posición de dominio.

Fecha	*Exped.*	*Referencia*	*Conducta*	*Decisión*	*Public.*
03-05-2006	38.620	Peróxido de hidrógeno y perborato (químicos blanqueadores).	Intercambio de información, reparto de mercados y clientes, autolimitación y fijación de objetivos de precios.	Imposición de multa a 7 de las 8 empresas participantes por un total de 368,128 millones de euros (inmunidad a 1 empresa y reducción de multas a 3 empresas).	IP/06/560

* En este *Anuario 2006* se han incorporado las estadísticas del año 2006 publicadas en el *Informe sobre la política de la competencia 2006* [Documento SEC (2007) 860, de 25 de junio de 2007]. Además, de esta información se ha utilizado también la disponible en el servidor telemático de la DG de competencia.

Fecha	*Exped.*	*Referencia*	*Conducta*	*Decisión*	*Public.*
31-05-2006	38.645	Metracrilatos (cristal acrílico).	Intercambio de información y fijación de objetivos de precios.	Imposición de multa a 4 de las 5 empresas participantes por un total de 344,5625 millones de euros (inmunidad a 1 empresa y reducción de multas a 2 empresas).	IP/06/698
13-09-2006	38.456	Bitumen Nederland.	Fijación de precios en el mercado mayorista y acuerdo sobre descuentos a clientes según fueran o no del cártel.	Imposición de multa a 13 de las 14 empresas participantes por un total de 266,217 millones de euros (inmunidad a 1 empresa y reducción de multas a 1 empresa).	IP/06/1179
20-09-2006	38.121	Empalmes (empalmes de cobre).	Fijación de precios y descuentos, coordinación de incrementos de precios, intercambio de información y reparto de clientes.	Imposición de multa a 11 de las 12 empresas participantes por un total de 314,76 millones de euros (inmunidad a 1 empresa y reducción de multas a 3 empresas).	IP/06/1222
08-11-2006	38.907	Vigas de acero (readopción).	Fijación de precios y de cuotas e intercambio de información.	Decisión en ejecución de sentencia. Imposición de multa a 1 de las empresas participantes, con reducción, por un total de 10 millones de euros.	IP/06/1527
29-11-2006	38.638	Caucho sintético (BR/ESBR).	Acuerdo de precios.	Imposición de multa a 5 de las 6 empresas participantes por un total de 519,05 millones de euros (inmunidad a 1 empresa y reducción de multas a 1 empresa).	IP/06/1647
20-12-2006	39.234	Extra de aleación (readopción).	Acuerdo de precios.	Decisión en ejecución de sentencia. Imposición de multa a 1 de las empresas participantes, con reducción, por un total de 3,168 millones de euros.	IP/05/1851
04-07-2006	38.784	Telefónica.	Abuso de posición dominante en el mercado español de banda ancha.	Multa de 151,875 millones de euros.	IP/06/1011

2. DECISIONES RELATIVAS A CONCENTRACIONES

A. NOTIFICACIONES RECIBIDAS

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
2006	356

B. Decisiones finales

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
2006	0	323	13		1	1	4	6	0	0	346

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 2006 en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Se indica su fecha; el número de asunto; las partes intervinientes; la materia sobre la que versa. No hacemos constar la publicación en la Recopilación, a pesar de ser la oficial, ya que se produce con retraso y sería incompleta. La totalidad de las resoluciones puede consultarse en la web del TJCE (http://curia.eu.int/es/transitpage.htm):

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
15-03-2006	T-26/02	Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd/ Comisión Europea.	Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos. Directrices para el cálculo de las multas. Fijación del importe de partida de la multa. Circunstancias atenuantes. Comunicación sobre la cooperación.
15-03-2006	T-15/02	BASF AG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias en el sector de los productos vitamínicos. Derecho de defensa. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Fijación del importe de partida de la multa. Efecto disuasorio. Circunstancias agravantes. Papel de líder o de incitador. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Secreto profesional y principio de buena administración.
05-04-2006	T-279/02	Degussa AG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Mercado de la metionina. Carácter unitario y continuado de la infracción. Multa. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Gravedad y duración de la infracción. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Art. 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17/62. Presunción de inocencia.
02-05-2006	T-328/03	O2 (Germany) GmbH & Co. OHG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Telecomunicaciones móviles de tercera generación. Declaración negativa. Exención individual. Análisis de la situación a falta de acuerdo. Efectos del acuerdo sobre la competencia.
30-05-2006	T-198/03	Bank Austria Creditanstalt AG/ Comisión Europea.	Procedimiento administrativo. Publicación de una Decisión por la que se declara una infracción del art. 81 CE y se imponen unas multas. Fijación por bancos austriacos de los tipos de depósito y deudores («club Lombard»). Desestimación de la solicitud de omitir determinados pasajes.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
07-06-2006	T-213/01 y T-214/01	Österreichische Postsparkasse AG y Bank für Arbeit und Wirtschaft AG/Comisión Europea.	Reglamento núm. 17. Reglamento (CE) núm. 2842/98. Decisión 2001/462/CE/CECA. Consejero auditor. Acto que produce efectos jurídicos. Admisibilidad. Interés legítimo. Condición de solicitante o denunciante. Cliente final comprador de los bienes o servicios. Acceso a los pliegos de cargos. Información confidencial. Interés suficiente.
04-07-2006	T-304/02	Hoek Loos NV/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Mercado neerlandés de gases médicos e industriales. Fijación de precios. Cálculo del importe de las multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato.
27-09-2006	T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP	Dresdner Bank AG, Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG, Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG, DVB Bank AG y Commerzbank AG/Comisión Europea.	Art. 81 CE. Acuerdo de fijación de los precios y de la forma de cobro de los servicios de cambio de efectivo. Alemania. Pruebas de la infracción. Oposición.
27-09-2006	T-59/02	Archer Daniels Midland Co./Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Ácido cítrico. Art. 81 CE. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Principios de seguridad jurídica y de irretroactividad. Principio de proporcionalidad. Igualdad de trato. Obligación de motivación. Derecho de defensa.
27-09-2006	T-43/02	Jungbunzlauer AG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Ácido cítrico. Art. 81 CE. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Imputabilidad de la conducta a una filial. Principio de legalidad de las penas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Principio de proporcionalidad. Principio *non bis in idem*. Derecho de acceso al expediente.
27-09-2006	T-330/01	Akzo Nobel NV/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Gluconato sódico. Art. 81 CE. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Principio de proporcionalidad. Obligación de motivación.
27-09-2006	T-329/01	Archer Daniels Midland Co./Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Gluconato sódico. Art. 81 CE. Multa. Ar. 15.2 del Reglamento núm. 17. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Principio de proporcionalidad. Igualdad de trato. Irretroactividad. Obligación de motivación. Derecho de defensa.
27-09-2006	T-322/01	Roquette Frères, S. A./Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Gluconato sódico. Art. 81 CE. Multa. Art. 15.2 del Reglamento núm. 17. Directrices para el cálculo de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Principio de proporcionalidad. Igualdad de trato. Principio *ne bis in idem*.
27-09-2006	T-314/01	Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Gluconato sódico. Art. 81 CE. Multa. Imputabilidad del comportamiento infractor de una sociedad sin personalidad jurídica propia a su sociedad matriz. Art, 15.2 del Reglamento núm. 17. Derecho de defensa. Documentos exculpatorios. Principio de proporcionalidad. Obligación de motivación.
27-09-2006	T-204/03	Haladjian Frères, S. A./Comisión Europea.	Art. 81 CE. Art. 82 CE. Distribución de piezas de repuesto. Importaciones paralelas. Denuncia. Decisión desestimatoria.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
27-09-2006	T-168/01	GlaxoSmithKline Services Unlimited/Comisión Europea.	Distribución al por mayor de medicamentos. Comercio paralelo. Precios diferenciados. Art. 81.1 CE. Acuerdo. Restricciones a la competencia. Objeto. Mercado de referencia. Efecto. Art. 81.3 CE. Contribución al fomento del progreso técnico. No eliminación de la competencia. Prueba. Motivación. Subsidiariedad.
27-09-2006	T-153/04	Ferriere Nord SpA/Comisión Europea.	Multa. Infracción del art. 81 CE. Facultades de la Comisión en materia de ejecución. Prescripción. Arts. 4 y 6 del Reglamento (CEE) núm. 2988/74. Admisibilidad.
16-11-2006	T-120/04	Peróxidos Orgánicos, S. A./Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Peróxidos orgánicos. Multas. Art. 81 CE. Reglamento (CEE) núm. 2988/74. Prescripción. Duración de la infracción. Reparto de la carga de la prueba. Igualdad de trato.
05-12-2006	T-303/02	Westfalen Gassen Nederland BV/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Mercado neerlandés de los gases médicos e industriales. Fijación de los precios. Prueba de la participación en la práctica colusoria. Prueba del distanciamiento. Principios de no discriminación y de proporcionalidad. Cálculo de las multas.
12-12-2006	T-155/04	SELEX Sistemi Integrati SpA/Comisión Europea.	Abuso de posición dominante. Concepto de empresa. Denuncia. Desestimación.
13-12-2006	T-217/03 y T-245/03	Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV), Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Fédération nationale bovine (FNB), Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL) y Jeunes agriculteurs (JA)/Comisión Europea.	Art. 81.1 CE. Carne de vacuno. Suspensión de las importaciones. Fijación de una escala de precios sindical. Reglamento núm. 26. Asociaciones de empresas. Restricción de la competencia. Acción sindical. Perjuicio para el comercio entre Estados miembros. Obligación de motivación. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Principio de proporcionalidad. Gravedad y duración de la infracción. Circunstancias agravantes y atenuantes. No acumulación de sanciones. Derecho de defensa.
14-12-2006	T-259/02 a T-264/02 y T-271/02	Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG, Anteilsverwaltung BAWAG PSK AG, Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG, BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, Österreichische Volksbanken AG y Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG/Comisión Europea.	Prácticas colusorias. Mercado bancario austriaco. «Club Lombard». Perjuicio para el comercio entre Estados miembros. Cálculo de las multas.

A continuación se relacionan las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia:

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
15-03-2006	T-26/02	1) Reducir a 18 millones de euros el importe de la multa impuesta a la demandante mediante el art. 3, letra *f)*, de la Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE y al art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/E 1/37.512 – Vitaminas). 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
15-03-2006	T-15/02	1) Fijar del modo siguiente el importe de las multas impuestas a la parte demandante por las infracciones relativas a las vitaminas C y D 3, al betacaroteno y a los carotínidos por el art. 3, letra *b)*, de la Decisión 2003/2/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE y al art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E 1/37.512 – Vitaminas): — infracción relativa a la vitamina C: 10,875 millones de euros; — infracción relativa a la vitamina D 3: 5,6 millones de euros; — infracción relativa al betacaroteno: 16 millones de euros; — infracción relativa a los carotínidos: 15,5 millones de euros. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
05-04-2006	T-279/02	1) Reducir a 91.125.000 euros la cuantía de la multa impuesta a la demandante en el art. 3 de la Decisión 2003/674/CE de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo sobre el EEE (Asunto C.37.519 – Metionina). 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
02-05-2006	T-328/03	Anular el arts. 2 y 3, letra *a)*, de la Decisión 2004/207/ CE de la Comisión, de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 – T Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes), en la medida en que implican que las cláusulas a que se refieren dichos artículos entran dentro del ámbito de aplicación del art. 81 CE y del art. 53 del Acuerdo EEE.
30-05-2006	T-198/03	Desestimar el recurso.
07-06-2006	T-213/01 y T-214/01	Desestimar los recursos.
04-07-2006	T-304/02	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP	Desestimar la oposición.
27-09-2006	T-59/02	1) Anular el art. 1 de la Decisión 2002/742/ CE, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y con el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E 1/36.604 - Ácido cítrico), en la medida en que declara, al ponerlo en relación con el considerando 158, que Archer Daniels Midland Co. congeló, restringió y eliminó capacidad de producción de ácido cítrico. 2) Anular el art. 1 de la Decisión 2002/742 en la medida en que declara, al ponerlo en relación con el considerando 158, que Archer Daniels Midland Co. designó al productor que debía encabezar los incrementos de precios en cada segmento nacional del mercado de referencia. 3) Desestimar el recurso en todo lo demás.
27-09-2006	T-43/02	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-330/01	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-329/01	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-322/01	1) Fijar el importe de la multa de Roquette Frères, S. A., en 8.105.000 euros. 2) Reformar la Decisión C(2001) 2931 final, de 2 de octubre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE y del art. 53 del Acuerdo EEE (COMP/E-1/36.756 – Gluconato sódico) en la medida en que es contraria al punto 1 de este fallo.
27-09-2006	T-314/01	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-204/03	Desestimar el recurso.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
27-09-2006	T-168/01	1) 0Anular los arts. 2, 3 y 4 de la Decisión 2001/791/CE de la Comisión, de 8 de mayo de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 del Tratado CE [Asuntos IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notificación), IV/36.997/F3 Aseprofar y Fedifar (denuncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (denuncia), IV/37.138/F3 BAI (denuncia) y IV/37.380/F3 EAEPC (denuncia)]. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
27-09-2006	T-153/04	Anular las Decisiones de la Comisión comunicadas por correo el 5 de febrero de 2004 y por fax el 13 de abril de 2004, relativas al importe no liquidado de la multa impuesta a la demandante en la Decisión de la Comisión 89/515/CEE, de 2 de agosto de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (Asunto IV/31.553 – Mallas electrosoldadas).
16-11-2006	T-120/04	Desestimar el recurso.
05-12-2006	T-303/02	Desestimar el recurso.
12-12-2006	T-155/04	Desestimar el recurso.
13-12-2006	T-217/03 y T-245/03	1) Fijar el importe de la multa impuesta a la Fédération nationale de la coopération bétail et viande, demandante en el asunto T 217/03, en 360.000 euros. 2) Fijar el importe de las multas impuestas a las demandantes en el asunto T 245/03 en 9.000.000 de euros respecto a la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, 1.080.000 euros respecto a la Fédération nationale bovine, 1.080.000 euros respecto a la Fédération nationale des producteurs de lait y 450.000 euros respecto a los Jeunes agriculteurs. 3) Desestimar el recurso en todo lo demás.
14-12-2006	T-259/02 a T-264/02 y T-271/02	1) En el asunto T 263/02, fijar en 3.795.000 euros el importe de la multa impuesta a Österreichische Postsparkasse AG, a la que sucedió la demandante, por el art. 3 de la Decisión 2004/138/CE de la Comisión, de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE (Asunto COMP/36.571/D-1 - Bancos austriacos - «Club Lombard»). 2) Desestimar los recursos en todo lo demás.

También hay que reseñar la adopción de los siguientes autos adeoptados en aplicación de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
21-03-2006	T-86/03	Holcim (Frankrig), S. A./Comisión europea.	Archivo.
31-05-2006	T-123/02	Carrs Paper Ltd/Comisión europea.	Prácticas colusorias. Procedimiento de liquidación de la demandante. Interés para ejercitar la acción. Sobreseimiento.
15-06-2006	T-271/03	Deutsche Telekom AG/Comisión Europea.	Confidencialidad. Oposición de las partes coadyuvantes.
6-07-2006	T-43/06	Cofira-Sac, S. A./Comisión Europea.	Archivo.
13-07-2006	T-11/06 R	Romana Tabacchi SpA/Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Demanda de suspensión de la ejecución. Competencia. Pago de una multa. Garantía bancaria. *Fumus boni iuris*. Urgencia. Ponderación de los intereses. Suspensión parcial y condicional.
05-09-2006	T-242/05	Elliniki Etaireia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias (AEPI AE)/Comisión Europea.	Derechos de autor y derechos afines. Procedimiento de declaración de incumplimiento. Archivo de una denuncia presentada por un particular. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.
14-12-2006	T-150/06	Smanor, S. A., y Hubert Ségaud et Monique Ségaud/Comisión Europea.	Vicio en la toma en consideración de las demandas. Recurso de inactividad. Plazo de recurso. Inadmisibilidad manifiesta.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
21-03-2006	T-86/03	Archivar.
31-05-2006	T-123/02	Sobreseer el recurso.
15-06-2006	T-271/03	1) Estimar la solicitud de trato confidencial, con respecto a las partes coadyuvantes, para los elementos relacionados en el fallo. 2) Desestimar la solicitud de trato confidencial, con respecto a las partes coadyuvantes I y II relacionados en el fallo.
06-07-2006	T-43/06	Archivar el recurso.
13-07-2006	T-11/06 R	Suspender la obligación de Romana Tabacchi SpA de constituir una garantía bancaria a favor de la Comisión para evitar el cobro inmediato de la multa que le ha sido impuesta por el art. 2 de la Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE, apartado 1 (asunto COMP/C.38.281/B.2 – Tabaco crudo – Italia), con las condiciones siguientes: *a)* en un plazo de dos semanas a partir de la notificación del presente auto, la demandante: — constituirá una garantía bancaria por importe de 400.000 euros; — pagará a la Comisión la suma de 200.000 euros; *b)* en un plazo de tres meses a partir de la notificación del presente auto, la demandante pagará a la Comisión la suma de 330.000 euros; *c)* a partir del 1 de enero de 2007, la demandante pagará a la Comisión vencimientos trimestrales de 100.000 euros hasta que se cumpla una de las dos condiciones siguientes: — el pago del resto del saldo debido de la multa, incrementado por los intereses indicados por la Comisión en su escrito de 9 de noviembre de 2005 de notificación de la Decisión por la que se impuso la multa; — el pronunciamiento de la sentencia en el procedimiento principal.
05-09-2006	T-242/05	Inadmisibilidad del recurso.
14-12-2006	T-150/06	Inadmisibilidad del recurso.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2006 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
26-01-2006	T-92/02	Stadwerke Schwäbisch Hall GmbH, Stadtwerke Tübingen GmbH y Stadtwerke Uelzen GmbH/Comisión Europea.	Régimen de exención tributaria aplicado a las provisiones constituidas por las centrales nucleares existentes en Alemania en orden a la eliminación de sus residuos radiactivos y al cierre definitivo de sus instalaciones. Decisión que declara la inexistencia de una ayuda de Estado al término de la fase preliminar de examen. Recurso de anulación.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
22-02-2006	T-34/02	EURL Le Levant 001/Comisión Europea.	Concepto de parte interesada. Requerimiento para presentar observaciones. Decisión de incoar el procedimiento previsto en el art. 88.2 CE. Deducción fiscal para determinadas inversiones en ultramar. Ayuda al desarrollo vinculada a la construcción naval. Apreciación con arreglo al art. 87.1 CE. Obligación de motivación.
05-04-2006	T-351/02	Deutsche Bahn AG/Comisión Europea.	Denuncia de un competidor. Directiva CEE. Impuesto especial sobre los hidrocarburos. Hidrocarburos utilizados como combustible para la navegación aérea. Exención del impuesto especial. Escrito de la Comisión a un denunciante. Recurso de anulación. Admisibilidad. Acto impugnable. Reglamento (CE) núm. 659/1999. Concepto de ayuda. Imputabilidad al Estado. Igualdad de trato.
06-04-2006	T-17/03	Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Comisión Europea.	Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Necesidad de las ayudas.
10-05-2006	T-395/04	Air One SpA/Comisión Europea.	Transporte aéreo. Denuncia. Falta de pronunciamiento de la Comisión. Recurso por omisión. Plazo. Admisibilidad.
31-05-2006	T-354/99	Kuwait Petroleum (Nederland) BV/Comisión Europea.	Comunicación de la Comisión sobre las ayudas de *minimis*. Incremento de los impuestos especiales sobre los carburantes. Ayudas a las estaciones de servicio. Compañías petroleras. Riesgo de acumulación de las ayudas. Cláusula de gestión de precios. Principio de buena administración.
07-06-2006	T-613/97	Union française de l'express (Ufex), DHL International, S. A., Federal express international (Francia) SNC y CRIE, S. A./Comisión Europea.	Sector postal. Empresa pública encargada de un servicio de interés económico general. Apoyo logístico y comercial prestado a una filial que no ejerce sus actividades en un sector reservado. Recurso de casación. Devolución de los autos por el Tribunal de Justicia.
06-09-2006	T-304/04 y T-316/04	República de Italia y Wam SpA/Comisión Europea.	Préstamos a bajo interés destinados a permitir la implantación en determinados países terceros. Perjuicio para los intercambios entre Estados miembros y distorsión de la competencia. Motivación.
13-09-2006	T-210/02	British Aggregates Association/Comisión Europea.	Impuesto medioambiental sobre los áridos en el Reino Unido. Decisión de la Comisión de no plantear objeciones. Recurso de anulación. Admisibilidad. Persona individualmente afectada. Carácter selectivo. Obligación de motivación. Examen diligente e imparcial.
27-09-2006	T-117/04	Vereniging Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren, Jachthaven Zijl Zeewolde BV, Maatschappij tot exploitatie van onroerende goederen Wolderwijd II BV, Jachthaven Strand-Horst BV, Recreatiegebied Erkemederstrand vof, Jachthaven- en Campingbedrijf Nieuwboer BV, y Jachthaven Naarden BV/Comisión Europea.	Ayudas concedidas por las autoridades neerlandesas a puertos deportivos sin ánimo de lucro. Recurso de anulación. Admisibilidad.
23-11-2006	T-217/02	Ter Lembeek International NV/Comisión Europea.	Ayuda al grupo belga Beaulieu. Condonación de crédito.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
12-12-2006	T-95/03	Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión Europea.	Legislación que establece medidas urgentes de intensificación de la competencia en el sector de la distribución al por menor de productos petrolíferos. Decisión de no plantear objeciones. Admisibilidad. Personas jurídicas. Actos que les afectan individualmente. Error manifiesto de apreciación. Obligación de motivación. Obligación de incoar el procedimiento de investigación formal. Plazo razonable.
12-12-2006	T-146/03	Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión Europea.	Normativa española que prevé medidas de apoyo al sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes. Procedimiento de investigación formal previsto en el art. 88.2 CE. Decisión por la que se declara que determinadas medidas no constituyen ayudas. Recurso de anulación. Admisibilidad. Legitimación. Obligación de motivación.

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
26-01-2006	T-92/02	Desestimar el recurso.
22-02-2006	T-34/02	Anular la Decisión 2001/882/CE de la Comisión, de 25 de julio de 2001, relativa a la ayuda estatal concedida por Francia en forma de ayuda al desarrollo para el buque «Le Levant», construido por Alstom Leroux Naval y destinado a la explotación en San Pedro y Miquelón.
05-04-2006	T-351/02	Desestimar el recurso.
06-04-2006	T-17/03	Desestimar el recurso.
10-05-2006	T-395/04	Desestimar el recurso.
31-05-2006	T-354/99	Desestimar el recurso.
07-06-2006	T 613/97	Anular la Decisión 98/365/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a las ayudas que Francia habría otorgado a SFMI Chronopost, en cuanto que afirma que ni el apoyo logístico y comercial prestado por La Poste a su filial SFMI Chronopost, ni la transmisión de Postadex, constituyen ayudas estatales en favor de SFMI Chronopost.
06-09-2006	T-304/04 y T-316/04	1) Anular la Decisión 2006/177/GE de la Comisión, de 19 de mayo de 2004, relativa a la ayuda estatal núm. C 4/2003 (ex NN 102/2002), concedida por Italia en favor de Wam SpA. 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
13-09-2006	T-210/02	Desestimar el recurso.
27-09-2006	T-117/04	Inadmisibilidad del recurso.
23-11-2006	T-217/02	Desestimar el recurso.
12-12-2006	T-95/03	Desestimar el recurso.
12-12-2006	T-146/03	Anular el art. 1 de la Decisión 2003/293/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a las medidas ejecutadas por España en favor del sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes, en la medida en que declara que las medidas de apoyo a las cooperativas agrarias que figuran en el Real Decreto-ley 10/2000, de medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte, no constituyen una ayuda con arreglo al art. 87.1 CE.

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*
09-01-2006	T-231/05	Corsica Ferries France/Comisión Europea.	Archivo.
10-01-2006	T-227/01	Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava y Comunidad Autónoma del País Vasco-Gobierno del País Vasco/Comisión Europea.	Demanda de intervención. Asociación. Interés en la solución del litigio.
16-01-2006	T-389/04	República Federal de Alemania/ Comisión Europea.	Archivo.
19-01-2006	T-397/04	MobilCom Aktiengesellschaft/ Comisión Europea.	Archivo.
08-03-2006	T-238/99	Service station V/H J. P. Veger/ Comisión Europea.	Escrito de demanda. Requisitos de forma. Recurso manifiestamente inadmisible.
25-04-2006	T-455/05 R	Componenta Oyj/Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Demanda de suspensión de ejecución. Ayudas concedidas por los Estados. Urgencia.
26-06-2006	T-416/05 R	Olympiakes Aerogrammes AE/ Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Demanda de suspensión de ejecución. Ayudas concedidas por los Estados. Urgencia.
13-07-2006	T-340/02	BV Bureau Wijsmuller Scheepvaart- Transport en Zeesleepvaart Maatschappij/Comisión Europea.	Archivo.
13-07-2006	T-326/02	Kotug International BV e.a. / Comisión Europea	Archivo.
02-08-2006	T-69/06 R	Aughinish Alumina Ltd/Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Demanda de suspensión de ejecución. Ayudas concedidas por los Estados. Urgencia.
05-09-2006	T-265/99	Algemene Service- en Verkoopmaatschappij Arnhemse Poort BV/Comisión Europea.	Archivo.
05-09-2006	T-239/99	J. J. L. Alofs/Comisión Europea.	Archivo.
05-09-2006	T-215/99	Autoservice Fermans Exclusive BV/Comisión Europea.	Archivo.
05-09-2006	T-211/99	Borrekuil BV/Comisión Europea.	Archivo.
05-09-2006	T-15/00	Auto en Carosseriebedrijf Ambting BV e.a./Comisión Europea.	Archivo.
05-09-2006	T-13/00	S. W. M. Baltussen e.a./Comisión Europea.	Archivo.
26-09-2006	T-94/05	Athinaïki Techniki AE/ Comisión Europea.	Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Denuncia. Archivo de la denuncia. Inadmisibilidad.
27-09-2006	T-382/03	Izar Construcciones Navales, S. A./Comisión Europea.	Archivo.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
16-10-2006	T-339/99	VOF Achten/Comisión Europea.	Archivo.
16-10-2006	T-277/99	Self Service Station Weghorst BV/Comisión Europea.	Archivo.
16-10-2006	T-276/99	Self Service Station Hasselerbaan BV/Comisión Europea.	Archivo.
16-10-2006	T-275/99	Self Service de Bleek BV/Comisión Europea.	Archivo.
16-10-2006	T-274/99	Self Service Station Borne BV/ Comisión Europea.	Archivo.
08-11-2006	T-273/04	Brandt industries SAS/Comisión Europea.	Solicitud de confidencialidad. Interés en la solución del litigio.
10-11-2006	T-351/02	Deutsche Bahn AG/Comisión Europea.	Rectificación de sentencia.
11-12-2006	T-392/05	MMT Mecklenburg Strelitzer Montage und Tiefbau GmbH/ Comisión Europea.	Recurso de anulación. Plazo para recurrir. Excepción de inadmisibilidad.
13-12-2006	T-488/06 R	Huta Cz´stochowa, S. A./Comisión Europea.	Medidas provisionales. Demanda de suspensión de la ejecución. Ayudas de Estado. Admisibilidad.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
09-01-2006	T-231/05	Archivar el recurso.
10-01-2006	T-227/01	1) Admitir la intervención de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Álava en el asunto T 227/01, en apoyo de las pretensiones de las demandantes. 2) Desestimar la demanda de intervención presentada por el Círculo de Empresarios Vascos y por los Territorios Históricos de Vizcaya y de Guipúzcoa.
16-01-2006	T-389/04	Archivar el recurso.
19-01-2006	T-397/04	Archivar el recurso.
08-03-2006	T-238/99	Desestimar el recurso.
25-04-2006	T-455/05 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
26-06-2006	T-416/05 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
13-07-2006	T-340/02	Archivar el recurso.
13-07-2006	T-326/02	Archivar el recurso.
02-08-2006	T-69/06 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
05-09-2006	T-265/99	Archivar el recurso.
05-09-2006	T-239/99	Archivar el recurso.
05-09-2006	T-215/99	Archivar el recurso.
05-09-2006	T-211/99	Archivar el recurso.
05-09-2006	T-15/00	Archivar el recurso.
05-09-2006	T-13/00	Archivar el recurso.
26-09-2006	T-94/05	Inadmisibilidad del recurso.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
27-09-2006	T-382/03	Archivar el recurso.
16-10-2006	T-339/99	Archivar el recurso.
16-10-2006	T-277/99	Archivar el recurso.
16-10-2006	T-276/99	Archivar el recurso.
16-10-2006	T-275/99	Archivar el recurso.
16-10-2006	T-274/99	Archivar el recurso.
08-11-2006	T-273/04	1) Desestimar la demanda de intervención presentada por Badin Sartel SAS. 2) Admitir la intervención de Amvdiam SAS y Adiamix SAS en el asunto T 273/04 en apoyo de las conclusiones de la demandante.
10-11-2006	T-351/02	Rectificar la sentencia.
11-12-2006	T-392/05	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
13-12-2006	T-488/06 R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TPI durante el año 2006 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
23-02-2006	T-282/02	Cementbouw Handel & Industrie BV/Comisión Europea.	Arts. 2, 3 y 8 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Concepto de concentración. Creación de una posición dominante. Autorización sujeta al cumplimiento de determinados compromisos. Principio de proporcionalidad.
04-07-2006	T-177/04	EasyJet Airline Co. Ltd/Comisión Europea.	Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara compatible con el mercado común una operación de concentración. Recurso interpuesto por un tercero. Admisibilidad. Mercados del transporte aéreo. Compromisos.
13-07-2006	T-464/04	Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale)/ Comisión Europea.	Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión que declara una operación de concentración compatible con el mercado común. Mercados de música grabada y de música en línea. Existencia de una posición dominante colectiva. Riesgo de creación de una posición dominante colectiva. Requisitos. Transparencia del mercado. Medios de disuasión. Motivación. Error manifiesto de apreciación.
14-07-2006	T-417/05	Endesa, S. A./Comisión Europea.	Reglamento (CE) núm. 139/2004. Mercado eléctrico. Decisión por la que se declara que una operación de concentración no tiene dimensión comunitaria. Cálculo del volumen de negocios. Normas contables. Ajustes. Carga de la prueba. Derecho de defensa.

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Primera Instancia.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
23-02-2006	T-282/02	Desestimar el recurso.
04-07-2006	T-177/04	Desestimar el recurso.
13-07-2006	T-464/04	Anular la Decisión C(2004) 2815 de la Comisión, de 19 de julio de 2004, por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/M.3333 - Sony/BMG).
14-07-2006	T-417/05	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*
31-01-2006	T-48/03	Schneider Electric, S. A./Comisión Europea.	Reanudación del procedimiento de control tras la anulación por el Tribunal de Primera Instancia de una decisión por la que se prohíbe una operación de concentración. Inicio de la fase de examen detallado. Renuncia a la concentración. Conclusión del procedimiento de control. Recurso de anulación. Actos lesivos. Interés para ejercitar la acción. Inadmisibilidad.
01-02-2006	T-417/05R	Endesa, S. A./Comisión Europea.	Procedimiento sobre medidas provisionales. Control de las concentraciones. Urgencia.
31-03-2006	T-145/03	Festival Crociere SpA/Comisión europea.	Parte recurrente declarada en quiebra. Rechazo por el juez responsable de la quiebra de autorizar la continuación del recurso. No lugar al pronunciamiento.
18-09-2006	T-350/03	Wirtschaftskammer Kärnten y best connect Ampere Strompool GmbH/Comisión Europea.	Recurso de anulación. Competencia. Decisión por la que se declara que una operación de concentración es compatible con el mercado común. Personas jurídicas. Actos que les afectan individualmente. Inadmisibilidad.

A continuación, se relaciona el anterior auto con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
31-01-2006	T-48/03	Declarar la inadmisibilidad del recurso.
01-02-2006	T-417/05R	Desestimar la demanda de medidas provisionales.
31-03-2006	T-145/03	Inadmisibilidad del recurso.
18-09-2006	T 350/03	Inadmisibilidad del recurso.

4. NORMAS RELATIVAS A LA LIBERALIZACIÓN

Se relacionan a continuación los autos dictados por el TPI durante el año 2006 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
26-01-2006	T-493/04	Deutsche Post AG/Comisión Europea	Servicio postal universal de Alemania. servicio postal universal, en particular las aplicables al acceso a la red postal pública de los usuarios y proveedores y a la tarifa especial vigente en este ámbito de actividad. Recurso de anulación.
16-02-2006	T-338/04	Centro Europa 7 Srl/Comisión Europea	Art. 86.3 CE. Desestimación de una denuncia. Recurso de anulación. Excepción de inadmisibilidad.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
26-01-2006	T-493/04	*Der Antrag auf Zulassung als Streithelferin wird zurückgewiesen.*
16-02-2006	T-338/054	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 2006 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*
10-01-2006	C-222/04	Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA.	Bancos. Fundaciones bancarias. Concepto de empresa.
30-03-2006	C-451/03	Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori.	Normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Centros de Asesoramiento Fiscal.
06-04-2006	C-551/03 P	General Motors BV/Comisión Europea.	Recurso de casación. Reglamentos (CEE) núm. 123/85 y (CE) núm. 1475/95. Distribución de vehículos automóviles de la marca Opel. Compartimentación del mercado. Restricción de las exportaciones. Sistema de restricción de primas. Multa. Directrices para el cálculo de las multas.
18-5-2006	C-397/03 P	Archer Daniels Midland Co. y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Comisión Europea.	Recurso de casación. Prácticas colusorias. Mercado de la lisina sintética. Multas. Directrices para calcular la cuantía de las multas. Irretroactividad. Principio *non bis in idem*. Igualdad de trato. Volumen de negocios que se puede tomar en consideración.
29-06-2006	C-308/04 P	SGL Carbon AG/Comisión Europea.	Recurso de casación. Práctica colusoria. Electrodos de grafito. Art. 81.1 CE. Multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Principio *non bis in idem*.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
29-06-2006	C-301/04 P	Comisión Europea/SGL Carbon AG, Tokai Carbon Co. Ltd, Nippon Carbon Co. Ltd, Showa Denko KK, GrafTech International Ltd, SEC Corp., The Carbide/Graphite Group Inc.	Recurso de casación. Práctica colusoria. Electrodos de grafito. Art. 81.1 CE. Multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Presentación de documentos durante una investigación de la Comisión.
29-06-2006	C-289/04 P	Showa Denko KK/Comisión Europea.	Recurso de casación. Práctica colusoria. Electrodos de grafito. Art. 81.1 CE. Multas. Directrices para el cálculo del importe de las multas. Comunicación sobre la cooperación. Principio *non bis in idem*.
11-07-2006	C-205/03 P	Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión Europea.	Recurso de casación. Entes gestores del sistema nacional de salud español. Asistencia sanitaria. Concepto de «empresa». Condiciones de pago impuestas a los proveedores de material sanitario.
13-07-2006	C-74/04 P	Comisión Europea/Volkswagen AG.	Recurso de casación. Art. 81.1 CE. Distribución de vehículos automóviles. Concepto de «acuerdos entre empresas». Prueba de la existencia de un acuerdo.
13-07-2006	C-295/04 a C-298/04	Vincenzo Manfredi, Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito, Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico, Pasqualina Mugolo/Assitalia SpA.	Art. 81 CE. Prácticas colusorias. Siniestros causados por automóviles, embarcaciones y ciclomotores. Seguro obligatorio de responsabilidad civil. Incremento de las primas. Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Derecho de terceros a solicitar la reparación del perjuicio sufrido. Órgano jurisdiccional nacional competente. Plazo de prescripción. Indemnización de carácter punitivo.
18-07-2006	C-519/04 P	David Meca Medina, Igor Majcen/Comisión Europea.	Recurso de casación. Normas adoptadas por el Comité Olímpico Internacional relativas al control del dopaje. Incompatibilidad con las normas comunitarias sobre la competencia y sobre la libre prestación de servicios. Denuncia. Desestimación.
07-09-2006	C-125/05	VW Audi Forhandlerforeningen, en representación de Vulcan Silkeborg A/S/Skandinavisk Motor Co. A/S.	Acuerdo de distribución de vehículos automóviles. Exención por categoría. Reglamento (CE) núm. 1475/95. Art. 5.3. Resolución por el proveedor. Entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002. Necesidad de reorganizar la red de distribución. Plazo de preaviso. Motivación. Carga de la prueba.
21-09-2006	C-167/04 P	JCB Service/Comisión Europea.	Recurso de casación. Prácticas colusorias. Acuerdos de distribución. Prácticas concertadas. Notificación. Formulario A/B. Solicitud de exención. Desestimación, Duración del examen del procedimiento de notificación. Derecho de defensa. Presunción de inocencia. Denuncia. Infracción. Prohibición general de ventas pasivas. Limitación de las fuentes de abastecimiento. Motivos y alegaciones nuevos. Multas. Directrices. Gravedad de la infracción. Duración. Circunstancias atenuantes. Adhesión a la casación. Circunstancias agravantes.
21-09-2006	C-113/04 P	Technische Unie BV/Comisión Europea.	Recurso de casación. Prácticas colusorias. Mercado de material electrotécnico en los Países Bajos. Asociación nacional de mayoristas. Acuerdos y prácticas concertadas que tienen por objeto un acuerdo colectivo de exclusividad y la fijación de precios. Multas.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
21-09-2006	C-105/04 P	Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, Technische Unie BV/Comisión Europea.	Recurso de casación. Prácticas colusorias. Mercado de material electrotécnico en los Países Bajos. Asociación nacional de mayoristas. Acuerdos y prácticas concertadas que tienen por objeto un acuerdo colectivo de exclusividad y la fijación de precios. Multas.
23-11-2006	C-238/05	Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S. L., Administración del Estado/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC).	Art. 81 CE. Sistema de intercambio de información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes. Petición de decisión prejudicial. Admisibilidad. Incidencia sobre el comercio entre los Estados miembros. Restricciones de la competencia. Beneficio para los usuarios.
30-11-2006	C-376/05 y C-377/05	A. Brünsteiner GmbH/Autohaus Hilgert GmbH c. Bayerische Motorenwerke AG (BMW).	Acuerdo de distribución de vehículos automóviles. Exención por categorías. Reglamento (CE) núm. 1475/95. Art. 5.3. Resolución por el proveedor. Reorganización de la red. Entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002. Art. 4.1. Restricciones especialmente graves. Consecuencias.
05-12-2006	C-94/04 y C-202/04	Federico Cipolla/Rosaria Portolese, señora de Fazari, Stefano Macrino, Claudia Capodarte y Roberto Meloni.	Normas comunitarias en materia de competencia. Regímenes nacionales del baremo de honorarios de abogado. Fijación de baremos profesionales. Libre prestación de servicios.
14-12-2006	C-217/05	Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos, S. A.	Prácticas colusorias. Acuerdos entre empresas. Art. 81 del Tratado CEE. Arts. 10 a 13 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83. Contratos de compra en exclusiva de carburantes denominados «contratos de comisión de venta en garantía» y «contratos de agencia» entre titulares de estaciones de servicio y empresas petroleras.

A continuación, se relacionan las anteriores sentencias con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
10-01-2006	C-222/04	1) El análisis del régimen vigente durante el periodo de referencia que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una persona jurídica como la del asunto principal era una «empresa» en el sentido del art. 87 CE, apartado 1, y que, como tal, estaba sujeta durante dicho periodo a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. 2) El análisis que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una exención de retención sobre los dividendos como la del litigio principal constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 87 CE, apartado 1.
30-03-2006	C-451/03	1) Los arts. 43 y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal que reserva con carácter exclusivo a los Centros de Asesoramiento Fiscal el derecho a ejercer ciertas actividades de asesoramiento y asistencia en materia tributaria. 2) Una medida por la que un Estado miembro prevé el pago de una compensación con cargo a los presupuestos del Estado en favor de determinadas empresas encargadas de asistir a los contribuyentes, respecto a la formalización y envío de las declaraciones tributarias a la administración tributaria, debe calificarse de ayuda de Estado en el sentido del art. 87 CE, apartado 1, cuando:

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
		— el nivel de la compensación supere lo 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 — la compensación no se determina sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios necesarios 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.
06-04-2006	C-410/04	Los arts. 43 49 y 86 CE y los principios de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad y de transparencia no se oponen a una normativa nacional que permite que un ente público adjudique un servicio público directamente a una sociedad cuyo capital social le pertenece íntegramente, siempre que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece.
18-05-2006	C-397/03 P	Desestimar el recurso de casación.
29-06-2006	C-308/04 P	Desestimar el recurso de casación.
29-06-2006	C-301/04 P	1) Anular el punto 2, primer guión, del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión (T 236/01, T 239/01, T 244/01 a T 246/01, T 251/01 y T 252/01). 2) Fijar en 75,7 millones de euros el importe de la multa impuesta a la sociedad SGL Carbon AG por el art. 3 de la Decisión 2002/271/CE de la Comisión, de 18 de julio de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo EEE – Asunto COMP/E-1/36.490 – Electrodos de grafito.
29-06-2006	C-289/04 P	Desestimar el recurso de casación.
11-07-2006	C-205/03 P	Desestimar el recurso de casación.
13-07-2006	C-74/04 P	Desestimar el recurso de casación.
13-07-2006	C-295/04 a C-298/04	1) Un acuerdo o práctica concertada entre compañías aseguradoras como el examinado en el litigio principal, consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los siniestros causados por automóviles, embarcaciones y ciclomotores no justificado por las condiciones del mercado, que vulnera las normas nacionales de defensa de la competencia, puede constituir también una infracción del art. 81 CE si, habida cuenta de las características del mercado en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que el acuerdo o práctica concertada examinado pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante. 2) El art. 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio. Ante la inexistencia de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de este derecho, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. 3) Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia y configurar la regulación procesal de esos recursos, siempre que tales disposiciones nacionales no sean menos favorables que las aplicables a los recursos de indemnización basados en la infracción de las normas nacionales

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
		de defensa de la competencia ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81 CE. 4) Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81 CE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si una norma nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81 CE se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o la práctica prohibido hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse. 5) Ante la inexistencia de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el art. 81 CE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. En consecuencia, por una parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen porque la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios. Por otra parte, en virtud del principio de efectividad y del derecho de los particulares a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.
18-07-2006	C-519/04 P	1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de septiembre de 2004, Meca Medina y Majcen/Comisión (T 313/02). 2) Desestimar el recurso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia con el núm. T 313/02, en el que se solicitaba la anulación de la Decisión de la Comisión, de 1 de agosto de 2002, por la que se rechazaba la denuncia de los Sres. Meca Medina y Majcen.
07-09-2006	C-125/05	El art. 5, apartado 3, párrafo primero, primer guión, del Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. [81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, debe interpretarse en el sentido de que: — La existencia de la «necesidad de reorganizar una parte sustancial o la totalidad de la red» presupone una modificación significativa, tanto desde una perspectiva material como geográfica, de las estructuras de distribución del proveedor de que se trate, modificación que debe justificarse de modo plausible por motivos de eficacia económica basados en circunstancias objetivas internas o externas a la empresa del proveedor, las cuales, habida cuenta del entorno competitivo en el que opera este último y a falta de una rápida reorganización de la red de distribución del mismo, podrían perjudicar a la eficacia de las estructuras existentes de dicha red. A este respecto, son pertinentes las posibles consecuencias económicas desfavorables que un proveedor podría sufrir en el supuesto de que resolviera el acuerdo de distribución con un preaviso de dos años. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los órganos de arbitraje apreciar, en función del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen, si se cumplen estos requisitos.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
		— Cuando un distribuidor impugna ante los órganos jurisdiccionales nacionales o ante los órganos de arbitraje la legalidad de una resolución con un preaviso de un año, incumbe al proveedor probar que se han cumplido los requisitos establecidos en esta disposición para la aplicación del derecho de resolución con un preaviso de un año. Las modalidades de aportación de esta prueba están reguladas por el Derecho nacional. — No impone al proveedor que resuelve un acuerdo de distribución con arreglo a esta disposición la obligación de motivar formalmente la decisión de resolución ni la de elaborar, con anterioridad a ésta, un plan de reorganización. — La entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, no hizo necesario, por sí sola, que se reorganizara la red de distribución de un proveedor en el sentido del art. 5, apartado 3, párrafo primero, primer guión, del Reglamento núm. 1475/95. Sin embargo, en función de la organización específica de la red de distribución de cada proveedor, esta entrada en vigor pudo hacer necesario que se introdujeran unos cambios de tal importancia que constituyen una verdadera reorganización de esta red en el sentido de la referida disposición. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los órganos de arbitraje apreciar si éste es el caso en función del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen.
21-09-2006	C-167/04 P	1) Desestimar el recurso de casación. 2) Estimar la adhesión a la casación formulada por la Comisión de las Comunidades Europeas. 3) Anular el punto 2 del fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2004, JCB Service/Comisión (T 67/01). 4) Fijar en 30.864.000 euros el importe de la multa impuesta a JCB Service con arreglo al art. 4 de la Decisión 2002/190/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 2000, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 CE (Asunto COMP.F.1/35.918 – JCB).
21-09-2006	C-113/04 P	1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión (T 5/00 y T 6/00), solamente en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia omitió comprobar, en el marco del examen del motivo basado en la vulneración del principio del plazo razonable, si la excesiva duración, imputable a la Comisión de las Comunidades Europeas, de la totalidad del procedimiento administrativo, incluida la fase anterior al pliego de cargos, podía afectar a las posibilidades futuras de defensa de Technische Unie BV. 2) Desestimar el recurso de casación en todo lo demás. 3) Desestimar el recurso interpuesto por Technische Unie BV ante el Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que se fundamenta parcialmente en el motivo basado en una vulneración del principio del plazo razonable.
21-09-2006	C-105/04 P	1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión (T 5/00 y T 6/00), sólo en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no verificó, en el marco del examen del motivo basado en la violación del principio del plazo razonable, si la excesiva duración, imputable a la Comisión de las Comunidades Europeas, del procedimiento administrativo en su conjunto, incluida la fase anterior a la notificación del pliego de cargos, podía afectar a las futuras posibilidades de defensa de la Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied. 2) Desestimar el recurso de casación en todo lo demás. 3) Desestimar el recurso interpuesto por la Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied ante el Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que se fundamenta parcialmente en el motivo basado en una violación del principio del plazo razonable.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
23-11-2006	C-238/05	1) El art. 81 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el Registro de Información entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes objeto del asunto principal, no tiene por efecto, en principio, restringir la competencia en el sentido de dicha disposición, siempre que el mercado o mercados pertinentes no se encuentren fuertemente concentrados, que dicho sistema no permita identificar a los acreedores y que las condiciones de acceso y de utilización para las entidades financieras no sean discriminatorias de hecho ni de derecho. 2) En el supuesto de que un sistema de intercambio de información sobre el crédito, como el referido Registro, restrinja la competencia en el sentido del art. 81 CE, apartado 1, la aplicabilidad de la exención prevista en el apartado 3 de dicho artículo estará supeditada a los cuatro requisitos acumulativos que enuncia esta última disposición. Incumbe al juez nacional verificar si concurren tales requisitos. Para que se cumpla el requisito de que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, no es necesario, en principio, que cada uno de los consumidores se beneficie individualmente del acuerdo, decisión o práctica concertada. Sí es necesario, en cambio, que la incidencia global sobre los consumidores en los mercados pertinentes sea favorable.
30-11-2006	C-376/05 y C-377/05	1) La entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, no hizo necesario, por sí sola, que se reorganizara la red de distribución de un proveedor en el sentido del art. 5, apartado 3, párrafo primero, primer guión, del Reglamento (CE) núm. 1475/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. [81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles. Sin embargo, en función de la organización específica de la red de distribución de cada proveedor, esta entrada en vigor pudo hacer necesario que se introdujeran unos cambios de tal importancia que constituyen una verdadera reorganización de esta red en el sentido de la referida disposición. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y a los órganos de arbitraje apreciar si éste es el caso en función del conjunto de elementos concretos del litigio del que conocen. 2) El art. 4 del Reglamento núm. 1400/2002 debe interpretarse en el sentido de que, después de la expiración del periodo transitorio previsto en el art. 10 de este Reglamento, la exención por categorías que éste contempla no se aplicaba a los contratos que reunían los requisitos de exención por categorías establecida por el Reglamento núm. 1475/95 cuyo objeto era al menos una de las restricciones especialmente graves que se enuncian en el citado art. 4, de modo que el conjunto de las cláusulas contractuales restrictivas de la competencia que se contenían en tales contratos podían estar prohibidas por el art. 81 CE, apartado 1, si no se reunían los requisitos de exención al amparo del art. 81 CE, apartado 3.
05-12-2006	C-94/04 y C-202/04	1) Los arts. 10, 81 y 82 CE no se oponen a que un Estado miembro adopte una medida normativa que, partiendo de un proyecto elaborado por un consejo de colegios de abogados como el Consiglio nazionale forense (Consejo nacional de colegios de abogados), aprueba un baremo que fija un límite mínimo para los honorarios de los miembros de la abogacía, baremo que, en principio, no admite excepciones ni por lo que respecta a las prestaciones reservadas a dichos miembros ni para prestaciones, como las de servicios extrajudiciales, que igualmente pueden ser realizadas por cualquier otro operador económico no sujeto a dicho baremo. 2) Una normativa que prohíbe tajantemente apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados por un baremo de honorarios para abogados, como el controvertido en el litigio principal, para prestaciones que, por un lado, tienen carácter judicial, y, por otro, están reservadas a los abogados, constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del art. 49 CE. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal normativa, teniendo en cuenta sus modalidades concretas de aplicación, responde verdaderamente a los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia que pueden justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas respecto a estos objetivos.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
14-12-2006	C-217/05	1) El art. 85 del Tratado CEE (posteriormente art. 85 del Tratado CE; actualmente art. 81 CE) se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles, como el controvertido en el asunto principal, celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros. 2) Los arts. 10 a 13 del 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 determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, deben interpretarse en el sentido de que tal contrato no estará cubierto por este Reglamento en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador.

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*
18-01-2006	C-376/05 y C-377/05	A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH/Bayerische Motorenwerke AG (BMW).	Acumulación.
16-02-2006	C-111/04 P	Adriatica di Navigazione SpA/Comisión Europea.	Recurso. Art. 81.1 CE. Acuerdos entre empresas. Prueba de la participación de una empresa en un acuerdo.
30-03-2006	C-110/04 P	Strintzis Lines Shipping, S. A./Comisión Europea.	Recurso. Art. 81.1 CE. Acuerdos entre empresas. Poderes de verificación de la Comisión.
28-09-2006	C-552/03 P	Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd/Comisión Europea.	Recurso de casación. Arts. 81.1 y 82 CE. Helados de consumo impulsivo. Suministro de arcones congeladores a los minoristas. Cláusula de exclusiva. Derecho a un procedimiento equitativo. Carga de la prueba.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
18-01-2006	C-376/05 y C-377/05	Acumular a efectos del procedimiento oral y de la sentencia los asuntos C-403/04 P y C-405/04 P.
16-02-2006	C-111/04 P	Desestimación.
30-03-2006	C-110/04 P	Desestimación.
28-09-2006	C-552/03 P	Desestimación.

2. NORMAS RELATIVAS A AYUDAS PÚBLICAS

Se relacionan a continuación las sentencias dictadas por el TJCE durante el año 2006 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
12-1-2006	C-69/05	Comisión/Luxemburgo.	Incumplimiento de Estado. Reglamento (CE) núm. 659/1999. Ayudas de Estado en el sector agrícola. Presentación de informes anuales durante los años 2000 y 2001. Líneas directrices para el examen de las ayudas nacionales.
23-02-2006	C-346/03 y C-529/03	Giuseppe Atzeni y otros, Marco Scalas, Renato Lilliu/Regione autonoma della Sardegna.	Decisión 97/612/CE. Préstamos bonificados en beneficio de empresas agrícolas. Art. 87.2, letra *b)*, y 3, letras *a)* y *c)* CE Admisibilidad. Base jurídica. Confianza legítima.
23-03-2006	C-237/04	Enirisorse SpA/Sotacarbo SpA.	Arts. 87 y 88 CE. Concepto de «ayuda». Participación de una empresa pública en el capital de una empresa privada. Derecho de separación supeditado a la previa renuncia a todo derecho sobre el patrimonio de la sociedad.
01-06-2006	C-442/03 P y C-471/03 P	P & O European Ferries (Vizcaya), S.A., y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión.	Recursos de casación. Recursos de anulación. Decisión por la que se archiva un procedimiento de examen incoado en virtud del art. 88.2 CE. Concepto de ayuda de Estado. Fuerza de cosa juzgada absoluta. Ayudas que pueden declararse compatibles con el mercado común. Ayudas de carácter social. Requisitos.
01-06-2006	C-207/05	Comisión/Italia.	Recurso de incumplimiento. Art. 88.2, 2 párrafo CE. Ayudas incompatibles con el mercado común. Obligación de recuperación. Inejecución.
15-06-2006	C-393/04 y C-41/05	Air Liquide Industries Belgium SA/Ville de Seraing y Province de Liège.	Ayudas de Estado. Concepto. Exención de los impuestos municipal y provincial. Efectos del art. 88.3 CE. Exacciones de efecto equivalente. Tributos internos.
22-06-2006	C-399/03	Comisión Europea/Consejo de la UE.	Régimen de ayudas existente. Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica. Competencia del Consejo.
22-06-2006	C-182/03 y C-217/03	Reino de Bélgica y Forum 187 ASBL/Comisión Europea.	Régimen de ayudas existente. Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica. Recurso de una asociación. Admisibilidad. Decisión de la Comisión según la cual dicho régimen no constituye una ayuda. Cambio de apreciación de la Comisión. Art. 87.1 CE. Protección de la confianza legítima. Principio general de igualdad.
06-09-2006	C-88/03	Portugal (apoyado por España y el Reino Unido)/Comisión Europea.	Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Decisión 2003/442/CE. Medidas fiscales adoptadas por una entidad regional o local. Reducción de los tipos del impuesto sobre la renta de las personas físicas y jurídicas con domicilio fiscal en las Azores. Calificación de ayuda de Estado.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
			Carácter selectivo. Justificación por la naturaleza y estructura del sistema fiscal. Obligación de motivación. Compatibilidad con el mercado común.
07-09-2006	C-526/04	Laboratoires Boiron sa/Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon.	Arts. 87 y 88.3 CE. Gravamen sobre las ventas directas de medicamentos. Sujeción al gravamen de los laboratorios farmacéuticos y no de los mayoristas distribuidores. Prohibición de ejecutar una medida de ayuda no notificada. Posibilidad de alegar la ilegalidad de una medida de ayuda para obtener la restitución de un gravamen. Compensación que constituye la contrapartida de obligaciones de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores. Carga de la prueba de un exceso de compensación. Modalidades previstas por el Derecho nacional. Prohibición de hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la restitución del gravamen.
05-10-2006	C-368/04	Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH, Planai-Hochwurzen-Bahnen GmbH y Gerlitzen-Kanzelbahn-Touristik GmbH & Co. KG/Finanzlandesdirektion für Tirol, Finanzlandesdirektion für Steiermark y Finanzlandesdirektion für Kärnten.	Art. 88.3 CE, última frase. Devolución parcial de impuestos sobre la energía. Falta de notificación de la ayuda. Decisión de la Comisión. Declaración de compatibilidad de la ayuda con el mercado común respecto de determinado periodo anterior. Efecto sobre las solicitudes de devolución de las empresas no beneficiarias de la ayuda. Facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales.
05-10-2006	C-232/05	Comisión Europea/República Francesa.	Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado. Ayudas en favor de Scott Paper SA/Kimberly Clark. Obligación de recuperación. Incumplimiento debido a la aplicación del procedimiento nacional. Autonomía procesal nacional. Límites. «Procedimiento nacional que permita la ejecución inmediata y efectiva» a efectos del art. 14, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 659/1999. Procedimiento nacional que otorga efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra las liquidaciones emitidas por las autoridades nacionales.
14-12-2006	C-485/03 a C-490/03	Comisión Europea/España.	Régimen de ayudas. Incompatibilidad con el mercado común. Plazo de ejecución de la decisión de la Comisión. Supresión del régimen de ayudas. Suspensión de las ayudas pendientes de pago. Recuperación de las ayudas puestas a disposición de los beneficiarios. Imposibilidad absoluta de ejecución.

En el cuadro siguiente puede observarse el pronunciamiento de cada una de las sentencias dictadas (sin referencia a las costas procesales).

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
12-01-2006	C-69/05	Declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 88 CE, apartado 1, y 21 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. [88 CE], desarrolladas en la comunicación de la

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
		Comisión titulada «Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario», publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 1 de febrero de 2000, al no haber comunicado, antes del 1 de julio de 2001 y a más tardar antes del 30 de junio de 2002, los informes anuales sobre todos los regímenes de ayudas de Estado existentes en el sector agrícola en los años 2000.
23-02-2006	C-346/03 y C-529/03	El examen de la Decisión 97/612/CE de la Comisión, de 16 de abril de 1997, relativa a las ayudas concedidas por la región de Cerdeña (Italia) en el sector agrario, no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de esta Decisión.
23-03-2006	C-237/04	Una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, estableciendo una excepción al Derecho común, concede a los socios de una sociedad controlada por el Estado la facultad de separarse de dicha sociedad a condición de renunciar a todo derecho sobre el patrimonio de la sociedad, no puede calificarse de ayuda de Estado en el sentido del art. 87 CE.
01-06-2006	C-442/03 P y C-471/03 P	Desestimar los recursos de casación.
01-06-2006	C-207/05	Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 3 y 4 de la Decisión 2003/193/CE de la Comisión, de 5 de junio de 2002, relativa a la ayuda estatal en forma de exenciones fiscales y préstamos privilegiados concedidos por Italia a empresas de servicios con accionariado mayoritariamente público, al no haber adoptado dentro del plazo fijado todas las medidas necesarias para obtener de sus beneficiarios la recuperación de las ayudas que dicha Decisión declaró ilegítimas e incompatibles con el mercado común.
15-06-2006	C-393/04 y C-41/05	1) La exención de un impuesto municipal o provincial sobre la fuerza motriz que beneficie únicamente a los motores utilizados en las estaciones de gas natural, con exclusión de los motores utilizados para otros gases industriales, puede calificarse de ayuda de Estado en el sentido del art. 87 CE. Corresponde a los órganos jurisdiccionales remitentes apreciar si concurren las condiciones requeridas para la existencia de una ayuda de Estado. 2) La posible ilegalidad de una exención fiscal, como la que se cuestiona en el asunto principal, con respecto al Derecho comunitario en materia de ayudas de Estado no puede afectar a la legalidad del propio impuesto, de forma que las empresas que son deudoras de dicho impuesto no pueden alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la ilegalidad de la exención concedida para eludir el pago del citado impuesto o bien para obtener su devolución. 3) Un impuesto sobre la fuerza motriz que grave en particular los motores utilizados para el transporte de gas industrial por conducciones a muy alta presión no constituye una exacción de efecto equivalente en el sentido del art. 25 CE. 4) Un impuesto sobre la fuerza motriz que grave en particular los motores utilizados para el transporte del gas industrial por conducciones a muy alta presión no constituye un tributo interno discriminatorio a efectos del art. 90 CE.
22-06-2006	C-399/03	Anular la Decisión 2003/531/CE del Consejo, de 16 de julio de 2003, relativa a la concesión de una ayuda por parte del Gobierno belga a favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica.
22-06-2006	C-182/03 y C-217/03	1) Anular la Decisión 2003/757/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica, en la medida en que no prevé medidas transitorias para los centros de coordinación cuya solicitud de renovación estaba pendiente en la fecha de notificación de la Decisión impugnada o cuya autorización expiraba simultáneamente o poco después de la notificación de la citada Decisión. 2) Desestimar el recurso de Forum 187 ASBL en todo lo demás.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
06-09-2006	C-88/03	Desestimar el recurso.
07-09-2006	C-526/04	1) El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un laboratorio farmacéutico sujeto al pago de un gravamen como el previsto en el art. 12 de la Ley núm. 97, 1164, de 19 de diciembre de 1997, de financiación de la seguridad social para 1998, tiene derecho a alegar que la no sujeción de los mayoristas distribuidores a dicho gravamen constituye una ayuda de Estado, para obtener la restitución de la parte de las cantidades abonadas correspondiente a la ventaja económica injustamente obtenida por los mayoristas distribuidores. 2) El Derecho comunitario no se opone a la aplicación de normas de Derecho nacional que supeditan la restitución de un gravamen obligatorio, como el previsto en el art. 12 de la citada Ley núm. 97, 1164, a la prueba, que incumbe al solicitante de la restitución, de que la ventaja obtenida por los mayoristas distribuidores de su no sujeción a dicho gravamen supera los costes adicionales que soportan por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional y, en particular, de que no se cumple al menos uno de los requisitos precisados en la sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierunsprasidium Magdeburg (C-280/00). No obstante, con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores, y por ende del carácter de ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento.
05-10-2006	C-368/04	El art. 88 CE, apartado 3, última frase, debe interpretarse en el sentido de que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos de los justiciables frente a un eventual incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la prohibición de aplicar unas ayudas antes de que la Comisión de las Comunidades Europeas adopte una decisión autorizándolas. Al hacerlo, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar plenamente en consideración el interés comunitario y no deben adoptar una medida que tenga como único efecto ampliar el círculo de beneficiarios de la ayuda. Puesto que una decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una ayuda no notificada no produce el efecto de regularizar, a posteriori, los actos de ejecución que eran inválidos por haberse adoptado con infracción del art. 88 CE, apartado 3, última frase, es irrelevante que una solicitud haya sido presentada antes o después de la adopción de la decisión por la que se declara la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, ya que esta solicitud se refiere a una situación ilegal resultante de la falta de notificación.
05-10-2006	C-232/05	Declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 249 CE, párrafo cuarto, y de los arts. 2 y 3 de la Decisión 2002/14/CE de la Comisión, de 12 de julio de 2000, sobre la ayuda estatal ejecutada por Francia en favor de Scott Paper SA/Kimberly-Clark, al no haber adoptado en el plazo señalado todas las medidas necesarias para que el beneficiario de las ayudas objeto de dicha Decisión devolviese tales ayudas.
14-12-2006	C-485/03 a C-490/03	Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las siguientes Decisiones: — Decisión 2002/820/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (asunto C-485/03).

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
		— Decisión 2002/892/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (asunto C-488/03). — Decisión 2003/27/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Vizcaya en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (asunto C-487/03). — Decisión 2002/806/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (asunto C-490/03). — Decisión 2002/894/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (asunto C-486/03). — Decisión 2002/540/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (asunto C-489/03), al no haber adoptado dentro del plazo fijado todas las medidas necesarias para cumplir lo dispuesto en los arts. 2 y 3 de cada una de estas Decisiones.

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*
21-02-2006	C-485/03	Comisión Europea/España.	Acumulación.
21-02-2006	C-367/04 P	Deutsche Post AG y DHL Express (Italy) Srl/Comisión Europea.	Recurso. Ayudas concedidas por las autoridades italianas a favor de Correos Italiano.
23-03-2006	C-488/04	Bélgica y Forum 187 Asbl/Comisión Europea.	Archivo.
13-07-2006	C-442/03 P y C-471/03 P	P & O European Ferries (Vizcaya), S. A., y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión Europea.	Rectificación de sentencia.
14-09-2006	C-336/04	Banca Popolare FriulAdria SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Pordenone.	Decisión 2002/581/CE. Ventajas fiscales concedidas a los bancos. Art. 104.3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento. Cuestión prejudicial idéntica a otra sobre la que el Tribunal de Justicia ya se pronunció.
30-11-2006	C-428/06 a C-434/06	Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA, Comunidad Autónoma de La Rioja, Comunidad Autónoma de Castilla y León/Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya, Diputación Foral de Vizcaya, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao y Confederación Empresarial Vasca Confebask.	Acumulación.

A continuación, se relacionan los anteriores autos con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
21-02-2006	C-485/03	Desestimar el recurso.
21-02-2006	C-367/04 P	Desestimar el recurso de casación.
23-03-2006	C-488/04	Archivar.
13-07-2006	C-442/03 P y C-471/03 P	Rectificación.
14-09-2006	C-336/04	El examen de las cuestiones planteadas no ha puesto de manifiesto elementos que puedan 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 a favor de los bancos. Los arts. 87 CE y siguientes, el art. 14 del Reglamento (CE) del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE, así como los principios de protección de la confianza legítima, de seguridad jurídica y de proporcionalidad no pueden oponerse a una medida nacional que ordena la devolución de una ayuda en ejecución de una decisión de la Comisión que ha calificado dicha ayuda incompatible con el mercado común y cuyo examen a la luz de esas mismas disposiciones y principios generales no ha puesto de relieve elementos que afecten a la validez.
30-11-2006	C-428/06 a C-434/06	Acumular.

3. NORMAS RELATIVAS A CONCENTRACIONES

Se relaciona a continuación el auto dictado por el TJCE durante el año 2006 en aplicación de las normas relativas a concentraciones (no hay ninguna sentencia en este ejercicio). 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
14-06-2006	C-122/06 P(R)	Endesa, S. A./Comisión Europea.	Archivo.

A continuación, se relaciona el anterior auto con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
14-06-2006	C-122/06 P(R)	Archivar.

4. NORMAS RELATIVAS A LA LIBERALIZACIÓN

Se relaciona a continuación la sentencia dictada por el TJCE durante el año 2006 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.europa.eu/es/transitpage.htm).

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
06-04-2006	C-410/04	Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)/ Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA.	Servicio de transporte público local. Adjudicación sin licitación pública. Adjudicación por un ente público a una empresa que le pertenece. Sumisión a las normas de defensa de la competencia.

A continuación, se relaciona la anterior sentencia con indicación del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
06-04-2006	C-551/03 P	Desestimar el recurso de casación.

También hay que reseñar la adopción del siguiente auto adoptado en aplicación de las normas relativas a la liberalización.

Fecha	*Asunto*	*Partes*	*Materia*
06-04-2006	C-130/06 P(I)	An Post/Comisión Europea.	Recurso. Intervención. Condiciones. Interés en la solución del litigio.

A continuación, se relaciona el anterior auto con indicación de su pronunciamiento.

Fecha	*Asunto*	*Pronunciamiento*
06-04-2006	C-130/06 P(I)	Desestimación.

CUARTA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

CLARA PARTE

NOVEDADES NORMATIVAS

ESPAÑA

1. LEGISLACIÓN ESTATAL

— Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*BOE* núm. 172, de 20 julio 2006).

«Art. 154. Promoción y defensa de la competencia.

1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña.
2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia del mercado en un ámbito que no supere el territorio de Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso:

   a) La ejecución en medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia.
   b) La inspección y ejecución del procedimiento sancionador.
   c) La defensa de la competencia en el ejercicio de la actividad comercial.

3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva sobre el establecimiento y la regulación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, como órgano independiente, con jurisdicción sobre todo el territorio de Cataluña, al que corresponde en exclusiva tratar de las actividades económicas que se lleven a cabo principalmente en Cataluña y que alteren o puedan alterar la competencia en los términos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo».

El nuevo Estatuto catalán contiene un artículo específico sobre las competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia.

— Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* núm. 86, de 11 abril 2006).

«Art. 49:

1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 35.ª Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios, libre circula-

ción de bienes, la legislación sobre la defensa de la competencia y la legislación del Estado.
35.ª Comerç interior, defensa del consumidor i de l'usuari, sense perjuí de la política general de preus, lliure circulació de béns, la legislació sobre la defensa de la competència i la legislació de l'Estat».

— Real Decreto 602/2006 de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad (*BOE* núm. 129, de 31 mayo 2006).

Primer Reglamento de exención por categoría adoptado a nivel español en virtud del art. 5 de la LDC. El objeto del Reglamento son los acuerdos de constitución de los denominados «registros de morosos».

2. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

— Decreto 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y se regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón (*BO Aragón* núm. 17, de 10 febrero 2006)

El ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de defensa de la competencia son ejercidas a través del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, órgano administrativo colegiado sin estructura propia, y del Servicio de Defensa de la Competencia del Departamento competente en materia de economía. El Tribunal está integrado por un presidente y cuatro vocales.

— Decreto 36/2006, de 25 mayo, que atribuye la competencia en materia de defensa de la competencia y crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Comunidad de Castilla y León (*BO Castilla y León* núm. 104, de 31 mayo 2006).

Se atribuye a la Consejería competente en materia de economía la competencia en materia de defensa de la competencia. Se crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia como órgano colegiado adscrito a esta Consejería e integrado por un presidente y dos vocales. La instrucción de los expedientes corresponderá al Servicio de Estudios y Documentación de esta misma Consejería.

— Decreto 169/2006, de 10 noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana (*DO Generalitat Valenciana* núm. 5.387, de 14 noviembre 2006).

El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana es una entidad autónoma de carácter administrativo dotada de personalidad jurídica propia adscrita a la Consellería que tenga atribuidas las competen-

cias en materia de economía. El Tribunal está compuesto por un presidente y dos vocales.

— Resolución de 28 julio 2006, que dispone la publicación del Reglamento de Organización y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (*BO Castilla y León* núm. 165, de 28 agosto 2006).
— Orden 1999/2006, de 12 julio, por la que se modifica la localización del Registro del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, ente de Derecho público adscrito a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica (*BO Comunidad de Madrid* núm. 177, de 27 julio 2006).
— Orden de 3 enero 2006, por la que se regulan las indemnizaciones por razón de asistencias y ponencias a los miembros del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura, creado por la Ley 2/2005, de 24 junio 2005 (*DO Extremadura* núm. 81, de 11 de julio de 2006).

UNIÓN EUROPEA

— XXXVI Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la política de competencia (2006), aprobado por la Comisión el 25 de junio de 2007 [SEC (2007) 358 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, así como estadísticas y un balance de la aplicación de las normas existentes (http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports).

1. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

A. Disposiciones generales

— Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra *a)*, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (*DOUE* núm. C 210, de 1 de septiembre de 2006, p. 2).
— Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (*DOUE* núm. C 298, de 8 de diciembre de 2006, p. 17).
— Libro verde «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).
— Informe sobre la aplicación de las normas de competencia por los Estados miembros (http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/aeccr_2005_es.pdf).
— Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento del Informe sobre la competencia en los servicios profesionales [2006/2137 (INI)] (http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0418&language=ES&ring=A6-2006-0272).
— Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel [C (2006)

5998/1, de 1 de diciembre de 2006] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

— Direct settlements and one stop for leniency – ECN Model Leniency Programme [SEC (2006) 1221/1, de 20 de setembre de 2006] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

— Révision de la communication sur l'immunité (Leniency) —Communication sur la juridiction— [Règlement (CE) 139/2004] [SEC (2006) 1191/1, de 22 de setembre de 2006] (http://ec. europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

— Draft Commission Notice Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases for Public Consultation [SEC (2006) 1190/3, de 27 de setembre de 2006] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

B. DISPOSICIONES SECTORIALES

— Reglamento (CE) núm. 1459/2006 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación del art. 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto la celebración de consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros en los servicios aéreos regulares y a la asignación de periodos horarios en los aeropuertos (*DOUE* núm. L 272, de 3 de octubre de 2006, p. 3).

— Comunicación en virtud del art. 5 del Reglamento (CEE) núm. 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (2006/C 42/05) (*DOUE* núm. C 42, de 18 de febrero de 2006, p. 15).

— Reglamento (CE) núm. 1419/2006 del Consejo, de 25 de septiembre de 2006, que deroga el Reglamento (CEE) núm. 4056/86 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos y se modifica el Reglamento (CE) núm. 1/2003 ampliando su alcance con objeto de incluir el cabotaje y los servicios internacionales de transporte marítimo (*DOUE* núm. L 269, de 28 de septiembre de 2006, p. 1).

— Reglamento (CE) núm. 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (*DOUE* núm. L 214, de 4 de agosto de 2006, p. 7).

— Comunicación de la Comisión Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final) [COM (2006) 851, de 10 de enero de 2007] (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0851es01.pdf).

2. CONTROL DE CONCENTRACIONES

Comunicación de conformidad con el art. 3 del apartado 2 del Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (*DOUE* núm. C 251, de 17 de octubre de 2006, p. 2).

3. AYUDAS DE ESTADO

A. Disposiciones generales

— Reglamento (CE) núm. 1935/2006 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento (CE) núm. 794/2004 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE (*DOUE* núm. L 407, de 30 de diciembre de 2006, p. 1).

— Reglamento (CE) núm. 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por el que se adaptan determinados reglamentos y decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de la competencia, la agricultura (incluida la legislación veterinaria y fitosanitaria), la política de transportes, la fiscalidad, las estadísticas, la energía, el medio ambiente, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior y de seguridad común y las instituciones, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumania (*DOUE* núm. L 363, de 20 de diciembre de 2006, p. 1).

— Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (*DOUE* núm. L 379, de 28 de diciembre de 2006, p. 5).

B. Disposiciones sectoriales

— Reglamento (CE) núm. 1976/2006 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2204/2002 (CE) núm. 70/2001 y (CE) núm. 68/2001 por lo que respecta a la prórroga de sus periodos de aplicación (*DOUE* núm. L 368, de 23 de diciembre de 2006, p. 85).

— Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por la que se prorrogan algunas decisiones sobre ayudas de Estado (*DOUE* núm. L 32, de 6 de febrero de 2006, p. 180).

— Reglamento (CE) núm. 1857/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción de productos agrícolas y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 70/2001 (*DOUE* núm. L 358, de 16 de diciembre de 2006, p. 3).
— Reglamento (CE) núm. 1628/2006 de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión 2001 (*DOUE* núm. L 302, de 1 de noviembre de 2006, p. 3).
— Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (*DOUE* núm. C 323, de 30 de diciembre de 2006, p. 1).
— Directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo para pequeñas y medianas empresas (*DOUE* núm. C 194, de 18 de agosto de 2006, p. 2).
— Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 (*DOUE* núm. C 54, de 4 de marzo de 2006, p. 13).
— Ayuda estatal N 626/2006 – España Mapa de ayudas regionales 2007-2013 [C (2006) 6684/3, de 11 de diciembre de 2006] (*DOUE* núm. C 35, de 17 de febrero de 2006, p. 4; http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/n626-06.pdf).
— Directiva 2006/11 /CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (*DOUE* núm. L 318, de 17 de noviembre de 2006, p. 17).
— Services of General Economic Interest Opinión, Prepared by the State Aid Group of EAGCP, de 29 de junio de 2006 (http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/sgei.pdf).
— State aid control and regeneration of derived urban areas, prepared by Comisión staff, de 1 de marzo de 2006 (http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/vademecum.pdf).
— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización primavera de 2006», de 27 de marzo de 2006 [COM (2006) 130] (http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/2006_spring_en.pdf).
— Comunicación sobre «Marcador de ayudas estatales. Actualización otoño de 2006, de 11 de diciembre de 2006 [COM (2006) 761] (http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/2006_autumn_en.pdf).
— Proyecto de informe de la Comisión de evaluación sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los arts. 87 (*ex* 92) y 88 (*ex* 93) del Tratado CE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales, con arreglo al art. 5 de este Reglamento [COM (2006) 831, de 21 de diciembre de 2006] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

4. LIBERALIZACION

— Reglamento (CE) núm. 1033/2006 de la Comisión, de 4 de julio de 2006, por el que se establecen los requisitos relativos a los procedimientos de los planes de vuelo en la fase de prevuelo para el cielo único europeo (*DOUE* núm. L 186, de 7 de julio de 2006, p. 46).
— Recomendación del Órgano de Vigilancia de la AELC núm. 193/04/COL, de 14 de julio de 2004, sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el art. 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicos (*DOUE* núm. L 113, de 27 de abril de 2006, p. 106).

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Recomendación de la Comisión al Consejo por la que se autoriza a la Comisión a negociar un acuerdo de cooperación en el ámbito de la competencia entre la Comunidad Europea y la República de Corea [SEC (2006) 1701, de 21 de diciembre de 2006] (http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=es).

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

QUINTA PARTE

DOCUMENTACIÓN

PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA REMITIDO POR EL GOBIERNO DE ESPAÑA A LAS CORTES GENERALES *

I

El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.

Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.

Con este objeto se promulgó la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, sobre cuya base se ha articulado un sistema basado en la existencia de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la compe-

---

* *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 8 de septiembre de 2006, núm. 100-1 (Proyecto de Ley 121/000100 Defensa de la Competencia).

tencia y el control de concentraciones económicas, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Desde su entrada en vigor, se han producido modificaciones, algunas de gran calado, y se han promulgado diversas normas de desarrollo. Además, se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Finalmente, en los últimos años se ha producido una importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia, que ha fructificado en el nuevo Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y, sobre todo, en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

En este marco, la presente Ley tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Para ello, la Ley parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia y está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno.

II

La Ley se estructura en cinco títulos que regulan, respectivamente, las cuestiones sustantivas, los aspectos institucionales, la Comisión Nacional de la Competencia, las cuestiones procedimentales y el régimen sancionador.

El Titulo primero recoge los aspectos sustantivos de los tres tipos de instrumentos principales de esta política: régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia, principios del control de concentraciones y sistema de seguimiento y propuesta en materia de ayudas públicas.

Por lo que respecta al capítulo primero, relativo a las conductas restrictivas de la competencia, la Ley introduce cambios principalmente en tres líneas. En primer lugar, se aclaran y simplifican los diferentes tipos de infracción. En segundo lugar, se pasa del régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario. En tercer lugar, se aclaran los efectos de la exención legal y el tratamiento de las conductas «de minimis».

En cuanto a los tipos de infracción, se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas y del abuso de posición de dominio así como del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aclarándose la redacción de este último tipo. Sin embargo, se elimina la referencia específica al abuso de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

En relación con el paso al sistema de exención legal, la Ley excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos, en línea con los previstos en las normas comunitarias. En esencia, se trata de que las prohibiciones no sean aplicables a aquellas restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan en términos de eficiencia en la asignación de recursos y, por tanto, de bienestar general.

El cambio de sistema se completa con la desaparición de las autorizaciones singulares o por categorías de acuerdos por parte de la autoridad de competencia y, por tanto, el paso a la autoevaluación por parte de las empresas del encaje legal de sus propios acuerdos.

Con el fin de reforzar su seguridad jurídica y a pesar de que la remisión a las normas comunitarias es consustancial a la práctica de defensa de la competencia en España, la Ley se refiere expresamente al papel de los Reglamentos comunitarios de exención por categorías en la aplicación de la nueva exención legal en el ámbito nacional. También se mantiene la posibilidad de que el Gobierno apruebe este tipo de exenciones para aquellos acuerdos que no afecten al comercio entre Estados miembros.

Asimismo, se contempla un sistema en línea con el comunitario para las declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones a una conducta concreta.

Finalmente, se extiende a todos los tipos de infracción previstos en este capítulo la exención de las conductas que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley y de las conductas «de minimis», entendidas como aquellas que, por su menor importancia, no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia, cuyas características se concretarán mediante el correspondiente desarrollo reglamentario.

En cuanto al capítulo segundo, relativo a los aspectos sustantivos del control de las concentraciones económicas, la Ley aporta novedades en tres ámbitos principales. En primer lugar, aclara y amplía el concepto de con-

centración a efectos de control, estableciendo un procedimiento «simplificado» para aquellas operaciones menos susceptibles de afectar a la competencia. En segundo lugar, flexibiliza el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo en tanto no recaiga resolución favorable de la Administración. Finalmente, refuerza la participación de la Comisión Nacional de la Competencia en el control de concentraciones, limita el papel del Gobierno en el mismo y concreta los criterios de valoración sustantiva que guiarán las decisiones de ambos órganos.

En cuanto al concepto de concentración, la Ley centra su definición en la existencia de un cambio estable en la estructura de control, *de iure* o *de facto,* de una empresa, e incluye todas las empresas en participación con «plenas funciones», unificando así el tratamiento de aquellas con carácter concentrativo y cooperativo. Además de revisarse al alza el umbral de cuota de mercado y preverse un mecanismo para la actualización del volumen de negocios, se introduce un sistema de notificación «simplificada» para aquellas operaciones menos susceptibles de obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, con una tasa reducida.

En relación con la flexibilización del procedimiento, la Ley mantiene el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo pero prevé el posible levantamiento de la obligación de suspender la ejecución de la concentración en cualquier momento del procedimiento. Además, el tratamiento de las ofertas públicas de adquisición de acciones se alinea con el comunitario, de forma que la obligación de suspensión únicamente afectará al ejercicio de los derechos de voto inherentes a los títulos y no a la posibilidad de lanzar la oferta, siempre que se cumpla con los plazos de notificación previstos en la Ley.

Por lo que respecta a los criterios de valoración sustantiva, la Ley separa claramente los que guiarán la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la intervención del Gobierno, relacionados con la protección del interés general de la sociedad.

Así, por una parte se aclaran los elementos que valorará la Comisión Nacional de la Competencia, sistematizándose, entre otros posibles, los que se han venido considerando en los informes del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia hasta el momento, explicitándose el tratamiento de las eficiencias empresariales y manteniéndose la valoración de los aspectos cooperativos o de las restricciones a la competencia accesorias a las concentraciones. Por otra parte, se indican los criterios de valoración sustantiva que guiarán una decisión del Consejo de Ministros distinta de la de la Comisión Nacional de la Competencia, recogiéndose una lista no exhaustiva de criterios concretos.

El capítulo tercero se ocupa de las ayudas publicas. En este ámbito se completan las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia,

que podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas desde la perspectiva de la competencia con el fin de emitir informes y dirigir recomendaciones a los poderes públicos. Para ello, se establecen determinadas obligaciones de información a la Comisión Nacional de la Competencia y se prevé expresamente la posible participación complementaria de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la emisión de informes con respecto a las ayudas que concedan las Administraciones autonómicas y locales en el ámbito territorial de su competencia. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del sistema de control por parte de la Comisión Europea previsto en la normativa comunitaria.

El título segundo se ocupa del esquema institucional. El capítulo primero se refiere a los órganos administrativos competentes para la aplicación de esta Ley, con una novedad principal, la creación en el ámbito estatal de una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia, que integrará a los actuales Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia que desaparecen. La Comisión Nacional de la Competencia presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes. En el capítulo segundo se prevén mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la Ley así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

En última instancia, se establecen pautas para guiar las relaciones entre los distintos órganos que, naturalmente, podrán verse complementadas por los mecanismos informales que puedan establecerse de cara a lograr la adecuada coordinación en el ejercicio diario de sus respectivas competencias. Adicionalmente, se establecen mecanismos para la cooperación con los órganos jurisdiccionales en los procesos de aplicación de las normas de competencia.

El título tercero se refiere a la Comisión Nacional de la Competencia, órgano encargado de aplicar esta Ley, promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional. En este ámbito, la Ley se estructura en dos capítulos: el primero regula los aspectos generales de la Comisión Nacional de la Competencia y el segundo sus órganos de dirección.

En cuanto a los aspectos generales, recogidos en el capítulo primero, la Ley especifica en primer lugar la naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de la nueva Comisión Nacional de la Competencia, detallando su composición y recursos económicos. En segundo lugar, se recogen las funciones de la nueva Comisión Nacional de la Competencia, tanto instructo-

ras, resolutorias y de arbitraje como consultivas y de promoción y armonización de la defensa de la competencia en los mercados.

Finalmente, se incluye una sección sobre la transparencia y responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que se incide en la publicidad de todas sus actuaciones así como en la especial responsabilidad ante la sociedad por su actuación.

Por lo que se refiere al capítulo segundo, relativo a los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia, dos principios fundamentales rigen su diseño: la independencia de criterio de esta institución con respecto al Gobierno y la separación entre instrucción y resolución. Estos principios han de conjugarse además con la necesidad de coordinar adecuadamente las actuaciones de los órganos encargados de la instrucción y resolución, así como de asegurar la eficacia de la política de competencia como instrumento de política económica.

Por ello, la Ley especifica el régimen de nombramiento y cese de los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia, orientado a garantizar su independencia en la toma de decisiones y, al mismo tiempo, la responsabilidad ante la sociedad por ellas.

Por otra parte, la Ley establece la independencia en el ejercicio de las funciones de instrucción o propuesta y resolución por parte de la Dirección de Investigación y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. No obstante, preserva la unidad de actuación y coordinación de todos los servicios y órganos bajo la dirección del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que cuenta con amplias funciones, entre otras, la jefatura de todo el personal, los planes plurianuales de inspección y presidir el Consejo de Defensa de la Competencia.

La labor de resolución del Consejo se centra en la adopción de decisiones sobre la base de las propuestas de la Dirección de Investigación en relación con los expedientes sancionadores o de control de concentraciones. En el ámbito de conductas restrictivas de la competencia, el Consejo es competente tanto para acordar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones y resolver la terminación convencional como para declarar la prohibición e imponer las sanciones correspondientes y acordar la imposición de medidas cautelares.

Por su parte, la labor instructora de la Dirección de Investigación se centra en la incoación y tramitación de los expedientes, la elevación de propuestas al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, la elaboración de informes y la asignación de expedientes con otros órganos.

El título cuarto regula los distintos procedimientos tanto por conductas prohibidas como de control de concentraciones. En este ámbito, la reforma se guía por la búsqueda del equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y eficacia administrativa. Así, se simplifican notablemente los procedimientos y se separa claramente la instrucción y la pura resolución, elimi-

nándose con ello la posible duplicación de actuaciones y los recursos administrativos contra actos que pongan fin al procedimiento.

El capítulo primero recoge las disposiciones comunes a los procedimientos de conductas restrictivas, medidas cautelares y control de concentraciones. En concreto, se detallan las normas en cuanto a plazos máximos para las resoluciones correspondientes a los procedimientos especiales previstos en esta Ley así como las facultades de la Comisión Nacional de la Competencia para recabar información, realizar inspecciones y vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley y los recursos que proceden.

El capítulo segundo regula el procedimiento sancionador por conductas restrictivas, con una fase de instrucción por parte de la Dirección de Investigación en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados. Tras la elevación del correspondiente informe-propuesta, el Consejo adoptará una resolución, realizadas las actuaciones complementarias de la instrucción que considere precisas, las consultas previstas por la normativa vigente y, en su caso, una vista. En línea con la normativa comunitaria, la Ley introduce la posibilidad de que en dicha resolución se impongan condiciones estructurales.

En este ámbito, cabe señalar la flexibilización del régimen de terminación convencional, centrado en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de Investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente.

En cuanto a las medidas cautelares, la Ley flexibiliza y agiliza el sistema para su acuerdo, en cualquier momento del procedimiento y sin plazo máximo de duración.

El capítulo tercero se refiere al procedimiento de control de concentraciones. En este ámbito, la Ley mantiene las dos fases del procedimiento y los reducidos plazos que vienen caracterizando al sistema en España pero asigna la competencia para su instrucción y resolución a la Comisión Nacional de la Competencia. En la primera fase, que durará un máximo de un mes, se analizarán y aprobarán las operaciones que no planteen problemas de competencia. En la segunda fase se realizará un análisis más detallado de la operación, con participación de terceros interesados, con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adopte la resolución final.

En el procedimiento ante la Comisión Nacional de la Competencia se prevé, junto a la imposición de condiciones, la presentación de compromisos por parte de los notificantes para resolver los posibles problemas de competencia derivados de la concentración así como la posible consulta a terceros interesados sobre los mismos.

En caso de que la resolución del Consejo sea de prohibición o subordinación a compromisos o condiciones, el Ministro de Economía y Hacienda dispondrá de un plazo de quince días para elevar la concentración al Consejo de Ministros para su intervención. El Acuerdo final del Consejo de Ministros, debidamente motivado, que podrá autorizar con o sin condiciones la concentración, deberá adoptarse en un plazo máximo de un mes tras la elevación del expediente, pudiendo solicitarse informe a la Comisión Nacional de la Competencia.

Finalmente, el título quinto recoge el régimen sancionador. En este ámbito, la Ley supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores.

Asimismo, se especifican los criterios que determinarán la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo.

Además, se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten.

También se introduce un procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora y no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido. Igualmente, el importe de la multa podrá reducirse para aquellas empresas que colaboren pero no reúnan los requisitos para la exención total.

La Ley se completa con nueve disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias una derogatoria y tres disposiciones finales. En particular, mediante las disposiciones adicionales se introducen modificaciones en determinadas normas jurisdiccionales y procesales con el fin de articular adecuadamente la aplicación privada de las normas de competencia por parte de los órganos de lo mercantil, una de las principales aportaciones de la presente Ley.

Así, la disposición adicional primera establece, en aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia de los jueces de lo mercantil en la aplicación de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en línea con lo previsto en la normativa comunitaria en relación con los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Por su parte, la Disposición Adicional segunda modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de prever expresamente la participación de los órganos nacionales y comunitarios de competencia como *amicus curiae* en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia por

parte de la jurisdicción competente así como diversos mecanismos de información para permitir la adecuada cooperación de los órganos administrativos con los judiciales. Finalmente, se prevé la posible suspensión de los procedimientos judiciales en determinadas circunstancias, cuando el juez competente considere necesario conocer el pronunciamiento administrativo para dictar una sentencia definitiva en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia.

Finalmente, la disposición adicional séptima modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso, administrativa para aclarar el régimen de recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de competencia así como el procedimiento de autorización judicial para el caso en que exista oposición a una inspección realizada en aplicación de la presente Ley.

TÍTULO I

De la defensa de la competencia

CAPÍTULO I

De las conductas prohibidas

Art. 1. Conductas colusorias

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

   a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
   b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
   c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
   d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
   e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apar-

tado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

   a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
   b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
   c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.
5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 2. Abuso de posición dominante

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

   a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
   b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
   c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
   d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Art. 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Art. 4. Conductas exentas por ley

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.
2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

Art. 5. Conductas de menor importancia

Las prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.

Art. 6. Declaraciones de inaplicabilidad

Cuando así lo requiera el interés público, la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar, mediante decisión adoptada de oficio, que el art. 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo.

Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al art. 2.

CAPÍTULO II

De las concentraciones económicas

Art. 7. Definición de concentración económica

1. A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

   a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
   b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
   c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

2. A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:

   a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,
   b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

   En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

3. No tendrán la consideración de concentración:

   a) La mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.
   b) Cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya

adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

c) Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del art. 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.

d) La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.

Art. 8. Ámbito de aplicación

1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

   a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 de un mercado de producto o servicio, en el mercado nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

   b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

2. Las obligaciones previstas en la presente Ley no afectan a aquellas concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento.

Art. 9. Obligación de notificación y suspensión de la ejecución

1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución.
2. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el art. 40, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.
3. Los apartados anteriores no impedirán realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores que sea una concentración económica sujeta a control de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, siempre y cuando:

   a) la concentración sea notificada a la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de cinco días previsto en el art. 37 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, en caso de no haber sido notificada con anterioridad, y
   b) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia.

4. Están obligados a notificar:

   a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
   b) Individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

5. En el caso de que una concentración sujeta a control según lo previsto en la presente Ley no hubiese sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, ésta, de oficio, requerirá a las partes obligadas a notificar para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar desde la recepción del requerimiento.

   No se beneficiarán del silencio positivo previsto en el art. 38 aquellas concentraciones notificadas a requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia.

   Transcurrido el plazo para notificar sin que se haya producido la notificación, la Dirección de Investigación podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los arts. 61 a 70.

6. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración a que se refiere el apartado 2 de este artículo, a propuesta de la Dirección de Investigación y previa solicitud motivada.

La resolución se dictará previa ponderación, entre otros factores, del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la concentración y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia.

El levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución podrá estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte.

Art. 10. Criterios de valoración sustantiva

1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional.
2. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

a) la estructura de todos los mercados relevantes,
b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas.
h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, 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.

2. En la medida en que la creación de una empresa en participación sujeta al control de concentraciones tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen

siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de lo establecido en los arts. 1 y 2 de la presente Ley.

3. En su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.
4. El Consejo de Ministros, a efectos de lo previsto en el art. 60, podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia.

   En particular, se entenderá como tales los siguientes:

   a) defensa y seguridad nacional,
   b) protección de la seguridad o salud públicas,
   c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
   d) unidad del mercado nacional y equilibrio territorial,
   e) protección del medio ambiente,
   f) políticas sociales,
   g) protección del pluralismo informativo,
   h) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
   i) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

CAPÍTULO III

De las ayudas públicas

Art. 11. Ayudas públicas

1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de:

   a) Emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales.
   b) Dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.

2. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público en los términos previstos en el art. 27.3.*b)* de la presente Ley.
3. A los efectos de la realización de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el órgano responsable de

la notificación a la Comisión Europea deberá comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia:

a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE, en el momento de su notificación a la Comisión Europea,

b) las ayudas públicas concedidas al amparo de Reglamentos comunitarios de exención, así como los informes anuales recogidos en el art. 21 del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea,

4. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas y, en concreto, las disposiciones por las que se establezca cualquier ayuda pública distinta de las contempladas en los apartados *a)* y *b)* del punto anterior.
5. Los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial. Estos informes serán remitidos a la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo y, en particular, de su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la Comisión Nacional de la Competencia.
6. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los arts. 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, y de las competencias de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en materia de control de ayudas públicas.

TÍTULO II

Del esquema institucional para la aplicación de esta Ley

CAPÍTULO I

De los órganos competentes para la aplicación de esta Ley

Art. 12. La Comisión Nacional de la Competencia

1. Se crea la Comisión Nacional de la Competencia como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de

la Administración General del Estado, encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como de velar por la aplicación coherente de la presente Ley mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma.

2. De acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de la Competencia ejercerá sus funciones en el ámbito de todo el territorio español. Igualmente, ejercerá sus funciones en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía.
3. La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la Ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Art. 13. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas

Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

Art. 14. El Consejo de Ministros

El Consejo de Ministros podrá intervenir en el procedimiento de control de concentraciones económicas de acuerdo con lo previsto en el art. 60 de la presente Ley.

CAPÍTULO II

Mecanismos de colaboración y cooperación

Art. 15. Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas

1. La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas se llevará a cabo según lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de

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

2. A efectos de la cooperación con los órganos jurisdiccionales y de la coordinación de las actuaciones respectivas, la Comisión Nacional de la Competencia dará traslado al órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente de las actuaciones relativas a conductas cuyos efectos no excedan de su territorio recibidas de los reguladores sectoriales y de los órganos judiciales competentes para la aplicación de esta Ley.
3. En el caso de que el correspondiente procedimiento de aplicación de la presente Ley haya sido iniciado formalmente según lo previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia por un órgano autonómico, éste remitirá a la Comisión Nacional de la Competencia copia de las solicitudes y de los informes que se remitan en aplicación de lo previsto en los arts. 16 y 17.2.*d)* de la presente Ley.

Art. 16. Cooperación con los órganos jurisdiccionales

1. La Comisión Nacional de la Competencia por propia iniciativa podrá aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o relativas a los arts. 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
2. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, por propia iniciativa podrán aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. Las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia se comunicarán a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a la Comisión Europea una copia del texto de las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Art. 17. Coordinación con los reguladores sectoriales

1. La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. En todo caso:

   a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.

   b) Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

   c) La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

   d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los arts. 1 a 3 de la presente Ley.

3. Los Presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones.

Art. 18. Colaboración de la Comisión Nacional de la Competencia con Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados Miembros y la Comisión Europea

Al objeto de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión Nacional de la Competencia podrá intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria.

TÍTULO III

De la Comisión Nacional de la Competencia

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes

SECCIÓN 1.ª NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Art. 19. Naturaleza y régimen jurídico

1. La Comisión Nacional de la Competencia es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La Comisión Nacional de la Competencia actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico.
2. En defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las normas que la desarrollen, la Comisión Nacional de la Competencia actuará en el ejercicio de sus funciones públicas con arreglo a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, y en su propio Estatuto.

Art. 20. Composición de la Comisión Nacional de la Competencia

Los órganos de la Comisión Nacional de la Competencia son:

a) El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que ostenta las funciones de dirección y representación de la misma y preside el Consejo.
b) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, órgano colegiado de resolución formado por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y cuatro Consejeros, uno de los cuales ostentara la vicepresidencia.
c) La Dirección de Investigación, que realiza las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 21. Personal de la Comisión Nacional de la Competencia

1. El personal al servicio de la Comisión Nacional de la Competencia será funcionario o laboral en los términos establecidos para la Administración General de Estado, de acuerdo con su Estatuto.
2. En los términos en que se establezca en su Estatuto, la Comisión Nacional de la Competencia podrá igualmente contratar personal laboral temporal para la realización de trabajos de especial contenido técnico, de acuerdo con la normativa aplicable en materia de contratación laboral de las Administraciones públicas.
3. La tramitación de las correspondientes convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo se realizará por la Comisión Nacional de la Competencia en los mismos términos establecidos para la Administración General del Estado.

Art. 22. Recursos económicos de la Comisión Nacional de la Competencia

1. La Comisión Nacional de la Competencia contará, para el cumplimiento de sus fines, con los siguientes bienes y medios económicos:
   a) Las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
   b) Los bienes y derechos que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo.
   c) Los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios derivados del ejercicio de las competencias y funciones atribuidas por esta Ley. En particular, constituirán ingresos de la Comisión Nacional de la Competencia las tasas que se regulan en el art. 23 de esta Ley.
   d) Cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos.
2. La Comisión Nacional de la Competencia elaborará y aprobará con carácter anual un anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Economía y Hacienda y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado.
3. El control económico y financiero de la Comisión Nacional de la Competencia se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Art. 23. Tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración

1. La tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración se regirá por lo dispuesto en esta Ley y por la normativa general

sobre tasas. La gestión de la tasa se llevará a cabo por la Comisión Nacional de la Competencia en los términos que se establezcan reglamentariamente.

2. Constituye el hecho imponible de la tasa la realización del análisis de las concentraciones sujetas a control de acuerdo con el art. 8 de la Ley.
3. Serán sujetos pasivos de la tasa las personas que resulten obligadas a notificar de acuerdo con el art. 9.
4. El devengo de la tasa se producirá cuando el sujeto pasivo presente la notificación prevista en el art. 9. Si en el momento de la notificación se presenta la autoliquidación sin ingreso, se procederá a su exacción por la vía de apremio, sin perjuicio de que la Comisión Nacional de la Competencia instruya el correspondiente expediente.
5. La cuota de la tasa será:

   a) De 3.000 euros cuando el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes en la operación de concentración sea igual o inferior a 240.000.000 de euros.

   b) De 6.000 euros cuando el volumen de negocios global en España de las empresas partícipes sea superior a 240.000.000 de euros e igual o inferior a 480.000.000 de euros.

   c) De 12.000 euros cuando el volumen de negocios global en España de las empresas partícipes sea superior a 480.000.000 de euros e igual o inferior a 3.000.000.000 de euros.

   d) De una cantidad fija de 24.000 euros cuando el volumen de negocios en España del conjunto de los partícipes sea superior a 3.000.000.000 euros, más 6.000 euros adicionales por cada 3.000.000.000 de euros en que el mencionado volumen de negocios supere la cantidad anterior, hasta un límite máximo de 60.000 euros.

6. Para aquellas concentraciones notificadas a través del formulario abreviado previsto en el art. 56, se aplicará una tasa reducida de 1.500 euros. En caso de que la Comisión Nacional de la Competencia, conforme a lo establecido en el art. 56, decida que las partes deben presentar el formulario ordinario, éstas deberán realizar la liquidación complementaria correspondiente.

Sección 2.ª Funciones de la Comisión Nacional de la Competencia

Art. 24. Funciones de instrucción, resolución y arbitraje

La Comisión Nacional de la Competencia es el órgano competente para instruir y resolver sobre los asuntos que tiene atribuidos por esta Ley y, en particular:

a) Aplicar lo dispuesto en la presente Ley en materia de conductas restrictivas de la competencia, sin perjuicio de las competencias

que correspondan a los órganos autonómicos de Defensa de la Competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

b) Aplicar lo dispuesto en la presente Ley en materia de control de concentraciones económicas.

c) Aplicar en España los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.

d) Adoptar las medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, y en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.

e) Ejercer las funciones que corresponden a la Administración General del Estado en relación con los mecanismos de coordinación previstos en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

f) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes.

Art. 25. Competencias consultivas

La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre:

a) Proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia y, en particular, aquellos por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, el presente texto legal o 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, así como los proyectos de normas reglamentarias que las desarrollen.

b) Proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, según establece la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

c) La procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

d) Todas las cuestiones a que se refiere el art. 16 de esta Ley y el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.

e) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar la Comisión Nacional de la Competencia de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

Art. 26. Otras funciones de la Comisión Nacional de la Competencia

1. La Comisión Nacional de la Competencia promoverá la existencia de una competencia efectiva en los mercados, en particular, mediante las siguientes actuaciones:

   a) promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia,

   b) realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa,

   c) realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales,

   d) realizar informes generales o puntuales sobre el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva en los mercados,

   e) dirigir a las Administraciones públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados,

   f) proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes.

2. La Comisión Nacional de la Competencia velará por la aplicación coherente de la normativa de competencia en el ámbito nacional, en particular mediante la coordinación de las actuaciones de los regu-

ladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con los órganos jurisdiccionales competentes.

3. La Comisión Nacional de la Competencia será el órgano de apoyo del Ministerio de Economía y Hacienda en la representación de España en el ámbito internacional en materia de competencia.

Sección 3.ª Transparencia y responsabilidad social de la Comisión Nacional de la Competencia

Art. 27. Publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia

1. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicas todas las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de esta Ley y, en particular:

   a) Las resoluciones que pongan fin al procedimiento en expedientes sancionadores.
   b) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares.
   c) Las resoluciones que pongan fin a la primera y segunda fase en expedientes de control de concentraciones.

2. Será público el hecho de la iniciación de un expediente de control de concentraciones.
3. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes que elabore en aplicación de esta Ley. En particular:

   a) Los informes elaborados en el procedimiento de control de concentraciones se harán públicos una vez adoptadas por el Consejo las resoluciones correspondientes a primera y segunda fase.
   b) Los informes anuales sobre ayudas públicas se harán públicos tras su envío al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados. Los informes puntuales realizados, bien de oficio o a instancia de parte, sobre los criterios de concesión de las ayudas públicas se harán públicos después de su comunicación a los órganos de las Administraciones públicas correspondientes.
   c) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público se harán públicos después de su remisión al Ministerio de Economía y Hacienda y al órgano de las Administraciones públicas correspondiente.
   d) La Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes elaborados sobre la estructura competitiva en mercados o sectores productivos.

4. Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el art. 3.ª de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.
5. El Registro de Defensa de la Competencia será público y en él se inscribirán las resoluciones y acuerdos que pongan fin a los correspondientes procedimientos.

Art. 28. Control parlamentario de la Comisión Nacional de la Competencia

1. La Comisión Nacional de la Competencia hará pública su memoria anual de actuaciones, que enviará al Ministro de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados.
2. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro. Igualmente, el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia enviará al Ministro de Economía y Hacienda con carácter anual una programación de sus actividades.
3. La Comisión Nacional de la Competencia enviará al Ministro de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados sus informes anuales sobre la situación competitiva de los mercados y sobre la actuación del sector público así como los informes sectoriales que apruebe en aplicación de lo previsto en el art. 26 de la presente Ley.
4. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia y, en su caso, los miembros de ésta, comparecerán ante las Cámaras y sus Comisiones a petición de las mismas en los términos establecidos en sus respectivos reglamentos.

CAPÍTULO II

De los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia

SECCIÓN 1.ª DISPOSICIONES COMUNES

Art. 29. Nombramiento y mandato de los órganos directivos de la Comisión Nacional de la Competencia

1. El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que lo será también del Consejo, será nombrado por el Gobierno median-

te Real Decreto a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto.

2. Los Consejeros serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, previa comparecencia ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad y conocimientos técnicos del candidato propuesto. El Consejo elegirá, entre los Consejeros, un Vicepresidente.
3. El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de renovación.
4. El Director de Investigación es nombrado por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y previa consulta al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 30. Causas de cese en el ejercicio del cargo

El Presidente y los Consejeros de la Comisión Nacional de la Competencia cesarán en su cargo:

a) Por renuncia.
b) Por expiración del término de su mandato.
c) Por incompatibilidad sobrevenida.
d) Por haber sido condenado por delito doloso.
e) Por incapacidad permanente.
f) Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo, a propuesta de tres quintas partes del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 31. Incompatibilidades

El Presidente, los Consejeros y el Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, en su condición de altos cargos de la Administración General del Estado, ejercerán su función con dedicación absoluta y estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido con carácter general para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Sección 2.ª Del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Art. 32. Funciones del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Corresponde al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia:

a) Ostentar la representación legal del organismo.
b) Vigilar el desarrollo de las actividades del organismo, velando por el cumplimiento de esta Ley y sus normas de desarrollo.
c) Mantener el buen orden y gobierno de los órganos de la Comisión Nacional de la Competencia.
d) Impulsar la actuación inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia y la elaboración de planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan objetivos y prioridades.
e) La dirección, coordinación, evaluación y supervisión de los órganos de la Comisión Nacional de la Competencia, en particular, la coordinación del Consejo con la Dirección de Investigación y la dirección de los servicios comunes, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Director de Investigación en el art. 35.
f) Dar cuenta al Ministro de Economía y Hacienda de las vacantes que se produzcan en el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
g) Ejercer funciones de jefatura en relación con el personal de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación específica y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Director de Investigación en el art. 35.
h) Aprobar los gastos y ordenar los pagos de la Comisión Nacional de la Competencia, salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de conformidad con lo previsto en la Ley General Presupuestaria.
i) Ser órgano de contratación de la Comisión Nacional de la Competencia.
j) Presidir el Consejo de Defensa de la Competencia.
k) Emitir informe sobre el candidato propuesto por el Ministro de Economía y Hacienda para el puesto de Director de Investigación.
l) Resolver las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral.
m) Resolver las cuestiones no asignadas al Consejo o a la Dirección de Investigación.

Sección 3.ª Del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

Art. 33. Composición y funcionamiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Son miembros del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que preside el Consejo, y cuatro Consejeros.

2. Corresponde al Presidente del Consejo el ejercicio de las siguientes funciones:

   a) Ejercer, en general, las competencias que a los presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
   b) Convocar al Consejo por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los Consejeros, y presidirlo.
   c) Establecer el criterio de distribución de asuntos entre los Consejeros.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente y dos Consejeros.
4. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de calidad del Presidente.
5. El Consejo nombrará un Secretario, que realizará las funciones previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y llevará el Registro de Defensa de la Competencia.
6. El Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia regulará el funcionamiento del Consejo y, en particular, el régimen de convocatoria y sesiones, de acuerdo con lo establecido en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el capítulo IV del título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Art. 34. Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas y de promoción de la competencia previstas en la presente Ley. En particular, es el órgano competente para:

1. A propuesta de la Dirección de Investigación:

   a) Resolver y dictaminar en los asuntos que la Comisión Nacional de la Competencia tiene atribuidos por esta Ley y, en particular, en los previstos en los arts. 24 a 26 de esta Ley.
   b) Resolver los procedimientos sancionadores previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo.

c) Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Ley a la Comisión Europea según lo previsto en los arts. 9 y 22 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

d) Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica de conformidad con el art. 9.6 de la presente Ley.

e) Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones.

2. Adoptar las circulares previstas en la disposición adicional tercera y las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el art. 6.
3. Interesar la instrucción de expedientes por la Dirección de Investigación.
4. Acordar la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el art. 4.3 de esta Ley.
5. Elaborar, en su caso, su reglamento de régimen interior, en el cual se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios.
6. Elegir de entre sus miembros al Vicepresidente.
7. Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente, Vicepresidente y Consejeros.
8. Nombrar y acordar el cese del Secretario.
9. Aprobar el anteproyecto de presupuestos del organismo.
10. Decidir la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el art. 4.3 de esta Ley.
11. Elaborar la memoria anual del organismo así como los planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan objetivos y prioridades.

Sección 4.ª De la Dirección de Investigación

Art. 35. Estructura y funciones de la Dirección de Investigación

1. La Dirección de Investigación es el órgano de la Comisión Nacional de la Competencia encargado de la instrucción de los expedientes previstos en la presente Ley.
2. Son funciones de la Dirección de Investigación:

a) Instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución en los expedientes sobre los que deba resolver el Consejo en aplicación de la presente Ley.

b) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes.

c) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.

d) Aplicar los mecanismos de designación de órgano competente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

e) Aplicar los mecanismos de reenvío de expedientes entre la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Europea según lo previsto en el art. 4 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

f) Requerir de oficio la notificación de una concentración de acuerdo con lo previsto en el art. 9.5.

g) Requerir el formulario ordinario de notificación de conformidad con el art. 56.2.

3. Corresponde al Director de Investigación:

a) Ostentar la jefatura y representación de la Dirección, pudiendo ejercer todas las competencias que la presente Ley y sus normas de desarrollo atribuyen a la misma.

b) Acordar el nombramiento y cese del personal de la Dirección, de acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación específica, previa consulta al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia.

TÍTULO IV

De los procedimientos

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes

SECCIÓN 1.ª PLAZOS DE LOS PROCEDIMIENTOS

Art. 36. Plazo máximo de los procedimientos

1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la com-

petencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente.

2. El plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el procedimiento de control de concentraciones será:

   a) de un mes en la primera fase, según lo previsto en el art. 57, a contar desde la recepción en forma de la notificación por la Comisión Nacional de la Competencia,

   b) de dos meses en la segunda fase, según lo previsto en el art. 58, a contar desde la fecha en que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerda la apertura de la segunda fase.

3. El plazo máximo para que el Ministro de Economía y Hacienda resuelva sobre la intervención del Consejo de Ministros según lo dispuesto en el art. 60 será de quince días, contados desde la recepción de la correspondiente resolución dictada en segunda fase por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o desde la fecha en que terminara el plazo máximo para haberla dictado previsto en la letra *b)* del apartado segundo del presente artículo.
4. El plazo máximo para que el Consejo de Ministros adopte un Acuerdo en el procedimiento de control de concentraciones será de un mes, contado desde la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de elevar la operación al Consejo de Ministros.
5. El plazo máximo para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte y notifique la resolución sobre el recurso previsto en el art. 47 contra las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación será de diez días.
6. El plazo máximo para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte y notifique la resolución relativa a la adopción de medidas cautelares prevista en el art. 54 será de tres meses.
7. El plazo máximo para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dicte y notifique la resolución sobre la adopción de medidas en el ámbito de los expedientes de vigilancia de obligaciones, resoluciones o acuerdos prevista en el art. 41 será de tres meses desde la correspondiente propuesta de la Dirección de Investigación.

Art. 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

   a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el art. 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.

e) Cuando ante la Dirección de Investigación deban realizarse pruebas, análisis contradictorios o dirimentes en el marco de expedientes sancionadores, de acuerdo con lo previsto en el art. 50.

f) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el art. 51.

g) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el art. 51.

h) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el art. 52.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos:

a) Cuando la Comisión Europea haya incoado un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea en relación con los mismos hechos. La suspensión se levantará cuando la Comisión Europea adopte la correspondiente decisión.

b) Cuando la Comisión Nacional de la Competencia requiera a los notificantes para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios para la resolución del expediente de control de concentraciones, según lo previsto en los apartados 4 y 5 del art. 55 de la presente Ley.

c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el art. 11.4 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

d) Cuando se solicite el informe de los reguladores sectoriales de acuerdo con lo establecido en el art. 17.2.*c)* y *d)* de esta Ley.

3. La suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.

4. Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes.

En el caso de acordarse la ampliación del plazo máximo, ésta no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

5. Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno en vía administrativa.

Art. 38. Efectos del silencio administrativo

1. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del art. 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento.
2. El transcurso del plazo máximo establecido en el art. 36.2.*a)* para la resolución en primera fase de control de concentraciones determinará la estimación de la correspondiente solicitud por silencio administrativo, salvo en los casos previstos en los arts. 9.5, 55.5 y 57.2.*d)* de la presente Ley.
3. El transcurso del plazo máximo establecido en el art. 36.2.*b)* para la resolución en segunda fase de control de concentraciones determinará la autorización de la concentración por silencio administrativo, salvo en los casos previstos en los arts. 9.5, 55.5 y 57.2.*d)* de la presente Ley.
4. El transcurso de los plazos previstos en el art. 36.3 y 4 para la resolución del Ministro de Economía y Hacienda sobre la intervención del Consejo de Ministros y, en su caso, para la adopción del correspondiente Acuerdo de este último, determinará, de acuerdo con lo previsto en el art. 60.4, la inmediata ejecutividad de la correspondiente resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, o la estimación de la correspondiente solicitud por silencio administrativo en caso de que dicha resolución no se hubiera dictado.
5. El transcurso del plazo previsto en el art. 36.5 para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resuelva los recursos contra resoluciones y actos de la Dirección de Investigación determinará su desestimación por silencio administrativo.
6. El transcurso de los plazos previstos en el art. 36.6 y 7 para que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resuelva en cuanto a adopción de medidas cautelares o en el marco de expedientes de vigilancia determinará su desestimación por silencio administrativo.

SECCIÓN 2.ª FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Art. 39. Deberes de colaboración e información

1. Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración pública quedan sujetos al deber de colabora-

ción con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de diez días, salvo que por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente.

2. La colaboración, a instancia propia o a instancias de la Comisión Nacional de la Competencia, no implicará la condición de interesado en el correspondiente procedimiento.

Art. 40. Facultades de inspección

1. El personal de la Comisión Nacional de la Competencia debidamente autorizado por el Director de Investigación tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresa para la debida aplicación de esta Ley.
2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:
   a) acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas,
   b) verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material,
   c) hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos,
   d) retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos mencionados en la letra *b)*,
   e) precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección,
   f) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.
3. Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado.
4. Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

5. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta Ley.

Art. 41. Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos

1. La Comisión Nacional de la 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 la Competencia o Acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento.

   La Comisión Nacional de la 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 caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la 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.

SECCIÓN 3.ª PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Art. 42. Tratamiento de la información confidencial

En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el art. 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003.

Art. 43. Deber de secreto

1. Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones.
2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Art. 44. Archivo de las actuaciones

La Comisión Nacional de la Competencia podrá no iniciar un procedimiento o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia o de objeto. En particular, se considerará que concurre alguna de estas circunstancias en los siguientes casos:

a) Cuando la Comisión Nacional de la Competencia no sea competente para enjuiciar las conductas detectadas o denunciadas en aplicación del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, o se den las circunstancias previstas en el mismo para la desestimación de denuncias.

b) Cuando la operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de control por la Comisión Nacional de la Competencia previsto en la presente Ley.

c) Cuando la concentración notificada sea remitida a la Comisión Europea en aplicación del arts. 22 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

d) Cuando las partes de una concentración desistan de su solicitud de autorización o la Comisión Nacional de la Competencia tenga información fehaciente de que no tienen intención de realizarla.

Art. 45. Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta Ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el art. 70.

Art. 46. Prejudicialidad del proceso penal

La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda.

SECCIÓN 4.ª DE LOS RECURSOS

Art. 47. Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación

1. Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.
2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo
3. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días.

Art. 48. Recursos contra las resoluciones y actos dictados por el Presidente y por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

Contra las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CAPÍTULO II

Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas

SECCIÓN 1.ª DE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Art. 49. Iniciación del procedimiento

1. El procedimiento se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia. Cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia de la con-

ductas reguladas por esta Ley, con el contenido que se determinará reglamentariamente. La Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas.

2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.
3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los arts. 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.

Art. 50. Instrucción del expediente sancionador

1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.
2. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes.
3. Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.
4. Una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de multa, de acuerdo con lo previsto en los arts. 65 y 66 de esta Ley.

SECCIÓN 2.ª DE LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Art. 51. Procedimiento de resolución ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones pre-

cisas para la formación de su juicio. El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes.

Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización.

2. La Dirección de Investigación practicará aquellas pruebas y actuaciones complementarias que le sean ordenadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
3. A propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista.
4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas.
5. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, conclusas las actuaciones y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el art. 11.4 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, dictará resolución.

Art. 52. Terminación convencional

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.
2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.
3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe-propuesta previsto en el art. 50.4.

Art. 53. Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán declarar:

a) La existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

b) La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

c) No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

2. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán contener:

a) La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.

b) La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural.

c) La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.

d) La imposición de multas.

e) El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

f) Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá proceder, a propuesta de la Dirección de Investigación, que actuará de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y de las obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá, de oficio o a instancia de parte, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión que contengan sus resoluciones.

Las aclaraciones o adiciones podrán hacerse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución o, en su caso, a la petición de aclaración o adición, que deberá presentarse dentro del plazo improrrogable de tres días siguientes al de la notificación.

Los errores materiales y los aritméticos podrán ser rectificados en cualquier momento.

Sección 3.ª De las medidas cautelares

Art. 54. Adopción de medidas cautelares

Una vez iniciado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares

necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.

CAPÍTULO III

Del procedimiento de control de concentraciones económicas

SECCIÓN 1.ª DE LA NOTIFICACIÓN

Art. 55. Notificación de concentración económica

1. El procedimiento de control de concentraciones económicas se iniciará una vez recibida en forma la notificación de la concentración de acuerdo con el formulario de notificación establecido reglamentariamente.
2. Con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta a la Comisión Nacional de la Competencia sobre:
   a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el art. 7,
   b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el art. 8.
3. Ante el conocimiento de la posible existencia de una concentración sujeta a control, la Dirección de Investigación podrá realizar actuaciones previas con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias para su notificación obligatoria de acuerdo con el art. 9.
4. La Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir al notificante para que en un plazo de diez días subsane cualquier falta de información o de documentos preceptivos y complete el formulario de notificación.

   En caso de no producirse la subsanación dentro de plazo, se tendrá al notificante por desistido de su petición, pudiendo proceder la Comisión Nacional de la Competencia al archivo de las actuaciones.
5. La Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir en cualquier momento del procedimiento a la parte notificante para que, en un plazo de diez días, aporte documentos u otros elementos necesarios para resolver.

   En caso de que el notificante no cumplimente el requerimiento o lo haga fuera del plazo establecido al efecto, no se beneficiará del silencio positivo previsto en el art. 38.
6. En cualquier momento del procedimiento, la Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar a terceros operadores la informa-

ción que considere oportuna para la adecuada valoración de la concentración.

Asimismo, podrá solicitar los informes que considere necesarios para resolver a cualquier organismo de la misma o distinta Administración.

Art. 56. Formulario abreviado de notificación

1. Se podrá presentar un formulario abreviado de notificación, que será establecido reglamentariamente, para su uso, entre otros, en los siguientes supuestos:
   a) Cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados ascendente o descendentemente dentro del proceso de producción y comercialización.
   b) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente.
   c) Cuando una parte adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa sobre la cual tiene ya el control conjunto.
   d) Cuando, tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales.
2. La Comisión Nacional de la Competencia podrá exigir la presentación del formulario ordinario de notificación cuando, aun cumpliéndose las condiciones para utilizar el formulario abreviado, determine que es necesario para una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia. En este caso, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento empezará a computar de nuevo desde la fecha de presentación del formulario ordinario.

SECCIÓN 2.ª DE LA INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Art. 57. Instrucción y resolución en primera fase

1. Recibida en forma la notificación, la Dirección de Investigación formará expediente y elaborará un informe de acuerdo con los criterios de valoración del art. 10, junto con una propuesta de resolución.
2. Sobre la base del informe y de la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictará resolución en primera fase, en la que podrá:

a) Autorizar la concentración.
b) Subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes.
c) Acordar iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.
d) Acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea de acuerdo con el art. 22 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el archivo de la correspondiente notificación. En este caso, se notificará dicha remisión al notificante, indicándole que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la Comisión Europea de acuerdo con la normativa comunitaria y que, por tanto, la operación no se puede beneficiar del silencio positivo previsto en el art. 38.
e) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

Art. 58. Instrucción y resolución en segunda fase

1. Una vez iniciada la segunda fase del procedimiento, la Dirección de Investigación elaborará una nota sucinta sobre la concentración que, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, será hecha pública y puesta en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas y del Consejo de Consumidores y Usuarios, para que presenten sus alegaciones en el plazo de diez días.
2. Los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración se recogerán en un pliego de concreción de hechos elaborado por la Dirección de Investigación, que será notificado a los interesados para que en un plazo de diez días formulen alegaciones.
3. A solicitud de los notificantes, se celebrará una vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
4. Recibida la propuesta de resolución definitiva de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adoptará la decisión final mediante una resolución en la que podrá:

a) Autorizar la concentración.
b) Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.
c) Prohibir la concentración.
d) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

5. Las resoluciones adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia serán comunicadas al Ministro de Economía y Hacienda al mismo tiempo de su notificación a los interesados.
6. Las resoluciones en segunda fase en las que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones no serán ejecutivas:

   a) Hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el art. 36.
   b) En el supuesto de que el Ministro de Economía y Hacienda haya decidido elevar la concentración al Consejo de Ministros, hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el art. 36.

Art. 59. Presentación de compromisos

1. Cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia, podrán proponer compromisos para resolverlos.
2. Cuando se propongan compromisos, el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento se ampliará en diez días en primera fase y quince días en segunda fase.
3. Los compromisos propuestos por las partes notificantes podrán ser comunicados a los interesados o a terceros operadores con el fin de valorar su adecuación para resolver los problemas para la competencia derivados de la concentración así como sus efectos sobre los mercados.

Art. 60. Intervención del Consejo de Ministros

1. El Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar la decisión sobre la concentración al Consejo de Ministros por razones de interés general cuando, en segunda fase, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia:

   a) Haya resuelto prohibir la concentración.
   b) Haya resuelto subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.

2. La resolución del Ministro de Economía y Hacienda se comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia al mismo tiempo de su notificación a los interesados.
3. El Consejo de Ministros podrá:

   a) Confirmar la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
   b) Acordar autorizar la concentración, con o sin condiciones. Dicho acuerdo deberá estar debidamente motivado en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el art. 10. Antes de adoptar el Acuerdo correspondiente, se podrá solicitar informe a la Comisión Nacional de la Competencia.

4. Transcurridos los plazos indicados en el art. 36 sin que el Ministro de Economía y Hacienda o el Consejo de Ministros hayan adoptado una decisión, la resolución expresa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en segunda fase será inmediatamente ejecutiva y se entenderá que la misma ha acordado:

   a) Subordinar la autorización de la concentración a los compromisos o condiciones previstos en la citada resolución.
   b) Prohibir la concentración, pudiendo el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia:

      1.º Ordenar que no se proceda a la misma, cuando la concentración no se hubiera ejecutado.
      2.º Ordenar las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración, cuando la concentración ya se hubiera ejecutado.

5. El Acuerdo de Consejo de Ministros será comunicado a la Comisión Nacional de la Competencia al mismo tiempo de su notificación a las partes.

TÍTULO V

Del régimen sancionador

Art. 61. Sujetos infractores

1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.
2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

3. Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión Nacional de la Competencia, se podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.

Una vez que la Comisión Nacional de la Competencia haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.

No obstante, no se exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo y tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.

La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 % de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior.

Art. 62. Infracciones

1. Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.
2. Son infracciones leves:

a) Haber presentado a la Comisión Nacional de la Competencia la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en los arts. 9.3.*a)* y 9.5.

b) No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Comisión Nacional de la Competencia según lo previsto en el art. 9.5.

c) No haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa.

d) No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en el art. 40.

e) La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección.
2.º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa.
3.º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia.

3. Son infracciones graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el art. 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.
b) El abuso de posición de dominio tipificado en el art. 2 que no tenga la consideración de muy grave.
c) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el art. 3 de esta Ley.
d) La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.

4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el art. 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.
b) El abuso de posición de dominio tipificado en el art. 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.
c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.

Art. 63. Sanciones

1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas

que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvando su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo o los criterios para la determinación del importe de las sanciones recogidas en el art. 64, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

a) Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros.
b) Las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros.
c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

Art. 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones

1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
b) El alcance de la infracción.
d) La duración de la infracción.
e) El efecto de la infracción sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

2. Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

   a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley.
   b) La posición de responsable o instigador de la infracción.
   c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
   d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el art. 62.

3. Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

   a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
   b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
   c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.
   d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley.

Art. 65. Exención del pago de la multa

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

   a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el art. 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquéllos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o
   b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del art. 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra *a)*.

2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la

persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 66. Reducción del importe de la multa

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las letras *a), b)* y *c)* del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 %.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 %.

c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 % del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.
4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

Art. 67. Multas coercitivas

La Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas:

a) A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.
b) A deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.
c) A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia.
d) Al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los Acuerdos de Consejo de Ministros según lo previsto en la presente Ley.
e) Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros.
f) Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el art. 39.
g) Al cumplimiento de las medidas cautelares.

Art. 68. Prescripción de las infracciones y de las sanciones

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción

o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado.

2. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año.
3. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.

Art. 69. Publicidad de las sanciones

Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.

Art. 70. Normativa aplicable y órganos competentes

1. A excepción de las infracciones previstas en el art. 62 correspondientes a los arts. 1, 2 y 3 de la Ley, el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en este título se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en su normativa de desarrollo. No obstante, el plazo máximo de resolución podrá suspenderse en los casos previstos en el art. 37.
2. La Dirección de Investigación será el órgano competente para la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para la resolución del mismo.

Disposición adicional primera. De los juzgados de lo Mercantil

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter 2, letra *f)* de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley.

Disposición adicional segunda. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Uno. Se introduce el art. 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los términos siguientes:

«Art. 15 bis. Intervención en procesos de defensa de la competencia.

1. Los órganos jurisdiccionales informarán a la Comisión Nacional de la Competencia de la admisión de demanda en los procesos en que sean de aplicación los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.
2. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.

   La aportación de información no alcanzará datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia».

Dos. Se añade un párrafo tercero al art. 212 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los términos siguientes:

«3. Las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia se comunicarán por el Secretario Judicial a la Comisión Nacional de la Competencia».

Tres. Se añade una nueva disposición adicional a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional quinta. Suspensión de plazos para dictar sentencia en los procesos sobre defensa de la Competencia

Uno. Los Juzgados de lo Mercantil podrán suspender el plazo para dictar sentencia hasta que recaiga la correspondiente resolución administrativa, mediante resolución motivada y previa audiencia de las partes, cuando para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo.

Dos. Contra el auto por el que se acuerde la suspensión, que será comunicado a la Comisión Nacional de la Competencia, no cabe interponer recurso alguno.

Tres. La Comisión Nacional de la Competencia comunicará al órgano jurisdiccional su resolución.

Cuarto. Recibida la resolución administrativa de la Comisión Nacional de la Competencia, el Secretario Judicial dará traslado de la misma a las partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

El órgano jurisdiccional valorará, a efectos de la decisión final, la resolución administrativa y las alegaciones que sobre ella hayan efectuado las partes».

Disposición adicional tercera. Comunicaciones de la Comisión Nacional de Competencia

La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los arts. 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia.

Disposición adicional cuarta. Definiciones

1. A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.
2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Disposición adicional quinta. Referencias a los órganos nacionales de competencia existentes en otras normas

1. La Comisión Nacional de la Competencia será la Autoridad Nacional de Competencia a los efectos del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.
2. Las referencias de la normativa vigente al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán hechas a la Comisión Nacional de la Competencia.
3. No obstante, las referencias de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la

Competencia se entenderán realizadas al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y a la Dirección de Investigación, respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Defensa de la Competencia será presidido por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia.

Disposición adicional sexta. Extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia y traspaso de medios

1. Queda extinguido el Organismo autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia. La Comisión Nacional de la Competencia se subrogara en todos los derechos y obligaciones del mismo.
2. Reglamentariamente se establecerá el traspaso de medios del Tribunal de Defensa de la Competencia a la Comisión Nacional de la Competencia.
3. Los funcionarios y el personal que en el momento de entrada en vigor de esta Ley presten sus servicios en el Tribunal de Defensa de la Competencia y en el Servicio de Defensa de la Competencia, se integrarán en la Comisión Nacional de la Competencia.

Disposición adicional séptima. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Uno. Se da nueva redacción al art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los términos siguientes:

«6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán. de las autorizaciones de los actos de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia siempre que impliquen restricción de derechos fundamentales y que la empresa u asociación de empresas se opusiera a su ejecución, o existiese riesgo de tal oposición».

Dos. Se da nueva redacción al art. 10.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los términos siguientes:

«Art. 10. [Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia]

1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

a) Los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

b) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales.

c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

d) Los actos y resoluciones dictados por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.

e) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.

f) Los actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de Corporaciones locales, en los términos de la legislación electoral.

g) Los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

h) La prohibición o la propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión.

i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

j) Los actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

k) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional».

Tres. Se modifica el apartado 3 de la disposición adicional cuarta con la siguiente redacción:

«3. Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

Disposición adicional octava. Referencias a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección

Las referencias contenidas en esta Ley a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el art. 13 de esta Ley.

Disposición adicional novena. Asistencia jurídica a la Comisión Nacional de la Competencia

La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento, representación y defensa en juicio, de la Comisión Nacional de la Competencia se llevará a cabo de conformidad con la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Disposición transitoria primera. Procedimientos iniciados formalmente

Los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio. En todo caso se entenderán caducadas las solicitudes presentadas en aplicación del art. 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Disposición transitoria segunda. Constitución de la Comisión Nacional de Competencia

1. En el plazo de tres meses de la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la designación del Presidente, los Consejeros y el Director de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia. Hasta tanto se realice la designación, el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los Vocales y el Director General de Defensa de la Competencia continuarán ejerciendo sus funciones.
2. Con el fin de garantizar la renovación por mitades del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, el mandato de dos de los Consejeros designados inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley será por tres años. La elección de estos dos Consejeros se realizará por sorteo en el momento de la constitución del Consejo.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa

1. Por la presente Ley queda derogada la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en esta Ley.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Real Decreto 1443/2001, de 21 diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de concentraciones económicas y los capítulos I y III del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia seguirán en vigor hasta que el Gobierno apruebe, en su caso, nuevos textos reglamentarios, en lo que no se oponga en lo previsto en la presente Ley.

Disposición final primera. Títulos competenciales

Esta Ley se dicta al amparo del art. 149.1.13.ª de la Constitución.

Se exceptúan de lo anterior los siguientes preceptos:

La disposición adicional primera, que se dicta al amparo del art. 149.1.5.ª de la Constitución.

El art. 4, apartado 3 y 16; y las disposiciones adicionales segunda, séptima y novena, que se dictan al amparo del art. 149.1.6.ª de la Constitución.

El art. 23, que se dicta al amparo del art. 149.1.14.ª de la Constitución.

Disposición final segunda. Habilitación normativa

1. El Gobierno y el Ministro de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán dictar las normas reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley.
2. En particular, se autoriza al Gobierno para que en el plazo de seis meses dicte las disposiciones reglamentarias que desarrollen la presente Ley en cuanto a los procedimientos, el tratamiento de las conductas de menor importancia y el sistema de clemencia o exención y reducción de multa a las empresas que colaboren en la lucha contra los cárteles.
3. Igualmente, se autoriza al Gobierno para que, previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante Real Decreto modifique los umbrales establecidos en el art. 8 de la presente Ley. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia realizará cada tres años una valoración de la aplicación de dichos umbrales a los efectos de proponer, en su caso, su modificación al Gobierno.

4. En el plazo de tres meses tras la constitución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de Ministros aprobará mediante Real Decreto, previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia, el Estatuto de la misma, en el que se establecerán cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la Comisión Nacional de la Competencia resulten necesarias conforme a las previsiones de esta Ley y, en particular, las siguientes:

   a) la estructura orgánica de la Comisión Nacional de la Competencia;
   b) la distribución de competencias entre los distintos órganos;
   c) el régimen de su personal.

5. Asimismo, se autoriza al Gobierno para que mediante Real Decreto modifique la regulación de la estructura organizativa del Ministerio de Economía y Hacienda de acuerdo con la nueva organización institucional contemplada en esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2007.

DEBATE DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA SOBRE LA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA *

DEBATE DE TOTALIDAD DEL PROYECTO DE LEY 7-06/PL-000011, DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA

La señora PRESIDENTA

—Vamos a comenzar la sesión plenaria que el Parlamento de Andalucía tiene previsto celebrar durante la tarde de hoy y el día de mañana, y lo hacemos comenzando con el punto primero del orden del día, relativo a proyectos de ley, que, en primer lugar, se refiere al debate de totalidad del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. A cuyo fin, el Consejo de Gobierno —en concreto, el Consejero de Economía y Hacienda, señor Griñán— intervendrá a continuación para hacer la presentación del proyecto.

Señor Griñán, tiene la palabra, señoría.

El señor CONSEJERO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

—Gracias, señora Presidenta.

Señorías, comparezco para presentarles este Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, elaborado por la

---

* Diario de Sesiones del Pleno [*DSPA* 102/VII Legislatura, 22 de noviembre de 2006]. Debate relativo al Proyecto de Ley presentado por el Gobierno de Andalucía (http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=diario&id=15367). Unas semanas más tarde se celebró otro debate sobre la posible toma en consideración por el Pleno de la Proposición de Ley 7-06/PPL-000005, relativa a la creación del Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia propuesta por el Grupo Parlamentario Popular de Andalucía [Diario de Sesiones del Pleno, *DSPA* 104/VII Legislatura, 13 de diciembre de 2006, http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=diario&id=15474]. La toma en consideración fue rechazada, mientras que la tramitación del proyecto de ley siguió su curso hasta su aprobación (Ley núm. 6/2007, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, *DOJA* núm. 131, de 4 de junio de 2007).

Consejería de Economía y Hacienda y aprobado por el Consejo de Gobierno el pasado 19 de septiembre.

Señoras y señores Diputados, el largo ciclo de crecimiento económico que mantenemos de forma ininterrumpida desde 1994 nos va a permitir superar este año 2006, por tercer año consecutivo, la cuota del 75 % de la media de PIB per cápita de la Unión Europea, lo cual significa que Andalucía pertenece al grupo de las regiones de competitividad, sin perjuicio de que para este periodo de programación europea, hasta 2013, conservemos la consideración de región de convergencia.

Ser una región de competitividad implica reforzar todos los mecanismos que la favorecen. La instrumentación de una política de defensa de la competencia contribuirá así a que la economía andaluza se mantenga en esta trayectoria. De este modo, junto a las políticas de regulación y de incentivos, la política de defensa a la competencia es uno de los principales instrumentos de intervención para generar un marco de estabilidad en los mercados, así como para evitar o compensar posibles comportamientos estratégicos y fallos del mercado.

El objetivo de esta política es forzar a las empresas a mejorar, a ser más productivas e incidir positivamente en su competitividad. Y, si hablar de competitividad implica hacerlo de internacionalización, de ganar mercados exteriores, la productividad es la vía para crecer y converger; en definitiva, para mejorar los niveles de vida. Todo ello es deseable, además, que se produzca en un escenario de estabilidad de los precios.

En relación con la competitividad de la economía, una idea comúnmente aceptada es que el mercado es un buen mecanismo de asignación de recursos, pero que no es perfecto. Para que un mercado libre sea un instrumento adecuado para propiciar la competitividad, debe cumplirse que los agentes individuales no sigan ciertos comportamientos. Me estoy refiriendo a su capacidad para influir en los precios, a crear barreras a la entrada de otros competidores o a mantener situaciones de abuso en la posición de dominio.

En una economía de mercado, las empresas tienen como motivación obtener beneficios. Por otra parte, éste, el beneficio empresarial, aumenta en condiciones de dominio y monopolio sobre los de libre competencia, así que el propio sistema presenta siempre un incentivo intrínseco al comportamiento no competitivo, que debemos estar en condiciones de evitar para un mayor beneficio de los consumidores. Dicho de otra forma, si hay circunstancias que impiden asignaciones competitivas y eficientes, el mercado —como instrumento que es— debe ser apoyado por medidas que corrijan sus defectos y que generen incentivos a comportamientos más competitivos. Estoy hablándoles de la política de defensa de la competencia, una política activa que impida o que, en su caso, trate de prevenir las prácticas restrictivas de las empresas que tengan capacidad para ello y que, en todo caso, prohíba decisiones tomadas que vayan en contra de la eficacia y de la competencia.

La otra variable relevante es la productividad. La falta de competencia tiene siempre efectos nocivos sobre el crecimiento y sobre su potencial, en la medida en que frena o, desde luego, no incentiva lo suficiente la innovación. Las empresas dominantes tienen menos motivos para desarrollar nuevos productos, nuevos servicios, procesos distintos; en cambio, las empresas que operen en mercados competitivos están obligadas a innovar para competir con las demás empresas en los segmentos más rentables.

La competencia, pues, es el principal incentivo que tienen las empresas para innovar y para organizarse de forma que se mejore su estructura interna de costes y aumente su productividad, en este sentido se favorece también la estabilidad de los precios. Se estimula así un proceso de reasignación de recursos y de adaptación estructural permanente de los trabajadores, que redunda a largo plazo en una mayor prosperidad y bienestar colectivos.

Todo lo que acabo de decir está en el origen de la economía de mercado, es una de las condiciones de su propia existencia, y lo es si queremos que sea una fuente de progreso. Es lo que convierte a la economía del mercado en un instrumento de bienestar y la legitima socialmente.

Esta preservación de la competencia —como medio para estimular la innovación y la calidad— es parte esencial también del llamado modelo social europeo. La comunicación de la Comisión Europea de 2004, denominada una Política de Competencia Proactiva para una Europa Competitiva, establece que la competencia efectiva entre las empresas dentro del mercado interior es un factor determinante para la innovación y el crecimiento de la productividad, y debe considerarse como uno de los elementos clave para revitalizar, para impulsar la llamada Estrategia de Lisboa.

El fundamento de esta Ley es pues muy claro. Permítanme, entonces, hacer una breve referencia a la forma en que se articula, desde un punto de vista normativo, el actual sistema de defensa de la competencia, tanto en su nivel europeo como en el nacional, para, posteriormente, profundizar en el terreno autonómico.

A nivel europeo, el tratado de la Unión Europea garantiza una explícita protección de la libertad de competencia en los arts. 81 y 82, relativos a los acuerdos entre empresas y al abuso de posición dominante. Esos artículos tienen su desarrollo en el Reglamento 1.203, que permite un marco jurídico unificado en la Unión Europea, la utilización de un enfoque basado en los efectos económicos y la creación de una red europea de competencia.

A nivel nacional, el art. 38 de la Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y establece que los poderes públicos son responsables de garantizar y de proteger su ejercicio. Además, la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias entre el Estado y las

Comunidades Autónomas en esta materia, suponen la implantación de un sistema legal que prohíbe dos tipos de prácticas restrictivas de la competencia: los acuerdos entre empresas con efectos restrictivos de la competencia y la explotación abusiva de la posición de dominio. Por lo demás, la Ley 1/2002, que abrió el camino a las Comunidades Autónomas para regular sistemas internos de defensa de la competencia, incorpora el control de concentraciones e incluye un mecanismo para analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas.

En los últimos años, la principal novedad normativa ha afectado, como acabo de decir, al nivel autonómico. En cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, la Ley antes citada, la de 2002, ha fijado los principios para el ejercicio, por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, de las competencias en materia de lucha contra las prácticas restrictivas. Básicamente, esta Ley especifica que son las Comunidades Autónomas las que en su territorio ostentan las competencias ejecutivas respecto a comportamientos prohibidos, abusos de posición dominante y actos desleales; por lo tanto, disponemos las Comunidades Autónomas, a partir de entonces, de capacidad para instruir, vigilar, resolver, sancionar o autorizar, así como la capacidad reglamentaria en lo relativo a la autoorganización de los servicios.

Al Estado le corresponden, en todo caso, las competencias normativas y ejecutivas relativas a concentraciones, ayudas públicas, autorización mediante reglamentos de exención y la representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales e internacionales.

En la Ley se plantea también la creación del Consejo de Defensa de la Competencia como órgano de colaboración e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para promover la aplicación uniforme de la legislación en materia de competencia.

Actualmente, el modelo nacional está, como ustedes saben, en proceso de renovación. El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, que fue presentado por el Gobierno de la Nación, ha planteado cuáles son las principales debilidades de este sistema, que podemos sintetizar en la duplicidad de trámite por la existencia de dos órganos —uno de instrucción y otro de resolución—, lo que está ralentizando el procedimiento o la inadecuada delimitación de competencias y el solapamiento de los planos administrativo y judicial. Es, además, un proyecto para solventar estas debilidades.

Además, el Gobierno ha aprobado un proyecto de ley, que se encuentra —como ustedes saben— en tramitación, actualmente, en el Parlamento nacional. En dicho proyecto se propone la creación de una única autoridad, que sea independiente, de defensa de la competencia, que se llamará Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y que va a agrupar los actuales servicios y tribunal de defensa de la competencia, respetando la debida separación entre la fase de instrucción y la fase de resolución. Éste

es, señorías, el contexto en el que hemos elaborado y proponemos este Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, conforme a este diseño institucional y organizativo que se ha planteado desde 2002 por la normativa estatal.

Quisiera hacer hincapié en este aspecto, ya que Andalucía, con este texto legal, va a ser, si sus señorías dan apoyo al proyecto de ley, la primera Comunidad Autónoma que se integre en el nuevo esquema, en este nuevo esquema del sistema de defensa de la competencia en España.

Se trata de un proyecto de ley de indudable relevancia e interés social en Andalucía, ya que pretende fortalecer y hacer más transparentes las reglas del juego del mercado y, consecuentemente, la formación de los precios.

Es, además, un proyecto que desde su origen está marcado por un amplio consenso social, ya que en el proceso de su elaboración se ha recabado la opinión de más de 80 asociaciones y entidades, con interés en este ámbito, entre las que incluyen organizaciones empresariales, sindicales, el Consejo de Consumidores y Usuarios, la Federación Andaluza de Municipios, además de órganos de la Administración del Estado. Fruto de esta línea de diálogo, se han incorporado al texto que tienen en esta Cámara un total de 107 observaciones o sugerencias agrupadas, de las 146 que nos fueron presentadas, y que no dudo en decir que han enriquecido el texto que hoy nos ocupa.

Tal y como he señalado anteriormente, las competencias que pueda asumir la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia son exclusivamente de carácter ejecutivo. Por tanto, teniendo en cuenta esta limitación, y en sintonía también con la reforma planteada por el Gobierno central, se ha optado por crear un organismo autónomo independiente, que se denominará Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Lo que proponemos en Andalucía es un modelo que refuerza la competencia e independencia del órgano de control, respeta la necesaria separación de la fase de instrucción y resolución, al tiempo que incorpora la función de promoción. Lo hacemos a lo largo de los 22 artículos de esta Ley que hoy se presenta.

La Agencia será un organismo adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda, y va a contar con una estructura mínima coordinada por un director, que se encargará de la gerencia de Administración, que será el representante de la Comunidad en el Consejo de Defensa de la Competencia y nombrará a los representantes en la Junta Consultiva en materia de conflictos.

La fase de instrucción de los expedientes corresponderá al departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, mientras que la fase de resolución será asumida por el Consejo de Defensa de la Competencia, compuesto por un Presidente, dos Vocales y un Secretario con voz pero sin voto.

Los miembros del Consejo de Defensa de la Competencia tendrán un mandato de cinco años, pero esos cinco años no coincidirán con el desarrollo máximo de una legislatura. Serán cargos no renovables directamente, ya que tendrán tasadas las causas de cese, y se exigirá la audiencia e informe de los miembros para el inicio de la revocación siempre tasada.

Otro rasgo destacable que evidencia su independencia y objetividad es que el Consejo agota la vía del recurso administrativo; esto es, sus resoluciones no son modificables por la Consejería.

También habrá un Secretario General de la Agencia, que ejercerá la Secretaría del Consejo y llevará la Asesoría Jurídica y los Asuntos Generales del organismo.

La estructura de la Agencia se completará con el departamento de Estudios y Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia, que ejercerá las funciones de asesoramiento económico, y que también será responsable del Registro de Defensa de la Competencia de Andalucía.

En suma, el diseño que acabo de exponerles va a permitir disponer en Andalucía de un organismo específico para promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados, garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mismos y proteger los intereses generales en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

En concreto, la Agencia realizará de oficio —también a instancia de parte— la instrucción, investigación y resolución de procedimientos en materia de defensa de la competencia. Quisiera puntualizar que podrán dirigirse a la Agencia tanto los ciudadanos particulares como las empresas interesadas. Informarles que en este ámbito se llevará un registro de carácter público, donde se inscribirán los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas autorizadas y prohibidas total o de forma parcial. Se encargará también de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten, y, en su caso, declarar la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones que correspondan.

Entre sus funciones, se incluyen promover, realizar estudios y trabajos de investigación en materia de la competencia, con atención a la situación actual en cada uno de los sectores económicos, así como informar los proyectos normativos sobre esta materia y colaborar con los organismos competentes en el resto de Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado.

El texto se completa con una Disposición Adicional, donde se aborda la aplicación de la normativa estatal en términos de régimen sancionador, plazos, procedimientos o recursos. Una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales, en las que se habilita al Consejo de Gobierno para el desarrollo; se recoge el procedimiento para la entrada en vigor y se hace referencia a la aprobación de los estatutos.

Señorías, para finalizar mi intervención, quisiera reiterar la voluntad de transparencia y de diálogo que hemos mantenido en toda la tramitación del proyecto de ley y destacar también nuestro esfuerzo por alcanzar el más amplio consenso social con todos los posibles agentes interesados. Muestra de ello es el elevado número de alegaciones que, como he dicho, han sido total o parcialmente aceptadas. Son muchas las ventajas, y también las fortalezas por tanto, del modelo del que les he informado. Andalucía será la primera Comunidad Autónoma integrada en la nueva arquitectura del sistema de defensa de la competencia de España. Asegura también la ventanilla única y coordinada con los órganos de defensa de la competencia del Estado y de la Unión Europea, mediante la incorporación de la Agencia a la Red Europea de Defensa de la Competencia a través de la red española. Favorece también la simplificación de trámites administrativos al agilizar los procedimientos con un solo organismo independiente y con facultad de resolución plena en el ámbito administrativo; permite, además, la cercanía de los mercados. Hasta ahora, el ejercicio de esta competencia se llevaba exclusivamente a nivel central y, en consecuencia, el coste para los denunciantes era más elevado.

Esta mayor amplitud de la capacidad de prestación del servicio se hará, además, con gratuidad de los procedimientos, que va a propiciar la igualdad en el acceso y va a permitir que los ciudadanos y las empresas andaluzas puedan acudir a un organismo propio.

Por último, la promoción de las condiciones de libre competencia en los mercados. Entre los objetivos de la Agencia, están contribuir a la libertad de empresa, la estabilidad de los precios y el crecimiento económico en línea, como he dicho antes, de la Estrategia de Lisboa; un aspecto relevante, ya que la Agencia será un instrumento importante en la lucha contra la inflación.

En definitiva, señorías, nos encontramos ante un buen proyecto de ley, relevante en tanto que afecta a las reglas de juego básicas del sistema económico, para el que solicito el respaldo de esta Cámara, en nombre del Consejo de Gobierno.

Muchas gracias.

La señora PRESIDENTA

—Muchas gracias, señor Consejero de Economía y Hacienda.

Interviene a continuación don José Enrique Fernández de Moya, para abrir el turno de debate de totalidad del proyecto de ley que el Gobierno acaba de presentar, para posicionar al Grupo Popular y para defender la enmienda a la totalidad con propuesta de texto alternativo, presentada por el Grupo Popular de Andalucía a este proyecto de ley.

Señor Fernández de Moya, tiene la palabra, señoría.

El señor FERNÁNDEZ DE MOYA ROMERO

—Muchas gracias, señora Presidenta.

Señorías, buenas tardes.

Subo en representación del Grupo Parlamentario Popular para defender la enmienda a la totalidad que ha presentado mi Grupo parlamentario sobre el proyecto de ley que el Consejero de Economía y Hacienda, en materia relativa a la promoción y defensa de la competencia, acaba de exponer.

Señorías, la Constitución Española reconoce, en su art. 38, el sistema de libre empresa en el marco de la economía de mercado, y precisa que los poderes públicos protegerán su ejercicio. Así pues, resulta imprescindible la salvaguarda de la competencia para el buen funcionamiento de los mercados, resultando, en consecuencia, que la defensa pública de la competencia en España emana directamente de un mandato constitucional.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, actualmente vigente, pero en proceso de reforma, tramitándose en las Cortes Generales, atiende a este encargo constitucional, teniendo como objetivos la garantía de la existencia de una competencia suficiente y la protección de la misma frente a todo ataque al interés público. La normativa vigente defiende la competencia en un doble plano: represivo y preventivo. El primero se articula mediante el control, concretamente, de conducta, y el segundo, mediante el control de concentraciones: realizándose, por el control de conductas, por medio de la prohibición de los comportamientos anticompetitivos que los propios operadores económicos practiquen en el mercado; y el propio control de concentraciones mediante la atribución al Gobierno de la facultad de prohibir o condicionar las concentraciones empresariales que puedan dar lugar a estructuras empresariales dañosas para la competencia real y efectiva.

El Tribunal Constitucional dictó el 11 de noviembre de 1999 una sentencia en virtud de la cual se atribuye a las Comunidades Autónomas, con competencia estatutaria en materia de comercio interior, la facultad de compartir con el Estado el control de conductas anticompetitivas que regula la propia Ley 16/1989.

La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de defensa de la competencia que plasma el Derecho positivo español, establece como interpretación constitucional del alto tribunal, a la hora de concretar la competencia de las Comunidades Autónomas, fundamentalmente, a las actuaciones ejecutivas en materia de control que se susciten en el ámbito de las Comunidades Autónomas y que no afecten a mercados exteriores a las mismas.

¿Cuáles son los objetivos a conseguir con esta enmienda a la totalidad que presenta mi Grupo parlamentario? Permítanme, señorías, que los resuma en cinco.

El primero de ellos, teniendo en cuenta la proximidad de la Administración andaluza al tejido económico y empresarial andaluz, cercanía que le otorga grandes dosis de eficiencia, vigilancia y control de las conductas anticompetitivas en dicho tejido andaluz. De ahí que, evidentemente, consideráramos una prioridad, tras veinticinco años de vigencia del Estatuto actual de Autonomía de Andalucía, la puesta en marcha de esta Ley de Defensa de la Competencia en el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, examinada la experiencia internacional y española, consideramos que la modalidad orgánica que garantiza una mayor autonomía a la defensa pública de la competencia, y que al mismo tiempo resulta más eficaz, es la configurada por una autoridad independiente, estructurada en dos órganos independientes, responsables cada uno de ellos, respectivamente, de la instrucción y de la resolución de los expedientes.

En tercer lugar, en cuanto al órgano competente para resolver, la experiencia internacional y española —en opinión de mi Grupo parlamentario— aconseja la puesta en marcha de un órgano de carácter colegiado, donde la inamovilidad de sus miembros sea una propuesta irrenunciable, al objeto de garantizar su independencia.

En cuarto lugar, mi Grupo parlamentario propone la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia en Andalucía como autoridad para la defensa de la competencia en su ámbito territorial, al que al mismo tiempo se le debe dotar de órganos separados para la instrucción y para la resolución: el servicio de defensa de la competencia, que ejercerá la función de instrucción; y la sala, para el ejercicio de la función de resolución.

Y en quinto y último lugar, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de ser un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica pública, diferenciada y patrimonio propio, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, que ha de ejercer sus competencias con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

Les he dicho al inicio de mi intervención que, indudablemente, esta enmienda a la totalidad que presenta mi Grupo parlamentario trae su causa, trae su origen de la propia sentencia del Tribunal Constitucional número 208, de 11 de noviembre del año 1999. Se dictó con posterioridad, y, en cumplimiento de esa sentencia del alto tribunal, 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. Es esta norma la que establece los mecanismos para que las Comunidades Autónomas dispongan de competencias en ejecución de la materia para hacer efectivo, ciertamente, su ejercicio.

El propio Estatuto de Autonomía de Andalucía vigente, la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, concretamente en su art. 18, en su apartado 6.º,

alude a la competencia en materia de comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia.

Mi Grupo parlamentario propone en esta enmienda a la totalidad, que ha sido fundamentalmente objeto de consulta en los tres textos vigentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas —como son, concretamente, la Comunidad Autónoma gallega, la Comunidad Autónoma catalana y la Comunidad Autónoma madrileña, que son las únicas que tienen leyes de defensa de la competencia, en el marco de las Comunidades Autónomas—, que evidentemente sea capaz, fundamentalmente, de llevar a cabo el ejercicio, mediante la creación de este Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia, de un sistema de aplicación compartida de la propia Ley de Defensa de la Competencia, de acuerdo con los criterios de conexión y los mecanismos de coordinación, cooperación e información recíproca, establecidos en la propia Ley de Coordinación de las Competencias del Estado y de las propias Comunidades Autónomas.

La configuración jurídica, en opinión del Grupo Parlamentario Popular, que tiene que tener este Tribunal de Defensa de la Competencia es la de un organismo autónomo dotado de personalidad jurídica propia, que refuerce su imagen de independencia ante el mercado. Es precisamente esta opción la que determina que el propio tribunal se tenga que regular en una norma con rango de ley.

Esta enmienda a la totalidad al proyecto de ley presentado por el Consejo de Gobierno consta de un total de 21 artículos, distribuidos en cuatro títulos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final. Tomando como referencia —y con brevedad— los asuntos que a juicio de mi Grupo parlamentario deben ser resaltados, tras la naturaleza jurídica de la definición del Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia, nos ha parecido sumamente importante, en el ejercicio de la descentralización administrativa, y así lo hemos contemplado en el propio art. 2, que la sede del Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia quede establecida en la ciudad de Málaga.

El art. 4 hace referencia a los fines, y, en ese sentido, entendemos que el fin primordial ha de ser el de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma andaluza, y procurar una competencia efectiva de los mismos.

En el marco del art. 5, las funciones quedan perfectamente encajadas en lo que es propiamente la Ley de Coordinación anteriormente citada, 1/2002, de 21 de febrero. Sí nos parecen sumamente importantes las funciones que se atribuyen respecto a la realización de estudios y trabajos, concretamente, de investigación en materia de competencia, la información preceptiva de proyectos o proposiciones de ley por los que se modifique o derogue total o parcialmente el presente texto legal o proyectos o normas legales que lo desarrollen.

La composición, en la propuesta que realiza el Grupo Parlamentario Popular en su art. 6, en materia de órganos unipersonales o colegiados, nos lleva a diferenciar entre el Pleno, el Presidente, el Servicio de Defensa de la Competencia y la Secretaría General.

Quiero, señorías, llamar su atención sobre algo que sí me parece sumamente importante: el art. 11 establece que el nombramiento del Presidente se efectuará por el Parlamento de Andalucía, a propuesta previa de los Grupos parlamentarios, atendiendo a la proporcionalidad de su representación en la Cámara legislativa, por mayoría de dos tercios entre sus miembros, juristas o profesionales de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho mercantil, siendo su mandato, concretamente, de cinco años.

Y, en cuanto al régimen financiero, el art. 13 de esta enmienda a la totalidad establece que el propio Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia tendrá presupuesto propio y estará sometido al régimen general establecido en el ámbito de la Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

Igualmente, hemos querido hacer hincapié en lo que significa el personal al servicio del Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia en el art. 11, fijando que debe estar compuesto por funcionarios de carrera de la Administración de la Junta de Andalucía, que se adscriban al mismo.

Termino, señora Presidenta, haciendo..., señor Presidente, haciendo referencia a tres reflexiones en voz alta. Convenios de colaboración. Lo hemos citado en el propio art. 18, a través del cual el propio Tribunal Andaluz de Defensa de la Competencia celebre convenios de colaboración con entidades públicas y privadas, españolas o extranjeras que se consideren procedentes. El art. 19 hace referencia a la relación con las Administraciones públicas. Y los arts. 20 y el 21, con los que termina esta enmienda a la totalidad, hacen referencia al registro de carácter público, donde, evidentemente, cualquier ciudadano andaluz tenga derecho a consultar las resoluciones emanadas del citado tribunal, así como el deber de secreto de las deliberaciones que se impongan en el ámbito de los órganos colegiados correspondientes.

Muchas gracias, señor Presidente.

El señor VICEPRESIDENTE PRIMERO

—Muchas gracias, señor Fernández de Moya.

Señorías, ¿existe algún Grupo parlamentario que quiera hacer uso del turno en contra? Al no existir ningún Grupo parlamentario que quiera hacer uso del turno en contra, pasamos al de posicionamiento. Y corresponde hacerlo, en primer lugar, al Grupo Parlamentario Andalucista.

Señora González Modino, tiene su señoría la palabra.

La señora GONZÁLEZ MODINO

—Muchas gracias, señor Presidente. Señorías, buenas tardes.

Subo a la tribuna a establecer la posición del Grupo Parlamentario Andalucista respecto del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, que trae hoy el Gobierno al Parlamento. Partimos de la convicción, creo que en este caso compartida con el Gobierno andaluz, puesto que así aparece en la Exposición de Motivos del proyecto de ley, de que la competencia es un elemento básico para el desarrollo económico y para el bienestar social de cualquier sociedad avanzada.

La competencia siempre supone —recordaba el Consejero hace un momento— un incentivo a la innovación, un estímulo de la productividad, una reducción de los precios y un incremento de la calidad y de la variedad de los productos ofertados. Por eso consideramos que es un factor positivo para el desarrollo. Es cierto que las normas sobre competencia no tienen un carácter absoluto, sino que se encuentran limitadas por otros títulos transversales de competencias, como las bases estatales de ordenación económica y de unidad de mercado, principalmente. No obstante, señorías, consideramos que no puede vaciarse de contenido la competencia de Andalucía sobre el comercio interior y la defensa de los consumidores y usuarios, de su salud y de su seguridad, principalmente.

Tampoco puede quedar sin contenido la competencia de Andalucía en la actividad de fomento; esto es, en la decisión sobre las ayudas, sobre las subvenciones a personas físicas o jurídicas, que pueden incidir en la libertad de mercado de la Unión Europea, la cual, como todos ustedes saben, realiza a través de la Comisión un seguimiento de las subvenciones que la Comunidad Autónoma concede, a fin de que no se distorsione el mercado único. Por cierto, que tenemos una Ley General de Subvenciones, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y un Reglamento General, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, y aún el Gobierno de Andalucía no ha emprendido la regulación de la materia de fomento, la regulación de las subvenciones, creando un marco común aplicable a la materia que genere seguridad a quienes la solicitan. Y tampoco ha aprobado el Gobierno andaluz un plan estratégico de subvenciones que cree un entorno adecuado de estabilidad, de forma que los ciudadanos y las ciudadanas sepan a qué atenerse. Sería muy conveniente, a nuestro juicio, para favorecer el crecimiento económico, el crear un entorno de estabilidad legislativa en la actividad de fomento, pues, al incidir en el mercado único europeo, debe ser tenida en cuenta también al legislar sobre la defensa de la competencia.

Ahora bien, centrándonos en el proyecto de ley que estamos debatiendo, el Grupo Parlamentario Andalucista entiende que sería necesario, en primer lugar, atender el Dictamen que sobre el mismo ha elaborado el Consejo Consultivo de Andalucía en este sentido. Y puesto que el proyecto de ley trata principalmente de la creación y regulación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, sería oportuno que en el nombre

de la futura ley apareciera este hecho, puesto que el nombre actual, el nombre del proyecto de ley actual, podría prestarse a confusión, al contener conceptos más amplios, menos específicos, como es lo que hace alusión a la creación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Asimismo, nos parece necesario atender a las demás objeciones y observaciones de técnica legislativa que plantea el Consejo Consultivo. Y también consideramos interesante y necesario atender las sugerencias que ha planteado el Consejo Económico y Social de Andalucía respecto de este proyecto de ley.

Por nuestra parte, por parte del Grupo Parlamentario Andalucista, consideramos necesario, además, prever el punto de conexión por el cual Andalucía es competente en materia de defensa de la competencia, valga la redundancia en este caso. Evidentemente, nosotros tenemos claro que Andalucía tiene mucho que decir en el mercado único, y que el Gobierno andaluz debe velar porque no existan acuerdos ni normas restrictivas de la competencia de las empresas andaluzas en ninguna parte del territorio, ni tampoco normas que restrinjan la competencia de cualquier empresa en el territorio de Andalucía.

También debe estar vigilante el Gobierno frente a la posición dominante de las empresas más potentes dentro de Andalucía y fuera de nuestro territorio, en tanto pueda perjudicar a las empresas andaluzas y a la economía andaluza en general.

Otra necesidad a la que creemos debe atender el Gobierno andaluz es la de favorecer el empleo ya existente y la generación de nuevos empleos, fomentando las prácticas empresariales que generen, de manera efectiva, esos nuevos yacimientos de empleo. Nuevos y necesarios yacimientos de empleo. Y, naturalmente, hay que propiciar la libre circulación de capitales, de personas y servicios.

Y el Gobierno debe, a nuestro juicio, además, ejercer la actividad de fomento sin perjudicar el libre mercado de la Unión Europea, pero propiciando el desarrollo de actividades y proyectos que generen empleo, progreso económico y bienestar social para Andalucía. Y todo ello a fin de impulsar el crecimiento económico de Andalucía, mediante un sistema normativo seguro, estable, cierto, para las empresas andaluzas y para todas aquellas empresas que quieran implantarse en Andalucía para desarrollar su actividad.

A partir de estos principios, el Grupo Parlamentario Andalucista considera que el proyecto de ley tiene algunas carencias que intentaremos mejorar, propiciando que la ley que finalmente salga del Parlamento de Andalucía sea una norma más segura para las empresas, menos intervencionista, que proteja a los consumidores y usuarios, que persiga la incorporación plena de las mujeres al empleo, que permita la conciliación de la vida laboral y familiar, que fomente todas aquellas actividades y proyectos de interés social o económico para Andalucía, y que sirva, en definitiva, para potenciar la economía andaluza dentro y fuera del territorio de Andalucía.

La creación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía como un organismo autónomo e independiente, que controle la eficiencia y la eficacia de los mecanismos de defensa de la competencia debe entenderse, según nuestra opinión, como un sistema de protección frente al abuso, un sistema para favorecer la libre circulación de personas, profesionales, empresas, bienes y servicios, y todo ello velando por los consumidores y usuarios.

También se crea, a partir de este proyecto de ley, el Registro de Defensa de la Competencia, en el que se inscribirán las decisiones, recomendaciones y prácticas que el Consejo de la Competencia de Andalucía, que es el órgano de resolución y dictamen de la Agencia, haya autorizado o prohibido total o parcialmente.

Señorías, siempre que exista interés de nuestra Comunidad Autónoma en algún asunto relacionado con la libertad de mercado existirá un punto de conexión para que Andalucía actúe a través de la Agencia de Defensa de la Competencia. A nuestro juicio, este órgano debe trabajar para proteger a las empresas andaluzas, dentro y fuera del territorio de Andalucía —ése sería el punto de conexión personal—, así como a todas aquellas empresas que desarrollan su actividad de mercado dentro de Andalucía. Ése sería el punto de conexión territorial. Y todo ello, como venimos diciendo, en aras del bienestar económico y social de los andaluces y las andaluzas, y velando por el crecimiento económico y empresarial de Andalucía. Y, naturalmente, manteniendo siempre un diálogo abierto con el mundo empresarial y profesional, con las fundaciones y las ONG, para adoptar las decisiones de Gobierno más adecuadas para el desarrollo de Andalucía y para el bienestar social de los andaluces y andaluzas, que al fin y al cabo es de lo que se trata.

Muchas gracias, señorías.

El señor VICEPRESIDENTE PRIMERO

—Muchas gracias, señora González Modino.

A continuación corresponde turno de posicionamiento al Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía.

Su portavoz, el señor Vaquero, tiene la palabra.

El señor VAQUERO DEL POZO

—Gracias, señor Presidente.

Señorías, se nos acaba de presentar el propósito del Consejo de Gobierno de crear, mediante ley, un órgano andaluz de defensa de la competencia, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, así como

su marco normativo de actuación. Responde este proyecto al reto de desarrollar la competencia andaluza en esta materia, que existe toda vez que, a pesar de que la principal competencia legislativa en materia de defensa de la competencia, y dentro del rótulo «comercio interior», es del Estado, sin embargo, existe una vertiente ejecutiva de la defensa de la competencia, que es de las Comunidades Autónomas, según reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 y la Ley 21/2002. No de todas las Comunidades Autónomas, sino sólo aquellas a las que sus Estatutos así se lo atribuyen y siempre dentro del ámbito territorial, pues las actividades competenciales que excedan dicho ámbito recaen siempre en el foro estatal. Éste es el caso de Andalucía.

Andalucía se autoatribuye, en el art. 13.2 del vigente Estatuto, dicha materia de defensa de la competencia. Y también el art. 57.1.5.º del nuevo Estatuto, a aprobar por el Senado la próxima semana y por los andaluces en febrero de 2007, así reconocen la competencia en defensa de la competencia.

Este nuevo Estatuto avanza también al señalar, en su art. 162.1, la obligación de crear un órgano independiente de defensa de la competencia, que es justamente el que se pretende crear con este proyecto de ley.

¿Hace falta, por tanto, una ley con este objetivo? Miren, a Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía no nos gusta el principio de competitividad, como ustedes saben, y preferimos la cooperación y la solidaridad, también en lo económico. Pero, dicho esto, hay que afirmar que desde la tradición ideológica de donde viene Izquierda Unida, desde nuestra concepción de las cosas, no es incompatible, ni nadie debería presentar como incompatible la preservación del valor superior de la cooperación y la solidaridad con el de la emulación y la sana competencia. Nuestra coherencia, al asumir el marco de la libertad de mercado que proclaman tanto la Constitución como el Estatuto de Andalucía, estriba en la firme convicción de que, si bien no es cierto que la eficiencia económica sólo se pueda conseguir con un mercado abierto y libre, como dicen los textos, sin embargo, sí es cierto que nadie cree ya en la competencia perfecta. Aquí se nos acaba de decir por parte del Consejero. Eso no existe. Esa competencia que, se afirma, proporciona el mercado. ¿O no es verdad que no existe competencia cuando hay unos oligopolios que estrangulan el mercado? ¿No es verdad que el recibo de la luz, hoy, en Andalucía, pues, ciertamente, no está al socaire de una competencia absolutamente libre? ¿O no es verdad que los contadores de la electricidad no están en régimen de libertad y de competencia, hoy, en la actualidad, en nuestra realidad andaluza?

Además, de esa experiencia histórica deriva la práctica, por tanto, de una economía mixta, donde el mercado tiene su papel, pero las instituciones democráticas tienen el suyo, de contrapeso y de encauzamiento, para que la libertad no sea aprovechada en beneficio de unos pocos que logran acumular las plusvalías de los demás hasta convertir el equilibrio de la correlación de fuerzas del mercado en el desequilibrio de los oligopolios, e incluso en el despotismo de los monopolios.

Para evitar estas situaciones de competencia desleal, de abuso de la situación dominante en los mercados, que acaba con paralizar la dinámica viva de los procesos económicos, de la iniciativa y la participación de los emprendedores en las pequeñas y las medianas empresas de la economía social; para conseguir una economía abierta de verdad a todos, y no sólo a los poderes fácticos de las multinacionales y del universo globalizado de los poderes financieros, para eso es necesario que los poderes públicos intervengan, y que los representantes de los ciudadanos de a pie hagan leyes que embriden a los mercados, que los sometan a reglas de juego que protejan a los más débiles: a los consumidores, por un lado, y a los pequeños y medianos productores y comerciantes, por otro.

Con esta declaración de principios, por tanto, acomete Izquierda Unida el trámite de esta Ley. Y por eso no hemos hecho una enmienda a la totalidad, pues siempre es mejor una ley y un organismo de defensa de la competencia que nada.

En cualquier caso, decir que llega tarde, pues hace ya veinticinco años podríamos haber realizado esta ley, y tener este órgano de defensa de la competencia, porque llevamos ya veinticinco años de autogobierno en Andalucía, y nuestros deberes sin hacer; mejor dicho, los del Gobierno de la Junta de Andalucía, sin hacer.

A partir de aquí, ¿qué decir, por tanto, del contenido de esta ley? Pues que tiene claroscuros, como todas las cosas, como muchas cosas.

Por ejemplo, parece impecable —según dice el Consejo Consultivo, y efectivamente así parece— el procedimiento legislativo desde el punto de vista formal, pues ha contado con las consultas de todos los órganos y agentes consultables según la ley. Y, por tanto, así nos lo parece a nosotros también.

También nos gusta de esta ley el que se declare la promoción de la competencia. Y por eso estamos de acuerdo con que el Consejo de Gobierno no haya hecho caso a la recomendación del Consejo Consultivo en este caso, que le pedía retirar del título este rótulo de la promoción. Incluso nos parece bien que, junto al conjunto de las Comunidades Autónomas que han decidido llamar a sus propios órganos de defensa de la competencia Tribunales de la Competencia, Andalucía monte no un Tribunal, sino una Agencia, pues de lo que en definitiva se trata no es de sancionar, sino de controlar los movimientos del mercado, de dinamizar la competencia sana, de vigilar, sí, pero no con espíritu represivo, sino encauzador. Aunque también haya que sancionar, si es menester.

Por ello se nos antoja que va ligada la concepción gerencial —a la que alude el carácter de Agencia del órgano a crear— con aquel objetivo reclamado desde el propio título de la ley de promoción de la competencia.

Pero no todo es bueno en la ley. No todo es bueno en la ley, al menos vemos cuestiones que no están exentas de polémica y de reorientación.

Así lo intenta el Consejo Económico y Social de Andalucía en las observaciones contenidas en su Dictamen. Por ejemplo, respecto de lo exiguo de un órgano como el Consejo de Defensa de la Competencia, que al contar con sólo tres miembros, tendrá que hacer equilibrios para evitar la parálisis de funcionamiento cuando coincidan dos ausencias. El Derecho comparado establece otras posibilidades, pues, si bien es verdad que hay otras Comunidades Autónomas que optan por tres miembros también —Extremadura, Castilla y León, Galicia y Euskadi—, sin embargo, hay otras que amplían el número hasta ocho: seis, Cataluña; cinco, Madrid, Valencia y Aragón.

Respecto de la independencia del Consejo, no debería hacerse pivotar sólo en el carácter independiente que tendrá la Agencia en función de su naturaleza de organismo autónomo, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda. También es necesario que esta independencia se asiente sobre el pluralismo de quien nombra, de forma que no se convierta el Consejo de Gobierno en juez y parte, al tener la capacidad de instruir los expedientes y de decidir sobre ellos por la vía de personas que él mismo haya nombrado —por ejemplo, el Presidente y además también todos los miembros del Consejo—. Podría haber fórmulas que se arbitraran de otra forma; en concreto, el nombramiento por este Parlamento.

La estructura del Consejo sugiere el CES que debería estar compuesta por una sección de resoluciones y una sección de control e informes. Bien, es otra sugerencia. También parece pertinente que el Consejo tenga capacidad de interesar la instrucción de expedientes al departamento de investigación, auténtico juez instructor de los asuntos.

La formulación de la doble instancia —la Agencia, en general, y, dentro de ella, el Consejo— deja una interrogante de la que se hace eco el Consejo, que es: si el Presidente de la Agencia coincide con el del Consejo. Habrá que aclarar esto y, de lo contrario, no parece razonable que el Presidente de la Agencia no sea miembro del Consejo, se nos antoja. Sobre todo, si éste amplía el número de sus miembros.

Tampoco parece de recibo que se deje la composición del departamento de investigación de defensa de la competencia al reglamento. Como además, en general, se hace con un conjunto de elementos de esta ley, pues el proponente ha optado por la técnica legislativa más sucinta para delegar en el trámite reglamentario la aclaración de excesivos —a nuestro juicio— extremos del organismo a crear.

El proyecto de ley omite hablar del régimen de incompatibilidades, si los Consejeros van a cobrar o no y, por tanto, qué nivel de profesionalidad van a tener. No habla tampoco nada de los recursos del patrimonio en el presupuesto... En fin, existen una serie de elementos para el debate pormenorizado, pues la opción legislativa del Consejo de Gobierno es, cuando menos, polémica y ciertamente original respecto del Derecho comparado de otras Comunidades Autónomas.

Dejamos, por tanto, a la redacción de las enmiendas parciales nuestra puntual contribución a la mejora de esta ley. De momento, preferimos contribuir en positivo a desarrollar esta ley, no utilizando la técnica de la enmienda a la totalidad, que se nos antoja un tanto sin sentido.

El señor VICEPRESIDENTE PRIMERO

—Muchas gracias, señor Vaquero del Pozo.

A continuación corresponde turno al Grupo Parlamentario Socialista.

Su portavoz, la señora doña Isabel Ambrosio, tiene la palabra.

La señora AMBROSIO PALOS

—Muchas gracias, señor Presidente.

Intervengo esta tarde, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, para posicionarlo sobre el Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. Un proyecto aprobado y presentado por el Gobierno andaluz ante esta Cámara.

Un proyecto de ley que nace con el firme propósito de establecer en nuestra Comunidad un sistema de defensa de la competencia que haga posible con efectividad promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados, contribuyendo a la estabilidad de precios y al crecimiento económico.

Todo esto con la creación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, que actuará en coordinación con las autoridades nacionales y comunitarias en virtud del ordenamiento jurídico vigente, de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y, con posterioridad, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, en la que se establece la coordinación de las competencias en esta materia entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas.

En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista quiere valorar el momento económico y el momento político en el que se presenta este proyecto de ley.

En lo económico se trata de un momento especialmente oportuno, y no tengo más remedio que repetir algunos de los datos sobre la actualidad económica en Andalucía. En 2006 se va a confirmar que, efectivamente, Andalucía formará parte de las regiones de competitividad de la Unión Europea, frente a una situación de región de convergencia que la venía caracterizando años atrás. Y esta circunstancia se produce después de tres años consecutivos en los que el 75 % de la riqueza por habitante en los países de la Unión Europea se supera en nuestra Comunidad.

Además, en una coyuntura en la que la situación y las previsiones de futuro de la economía andaluza vienen siendo especialmente favorables.

Reflejo de esa capacidad de adaptación y de respuesta de la economía desarrollada que tiene Andalucía es el momento en el que se ha producido ese crecimiento. Un momento en el que materias primas —en este caso, como el petróleo— tan importantes para el mercado andaluz han incluido en sus máximos históricos, con 73,7 dólares por barril en el pasado mes de julio. Y, aun con esta dificultad, la economía andaluza ha seguido creciendo.

Todos estos resultados se están produciendo con contención en el crecimiento de los precios. No sin duda la tasa de inflación de este mes de octubre —la última— es la menor de toda la legislatura, con el 2,7 %. Este comportamiento de la economía andaluza en los meses transcurridos durante el año 2006 confirma que la economía andaluza continúa instalada, por decimotercer año consecutivo, en un ciclo de crecimiento económico. Este dinamismo también se traslada al mercado laboral, que va a continuar elevando su ritmo de creación de empleo, que para este año se prevé en un 4,7, alcanzando y superando ya los tres millones de ocupados en Andalucía.

Éste es el momento económico, como les decía, en el que se presenta un proyecto de ley como éste, que pretende incidir estructuralmente en la economía, propiciando productividad para la convergencia y competitividad para internacionalizar nuestros productos en el mercado, a la vez que facilita un entorno de estabilidad de precios.

Pero la oportunidad —como les decía, señorías— para la presentación de este proyecto de ley va más allá de la coyuntura del momento económico: también el momento político es el oportuno. Este proyecto forma parte de los compromisos que el PSOE de Andalucía estableció con la ciudadanía, y en esa línea se anunció en el debate sobre el estado de la Comunidad celebrado en junio del año 2005, por el propio Presidente de la Junta de Andalucía, presentándose dos meses después el anteproyecto de ley.

Un proyecto el que se presenta ante esta Cámara que a la par —y lo ha repetido alguno de los portavoces que me han antecedido en el uso de la palabra—, a la par, como digo, que en el Congreso de los Diputados se está debatiendo la ley que reformará el sistema de defensa de la competencia para todo el territorio nacional. Ante una reforma del sistema nacional, cuyas líneas básicas ya se iniciaron con la presentación del Libro Blanco sobre Defensa de la Competencia, no se podía dejar pasar la oportunidad. Y, en este sentido, Andalucía será la primera Comunidad Autónoma inserta en la nueva arquitectura institucional que, en materia de defensa de la competencia, habrá en España. Sin duda, una apuesta decidida y con visión de futuro.

Debemos tener muy presente que se trata de desarrollar el ejercicio de una competencia que debe concebirse como sistema que define los distintos comportamientos estratégicos, y cuál es la Administración competen-

te para pronunciarse sobre los mismos, la autonómica, la central y la europea. Por tanto, la organización del sistema debe ser compartida y de trabajo en red.

Hablamos de una competencia y, como tal, en este sentido, queda reflejada también en el texto que reforma el Estatuto de Autonomía para Andalucía en el art. 57, en el que se señala la capacidad de nuestra Comunidad Autónoma para ejercer estas actuaciones, así como en el art. 162, con la puesta en marcha de la Agencia de Defensa de la Competencia como instrumento para ejercer esta actividad.

Esto es el momento político en el que se presenta este proyecto de ley; revela, una vez más, la capacidad del Gobierno de la Junta de Andalucía para anticiparse con un modelo acorde con la propuesta de reforma del sistema nacional, así como su liderazgo ante el resto de las Comunidades Autónomas, con una estructura totalmente actual y pionera.

Si nos detenemos en el contenido del proyecto de ley, podemos afirmar, sin duda, que la competencia es un elemento básico para el desarrollo económico y social de cualquier sociedad avanzada. Incentiva la innovación, fomenta la productividad, incrementa la cantidad y la calidad de los bienes y servicios que consumimos y contribuye a la reducción de precios.

Una acción del Gobierno que promocione y defienda el principio de competencia con criterios de profesionalidad e independencia tiene, sin duda, efectos muy positivos que benefician directamente a la ciudadanía. Éste es uno de los elementos que el Grupo Parlamentario Socialista quiere resaltar: nos basamos en el Dictamen del Consejo Económico y Social de Andalucía. En él se afirma que este proyecto hace posible elevar la variedad y la calidad de los productos que consumimos, y esto concluye en el aumento de los salarios reales y en el crecimiento del empleo.

O bien en las declaraciones y normas de instituciones europeas, que establecen que la libre competencia es uno de los pilares no sólo del mercado único, sino también un eje fundamental sobre el que giran las libertades que corresponden a los ciudadanos.

Acordar y actuar sobre el mercado con medidas que favorezcan la defensa de la competencia no es avanzar hacia el capitalismo salvaje —del que huyen algunos Grupos parlamentarios de esta Cámara y también el Grupo Parlamentario Socialista—, es evitar que se produzcan situaciones de dominio de una o varias empresas. Diría más, proyectos de ley como éste, cuya finalidad es la promoción y la garantía del funcionamiento competitivo del mercado, contribuyen a la estabilidad de precios en el mercado y, sin duda, a un crecimiento económico más justo y equilibrado, y, en consecuencia, a la mejora del bienestar social del conjunto de la ciudadanía.

Esta norma es, por tanto, la que regula el mercado. La sociedad actual convive con un mercado globalizado, en el que la competencia juega un papel fundamental. Y ante esto yo formulo una pregunta: ¿Contaría la ciu-

dadanía con más garantías o con más elementos de protección sin una norma como ésta?

En este contexto, el proyecto de ley plantea la creación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía como instrumento fundamental para el desarrollo de las competencias que tiene otorgadas nuestra Comunidad. Se constituye, por tanto, como un organismo autónomo, especializado e independiente, con capacidad jurídica pública y diferenciada. Asimismo, cuenta con autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines, entre los que destaca promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados en el territorio de la Comunidad Autónoma y contribuir, por tanto, a la libertad de empresa, la estabilidad de precios y el crecimiento económico; una actividad en la que estarán muy presentes la colaboración, la cooperación y el intercambio de información con los órganos de rango nacional existentes, y en que la Agencia deberá aprovechar su posición de conocimiento más efectivo como órgano más cercano al territorio.

En relación al modelo de organización, proyectos como el proyecto de ley andaluz que hoy debatimos han buscado, sin duda, la coincidencia con la propuesta por el Gobierno de la Nación, apostando ambos por integrar en una sola entidad pública los dos órganos básicos de tramitación de los expedientes en materia de defensa; eso sí, diferenciando la fase de instrucción de la fase de resolución. Esta propuesta consigue simplificar y abreviar los procesos de instrucción y resolución de los expedientes, y persigue la optimización de la estructura institucional para una mayor eficacia y agilidad administrativa, y evitando así algunos casos de duplicidad.

La estructura para facilitar una mejor organización del trabajo consta de una dirección-gerencia, que ejercerá la representación legal de la Agencia; un órgano en el que recae la función de resolución y dictamen, y otro encargado de la instrucción, junto con un departamento encargado de la promoción del mercado. En definitiva, un organismo autónomo que realiza su trabajo con la máxima profesionalidad e independencia y que actuará en red ante la autoridad nacional y la comunitaria, en defensa de la competencia como ventanilla única.

En definitiva, el Grupo parlamentario quiere aprovechar esta intervención para felicitar no sólo al Consejero de Economía y Hacienda, sino también a su equipo, por el contenido de este proyecto de ley.

Y no puedo marcharme sin expresar cuál es el posicionamiento de mi Grupo ante la enmienda a la totalidad del Partido Popular. Y para ello, señor Fernández de Moya, sólo voy a usar tres calificativos: tardía, copiada y caducada. Y quiero detenerme en alguno de ellos. Tardía, porque el texto que el Grupo Parlamentario Popular presenta lo presentó por primera vez como una proposición de ley el pasado 14 de junio de este año, coincidiendo con la presentación ya del anteproyecto de ley —no sólo con la coincidencia: llevaba ya tres meses en el Consejo Económico y Social de

Andalucía, pidiendo su dictamen—, y a la vez que se solicitaba también ese dictamen al Consejo Consultivo.

Copiada o, si lo prefiere, poco o nada original: copia literal de leyes sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia en Comunidades Autónomas como Galicia o como Madrid. Y, ya que es una copia, también me surge una pregunta: ¿Por qué no la han presentado mucho antes?

Y caduca: nace muerta desde el principio. El modelo que ustedes plantean y que ustedes proponen, el del Tribunal de Defensa de la Competencia, está llamado a desaparecer. La reforma propuesta por el Gobierno de la Nación establece el mismo modelo que hoy debatimos: el del proyecto de ley andaluz.

Comenzamos hoy el trámite parlamentario, y esperamos que, a pesar de esas diferencias iniciales, le he escuchado al principio de su intervención cuáles eran los cinco elementos o las cinco propuestas que vinculaban, de alguna manera, su enmienda a la totalidad.

En alguna de ellas podemos estar de acuerdo, y yo lo que espero..., y que seamos capaces, a lo largo de este trámite parlamentario, en buscar esas coincidencias, porque...

La señora PRESIDENTA

—Señora Ambrosio, debe terminar, por favor.

La señora AMBROSIO PALOS

—Concluyo en dos segundos.

Y lo único que les solicito al resto de los Grupos parlamentarios es que seamos capaces de consensuar una ley como ésta, porque eso, sin duda, va a suponer beneficio para la economía y para la sociedad andaluza, y yo creo que el reto merece la pena.

Muchas gracias.

La señora PRESIDENTA

—Muchas gracias, señora Ambrosio Palos.

Cierra el debate el portavoz del Grupo autor de la enmienda a la totalidad con propuesta de texto alternativo, del Grupo Popular de Andalucía, señor Fernández de Moya.

Señor Fernández, su señoría tiene la palabra.

El señor FERNÁNDEZ DE MOYA ROMERO

—Muchas gracias, señora Presidenta. Señorías.

Permítanme, en primer lugar, que me refiera a las últimas palabras realizadas por la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista respecto a la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Popular.

Se nos dice que es una enmienda a la totalidad tardía. Si eso es así, yo creo que usted compartirá conmigo que igual de tardía es la reacción del Gobierno, que 25 años después de la entrada en vigor del vigente Estatuto de Autonomía, trae este proyecto de ley al Parlamento de Andalucía.

En segundo lugar, nos dice usted que es copiada. Yo le he advertido en mi intervención que hemos tomado como referencia Gobiernos populares de otras Comunidades Autónomas; concretamente, de Galicia y de Madrid. Por cierto, Comunidades Autónomas que fueron absolutamente pioneras, gobernadas por el Partido Popular, en poner en marcha el Servicio de Defensa de la Competencia.

Y, en tercer lugar, nos dice usted que, junto a que es tardía y que es copiada, es caduca.

Mire, yo le voy a leer un artículo que publicaba un diario económico, concretamente el diario *Expansión*, el miércoles 27 de septiembre de 2006, que ha hecho una radiografía, en 10 artículos, a través del bufete de abogados Garrigues Walker, concretamente en Madrid, especialistas en Derecho mercantil, sobre la evolución de la futura Ley de Defensa de la Competencia que tramita actualmente las Cortes Generales.

Le voy a leer el párrafo:

«El Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia no introduce novedades significativas respecto al papel de los órganos autonómicos, sino que más bien se limita a realizar remisiones a lo dispuesto por la Ley 1/2002 en relación con la coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas. Se habría perdido, en este sentido, la oportunidad de aprovechar la reforma del sistema para refundir en una única norma legal los contenidos de la nueva Ley de Defensa de la Competencia y los de la Ley 1/2002, propiciando con ello la existencia de un único cuerpo legal en materia de defensa de la competencia. Además, la refundición en un texto único hubiera permitido modificar puntualmente la Ley 1/2002, en determinados aspectos concretos». Y eso que todavía la Ley no ha entrado en vigor: fíjese cuál es el papel que se otorga a las Comunidades Autónomas.

Usted ha hecho referencia, señora Ambrosio, en representación del Grupo Parlamentario Socialista, en reiteradas ocasiones a ese proyecto de ley de carácter estatal. Yo sólo quiero detenerme dos minutos, para dedicar el resto de mi intervención, evidentemente, al posicionamiento contrario que mantiene mi Grupo parlamentario al proyecto de ley que hoy se presenta. Por cierto, por cierto, que copian hasta 10 artículos literales de vigen-

tes leyes en materia de defensa de la competencia en las Comunidades Autónomas. Después, si quiere, le voy enumerando uno por uno cada uno de los artículos que también se copian por el proyecto de ley que trae el Consejo de Gobierno a esta Cámara.

Mire, el Gobierno socialista de España, tras veinte meses de elaboración y tres retrasos sobre el plazo fijado inicialmente, el Consejo de Ministros remitió al Congreso de los Diputados ese Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Pero quiero hacerle algunas observaciones. Y fíjese que, además, no son mías: están hechas actualmente por el Tribunal de Defensa de la Competencia a nivel estatal, y también recomendaciones y observaciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial. Por ejemplo, dice el Tribunal de Defensa de la Competencia que, a diferencia de lo que establece el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, a las Cortes, la norma reserva todavía un papel importante al Ejecutivo a la hora de decidir sobre las concentraciones empresariales, concretamente el art. 10. Éste podría contradecir a la nueva comisión en base a los criterios de interés general. ¿Me quiere decir a mí, señora Ambrosio, el interés general cómo se interpreta? Porque, en todas las facultades de Derecho, siempre se ha entendido como un concepto jurídico indeterminado, que el propio Gobierno del señor Zapatero introduce para incrementar la arbitrariedad en la toma de decisiones, sobre todo en concentraciones empresariales. Le recuerdo, por ejemplo, concretamente la última; aquella en la que la comisión Europea ha rectificado reiteradamente los incumplimientos del Gobierno del señor Zapatero, concretamente al imponer determinadas Condiciones a EON en el caso, concretamente, de la eléctrica española Endesa.

Pero es que el Consejo General del Poder Judicial establece de manera muy clara que advierte serias dudas sobre el proceso de nombramiento de los órganos unipersonales y colegiados, concretamente que se contemplan en ese proyecto de ley. Es más, requiere concretar la cualificación profesional de los mismos, con la finalidad de impedir cualquier tipo de arbitrariedad y preservar por completo la independencia de las personas que actúen en el ámbito de lo que es propiamente el Servicio de Defensa de la Competencia.

Mire, señora Ambrosio, yo estoy convencido de que usted se lo ha estudiado. Éste es el informe del Consejo Consultivo, elaborado como órgano de la Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto al proyecto de ley que esta tarde se trae a la Cámara. Usted, obviamente, ha omitido cualquier referencia a las observaciones que el propio Consejo Consultivo realiza, pero yo sí le voy a hacer algunas de ellas.

El Consejo Consultivo establece como recomendación y observación que el art. 1, apartado 3.º, habla de que la Agencia ejercerá sus funciones con objetividad, cualificación profesional, sometimiento al ordenamiento jurídico y plena independencia en el ejercicio de las mismas. Fíjese en lo que le dice textualmente el Consejo Consultivo: «Hay que resaltar que la cualificación profesional será normalmente predicable respecto de los com-

ponentes del órgano de que se trate. Tal cualificación ha de tener, y de hecho tiene, su reflejo en los requisitos exigidos para el correspondiente...».

La señora PRESIDENTA

—Perdone... Perdone, señor..., señor Fernández de Moya.

Señorías, señorías, por favor, les ruego silencio.

Permitan que el señor Fernández de Moya continúe con su intervención.

Puede seguir, señoría.

El señor FERNÁNDEZ DE MOYA ROMERO

—Muchas gracias, señora Presidenta.

Continúa diciendo el Consejo Consultivo, en el art. 10, apartado 2.º, que la referencia relativa al personal adscrito no resulta correcta. Le leo textualmente: «Se deduce del articulado que la Agencia contará con personal funcionario y laboral de modo estable. Tratándose de un organismo autónomo, no parece que deba hablarse de personal que le sea asignado en la relación de puestos de trabajo, ni del ejercicio de las funciones de dirección sobre el personal adscrito, que da idea de provisionalidad».

Continúa el Consejo Consultivo, en su art. 14, apartado 1.º, estableciendo la exigencia de la cualificación profesional de los miembros, concretamente del Consejo de Defensa de la Competencia, y, por lo tanto, vuelve a reiterar que, evidentemente, queden sujetos a los principios de objetividad e independencia, de manera literal, en el resultado final del proyecto de ley.

Pero es que, señora Ambrosio, hay algo que sí me parece sumamente importante.

Mi Grupo parlamentario ha presentado una enmienda a la totalidad en la que ponía encima de la mesa la mayor transparencia democrática, y es que sea el Pleno de este Parlamento quien proceda a la elección del Presidente, concretamente, del Tribunal de Defensa de la Competencia o de la Agencia de Defensa de la Competencia, por una mayoría cualificada en términos democráticos: dos tercios. La propuesta que ustedes hoy traen aquí, en base a ese proyecto de ley, desgraciadamente, es una propuesta que no redunda en modo alguno en el ejercicio de la transparencia y de la democracia. La propuesta es que será nombrado mediante decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda.

Yo le anuncio que mi Grupo parlamentario va a trabajar, de manera estrecha, en base al estudio pormenorizado de este proyecto de ley, tratando de poner encima de la mesa las correspondientes enmiendas parciales al texto que hoy presenta el proyecto de ley.

Nos vamos a hacer eco también, señora Ambrosio —que usted no lo ha mencionado—, del dictamen del Consejo Económico y Social, que plantea numerosas enmiendas; entre ellas, una muy importante: que el proyecto de ley ni siquiera prevea el desarrollo reglamentario, y, por lo tanto, no remite a un reglamento lo que debe ser el desarrollo legislativo de la mencionada ley, aparte de delimitar de una manera muy clara que el ámbito territorial de actuación de ese servicio de defensa de la competencia de esa agencia sea, precisamente, la propia Comunidad Autónoma andaluza.

Por lo tanto, yo le anuncio que mi Grupo parlamentario, evidentemente, en un análisis exhaustivo y con rigor desde el punto de vista político, pondremos encima de la mesa, caso de ser rechazada esta enmienda a la totalidad, evidentemente, enmiendas de carácter parcial al articulado, a los 22 artículos que hoy plantea el proyecto de ley remitido por el Consejo de Gobierno, teniendo en cuenta las observaciones importantes que ha formulado el Consejo Consultivo, y teniendo en cuenta también las observaciones, recomendaciones y sugerencias formuladas por el Consejo Económico y Social. Pero lo que sí les pido, señores del Grupo Parlamentario Socialista, es que este órgano, que fundamentalmente, en el marco —y termino, señora Presidenta— de esa economía de mercado y de la libre competencia, tiene que tener grandes dosis de transparencia, de profesionalidad y de independencia, en modo alguno nazca cojo como consecuencia de decir que, lamentablemente, el presidente de ese tribunal o de esa agencia se ha nombrado a dedo por decreto del Consejo de Gobierno, y sustraigan a esta Cámara, al Parlamento de Andalucía, a su Pleno, por una mayoría de dos tercios, el nombramiento de ese órgano independiente.

Muchas gracias, señora Presidenta.

La señora PRESIDENTA

—Muchas gracias, señor Fernández de Moya.

Señorías, hemos finalizado el debate de totalidad del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, e, igualmente, se ha debatido sobre la enmienda a la totalidad con propuesta de texto alternativo presentada por el Grupo Popular.

Vamos a continuación a someter a votación, a someter a la consideración de la Cámara, la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Popular.

Se inicia la votación.

El resultado de la votación es el siguiente: ha sido rechazada, al haber obtenido 24 votos a favor, 62 votos en contra, ninguna abstención.

Con lo cual el proyecto de ley continuará su tramitación en la Comisión correspondiente.

COMPETITION ISSUES IN RETAIL BANKING AND PAYMENTS SYSTEMS MARKETS IN THE EU

EXECUTIVE SUMMARY AND RECOMMENDATIONS *

INTRODUCTION

Financial markets are of great importance to the European economy: well functioning capital markets reduce the cost of capital, channelling efficiently savings to investment and stimulating innovation. However, financial institutions do not only bring together the supply and demand of capital. They also have a direct influence on trade as suppliers of payment services. In many cases they are also responsible for, and owners of, the infrastructure through which transfers of money are effected. Unnecessary restrictions on the dynamic process of competition in financial markets may therefore have serious negative effects on prices, innovation and efficiency.

In 2005, the ECA (European Competition Authorities) Directors-General meeting adopted the proposal for the formation of the ECA Financial Services Subgroup, which was convened with the purpose of identifying common competition problems, focusing on three areas:

— consumer mobility,
— access to payment systems, and
— SEPA (Single European Payment Area).

The objective was to publish a report and possible recommendations on competition issues, to be addressed to the European Commission. In order to be able to publish a report that would reflect the views of all ECA members, the Working Group sent out a questionnaire to all 28 ECA members [1], and organised a subsequent Workshop in the Hague, at which the Draft Report and Recommendations were discussed. The final Report and

---

* European Competition Authorities (ECA), documento elaborado por el Grupo de Trabajo de Servicios Financieros (conocido también como el *Financial Services Subgroup*), Niza, mayo de 2006. Se reproduce un resumen del estudio que se halla incorporado en la publicación. El texto íntegro puede ser consultado en: http://www.cncompetencia.es/PDFS/ECA/ECAFinancial%20Services%20FINAL%20REPORT%20PUBLIC%20VERSION_7-7-2006.pdf.

[1] Responses were received from 17 ECA members: Belgium, Denmark, France, Germany, Hungary, Ireland, Latvia, Lithuania, Malta, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Slovakia, Slovenia, Sweden and the United Kingdom.

Recommendations were then presented to —and adopted by— the Directors-General meeting in Nice on 18-19 May 2006.

SUMMARY OF THE ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS

Retail banking markets are still mainly inward-looking. In these markets, a combination of high entry barriers, high concentration ratios, the existence of network effects, a lack of transparency and high switching costs for customers lead NCAs (National Competition Authorities) to the view that, despite their efforts in enforcing competition law, competition in national retail banking markets remains far from perfect. The methods that national public authorities employ to deal with these issues differs hugely between Member States.

With the finalisation of the FSAP (Financial Services Action Plan), the future implementation of the Post-FSAP, the growing number of pan-*European* retail banks and the introduction of new distribution channels (e.g. internet), the European integration of retail banking markets is slowly being realised. It is widely recognized that, in the long run, the potential benefits for end users from the integration of European retail banking markets are huge, mainly because of economies of scale and scope. If the integration leads to increased competition, this may also have significant positive effects. The impact of integration may however be less positive, or even negative, if integration leads to reduced competition and/or a reduction in choice for customers.

As national markets become more integrated, there is a growing desire for a consistent European view on competition issues in payments markets. Below is a summary of the main problems that occur in the fields of the three subjects mentioned above, as well as a set of recommendations that could help to overcome these problems[2].

1. CUSTOMER MOBILITY

NCAs agree that a lack of transparency, typically demonstrated through the inability of customers to compare services effectively, has contributed to low levels of customer mobility. Additionally, banks make it difficult, costly and often a lengthy process for customers when they do switch. As a consequence, it is not uncommon for customers to lose payments when changing bank.

---

[2] The objectives and the best practices in this Report are very much in line with the suggestions pursued by the 2005 International Competition Network Annual Conference in Bonn, focussing on an increasing role for competition in the regulation of banks by adopting ten best practices to be followed by jurisdictions and competition authorities worldwide (available at: http://www.international-competitionnetwork.org/BANKS_Bonn_best_practice_suggestions.pdf).

Examples of switching facilities, such as those currently available in Ireland and the Netherlands, appear to have aided customer mobility. Similarly, comparison sites such as those in the Netherlands and Sweden have provided customers with the necessary product information. Therefore, if NCAs would like to facilitate greater customer mobility these models are a good basis from which to start.

Recommendations

In order to stimulate customer mobility in their national markets, the Working Group recommends NCAs, as far as possible within their respective roles in their own countries, to further consider the case for promoting:

1. Lower switching costs in retail banking markets;
2. The introduction of a consistent set of transparency rules that make it possible for consumers and SMEs to compare retail banking products, and
3. The implementation of retail banking switching facilities (e.g. objective and up-to-date comparison sites, comparison statistics, switching services).

2. ACCESS & GOVERNANCE OF PAYMENT SYSTEMS

Technical standards and operational matters of payment systems are often set and managed through self-regulation. This may be managed through a scheme-setting body, which in many cases is also responsible for setting and enforcing access rules with regard to clearing and processing. The access conditions of these bodies can be categorised as follows:

— Setting the rules for licenses to provide payment services (banking licence or licence from other regulated financial institution);
— Adherence to (technical) conditions; and
— Payment of access fees (in some cases).

NCAs are of the opinion that in some Member States, access to payment markets may be restricted by unnecessarily high barriers, which may be reinforced through prohibitive access conditions and the bundling of payment services.

Recommendations

4. In order to create more open national payment markets in those cases where technical and operational matters of payment systems are set and managed through one or more central self-regulating

bodies, the Working Group recommends NCAs to consider the promotion of:

a) transparent, open payment standards and objective membership criteria to payment schemes (i.e. non-discriminatory access rules);
b) if workable, a clear legal (and practical) separation between management and ownership of access rules for payment schemes;
c) unbundling in the supply of payment services (e.g. branding and processing) where other, less potentially anti-competitive, solutions are available; and
d) the introduction of stakeholder-involvement (within the normal provisions of competition law) to ensure the consultation of stakeholders (customers) on access rules.

This could be done as part of an investigation into possible breaches by national payments systems of art. 81 and 82 of the Treaty (or national competition law), or through advocacy, depending on both the legal mandate and the resources of each individual NCA.

3. SINGLE EUROPEAN PAYMENT AREA (SEPA)

It is not clear to NCAs that the current process towards SEPA will lead to more competition, lower prices and better services for end users. More consultation is needed on SEPA. The tight deadlines imposed on the EPC mean that time for this consultation is already running out. This Working Group would echo the views of the Commission: «Effective competition... greatly promotes user adoption of the new products and improves legitimacy of the process» [3]; and that it is «...preferable to involve users at an early stage of scheme development to ensure user requirements are met» [4].

It is thought that prices may increase in the short-term —due to the substantial investment involved in making domestic payment systems SEPA-compliant— but fall in the medium to long-term, as economies of scale and scope are realised. It is clearly important that end users should benefit from these advantages of SEPA, though the degree to which these benefits will be realised may depend on the current level of competition within domestic banking markets.

Innovation and transparency of payment services are another area in which domestic conditions determine the extent to which users will benefit from SEPA. Although most of the details regarding SEPA have yet to be finalised, certain access & governance principles identified by NCAs as best

[3] P. 8, «Consultative paper on SEPA incentives», 13 Feb. 2006.
[4] P. 15, «Consultative paper on SEPA incentives», 13 Feb. 2006.

practice in their own countries —e.g. independent directors, voting thresholds, objective access criteria— could help to avoid potential problems in achieving the SEPA vision.

Additionally, there are also a few principles included in the Commission's SEPA Incentives paper which this Working Group would support:

- ☐☐ Market-based approach for SEPA migration;
- ☐☐ Separation of scheme and infrastructure; and
- ☐☐ Non-exclusion of non-bank payment service providers from governance.

NCAs believe that customer mobility is also an important issue in creating SEPA. Subject to the abolition of existing legal barriers to cross-border switching, the introduction of European account numbers and 'number portability' could —in the long run— be the best way forward, depending on the expected costs and benefits. An alternative would be to introduce a European switching facility, or at least the harmonisation of national switching facilities.

Clarity on the extent to which the Commission intends to implement these changes would give national authorities the possibility to adapt their national policy strategies on this point, as they may want to improve customer mobility within their own country.

Recommendations

NCAs are of the opinion that competition issues with regard to SEPA have not been properly examined so far. NCAs support the work of the Commission in improving openness, transparency and consistency in European payment systems through the New Legal Framework for Payments in the Internal Market. The Working Group:

5. Is of the opinion that the proposal for a New Legal Framework (NLF) for Payments in the Internal Market should be strengthened in order to ensure transparent and non-discriminatory terms of access for services provided by infrastructures. This can be achieved by an elaboration of article 23 in the proposed Directive COM(2005) 603 final.
6. Advises NCAs to be more active with regard to SEPA, to ensure that all participants benefit from competition in SEPA.

SEXTA PARTE

BIBLIOGRAFÍA

SEXTA PARTE

BIBLIOGRAFÍA

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 periodo 2006 o son monografías publicadas a principios de 2007, a las publicaciones aparecidas en el año 2006 y a las publicadas en 2005 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 bajo el título de «Otros sistemas» una lista de trabajos sobre los sistemas de la competencia (salvo de España) no sólo de los Estados miembros de la Unión Europea sino también de otros países europeos y de las demás regiones del mundo. Ha de advertirse que las fuentes principales para la elaboración de esta bibliografía han sido la «*Bibliografie courante*» recopilada por los servicios del TJCE —que se puede consultar en la dirección electrónica http://curia.europa.eu/es/instit/services/index.htm—, el catálogo informático de las bibliotecas de la Comisión Europea —que se puede consultar en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/eclas/—, el catálogo informático de la Editorial Marcial Pons —que puede consultarse en la dirección electrónica http://www.marcialpons.es— 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 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, «Comentario al art. 19 del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 109-116.

— «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 193-226.

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael, «Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 23-32.

— «El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE: revisión o reforma», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 155-192.

ARIKO ORTIZ, Gaspar, y otros, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, 2006, 350 pp.

ARMENGOL I GASSULL, Oriol, «La discriminación de precios como abuso de posición dominante», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 299-312.

BACGES OPI, Sergio, «La aplicación del derecho «antitrust» al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE.UU.», *Revista de derecho mercantil*, núm. 260, 2006, pp. 641-680.

BEL I QUERALT, Germà, y ÁLVAREZ, Milagros, «La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. núm. 243, 2006, pp. 35-44.

BEL I QUERALT, Germà; CALZADA, Joan, e INSA CIRIZA, Raquel, «Competencia y regulación de la interconexión en la televisión digital», *Economía industrial*, núm. 361, 2006, pp. 93-102.

BEL I QUERALT, Germà; CALZADA, Joan, y FAGEDA, Xavier, «Liberalización en los servicios públicos en red», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 177-208.

BERCOVITZ, Alberto, *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 7.ª ed. rev., ampli. y puesta al día: Thomson Aranzadi, 2006, 556 pp.

BERENGUER FUSTER, Luis, «A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del derecho de la competencia», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 19-62.

— «Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica)», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 415-435.

BORRELL, Joan-Ramón, «Análisis económico de la competencia: lecciones de la experiencia comparada», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 243, 2006, pp. 56-76.

BROKELMAN, Helmut, «La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 89-95.

— «La negativa de suministro y figuras afines», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 341-366.

BUSTILLO SAIZ, María del Mar, «Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la «doctrina» de la acción de oro (Primera parte)», *Revista de derecho mercantil*, núm. 259, 2006, pp. 7-54.

— «Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la "doctrina" de la acción de oro (Segunda parte)», *Revista de derecho mercantil*, núm. 260, 2006, pp. 457-510.

CALLOL GARCÍA, Pedro, «El posible abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Captura de estándares y abuso de acuerdos para el establecimiento de estándares, *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 391-414.

CALVIÑO, Nadia, «La reforma del sistema español de defensa de la competencia: refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas más lesivas», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 63-85.

— «El proceso de modernización de la política de competencia en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 5-12.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Las concentraciones de empresas*, Colex, 2006, 332 pp.

CAÑIZARES PACHECO, Enrique, «La decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 487-502.

CARPI BADIA, José María, «Control jurisdiccional de la aceptación o rechazo por la Comisión de compromisos en materia de control de concentraciones», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 411-434.

CASES, Lluis (dir.), *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, 645 pp.

— «Regulación pública y abuso de posición de dominio», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 227-250.

CREUS, Antonio, «Funciones de información y dictamen», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 81-88.

— (director), *Código de derecho de la competencia*, La Ley-Wolters Kluwer, 2006, 1579 pp.

— «Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 273-298.

CUADRADO BELLO, Elena, y GARCÍA ALONSO, Juan Andrés, «Los efectos civiles de las infracciones administrativas en materia de control de concentraciones: ¿validez o nulidad?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 243, 2006, pp. 45-55.

CUERDO MIR, Miguel, y DURÁ JUEZ, Pedro, «Protocolo de Kyoto y defensa de la competencia en la UE y en España», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 85-112.

CUEVAS RIAÑO, Lourdes, «Principios doctrinales asumidos en la jurisprudencia recaída sobre el asunto Sogecable», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 377-410.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, José María, «Observaciones al anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 125-144.

DE JUAN DÍAZ, Rebeca, «Competencia en los mercados locales de banca al por menor 2, *Revista de economía aplicada*, vol. 14, núm. 40, 2006, pp. 91-108.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, «Abusos mediante precios: los precios excesivos», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 251-272.

ESTEVAN QUESADA, Carmen, «Franquicia y abuso de dependencia económica», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 145-170.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda, «Derecho de la Competencia: Acerca de la interpretación y aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia a las empresas gestoras de los tradicionales servicios públicos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 257, 2006, pp. 9-22.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Aplicación del derecho de la competencia en litigios privados», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 133-176.

FERNÁNDEZ, CANI, «Cuota de mercado y poder de mercado», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp, 61-74.

FOLGUERA CRESPO, Jaime, y MARTÍNEZ CORRAL, Borja, «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 102-108.

— «La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 75-98.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 242, 2006, pp. 60-73.

GIJAVA SANZ, Ángel, y CABREARA MAQUEDA, Eduardo, «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 246, 2006, pp. 33-52.

GOICOECHEA, Patricia, «El tratamiento de las transacciones interrelacionadas en el marco de control de concentraciones», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 246, 2006, pp. 53-62.

GOICOECHEA, Patricia, y ORTIZ BLANCO, Luis, «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: TPI, sentencia de 14 de julio de 2006, ENDESA, S. A., c. Comisión, T-417/05, Competencia, Concentración, Mercado eléctrico. El final de una batalla: el TPI confirma que la OPA de Gas Natural sobre ENDESA carece de dimensión comunitaria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 10, núm. 25, 2006, pp. 1003-1015.

GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio, «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 243, 2006, pp. 18-34.

GUERRA MARTÍN, Guillermo, «La consideración de una situación de control conforme a la normativa sobre concentraciones económicas como presupuesto de la obligación de formular una OPA», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 26, 2006, pp. 381-388.

GUTIÉRREZ CARRIZO, Inmaculada, «El sistema de autoevaluación y la necesidad de criterios autóctonos», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 33-41.

GUTIÉRREZ, Inmaculada, y PADILLA, Jorge, «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 15-32.

HERRERA CUEVAS, Edorta, «Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles: estado de la cuestión», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 242, 2006, pp. 26-50.

HERRERO SUÁREZ, Carmen, *Los Contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*, La Ley, 2006, 558 pp.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, «La clemencia en la lucha contra los cárteles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 71-80.

— «"Uneven playing filed" en las industrias del gas y de la electricidad en Europa», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 209-238.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, y CAÑIZARES PACHECO, Enrique, «Dificultades para la definición del mercado relevante», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 33-60.

LABRADA TELLADO, M.ª Luz, y FORNELLS DE FRUTOS, Jordi, «El sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones en Europa:

fortalezas y debilidades», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 309-330.

LENCE REIJA, Carmen, «El permanente conflicto entre propiedad industrial y libre competencia», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 247-262.

LÓPEZ SANZ, Isabel, y VALVERDE, Carmen, «Sector postal y competencia», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 331-350.

MARCOS, Francisco, «El coste de la muerte: competencia y consumo en el mercado de servicios funerarios», Thomson Aranzadi, 2006, 177 pp.

MAGIDE HERRERO, Mariano, y GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel, «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto "Planes claros")», Revista de derecho mercantil, núm. 261, 2006, pp. 1087-1120.

MARAÑÓN HERMOSO, Marta, «Procedimientos de terminación convencional: el ejemplo del acuerdo adoptado en el seno del Asunto Asempre/Correos», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 503-521.

MARCOS, Francisco, «Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 351-374.

MARTÍN LÓPEZ, Jorge, y MAGRANER MORENO, Francisco J., «Normativa comunitaria en materia de ayudas de estado *versus* competencia fiscal perjudicial», *Cuadernos de integración europea,* núm. 4, 2006, pp. 111-121.

MARTÍNEZ CABALLERO, Ramón, y RUIZ ALMENDRAL, Violeta, «Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas», *Revista española de derecho europeo,* núm. 20, 2006, pp. 593-640.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *Libre competencia y derecho del trabajo: efectos del derecho económico comunitario en las relaciones laborales*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2006, 267 pp.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago, «Un buen modo de legislar», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 3-4.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y PETITBÓ JUAN, Amadeo, *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, 440 pp.

MEDINA GONZÁLEZ, Sara, *Ayudas públicas y libre competencia en el sector audiovisual*, Marcial Pons, 2006, 312 pp.

MOYANO FUENTES, José, «Nuevas medidas de competencia entre poblaciones de empresas. Aplicación a la industria almazarera giennense», *Economía industrial*, núm. 361, 2006, pp. 145-166

ODRIOZOLA, Miguel, y IRISSARRY, Belén, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones, ¿un nuevo desafío o una misión imposible?», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 239-278.

ODRIOZOLA ALÉN, Miguel, y BARRANTES DÍAZ, Begoña, «La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 367-390.

PASCUAL, Álvaro, «General Electric contra Comisión: ¿un epílogo?», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 435-448.

PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Autoridad única: la Comisión Nacional de Competencia. Funciones del Consejo y de la Dirección de Investigación», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 13-22.

PEDRAZ CALVO, Mercedes, «Sobre la ejecución de las sentencias dictadas en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp.113-132.

PEÑAS MOYANO, María Jesús, «Exclusión de socio administrador por infracción de la prohibición de competencia: Comentario a la STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006,454)», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 27, 2006, pp. 463-474.

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.

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso, «La línea decisoria del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de registros de morosos a la luz de la jurisprudencia y la doctrina comunitarias sobre acuerdos de intercambio de información», *Revista de derecho mercantil,* núm. 259, 2006, pp. 219-236.

ROBLES MARTÍN LABORDA, Antonio, «Sobre los aspectos sustantivos de la proyectada reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los negocios,* año 17, núm. 185, 2006, pp. 21-28.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, «Aeropuertos regionales y aerolíneas de bajo coste», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 279-308.

RODRÍGUEZ MATAS, María José, y VEGA PENICHET, Luis, «Las situaciones de dependencia económica en la leyes reguladoras de la competencia: requisitos de aplicación y acciones posibles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 243 2006, pp. 77-91.

RODRÍGUEZ MEJÍAS, Juan, «El abuso de posición de dominio en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», *Revista de propiedad intelectual*, núm. 24, 2006, pp. 13-52.

RUIZ CALZADO, Javier, «Los descuentos y su problemática», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 313-338.

SANTOS LORENZO, Salomé, y TURNER-KERR, Peter, «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 245, 2006, pp. 42-56.

SANTOS LORENZO, Salomé, y CANTOS BAQUEDANO, Francisco, «Algunas reflexiones prácticas sobre la regulación del procedimiento sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 46-54.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, «Autorizaciones singulares y seguridad jurídica: una propuesta viable», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 42-45.

— «Ayudas públicas: una opción posibilista y provisional», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 96-101.

SOUTO, Luis F., y MAS MÁÑEZ, Xavier, «Comercio paralelo de medicamentos», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 449-486.

TOBÍO RIVAS, Ana María, «El proceso de reforma de la normativa "antitrust" española: panorámica del anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 559-584.

TRAMOYERES GALVÁN, Pablo, y MEDRANO IRAZOLA, Sabiniano, «El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 61-70.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006, 709 pp.
WARD, Andrew, y FERNÁNDEZ, Cani, «Las facultades de investigación en el nuevo sistema de defensa de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 55-60.
ZABALETA DÍAZ, Marta, «El abuso de una situación de dependencia económica: ¿ilícito antitrust o ilícito desleal?», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 339-380.
ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las Restricciones verticales a la libre competencia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006, 320 pp.

2. UNIÓN EUROPEA

A. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. ORIENTACIONES GENERALES

ABEYRATNE, Ruwantissa I. R, «Effects of United States/European Union Open Skies on competition», *Journal of world trade*, vol. 40, 2006, núm. 6, pp. 1099-1114.
ACKERMANN, Thomas, «Europäisches Kartellrecht», *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2006, pp. 512-531.
ANDERMAN, Steven D, *Technology transfer and the new EU competition rules: intellectual property licensing after modernisation*, Kallaugher Oxford: Oxford University Press, 2006, XX, 372 pp.
ART, Jean-Yves, «La concurrence par les mérites, le point de vue des entreprises», *Concurrence & consommation*, núm. 146, 2006, pp. 14-16.
BASEDOW, Jürgen, «Die Modernisierung des europäischen Wettbewerbsrechts: von der verfrühten Umsetzung unfertiger Konzepte», *Liber amicorum Tugrul Ansay in honour of his 75th birthday*, 2006, pp. 1-14.
— «Das Kartelldeliktsrecht und der "More Economic Approach"», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 4, p. 97.
BASTIANON, Stefano, «Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza: prime riflessioni sul Libro verde della Commissione», *Mercato concorrenza regole*, anno VIII 2006, núm. 2, pp. 321-355.
BAUDENBACHER, Carl, «Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU», *European competition law annual 2001-2003*, pp. 341-361.
BECHTOLD, Rainer, «Economic Approach und Rechtssicherheit», *Recht und Ökonomie im europäischen Wettbewerbsrecht*, 2006, pp. 103-115.
BECKER, Carsten; Hossenfelder, Silke, *Einführung in das neue Kartellrecht*, München: Beck, 2006, IX, 180 pp.
BEHRENS, Peter, «Ökonomische Effizienz im Kontext des Wettbewerbsrechts der EG», *Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform*, 2006, pp. 13-28.
BIRKMOSE, Hanne Søndergaard, «Regulatory competition as a method of regulation», *Birkmose Regulation in the EU*, 2006, pp. 81-107.
BOUTE, Anatole, «Environmental protection and EC anti-trust law: the Commission's approach for packaging waste management systems», *Review of European Community and international environmental law*, vol. 15, 2006, issue 2, pp. 146-159.

BRUMTER CORET, Pamela, «Freedom of establishment and freedom to provide services for regulated professions in the internal market: new initiatives by the Commission», *European competition law annual 2004-2006*, pp. 219-228.

CAMILLI, Enrico Leonardo, «Optimal fines in cartel cases and the actual EC fining policy», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 4, pp. 575-605.

CANIVET, Guy, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, 486 pp.

CASSINIS, Paolo, «Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza», *La concorrenza*, 2006, pp. 229-256.

CHAMPSAUR, Paul, «Politique de la concurrence et politique industrielle», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, «Champions nationaux» et droit de la concurrence, pp. 16-19.

CLARKE, Roger, y MORGAN, Eleanor J., *New developments in UK and EU competition policy*, Cheltenham, Elgar, 2006, 296 pp..

CLAUDEL, Emmanuelle, «La processualisation du droit de la concurrence», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 285-313.

CSERES, Katalin Judit, «The interplay between consumer protection and competition law in the EC», *Revue européenne de droit de la consommation = European Consumer law journal*, 2 (2005), pp. 85-151.

DELIYIANNI-DIMITRAKOU, Christine, «Négociation collective et règles communautaires en matière de concurrence», *Revue internationale de droit comparé*, 58e année 2006, núm. 3, pp. 787- 807.

DI FRANCO, Leonardo, «Proprietà intellettuale e antitrust nei mercati dell'informazione», *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 187-240.

DIETZE, Philipp von, «Stellt die ökonomische Analyse das Kartellrecht auf den Kopf?: die neuen Luxemburger Töne zur Verhinderung von Parallelimporten», *Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform*, 2006, pp. 29-37.

FAHRI, Emmanuel, y LAMBERT, Nicolas, *Les entreprises face a la politique européenne de la concurrence*, Paris, École des mines de Paris, 2006, 116 pp.

FARJAT, Gérard, «Observations sur la dynamique du droit de la concurence», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 3-29.

FORRESTER, Ian S, «Competition law and intellectual property in Europe», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 287-323.

FORRESTER, Ian S.; ___, ___ _, «Agenda de Lisbonne et droit de la concurrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 1-2.

FRÉGET, Olivier, y HERRENSCHMIDT, Fleur, «Réflexions sur les pratiques d'influence et le droit de la concurrence: lobbying, «négociations réglementaires» et/ou "capture réglementaire"?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 40-49.

FRENZ, Walter, y KÜHL, Andrea, «Die neuen Regionalbeihilfeleitlinien 2007-2013», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 12, pp. 536-542.

FRIEDERISZICK, Hans Wolfgang, «Marktabgrenzung und Marktmacht», *Recht und Ökonomie im europäischen Wettbewerbsrecht*, 2006, pp. 29-40.

FRIGNANI, Aldo, *Communautés européennes Codice della concorrenza ed. aggiornata a novembre 2005*, Milano, Giuffrè, 2006, 1200 pp.

FRIGNANI, Aldo, y PARDOLESI, Roberto, «Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE», *La concorrenza*, 2006, pp. 1-24.

FURSE, Mark, *Competition law of the EC and UK*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, 428 pp.

GERADIN, Damien, «Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 313-356.

GERADIN, Damien, y HENRY, David, «Competition law in the new Member States: where do we come from?: where do we go?», *Modernisation and enlargement*, 2004, pp. 273-309.

GERADIN, Damien, y PETIT, Nicolas, «Les objectifs et moyens du droit et de la politique de concurrence: retour sur quelques controverses récentes», *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 51e année 2006, 1-2, pp. 111-133.

GERBER, David J., «Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 107-129.

GHIDINI, Gustavo, *Intellectual property and competition law: the innovation nexus*, Cheltenham: Elgar, 2006, 164 pp.

GLADER, Marcus, *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*, Cheltenham, Elgar, 2006, 340 pp.

GOLINO, Claudia, «Enti non profit, attività di impresa e concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fasc. 3, 2006, pp. 799-841.

GRAHAM, Cosmo, y SMITH, Fiona, *Competition, regulation and the new economy*, Oxford, Hart, 2004, 206 pp.

GRISAY, Dominique, *Droit de la concurrence*, Bruxelles: Larcier, 2006, 158 pp.

GUYLAIN, Clamour, *Intérêt général et concuurence*, Editions Dalloz-Sirey, Paris, 2006, 1044 pp.

GUEDJ, Alain, *Pratique du droit de la concurrence national et français*, 2e éd. Paris, Litec, 2006, 388 pp.

HELLSTEN, Jari, *On the social dimension in the context of EC competition law: reasoning on Albany, Article 86(2) EC and the Finnish Earnings-Related Pension Scheme TEL under Article 86(2)*, Helsinki, Ministry of labour, 2006, 90 pp.

HENNING-BODEWIG, Frauke, *Unfair competition law: European Union and Member States*, The Hague: Kluwer Law International, 2006, 251 pp.

HOFMANN, Herwig C. H, «Negotiated and non-negotiated administrative rule-making: the example of EC competition policy», *Common market law review*, vol. 43 2006, núm. 1, pp. 153-178.

HONORATI, Costanza, «The law applicable to unfair competition», *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, 2006, pp. 127-158.

IDOT, Laurence, «Concurrence et libre circulation: regards sur les derniers développements», *Revue des affaires européennes = Law & European affairs*, 14e année, (2005), 3, pp. 391-409.

— «Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence: bilan de la jurisprudence de la Cour de justice», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, Droit de l'environnement et droit de la concurrence, pp. 21-30.

— «Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence: bilan de la jurisprudence de la Cour de justice», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 119, pp. 24-31.

IDOT, Laurence, y PRIETO, Catherine, «Droit de la concurrence», *Revue des contrats*, 3, 2006, pp. 719-732.

IMMENGA, Ulrich, «Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 4, pp. 346-366.

JOELSON, Mark R., *An international antitrust primer: a guide to the operation of United States, European Union, and other key competition laws in the global economy*, Kluwer Law International, 2006, 717 pp.

JONES, Alison, «Analysis of agreements under US and EC antitrust law: convergence or divergence?», *The antitrust bulletin*, vol. 51, 2006, núm. 4, pp. 691-811.

JONES, Clifford A., «Foundations of competition policy in the EU and USA: conflict, convergence and beyond», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 17-37.

KORAH, C. Valentine, *Cases and materials on EC competition law*, 3rd ed., Oxford, Hart, 2006, 788 pp.

— *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford, Hart, 2006, 322 pp.

LANDOLT, Phillip, *Modernised EC competition law in international arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2006, 365 pp.

LANGE, Knut Werner, *Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft, 2006, 733 pp.

LEIGH, Guy, «Sport, intellectual property rights and competition law», *International antitrust law & policy*, 2004 (2005), pp. 241-263.

LOWE, Philip, y LAURILA, Maija, «Competition law in a greater Europe», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 1-13.

MÄGER, Thorsten, y GEHRING, Stefan, *Europäisches Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 389 pp.

MERKT, Benoît, «Ordre public et droit de la concurrence: "utopie" ou réalité?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 21-25.

MICKLITZ, Hans-Wolfgang, «Consumers and competition: access and compensation under EC law», *European business law review*, vol. 17 2006, issue 1, pp. 3-21.

MISITA, Nevenko, «Competition law and consumers: are they getting "a fair share of benefits?"», *Essays on tort, insurance, law and society in honour of Bill W. Dufwa*, vol. II, 2006, pp. 779-807.

MONÉGER, Joël, «Competition, regulation and system coherence», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 274-290.

NEBBIA, Paolisa, «Standard form contracts between unfair terms control and competition law», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 1, pp. 102-113.

PETROVIC, Sinisa, «Harmonisation with the acquis communautaire: obligation and opportunity to improve national competition law», *Liber memorialis Petar Sarcevic*, 2006, pp. 649-663.

PHILIPPE, Jérôme; GUYON, Aude, y GUROV, Ivan, «Les cartels internationaux», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 177-248.

PRIETO, Catherine, «Quelle concurence face à la mondialisation économique?: l'Europe entre audace et ralliement», *Europe et mondialisation = Europa und die Globalisierung*, 2006, pp. 151-173.

— «Pouvoir de marché et liberté des entreprises: les fondements de la politique de concurrence», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier (bleu), 182e année 2006, núm. 23, pp. 1603- 1609.

— «L'Europe et le droit de la concurrence: des malentendus aux mérites reconnus: étude», *La semaine juridique*, Édition générale, núm. 12, 2007, pp. 43-48.

RAFFAELLI, Enrico Adriano, y BELLIS, Jean-François, *Diritto comunitario della concorrenza*, 2. ed. riv. e ampliata Milano, Vita e pensiero, 2006, 309 pp.

RICHER, Laurent; JEANNENEY, Pierre-Alain, y CHARBIT, Nicolas, «Actualités du droit de la concurrence et de la régulation», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 31, 2006, pp. 1697-1704.

RITTER, Lennart, y BRAUN, W. David, *European competition law: a practitioner's guide*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, 1226 pp.

ROTH, Wulf-Henning, «Strategic competition policy: a comment on EU competition policy», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 38-52.

SLOT, Pieter Jan, y JOHNSTON, Angus, «An introduction to competition law», 1st English ed., Oxford, Hart, 2006, 367 pp.

SMITS, Catherine, y WAELBROECK, Denis F., «Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux», *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, 2006, pp. 135-162.

SPINDLER, Gerald, «Prohibitions of competition: economic analysis, commercial and competition law», *Europäisierung des Handels-und Wirtschaftsrechts*, 2006, pp. 177-193, 0.035.3.

STUYCK, Jules H. V., «Consumer protection and fair competition: one fight?», *Droit de la consommation = Konsumentenrecht = Consumer law: liber amicorum Bernd Stauder*, 2006, pp. 497-509.

SUFRIN, Brenda, «The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty», *The antitrust bulletin*, vol. 51, 2006, núm. 4, pp. 915-981.

SZYSZCZAK, Erika M., «Competition and sport», *European law review*, vol. 32, 2007, núm. 1, pp. 95-110.

TERRASI, Alfredo, «Regioni italiane e tutela della concorrenza tra dimensione nazionale e comunitaria», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 2, pp. 421-453.

TOSATO, Gian Luigi, y BELLODI, Leonardo, *EC competition law*, vol. I, Procedure: antitrust, merger, State aid, Leuven: Claeys & Casteels, 2006, 705 pp.

UTTON, Michael A., *International competition policy. Maintaining open markets in the Global economy*, Edward Elgar Publishing, 2006, 142 pp.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard; VAN HEES, Bruno, y LOUVEAUX, Caroline, «Les règles de concurrence applicables aux entreprises: (1er janvier 2005-31 décembre 2005)», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 14e année, 2006, núm. 128, pp. 105-119.

VAN DEN BERGH, Roger J., y CAMESASCA, Peter D., *European competition law and economics: a comparative perspective*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2006,

VAUGHAN, David, *EU competition law: general principles*, Richmond: Richmond Law & Tax, 2006, 293 pp.

VEDDER, Hans H. B, «Competition law and consumer protection: how competition law can be used to protect consumers even better: or not?», *European business law review*, vol. 17, 2006, issue 1, pp. 83-93.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006, 709 pp.

VIENNOIS, Jean-Pierre, y KATSORCHI, Panaghiota, «Répertoire des accords ente la Communauté européenne et les pays tiers, comportant des stipulations sur la concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 102-104.

VOGEL, Louis, *Droit européen de la concurrence: 800 décisions commentées*, Paris: LawLex, 2006, 3 vols. (3.204 pp.) (JuriBases 2006-2007), tome 1: Domaine d'application, ententes; tome 2: Abus de position dominante, droits de propriété intellectuelle et concurrence, procédure de la concurrence; tome 3: Concentrations, aides d'État.

VÖLCKER, Sven, «Developments in EC competition law in 2005: an overview», *Common market law review*, vol. 43, 2006, núm. 5, pp. 1409-1446.

WOUDE, Marc H. Van Der; JONES, Christopher; LANDES, Valérie, y CHELLINGSWORTH, Thomas, *EC competition law handbook*, ed. London, Sweet & Maxwell, 2006, 1.220 pp.

B. ARTS. 81 Y 82 TCE

AHLBORN, Christian, y BAILEY, David, «Discounts, rebates and selective pricing by dominant firms: a trans-atlantic comparison», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 101-143.

AKMAN, Pinar, «Art. 82 reformed?: the EC discussion paper on exclusionary abuses», *The journal of business law*, december 2006, pp. 816-829.

ALBORS-LLORENS, Albertina, «Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: unlawful and legitimate contacts between competitors», *The antitrust bulletin*, vol. 51, 2006, núm. 4, pp. 837-876.

ALEMANN, Florian von, «Die Abänderung von Bußgeldentscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte in Kartellsachen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 16, pp. 487-491.

ALLAN, Bill, «Art. 82: a commentary on DG Competition's discussion paper», *Competition policy international*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 43-82.

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael, «El abuso y sus efectos. Modernización del art. 82 TCE: revisión o reforma», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 155-192.

AM ENDE, Moritz, «Kommission gegen Microsoft —und Drachen (Teil 2 des Microsoft-Falles): [Kommissionsentscheidung im Verfahren COMP/C—3/37.792 (Microsoft)]», *European law reporter*, núm. 1, 2006, pp. 18-22.

ANDREANGELI, Arianna, «The impact of the modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 3, pp. 342-363.

ARHEL, Pierre, «Harmonisation des systèmes européens de clémence en matière de concurrence», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, núm. 41, 2006, pp. 1705-1706.

ARMENGOL I GASULL, Oriol, y PASCUAL, Álvaro, «Some reflections on Art. 9 commitment decisions in the light of the Coca-Cola case», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 3, pp. 124-129.

BARBIER DE LA SERRE, Éric, «Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 14-23.

BARTHE, Denis, «L'avenir de l'art. 82 du traité instituant la Communauté européenne», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 106, pp. 15-18.

BASARAN, Halil Rahman, «How should art. 81 EC address agreements that yield environmental benefits?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 9, pp. 479-484.

BAUDISCH, Ilja, «Die Bedeutung der Verfahrensgrundrechte für die Bussgeldbemessung im europäischen Wettbewerbsverfahren (SGL Carbon AG, EuGH vom 29. Juni 2006, C-301/04P und C-308/04P)», *European law reporter*, núm. 9, 2006, pp. 368-373.

BELLIS, Jean-François, y FAVART, Martin, «Régime de clémence en droit communautaire et interactions avec les régimes nationaux», *Droit de la concurrence*, 2006, pp. 133-150.

BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, «Actualización de la comunicación de la Comisión sobre el derecho de acceso al expediente en procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y del Reglamento de Control de Concentraciones», *Actas de derecho industrial y derecho de autor,* t. 26, 2005-2006, pp. 391-396.

— «Libro verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Actas de derecho industrial y derecho de autor,* t. 26, 2005-2006, pp. 397-416.

BISHOP, Simon, y MARSDEN, Philip, «The art. 82 discussion paper: a missed opportunity», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 1-7.

BITETTO, Anna Lisa, «Il caso Telecom Italia: dietro lo sconto l'abuso di posizione dominante!», *Il foro italiano,* anno CXXXI, 2006, núm. 10, pt. III, col. 513-517.

BLAISE, Jean-Bernard, e IDOT, Laurence, «Concurrence: arts. 81 et 82 CE: (1er octobre 2004-30 juin 2006)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2006, pp. 477-533.

BÖNI, Franz, y REGENTHAL, Samantha, «Die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung unter besonderer Berücksichtigung des "more economic approach": ein Rechtsvergleich Schweiz/Europäische Union», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 56, 2006, Heft 12, pp. 1230-1237.

BOURGEON, Christian, «"Vrais" et "faux" agents au sens de l'art. 81.1 du Traité CE (à propos de l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 15 septembre 2005)», *Revue des contrats*, 2, 2006, pp. 555-559.

BOY, Laurence, «Abuse of market power: controlling dominance or protecting competition?», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 201-223.

BRAULT, Dominique, «De la preuve en cas de comportements parallèles mais non coordonnés», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 94.

BROCA, Hubert de, «Les nouvelles lignes directrices de la Commission en matière», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2006, pp. 37-45.

BROKELMANN, Helmut, «Enforcement of arts. 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: the case, of Spain and Portugal», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 4, pp. 535-554.

BRUNET, François, «Nouvelle augmentation des amendes antitrust: la Commission a ses raisons que l'entreprise ignore», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier (bleu), 182e année, 2006, núm. 35, p. 2458.

BUCKENLEIB, Iris, *Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003: Probleme, erste Erfahrungen und Einordnung des europäischen Kartellverfahrensrechts in das Gesamtsystem des Europarechts, insbesondere des gemeinschaftlichen Wirtschafsrechts, Aachen: Shaker*, 2006, 301 pp.

BUNE, Sofia, y BATCHELOR, Bill, «Reform of art. 82 EC Treaty: how will it affect the IT industry?», *Computer and telecommunications law review*, vol. 12, 2006, issue 1, pp. 22-26.

CANIVET, Guy, «Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles: propos conclusifs. [1]», *Revue Lamy droit des affaires*, núm. 11, 2006, pp. 79-86.

CARMONA BOTANA, Patricia, «Prevention and deterrence of collusive behaviour: the role of leniency programs», *The Columbia journal of European law,* vol. 13 (2006/2007), núm. 1, pp. 47- 82.

CHATAIN-AUTAJON, Lise, «Pratiques anticoncurrentielles et restructurations: qui supporte la sanction?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 95-101.

CHECH, Lorenzo, y GIUA, Massimiliano, «L'abuso di posizione dominante ed il mercato rilevante», *Rivista della Guardia di finanza*, núm. 2, 2006, pp. 157-166.

CHEYNEL, Benjamin, «Accès au dossier et secret des affaires: l'équilibre enfin trouvé?: présentation synoptique des procédures française et communautaire», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 150-157.

— «Aftermarkets: marché pertinent, position dominante et droit des parties», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 85-89.

CHOQUET, Anne, «La lutte contre le dopage au regard du droit communautaire de la concurrence: à propos de l'arrêt Meca-Medina et Majcen du Tribunal de première instance des Communautés européennes (30 septembre 2004)», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 494, 2006, pp. 29-34.

COLANGELO, Giuseppe, «Gli accordi di trasferimento di tecnologia», *La concorrenza*, 2006, pp. 147-176.

COLLEY, Liam, y BURNSIDE, Sebastian, «Margin squeeze abuse», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 185-210.

COMBE, Emmanuel, «À la recherche de la sanction optimale», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2006, pp. 12-16.

COMBE, Emmanuel, y HAUG, Heiner, «Les laboratoires pharmaceutiques face à la concurrence des génériques: quels enjeux pour l'antitrust?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 47-62.

CONNOR, John M, «The great global vitamins conspiracy: sanctions and deterrence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2006, pp. 17-20.

COT, Jean-Mathieu, «Concurrence et environnement: approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, Droit de l'environnement et de la concurrence, pp. 4- 5.

CRAMPES, Claude; ENCAOUA, David, y HOLLANDER, Abraham, «Competition and intellectual property rights in the European Union», *New developments in UK and EU competition policy*, 2006, pp. 202-231.

CRESPI, Serena, «Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli Artt. 81 e 82 del Trattato CE», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 5, pp. 811-834.

CREUS, Antonio, «Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 273-298.

CROCIONI, Pietro, «Can State aid policy become more economic friendly?», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 1, pp. 89-108.

CSERES, Katalin Judit; SCHINKEL, Maarten Pieter, y VOGELAAR, Floris O. W., *Criminalization of competition law enforcement: economic and legal implications for the EU Member States*, Cheltenham, Elgar, 2006, 356 pp.

DAMME, E. E. C. van, «De economisering van art. 82», *Markt en mededinging*. Jaarg. 9, 2006, nr. 2, pp. 33-35.

DAWES, Anthony, «Neither head nor tail: the confused application of EC competition law to the pharmaceutical sector», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 5, pp. 269-278.

DEBROUX, Michel, «"L'imprévisibilité transparente": la politique de sanction de la Commission en matière de cartels», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2006, pp. 46-55.

DEFALQUE, Lucette, «La tarification des honoraires et le droit de la concurrence», *La protection du consommateur*, 2006, pp. 183-206.

DESURMONT, Thierry, y CALVET, Hugues, «Gestion collective et droit de la concurrence: un couple vraiment désuni?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2006, pp. 18-19.

DETHMERS, Frances, y DODOO, Ninette, «The abuse of Hoffmann-La Roche: the meaning of dominance under EC competition law», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 10, pp. 537-549.

DI GIAMBATTISTA, Lorella, «Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green paper», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XI, 2006, 4, pp. 729-746.

DIEMER, Christian, «The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 6, pp. 309-316.

DIENY, Emmanuel, «Appréciation au regard du droit communautaire de la concurrence d'un, accord visant à réduire le commerce parallèle des médicaments», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, núm. 50, 2006, pp. 2151-2153.

— «Le TPI réaffirme l'absence de règles de raison en droit communautaire de la concurrence = The CFI reaffirms the absence of a rule of reason in EC competition law», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 5, 2006, pp. 681-690.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, «El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del art. 82 del Tratado CE?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 242, 2006, pp. 3-25.

DREHER, Meinrad, y ADAM, Michael, «The more economic approach to art. 82 EC and the legal process», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4 Jahrg. 2006, Heft 3, pp. 259-277.

DREXL, Josef, «Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate-General Competition Discussion Paper of December 2005 on the application of art. 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses», *International review of intellectual property and competition law*, vol. 37, 2006, núm. 5, pp. 558-572.

— «Comments on the Green paper by the Directorate-General for Competition of December 2005 on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *International review of intellectual property and competition law*, vol. 37 2006, núm. 6, pp. 700-728.

EBNER, Martino, «La procedura davanti alla Commissione», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 165-200.

EHLERMANN, Claus-Dieter, «Le projet de lignes directrices sur l'application de l'art. 82 CE», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2006, pp. 1-2.

EHLERMANN, Claus-Dieter, y ATANASIU, Isabela, *European competition law annual 2003: what is an abuse of a dominant position?*, Oxford, Hart, 2006, 671 pp.

EILMANSBERGER, Thomas, «Dominance, the lost child?: how effects-based rules could and should change dominance analysis», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 15-29.

ENCHELMAIER, Stefan, «Technologietransfer-Vereinbarungen: neue Verordnung, alte Fragen: Besprechung von Valentine Korah, Intellectual property rights and the EC competition rules», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil*, 55Jahrg, 2006, Heft 8-9, pp. 675-678.

FAELLA, Gianluca «Il caso Merck», *Mercato concorrenza regole*, anno VIII, 2006, núm. 3, pp. 547-555.

FASQUELLE, Daniel, y MÉSA, Rodolphe, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 33-37.

FERRIER, Didier, «La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau», *Recueil Le Dalloz*, 2e cahier (bleu), 182e année, 2006, núm. 37, pp. 2594-2595.

FINE, Frank L., *The EC competition law on technology licensing*, London: Sweet & Maxwell, 2006, 292 pp.

FJELL, Kenneth, y SØRGARD, Lars, «How to test for abuse of dominance?», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 69-83.

FLORIDIA, Giorgio, y LAMANDINI, Marco, «Rifiuto di licenza e abuso di posizione dominante: lezioni, dall'esperienza dei certificati complementari di protezione: il commento», *Il diritto industriale*, anno XIV, 2006, núm. 3, pp. 272-282.

FOLGUERA CRESPO, Jaime, y MARTÍNEZ CORRAL, Borja, «La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 75-98

FONTAINE, Fabien, «La dominance collective: mythes et réalité: étude», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, núm. 30, 2006, pp. 1316-1321.

FRABBONI, Maria Mercedes, «Competition for collective management in Europe: a necessity or a paradox?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2006, pp. 15-17.

FRIGNANI, Aldo, «L'abuso di posizione dominante», *La concorrenza*, 2006, pp. 177-228.

FRIGNANI, Aldo; PARDOLESI, Roberto, y ARNAUDO, Luca, *La concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, 518 pp. (Trattato di diritto privato dell'Unione europea, vol. 7).

GEELHAND, Laurent, y PEYRE, Johanne, «Position de Michelin sur le projet de lignes directrices sur l'application de l'art. 82 CE», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 130-136.

GIANNACCARI, Andrea, «Il caso Glaxo e le importazioni parallele», *Mercato concorrenza regole*, anno VIII, 2006, núm. 3, pp. 557-562.

GLADER, Marcus, y CHABERT LARSEN, Sune, «Art. 82: excessive pricing: an outline of the legal principles relating to excessive pricing and their future application in the field of IP rights and industry standards», *Competition law insight*, vol. 5, 2006, issue 7, pp. 3-5.

GRANIERI, Massimiliano, «Gli accordi di cooperazione», *La concorrenza*, 2006, pp. 75-103.

GRASSI, Irene, «Refusal to supply and abuse of dominant position in European antitrust B.228.82 law: an analysis of the case law of the Court of Justice», *Freiheit, Sicherheit und Recht: Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 411-425.

GRAVENGAARD, Martin Andreas, «The meeting competition defence principle: a defence for price discrimination and predatory pricing?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 12, pp. 658-677.

GRAY, Margaret, *EU competition law: procedures and remedies*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 296 pp.

GRUBER, Johannes Peter, «Kartellrechtliche Entscheidungen der europäischen Gerichte im Jahr 2005», *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 33Jahrg, 2006, 2, pp. 47-51.

GUAL, Jordi, «An economic approach to art. 82», *Competition policy international*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 111-154.

GYSELEN, Luc, The «Van den Bergh Foods case: modernisation of art. 82 EC policy avant la lettre?», *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, 2006, pp. 263-276.

HART, Robert J., «Interoperability information and the Microsoft decision», *European intellectual property review*, vol. 28, 2006, issue 7, pp. 361- 365.

HAWK, Barry E., «Analyse comparative de l'art. 82 du traité CE et de la section 2 du Sherman Act», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 131-149.

HEINEMANN, Andreas, «Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht?: der, Fall "Microsoft" und die Rechtsprechung des EuGH», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 108Jahrg, 2006, Heft 9, pp. 705-713.

HEIT, Julia, «The justifiability of the ECJ's wide approach to the concept of "barries, to entry"», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 3, pp. 117-123.

HENRY, David, «Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen», *Cahiers de droit européen*, núm. 1-2, 2006, pp. 35-66.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «Documento de la Comisión sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a determinados abusos anticompetitivos: abusos exclusionarios», *Actas de derecho industrial y derecho de autor,* t. 26, 2005-2006, pp. 485-494.

HIRSBRUNNER, Simon, «Neues aus Brüssel zum Verhältnis von Patent-und Kartellrecht: die AstraZeneca-Entscheidung der Europäischen Kommission», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 16Jahrg, 2005, Heft 11, pp. 488-490.

HOGAN, Gerard W., «The use of compelled evidence in European competition law cases», *International antitrust law & policy,* 2004 (2005), pp. 659-673.

HUMPE, Christophe, «Art. 82: refusal to deal: the Commission's efforts to provide analytical guidance on the complex issues surrounding the law on refusal to deal merit cautious welcome», *Competition law insight*, vol. 5, 2006, issue 5, pp. 3-5.

IDOT, Laurence, «La qualification de la restriction de concurrence: à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'art. 81, par. 3 CE», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 85-104.

— «Le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour ententes et abus de position dominante- et maintenant?», *Europe*, 16e année, 2006, núm. 7, p. 2.

INCARDONA, Rossella, «Modernisation of art. 82 EC and refusal to supply: any real change in sight?», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 2, pp. 337-369.

KALLAUGHER, John, y WEITBRECHT, Andreas, Developments under arts. 81 and 82 EC: the year 2005 in review, *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 3, pp. 137-147.

KÄLLER, Anja, *Die Verweigerung einer immaterialgüterrechtlich geschützten Leistung und das Missbrauchsverbot des art. 82 EG: die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts auf Immaterialgüterrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 321 pp..

KALTENBRUNNER, Rainer, «Neuentwicklungen beim Behinderungsmissbrauch nach art. 82 EGV», *Ecolex*, 17Jahrg, 2006, Heft 10, pp. 845-848.

KORDEL, Guido, «Behavioural economic analysis of collective bargaining agreements under EC antitrust law», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 1, pp. 28-39.

KROES, Neelie, «Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of market power: some preliminary thoughts on the policy review of art. 82», *International antitrust law & policy*, 2005, 2006, pp. 381-392.

LAINA, Flavio, «L'intensification de la lutte contre les cartels: quelques observations sur les amendes et le fonctionnement du programme de clémence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 76-79.

LANGE, Knut Werner, «Der Vereinbarungsbegriff des art. 81 Abs. 1 EG: das VW-Urteil des EuGH», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 11, pp. 481-486.

LASSERRE, Bruno, «The policy of commitments in antitrust law: first steps and first update on the French case», *International antitrust law & policy*, 2005-2006, pp. 11-41.

LAZZARA, Paolo, «Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XII, 2006, núm. 2, pp. 179-191.

LEOPOLD, Anders, *Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 229 pp.

LESGUILLONS, Henry M., «Les clauses de non-concurrence en droit européen de la concurrence = Non- compete clauses in European competition law», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 4, 2006, pp. 495-533.

LEUPOLD, Henning, y WEIDENBACH, Georg, «Neues zum Verhältnis von art. 81 Abs. 1 und art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag?: zugleich ein Beitrag zum O2-Urteil des EuG», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 56, 2006, Heft 10, pp. 1003-1011.

LÉVÊQUE, François, «Quel test de preuve pour l'art. 82?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 11, 2007, pp. 111-115.

LEVINSON, Robert J., «Tour d'horizon du projet de Lignes directrices de la Commission européenne sur les concentrations non-horizontales», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 11, 2007, pp. 9-13

LIBERATORE, Francesco, «Distribuzione di medicinali e importazioni parallele: quali spazi per le imprese farmaceutiche nel diritto antitrust?», *Contratto e impresa. Europa*, anno XI, 2006, núm. 1, pp. 210-233.

— «Importazione parallela di medicinali e diritto antitrust: note a margine della sentenza del Tribunale di primo grado CE "Glaxosmithkline c. Commissione europea"», *Contratto e impresa. Europa*, anno XII, 2007, núm. 1, pp. 501-509.

LUCEY, Mary Catherine, «Unforeseen consequences of art. 3 of EU Regulation 1/2003», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 10, pp. 558-563.

LUGARD, Paul, «Eternal sunshine on a spotless policy?: exclusive dealing under art. 82 EC», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 163-184.

MAIER-RIGAUD, Frank P., «Art. 82 rebates: four common fallacies», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 85-100.

MARQUIS, Mel, «O2 (Germany) v. Commission and the exotic mysteries of art. 81(1) EC», *European law review*, vol. 32, 2007, núm. 1, pp. 29-47.

MARTÍNEZ LAGE, Santiago, y PETITBÓ JUAN, Amadeo, *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, 440 pp.

MAUGERI, Maria Rosaria, «Abuse of dominant position: a system of undistorted competition or social protection?», *European review of contract law*, vol. 2, 2006, núm. 2, pp. 250-256.

MEINBERG, Henrik, «From Magill to IMS Health: the new product requirement and the diversity of intellectual property rights», *European intellectual property review*, vol. 28, 2006, issue 7, pp. 398- 403.

MEINHARDT, Marcel, y BISCHOF, Judith, «Dominance under art. 82 EC/art. 7 KG and in merger control: Nachfragemacht nach revidiertem Kartellrecht», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 233-251.

MESSINA, Michele, «Modernising art. 82 EC Treaty: a policy review between law and economics», *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, anno VIII, 2006, núm. 23, pp. 94-105.

MEZZETTI, Carlo Eligio, «Dati pubblici ed abuso di posizione dominante», *Giurisprudenza italiana*, 3, 2006, pp. 548-554.

MOMÈGE, Chantal, y IDOT, Laurence, «Application of arts. 81 & 82 EC by the French ordinary courts: a procedural perspective», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 233-252.

MONTAG, Frank, y CAMERON, Stephanie, «Modernisation of EU competition policy: one year on», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 93-122.

MONTAG, Frank, y VAN CAUWELAERT, Alicia, «The art. 82 review process and its impact on compulsory licensing of IP rights», *Competition policy international*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 83-109.

MONTESA, Aitor, y GIVAJA, Ángel, «When parents pay for their children's wrongs: attribution of liability for EC antitrust infringements in parent-subsidiary scenarios», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 4, pp. 555-574.

MONTI, Giorgio, «The concept of dominance in art. 82», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 31-52.

MORGESE, Giuseppe, «Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria», *Studi sull'integrazione europea*, Anno I, 2006, núm. 1, pp. 77-116.

NASSE, Philippe, «L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 341-361.

NAZZINI, Renato, «Art. 81 EC between time present and time past: a normative critique or "restriction of competition" in EU law», *Common market law review*, vol. 43, 2006, núm. 2, pp. 497-536.

— «The wood began to move: an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in art. 82 EC cases», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 4, pp. 518-539.

NEBBIA, Paolisa, «Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze», *Giurisprudenza italiana*, 2, 2006, pp. 320-322.

— «The notion of "urgency" in interim proceedings concerning competition law: some thoughts after the Microsoft order», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 4, pp. 271-277.

NORBERG, Sven, «Modernisation of EU competition policy: one year on», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 83-91.

— «Some elements to enhance damages: actions for breach of the competition rules in arts. 81 and 82», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 243-263.

NOURISSAT, Cyril, «Livre vert sur les actions en dommages-intérêts: questions de droit judiciaire privé européen», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 45-48.

O'Donoghue, Robert; Padilla, y Atilano, Jorge, *The law and economics of art. 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, 782 pp.

Odriozola Alén, Miguel, y Barrantes Díaz, Begoña, «La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 367-390.

Odudu, Okeoghene, *The boundaries of EC competition law: the scope of art. 81*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 228 pp.

Ortiz Blanco, Luis, *European Community competition procedure*, English revision by Andrew Read, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2006, 1.655 pp.

Papandropoulos, Penelope, «Art. 82: tying and bundling: half step forward?», *Competition law insight*, vol. 5, 2006, issue 6, pp. 3-5.

Patterson, Mark R., «Revision of the new Technology Transfer Block Exemption Regulation: convergence or capitulation?», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 53-70.

Paulis, Emil, «Le projet de lignes directrices relatives à l'art. 82», *Concurrence & consommation*, núm. 146, 2006, pp. 11-14.

Pfeffer, Joachim, «Art. 81 und 82 EG und Schiedsgerichtsbarkeit: materielle Rechtsfragen», *Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht*, 2006, pp. 45-56.

Piernas López, Juan Jorge, «The aggravating circumstance of recidivism and the principle of legality in the EC fining policy: nulla poena sine lege?», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 3, pp. 441-457.

Poillot-Peruzzetto, Sylvaine, «Affectation du commerce entre États membres», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 51-83.

Portincasa, Maria Francesca, «Il principio ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XII, 2007, 1, pp. 91-121.

Renzulli, Annalisa, «La modernizzazione del diritto della concorrenza: il buyer power e l'art. 82 del Trattato CE», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XI, 2006, 4, pp. 747-768.

Rey, Patrick; Gual, Jordi; Hellwit, Martin; Perrot, Anne; Polo, Michele; Schmidt, Klaus, y Stembacka, Rune, «Un enfoque económico del art. 82», *El abuso de posición de dominio*, Marcial Pons, 2006, pp. 99-154.

Rey, Patrick, «Une approche économique de l'art. 82», *Concurrence & consommation*, núm. 146, 2006, pp. 8-11.

Schön, Wolfgang, «Special charges: a gap in European competition law?», *European state aid law quarterly*, vol. 5 2006, núm. 3, pp. 495-504.

Sher, Brian, «Art. 82: predatory pricing», *Competition law insight*, vol. 5 2006, issue 3, pp. 3-5.

Simic, Igor; Monnet, Nicolas, «Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires: le temps fera l'affaire! = The indemnification of the victims of anticompetititve practices: time will sort things out!», *Revue de droit des affaires internationales*, núm. 3, 2006, pp. 385-402.

Soames, Trevor, «Towards a "smart" art. 82: qui audet adipiscitur», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 457-493.

Soames, Trevor, y Lebrun, Bruno, «Modernisation of EC antitrust rules: "self-assessment", a new burden of proof for companies», *European air law and policy*, 2005, pp. 45-55.

Sorinas, Sergio, y Kanellopoulos, Hélène, «La nouvelle communication de la Commission sur la clémence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 11, 2007, pp. 66-71

SPECTOR, David, «Position dominante collective: du bon usage des "critères Airtours"», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2007, pp. 26-30.

— «From harm to competitors to harm to competition: one more effort, please!», *European competition journal*, vol. 2, 2006, special issue, pp. 145-162.

STRATAKIS, Alexandros, «Comparative analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 8, pp. 434-442.

TATON, Xavier, «Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003: note», *Revue de droit commercial belge = Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht*, 112e année, 2006, 6, pp. 648-661.

TEMPLE LANG, John, «Dominance under art. 82 EC/art. 7 KG and in merger control: current problems of dominance in changing markets», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 181-232.

— «Commitment decisions and settlements with antitrust authorities and private parties under European antitrust law», *International antitrust law & policy*, 2005-2006, pp. 265-324.

THIELE, Dominic, «Zur Verfassungswidrigkeit des Paragr. 81 IV GWB», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 52Jahrg, 2006, 8, pp. 999-1007.

TRITTMANN, Rolf, «Art. 81 und 82 EGV in der schiedsgerichtlichen Praxis», *Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht*, 2006, pp. 57-68.

VANDENCASTEELE, Alexandre, y WAELBROECK, Denis F., «Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation?: quelques commentaires à propos du document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'art. 82 aux abus de monopolisation», *Revue internationale de droit économique*, 1, 2006, pp. 87-121.

VELJANOVSKI, Cento, «Penalties for price fixers: an analysis of fines imposed on 39 cartels by the EU Commission», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 9, pp. 510-513.

VEZZOSO, Simonetta, «The incentives balance test in the EU Microsoft case: a pro-innovation «economics-based» approach?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 7, pp. 382-390.

WACHSMANN, Anne, «Les limites de l'approche actuelle en matière d'abus de position dominante», *Concurrence & consommation*, núm. 146, 2006, pp. 4-8.

WAGNER-VON PAPP, Florian, «Who is't that can inform me?: the exchange of identifying information», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 4, pp. 264-270.

WENANDER, Henrik, «Withdrawl of national administrative decissions under European administrative law (i-21 Germany GmbH and Arcor AG & Co. KG vs. Bundesrepublik Deutschland, judgement of the European Court of Justice of 19 September 2006, joined cases C-392/04 and C-422/04)», *European law reporter*, núm. 2, 2007, pp. 54-60.

WHISH, Richard, «Commitment decisions under art. 9 of the EC Modernisation Regulation: some unanswered questions», *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, 2006, pp. 555-572.

WICKIHALDER, Urs, «The distinction between an "agreement" within the meaning of art. 81(1) of the EC Treaty and unilateral conduct», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 87-117.

WILD, Claudia, «Modernisation of EU competition policy: one year on: Auswirkungen der art. 81 Abs. 1 und art. 81 Abs. EGV und der neuen EG-

Kartellverfahrensordnung 1/2003 auf Schweizer Unternehmen, oder, Effizienzfortschritte zu Lasten der Rechtssicherheit?», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 123-141.

WILS, Wouter P. J., «Is criminalization of EU competition law the answer?», *Criminalization of competition law enforcement*, 2006, pp. 60-109.

— «Does the effective enforcement of arts. 81 and 82 EC require not only, fines on undertakings, but also individual penalties, and in particular imprisonment?», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 411-452.

— «Leniency in antitrust enforcement: theory and practice», *World competition*, vol. 30, 2007, núm. 1, pp. 25-64.

— «Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under art. 9 of Regulation núm. 1», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 3, pp. 345-366.

WIRTZ, Markus Marcell, y MÖLLER, Silke, «Das Diskussionspapier der Kommission zur Anwendung von art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 56, 2006, Heft 3, pp. 226-234.

ZARKA, Jean-Claude, «Le droit d'accès au dossier en matière de concurrence et le juge communautaire: note», *La semaine juridique*, Édition générale, núm. 46, 2006, pp. 2126-2127.

ZINZI, Maddalena, «Principio di proporzionalità e criteri per il calcolo delle sanzioni per violazione della concorrenza», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2006, pp. 1981-1984.

ZULEEG, Manfred, «Criminal sanctions to be imposed on individuals as enforcement instruments in European competition law», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 453-462.

ZURIMENDI ISLA, Aitor, «El concurso de normas en el derecho antitrust y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 244 2006, pp. 77-83.

C. Restricciones verticales de la competencia

BELLIS, Jean-François, y FAVART, Martin, «Accords de distribution et autres types d'accords verticaux», *Actualités en droit européen et rappel de quelques principes*, 2006, pp. 53- 74.

BIONDETTI, Matteo, y GALASSO, Orsola, «Il sistema di distribuzione selettiva e le problematiche connesse al rifiuto di fornitura di parti di ricambio», *Il diritto industriale*, anno XIV, 2006, núm. 2, pp. 141-147.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS. Inforeg, «Les contrats de distribution exclusive: cahier pratique», *Cahiers de droit de l'entreprise*, núm. 6, 2006, pp. 55-58, 5.455.6.

FAELLA, Gianluca, «Le intese verticali», *La concorrenza*, 2006, pp. 105-146.

HESSELINK, Martijn Willem, *Commercial agency, franchise and distribution contracts (PEL CAFDC)*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 371 pp.

KILESTE, Patrick, y STAUDT, Cécile, «Les accords verticaux et les pratiques concertées dans le secteur automobile», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 14e année, 2006, núm. 126, pp. 33- 42.

MERKT, Benoît, y FISCHER, Philipp, «Distribution sélective et ventes sur Internet», *Aktuelle juristische Praxis = Pratique juridique actuelle*, 16Jahrg, 2007, 3, pp. 317-328.

NIEBLING, Jürgen, «Die aktuelle Entwicklung im Vertriebsrecht: am Beispiel des Automobilvertriebs», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 52Jahrg, 2006, 11, pp. 1334-1336.

ROITMAN, David, «Legal uncertainty for vertical distribution agreements: the Block Exemption Regulation 2799/1999 ("BER") and related aspects of the new Regulation 1/2003», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 5, pp. 261-268.

TREACY, Pat, «Intellectual property transactions and block exemptions: the future?», *Computer and telecommunications law review*, vol. 11 (2005), issue 6, pp. 191-193.

VEELKEN, Winfried, «Kombination von Alleinvertrieb und selektivem Vertrieb in den «vertikalen» EG-Gruppenfreistellungsverordnungen: (Verordnung Nr. 2790/ 1999, VO Nr. 1400/2002)», *Recht und spontane Ordnung: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag*, 2006, pp. 487-528.

WAELBROECK, Denis F., «Vertical agreements: 4 years of liberalisation by Regulation n. 2790/99 after 40 years of legal (block) regulation», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 85-110.

WIJCKMANS, Frank; TUYTSCHAEVER, Filip, y VANDERELST, Alain, *Vertical agreements in EC competition law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 464 pp.

WILLEMART, Stéphane, «Accords verticaux: la distribution d'automobiles», *The European legal forum = Forum iuris communis europae,* Section I, 6th year 2006, issue 2-3, pp. 80-87.

D. ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

ARHEL, Pierre, «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (septembre 2006)», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 251, pp. 10-20, núm. 252, pp. 13-17.

— «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence: A.765.326 (février-mars 2006)», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 206, pp. 4-18.

— «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (juin 2006)», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 216, pp. 6-16.

— «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (juillet-août 2006)», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 231, pp. 4-14.

— «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (décembre 2005-janvier 2006)», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 146, pp. 20-21.

— «Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (octobre-décembre 2006)», *Petites affiches*, 396e année, 2007, núm. 41, pp. 6-22.

ASHTON, David, y VOLLRATH, Christian, «Choice of court and applicable law in tortius actions for breach of Community competition law», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 1, pp. 1-27.

BARBIER DE LA SERRE, Éric, «L'autorité, le juge et la clémence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 77-85.

BARTELS, Wolfgang, *Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren: das Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 220 pp.

BASEDOW, Jürgen, «Private enforcement of art. 81 EC: a German view», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 137-145.

BELLIS, Jean-François, Review of the Commission's decisions on fines by the Community Courts, *Jean-François Bellis ERA-Forum*, núm. 1, 2006, pp. 27-39.

BONATTI, Roberto, «La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LX, 2006, núm. 1, pp. 193-214.

BUTTAZZI, Barbara, «La Corte di giustizia esclude l'Autorità garante per la concorrenza dal rinvio pregiudiziale», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LX, 2006, núm. 3, pp. 1017-1033.

CASSINIS, Paolo, «Nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement», *Contratto e impresa. Europa*, anno XI, 2006, núm. 2, pp. 719-750.

CAVALLARO, Maria Cristina, «Autorità garanti per la concorrenza e nozione comunitaria di giurisdizione nazionale», *Europa e diritto privato*, 2, 2006, pp. 825-835.

CHAGNY, Muriel, «Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 86-89.

CIAMPANI, Ermanno, «Parallel proceedings tra organi comunitari ed autorità giurisdizionali interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità», *Il diritto processuale civile internazionale*, 2006, pp. 139-149.

COLAVECCHIO, Antonio, «L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: porte chiuse per le autorità indipendenti?», *Quaderni costituzionali,* anno XXVI, 2006, núm. 1, pp. 137-141.

CRISCUOLI, Paolo, «Quale giudice a tutela della concorrenza?: riflessioni sul riparto di competenza tra il Tribunale e la Corte di appello, alla luce della "modernizzazione" del diritto della concorrenza», *Diritto del commercio internazionale*, 20.1, 2006, pp. 205-214.

CUMMING, George, «Conditional fees and enforcement of EC competition law: England and Scotland: ordinary civil courts and the Competition Appeal Tribunal», *Civil justice quarterly*, vol. 25, 2006, pp. 529-545.

— «The use of English civil procedure in order to enforce European competition», *Civil justice quarterly*, vol. 25, 2006, pp. 99-112.

DAHAN, Thierry, «Mise en oeuvre du règlement 1/2003 et de l'ordonnance du 4 novembre par le Conseil de la concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 122-125.

DAVIES, John, y DAS, Manish, «Private enforcement of Commission commitment decisions: a steep climb not a gentle stroll», *Fordham international law journal*, vol. 29, 2006, núm. 5, pp. 917-951.

DERAINS, Yves, «Specific issues arising in the enforcement of EC antitrust rules by arbitration courts», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 323-339.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ, Loraine, «Contraintes et risques pour l'entreprise dans l'utilisation des nouveaux instruments des autorités de concurrence», *Concurrence & consommation*, núm. 146, 2006, pp. 56-58.

DRAKE, Sara, «Scope of courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 6, pp. 841-864.

DUCORE, Daniel P., «Settlement of competition conduct violations at the United States antitrust agencies and at the European Commission: some observations», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 227-242.

EHLERMANN, Claus-Dieter, y ATANASIU, Isabela, *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, Hart, 2003, 478 pp.

FEDERMANN, Bernd A., *Kriminalstrafen im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 574 pp..

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Aplicación del derecho de la competencia en litigios privados», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 133-176.

FITCHEN, Jonathan, «Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 13, 2006, núm. 4, pp. 381-401.

FLERE, Pavle, «Impact of EC competition law on arbitration proceedings», *Slovenian law review*, vol. III, 2006, núm. 1-2, pp. 155-175.

FRESE, Michael J., «The negative interplay between national custodial sanctions and leniency», *Criminalization of competition law enforcement*, 2006, pp. 196-213.

FREUND, Heinz-Joachim, «Application of general principles of Community law in the review of Comission decisions on fines by the Community Courts», *ERA-Forum*, núm. 1, 2006, pp. 40-52.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, y PAYET, Marie-Stéphane, «Droit de la concurrence», Paris, Dalloz, 2006, 451 pp.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, «Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del derecho de la competencia», Actas de derecho industrial y derecho de autor, t. 26, 2005-2006, pp. 171-186

GAUER, Céline, y JASPERS, Maria, «Designing a European solution for a "one-stop leniency shop"», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 12, pp. 685-692

GEPPERT, Martin, y ATTENDORN, Thorsten, *Beck'scher TKG-Kommentar: [Telekommunikationsgesetz]*, Aufl. München, Beck, 2006, 2154 pp.

GERADIN, Damien, y PETIT, Nicolas, «Judicial remedies under EC competition law: complex issues arising from the "modernisation" process», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 393-439.

GERBER, David J., y CASSINIS, Paolo, «The "modernisation" of European Community competition law: achieving consistency in enforcement», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 1, pp. 10-18, issue 2, pp. 51-57.

GUSTAFSSON, Magnus, y HOSEINIAN, Foad, «Private enforcement of EC competition law: Swedish Supreme Court judgement on the validity of "follow-on" contracts», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 1, pp. 5-9.

HENNEBERRY, Edward P., «Private enforcement in EC competition law: the passing on defence and standing for indirects purchasers, representative organisations and other groups», *ERA-Forum*, núm. 1, 2006, pp. 15-26.

HERRERA CUEVAS, Edorta E., «Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles: estado de la cuestión», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 242, 2006, pp. 26-50.

HODGES, Christopher J. S., «Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?», *Common market law review*, vol. 43, 2006, núm. 5, pp. 1381-1407.

HOEPFNER-LÉGER, Isabelle, «Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles: pistes de réflexion: étude», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, núm. 48, 2006, pp. 2050-2054.

IANNUCCELLI, Paolo, «La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 67-71.

IANNUCCELLI, Paolo, «Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?», *Rivista delle società*, Anno 51, 2006, fasc. 4, pp. 710-796.

IDOT, Laurence, «Arbitration and the reform of Regulation 17/62», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 307-321.

— «Ordre public, concurrence et arbitrage: état de la rencontre», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 12-15.

JACOBS, Francis Geoffrey, y DEISENHOFER, Thomas, «Procedural aspects of the effective private enforcement of EC competition rules: a Community perspective», *European competition law annual 2001-2003*, pp. 187-227.

JONES, Clifford A., «A new dawn for private competition law remedies in Europe?: reflections from the US», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 95-108.

— «Private enforcement in the US: Nostradamus strikes again: a premature US perspective on the EU's green paper on private enforcement», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 369-384.

KEßLER, Jürgen, «Private Enforcement: zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 52Jahrg, 2006, 9, pp. 1061-1070.

KLEES, Andreas, «Der Grundsatz ne bis in idem und seine Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN)», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 56Jahrg, 2006, Heft 12, pp. 1222-1230.

KNOEPFLER, François, «Droit de la concurrence et réserve de l'ordre public en arbitrage», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 16-20.

KROES, Neelie, «More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate», *ERA-Forum*, núm. 1, 2006, pp. 10-14.

LADDIE, Hugh, Sir, «Procedural issues related to the private enforcement of EC antitrust rules: the case of England», *European competition law annual 2001-2003*, pp. 229-232.

LEGAL, Hubert, «Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 107-116.

LEMAIRE, Christophe, «La clémence: nouvelle étape de la convergence des droits de la concurrence en Europe», *Lemaire Europe*, 16e année, 2006, núm. 12, pp. 4-8.

LEVER, Jeremy, «Effective private enforcement of EC antitrust rules substantive remedies: the viewpoint of an English lawyer», *European competition law annual 2001-2003*, pp. 109-117.

LOWE, Philip, «La lutte contre les cartels et la politique de clémence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 73-75.

LOWE, Philip, «Enforcement authorities», *International antitrust law & policy*, 2005-2006, pp. 43-60.

MACCHIA, Marco, «L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fasc. 1, 2007, pp. 173-209.

MARTIN, John S., «Private antitrust litigation in Europe: what fence is high enough to keep out the US litigation cowboy?», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 1, pp. 2-7.

MASSEY, Patrick, «Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability?», *Criminalization of competition law enforcement*, 2006, pp. 176-195.

MASSON, Antoine, «"Private enforcement" vertical et horizontal: les difficultés d'une conciliation», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 79.

MOMÈGE, Chantal, «Les engagements en droit de la concurrence: premier bilan de la pratique décisionnelle (2004-2005)», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 213- 222.

MUGUET-POULENNEC, Gwenaël, «Vers une définition du plaignant et du secret professionnel devant la Commission», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 90-96.

NAZZINI, Renato, «Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust: sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XI, 2006, 1, pp. 97-135.

NORDSJO, Andreas, «Regulation 1/2003: power of the Commission to adopt interim measures», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 6, pp. 299-308.

NOURISSAT, Cyril, «Quel rôle pour la Charte des droits fondamentaux en droit communautaire de la concurrence?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 64-66.

OSTER, Thomas, «La gestion des demandes de clémence dans un contexte international», *Cahiers de droit de l'entreprise*, núm. 1, 2007, pp. 33-38.

PARRET, Laura, «L'accès au juge après la modernisation du droit communautaire de la concurrence», *Droit de la concurrence*, 2006, pp. 91-112.

PAULIS, Emil, «Nouvelles procédures et méthodes de coopération entre institutions», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 41-49.

PHEASANT, John, «Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's Green paper», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 7, pp. 365-381.

PUEL, Frédéric, y FRANÇOIS-MARTIN, Laurent, «Méthodologie d'une démarche de clémence», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 80-84.

QUERZOLA, Lea, «La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXI, 2007, núm. 1, pp. 279-291.

REDON, Denis, «Libres propos sur la procédure de clémence: loyauté, dénonciation et droit de la concurrence», *Gazette du Palais*, 126e année, 2006, núm. 82 à 83, pp. 10-13.

REYNOLDS, Michael J., y ANDERSON, David G., «Immunity and leniency in EU cartel cases: current issues», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 2, pp. 82-90.

RIFFAULT-SILK, Jacqueline, «Modernisation of EU competition policy: one year on: the view of national courts», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 147-157.

— «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 6, 2006, pp. 84-90.

RILEY, Alan J., y PEYSNER, John, «Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 5, pp. 748-761.

RÜGGEBERG, Jakob, y SCHINKEL, Maarten Pieter, «Consolidating antitrust damages in Europe: a proposal for standing in line with efficient private enforcement», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 3, pp. 395-420.

SANDHU, Jatinder S., «The European Commission's leniency policy: a success?», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 3, pp. 148-157.

TESAURO, Giuseppe, «Private enforcement of EC antitrust rules in Italy: the procedural issues», *European competition law annual 2001. 2003*, pp. 267-281.

— «The evolution of European competition law and the Italian Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 71-82.

THYRI, Peter, «Wieviel "private Enforcement" braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?», *Ecolex*, 17Jahrg, 2006, Heft 10, pp. 800-804.

TÜRK, Alexander Heinrich, «Modernisation of EC antitrust enforcement», *EU administrative governance*, 2006, pp. 215-243.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard, «Modernisation: will it increase litigation in the national courts and before national authorities?», *Modernisation and enlargement*, 2004, pp. 129-158.

VAN GERVEN, Walter, «Substantive remedies for the private enforcement of EC antitrust rules before national courts», *European competition law annual 2001-2003*, pp. 53-93.

VESTERDORF, Bo, «Economics in Court: reflections on the role of judges in assessing economic theories and evidence in the modernised competition regime», *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, 2006, pp. 511-530.

WILS, Wouter P. J., «Powers of investigation and procedural rights and guarantees in EU antitrust enforcement: the interplay between European and national legislation and case-law», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 1, pp. 3-24.

WOLLMANN, Hanno, «Zum Schwerpunkt "private Enforcement"», *Ecolex*, 17Jahrg, 2006, Heft 10, pp. 796-797.

E. CONTROL DE CONCENTRACIONES

ARIANO, Ylenia, «La concorrenza: concentrazioni», *L'Unione europea*, 2005, pp. 313-334.

BÄR-BOUYSSIÈRE, Bertold, «"Tetra Laval" und der wettbewerbspolitische Paradigmenwechsel: die gerichtliche Kontrolle wettbewerbstheoretischer Ansätze am Beispiel der Fusionskontrolle», *Recht und Ökonomie im europäischen Wettbewerbsrecht*, 2006, pp. 85-93..

BARON, Michael, «Das neue Kriterium "erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs" (SIEC) in der europäischen Fusionskontrolle: Anmerkungen zum Verhältnis von 3.456 deutscher und europäischer Fusionskontrolle», *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 9-20.

BARTOSCH, Andreas, «Neues zur Beweislastverteilung in der europäischen Fusionskontrolle», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 20, pp. 619-621.

BAXTER, Simon; DETHMERS, Frances, y DODOO, Ninette, «The GE/Honeywell judgment and the assessment of conglomerate effects: what's new in EC practice?», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 141-167.

BAXTER, Simon, y DETHMERS, Frances, «Collective dominance under EC merger control: after airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 3, pp. 148-160.

BELLIS, Jean-François, «L'application du règlement sur le contrôle des concentrations (1er janvier 2004-31 décembre 2005)», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 14e année, 2006, núm. 131, pp. 205-211.

BERLIN, Dominique, «Concentrations (1er juillet 2005-15 juillet 2006)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 4, 2006, pp. 687-716.

BISHOP, Simon; LOFARO, Andrea, y ROSATI, Francesco, «Turning the tables: why vertical and conglomerate mergers are different», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 7, pp. 403-406.

BLANKE, Gordon, *The use and utility of international arbitration in EC Commission merger remedies: a novel supranational paradigm in the making?*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006, 342 pp.

— «International arbitration in EC merger control: a "supranational" lesson to be learnt», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 6, pp. 324-337.

BONIN, Andreas von, «Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse nach dem Urteil GE/Kommission: ein einheitlicher Standard für die Analyse nicht-horizontaler Fusionen durch die EU-Kommission», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 56Jahrg, 2006, Heft 5, pp. 466-476.

BOUGETTE, Patrice, «La Commission dresse un premier bilan des remèdes employés dans le contrôle des concentrations», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 9-14.

BROBERG, Morten P., *The European Commission's jurisdiction to scrutinise mergers*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 2006, 445 pp.

BUDZINSKI, Oliver, «An economic perspective on the jurisdictional reform of the European merger control system», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 119-140.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Las concentraciones de empresas*, Madrid, Colex, 2006, 332 pp.

CARDONNEL, Pascal, «Jurisprudence en matière de concentrations conglomérales: bilan et perspectives», *Concurrence & consommation*, núm. 150, 2006, pp. 42-45.

CARPI BADIA, José María, «Control jurisdiccional de la aceptación o rechazo por la Comisión de compromisos en materia de control de concentraciones», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 411-434.

CONTI, Maurizio, «EU merger analysis: merger simulation models in the context of the merger», *Competition law insight*, vol. 5, 2006, issue 5, pp. 6-9.

COT, Jean-Mathieu, «Concurrence et environnement: approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, Droit de l'environnement et de la concurrence, pp. 4- 5.

DRAUZ, Götz, y KÖNIG, Michael, «The GE/Honeywell judgement: conglomerate mergers and beyond», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 2, pp. 107-139.

DRAUZ, Götz; JONES, Christopher, y BENGTSSON, Claes, *EU competition law*, vol. II, Mergers and acquisitions, Leuven: Claeys & Casteels, 2006, 1.208 pp.

EZRACHI, Ariel, «Behavioural remedies in EC merger control: scope and limitations», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 3, pp. 459-479.

FIBBE, Gijs K., «The different translations of the term "company" in the Merger Directive and the Parent-Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?», *EC tax review*, vol. 15, 2006, issue 2, pp. 95-102.

FOLGMANN, Heike, «Veränderung der materiellen Beurteilungskriterien (SIEC-Test) im Rahmen der neuen europäischen Fusionskontrollverordnung», *Aktuelle*

Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts. Bd. 7 (2005), pp. XLII-XLIV, 71-118.

FRENZ, Walter, «Scharfe Kontrolle auch von Fusionsgenehmigungen: das Urteil Impala als Vorbild für eine wirksame Wettbewerbssicherung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 18, pp. 545.

FUCHS, Andreas, «Abschaffung der Zweidrittel-Klausel?: zur Zukunft des Subsidiaritätsprinzips in der europäischen Fusionskontrolle», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 56Jahrg, 2006, Heft 4, pp. 355.

GAMBUTO, Simone, «Il controllo delle concentrazioni», *La concorrenza*, 2006, pp. 387-446.

GIANNACCARI, Andrea, «Il caso GE/Honeywell», *Mercato concorrenza regole*, anno VIII, 2006, núm. 1, pp. 141-149.

GIRARDET, Florens, *Internationales Fusionskontrollrecht: Konflikt und Konvergenz*, Frankfurt am Main: Lang, 2006, 244 pp.

GUERSENT, Olivier, «L'analyse des fusions non horizontales par la Commission européenne», *Concurrence & consommation*, núm. 150, 2006, pp. 45-49.

HERMANNS, Ferdinand, «Fusionskontrolle und Schiedsgerichtsbarkeit», *Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht*, 2006, pp. 33-43.

HERRMANN, Florian, «Harte Landung für Easyjet: der Zusammenschluss von Air France und KLM vor dem EuG [easyJet Airline Co. Ltd (easyJet) vs. Kommission, EuG vom 4. Juli 2006, T-177/04]», *European law reporter*, núm. 9, 2006, pp. 374-382.

HINDS, Anna-Louise, «The new EC merger regulation: the more things change the more they stay the same?», *European business law review*, vol. 17, 2006, issue 6, pp. 1693-1713.

HIRSBRUNNER, Simon, «Entwicklungen der europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 23, pp. 711-716.

IDOT, Laurence, «Mergers in the media sector: business as usual?», *The evolution of European competition law*, 2006, pp. 170-190.

— «Prémières vues sur l'arrêt General Electric c/ Commission du 14 décembre 2005: prolongement de la jurisprudence Tetra Laval ou nouvelle étape dans le contrôle juridictionnel des concentrations?», *Europe*, núm. 2, 2006, pp. 4-7.

ILZKOVITZ, Fabienne, y MEIKLEJOHN, Roderick, *Commission des Communautés européennes, European merger control: do we need an efficiency defence?*, Cheltenham, Elgar, 2006, 326 pp.

IMMENGA, Ulrich, «Der SIEC-Test der europäischen Fusionskontrolle als Kompetenzfrage», *Recht und spontane Ordnung: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag*, 2006, pp. 269-284.

IORIO, Eliana, «Commento alla decisione della Commissione europea Johnson & Johnson/Guidant in tema di concentrazioni societarie», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, anno XLV, 2006, núm. 3, pp. 573-582.

KARL, Matthias, «Prognoseentscheidungen in der europäischen Fusionskontrolle: Beweisanforderungen an die Europäische Kommission für die Untersagung von Zusammenschlussvorhaben», *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 209-227.

KÄSEBERG, Thorsten, «Are merger control and art. 82 EC in the same market?: the assessment of mergers which facilitate exclusionary conduct under EC

merger control», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 8, pp. 409-423.

KILLICK, James, «The GE/Honeywell judgment: in reality another merger defeat for the Commission», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 1, pp. 52-62.

KLUMPP, Ulrich, *Die «Efficiency Defense» in der Fusionskontrolle: eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Zusammenschlusskontrolle nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 281 pp..

KOCMUT, Mitja, «Efficiency considerations and merger control: quo vadis, Commission?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 1, pp. 19-27.

KOGEL, Lars, *Zuständigkeitsabgrenzung in der Fusionskontrolle zwischen EU und Mitgliedstaaten: eine Untersuchung der gegenwärtigen Rechtslage und der Möglichkeiten ihrer Verbesserung*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 286 pp.

LABRADA TELLADO, M.ª Luz, y FORNELLS DE FRUTOS, Jordi, «El sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones en Europa: fortalezas y debilidades», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 309-330.

LETTL, Tobias, «Der Anwendungsbereich des Fusionskontrollrechts auf den Anteilserwerb durch Finanzinstitute und Versicherungen», *WM – Wertpapiermitteilungen*, 60Jahrg, 2006, Heft 6, pp. 253-265.

LÉVÊQUE, François, «Quelle efficacité des remèdes du contrôle européen des concentrations?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 27-31.

LINDSAY, Alistair, *The EC merger regulation: substantive issues*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, 667 pp.

LORIOT, Guillaume, «Actualité du droit des concentations. IV, Pratiques récentes de la Commission européenne», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 116-118.

MACKERNAN, Colm, *A practical guide to intellectual property in mergers & acquisitions*, London, Sweet & Maxwell, 2006, 189 pp.

MEINHARDT, Marcel, y BISCHOF, Judith, «Dominance under art. 82 EC/art. 7 KG and in merger control: Nachfragemacht nach revidiertem Kartellrecht», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 233-251.

MONTAG, Frank, «Das GE/Honeywell-Urteil des EuG: Absage an konglomerate und vertikale Effekte in der europäischen Fusionskontrolle?», *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 339-355.

MORGAN, Eleanor J., «Merger policy in the EU», *New developments in UK and EU competition policy*, 2006, pp. 78-109.

MOTIS, Jrissy; NEVEN, Damien, y SEABRIGHT, Paul, «Efficiencies in merger control», *European merger control*, 2006, pp. 303-318.

MURSCHITZ, Katharina, «Das Joint Venture (JV) Sony/BMG: der Versuch einer kritischen Betrachtungsweise», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 52Jahrg, 2006, 2, pp. 232-236.

NOTHDURFT, Jörg, «Die Entscheidung des EuGH im Fall Tetra Laval: Würdiges und Merkwürdiges zum Beweismaß und anderen Fragen, nicht nur bei konglomeraten Zusammenschlüssen», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 3, pp. 306-321.

ODRIOZOLA, Miguel, y IRISSARRY, Belén, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones ¿Un nuevo desafío o una misión imposible?», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 239-278.

OLIVER, Peter, «The standard of review of Commission merger decisions: life after "Tetra Laval"», *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, 2006, pp. 405-421.

OSTER, Thomas, «Contrôle des concentrations: la menace du recours à l'art. 22 du règlement communautaire sur les concentrations», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, núm. 11, 2006, pp. 517-521.

PAAS, Katri, «Non-structural remedies in EU merger control», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 5, pp. 209-216.

PAPANDROPOULOS, Penelope, «What can be expected from the Commission's non-horizontal merger guidelines?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2007, pp. 31-37.

PAPANDROPOULOS, Penelope, y TAJANA, Alessandro, «The merger remedies study: in divestiture we trust?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 8, pp. 443-454.

PETTERUTI, Carmine, «Il ruolo della Commissione delle Comunità europee nella tutela della concorrenza e nella vigilanza sulle operazioni di concentrazione nel mercato elettrico», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2006, pp. 1960-1965.

PFLANZ, Matthias, «Economic analysis and judicial review: the CFI on GE/Honeywell», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 2, pp. 139-178.

RABENAU, Stefanie, *Treuhand und Option in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle*, Frankfurt am Main: Lang, 2006, 317 pp.

REEVES, Tony, y DODOO, Ninette, «Standards of proof and standards of judicial review in EC merger law», *International antitrust law & policy*, 2005 2006, pp. 117-142.

RÖLLER, Lars-Hendrik, y DE LA MANO, Miguel, «The impact of the new substantive test in European merger control», *European competition journal*, vol. 2, 2006, núm. 1, pp. 9-28.

RÖLLER, Lars-Hendrik; STENNEK, Johan, y VERBOVEN, Frank, «Efficiency gains from mergers», *European merger control*, 2006, pp. 84-201.

SALERNO, Francesco Maria, «Current issues of EU merger control in the energy sector: a proposed framework to foster the dialogue», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 1, pp. 65-70.

SANTILLI, Giampiero, «Concorrenza nel mercato discografico ed «errore manifesto» della Commissione: il Tribunale impone un refinement dei criteri di valutazione delle concentrazioni», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2006, pp. 1977-1980.

SAXE, Henning, *Die Ausnahmen vom One-Stop-Shop-Prinzip in der europäischen Fusionskontrolle und ihre Auswirkungen auf das nationale Fusionskontrollrecht am Beispiel*, Aachen: Shaker, 2006, 223 pp.

SCHÜRNBRAND, Kathrin, *Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Fusionskontrolle*, Frankfurt am Main, Lang, 2006, 245 pp.

SCOTT, Andrew, «Last rites for the two-thirds rule in EC merger control?», *The journal of business law*, september 2006, pp. 619-630.

STENNEK, Johan, y VERBOVEN, Frank, «Merger control and enterprise competitiveness: empirical analysis and policy recommendations», *European merger control*, 2006, pp. 202-302.

TEMPLE LANG, John, «Dominance under art. 82 EC/art. 7 KG and in merger control: current problems of dominance in changing markets», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 181-232.

THÉOPHILE, Didier, y PARMENTIER, Hugues, «L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droits interne et communautaire», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 39-46.

THOUVENIN, Jean-Marc, «13 juillet 2006: première annulation d'une décision de la Commission autorisant une concentration entre Sony et BMG», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 501 2006, pp. 524- 529.

TODOROV, Francisco, y VALCKE, Anthony, «Judicial review of merger control decisions in the European Union», *The antitrust bulletin*, vol. 51, 2006, núm. 2, pp. 339-381.

VALLINDAS, Georges, «New directions in EC competition policy: the case of merger control», *European law journal: review of European law in context*, vol. 12, 2006, issue 5, pp. 636-660.

VAN MIERT, Karel, «Le protectionnisme: une entrave aux concentrations transfrontalières en Europe», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 9-11.

VÖLCKER, Sven B., y O'DALY, Cormac, «The Court of First Instance's Impala judgment: a judicial counter-reformation in EU merger control?», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 11, pp. 589-596.

WACHSMANN, Anne, «La pratique des autorités de concurrence en matière de concentrations verticales», *Concurrence & consommation*, núm. 150, 2006, pp. 35-41.

WEIDENBACH, Georg, y LEUPOLD, Henning, «Das GE/Honeywell-Urteil des EUG: spannende Rechtsfragen im Überfluss», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 4, pp. 154-163.

— «Das Impala-Urteil des EUG: gemeinsame Marktbeherrschung "letzter Akt"?», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 10, pp. 433-438.

WEITBRECHT, Andreas, «EU merger control in 2005: an overview», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 2, pp. 43-50.

— «EU merger control in 2006: the year in review», *European competition law review*, vol. 28, 2007, issue 2, pp. 125-133.

WENT, David, «The acceptability of remedies under the EC Merger Regulation: structural versus behavioural», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 8, pp. 455-475. B.228.359.

WIRTZ, Markus Marcell, y MÖLLER, Silke, «Fusionskontrolle: das Tetra Laval-Urteil des EuGH», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 16 Jahrg, 2005, Heft 4, pp. 145-149.

ZHU, Shilei, «Converge? Diverge?: a comparison of horizontal merger laws in the United States and European Union», *World competition*, vol. 29, 2006, núm. 4, pp. 635-651.

ZIMMER, Daniel, «Vorzüge und Leistungsgrenzen quantitativ-ökonomischer Analysen in Fusionskontrollverfahren: das Beispiel Oracle/PeopleSoft», *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 677-695.

F. AYUDAS PÚBLICAS

AMATUCCI, Fabrizio, «Agevolazioni fiscali ambientali, aiuti di Stato e incompatibilità comunitaria», *Rivista di diritto tributario internazionale = International tax law review*, 1, 2005, pp. 81-90.

ANTTONEN, Karoliina, «State aid in the EU emissions trading scheme national allocation plans», *Environmental policy instruments in liberalized energy markets*, 2006, pp. 265-280.

ARHOLD, Christoph, «Recovery of unlawful State aid by the Member States: the new German approach», *European state aid law quarterly*, vol. 5, 2006, núm. 1, pp. 9-14.

— «Beihilfenrückforderung nach Unternehmensveräußerung: zugleich Anmerkung zum Urteil des Gerichts erster Instanz in der Sache T-324/00», CDA, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 2, pp. 42-46.

— «Steuerhoheit auf regionaler oder lokaler Ebene und der europäische Beihilfenbegriff: wie weit reicht das Konzept von der regionalen Selektivität: zugleich Anmerkung zu EUGH, Urt. v. 6.9.2006, C-88/03, BECKRS 2006, 70646, Portugal/Kommission», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaf-tsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 23, pp. 717-721.

BABCZYNSKI, Jacek, «European State aid rules and their bearing on renewable energy sources», *Environmental policy instruments in liberalized energy markets*, 2006, pp. 155-177.

BARATA MIR, Joan, «Gli aiuti di Stato e il servizio pubblico radiotelevisivo», *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, 2006, pp. 125-136.

BARROT, Jacques, «La réforme des aides d'État au regard de la politique communautaire des transports», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 121- 124.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Claudio, «Aiuti di Stato e procedure concorsuali», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 135-164.

BOUQUET, Gaël, «Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des arts. 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 13, 2006, pp. 697-701.

BREVERN, Daniel von, «Die Rückforderung von staatlichen Beihilfen durch Verwaltungsakt», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 4, pp. 150-154.

— «Die Umsetzung von Beihilfe-Rückforderungsentscheidungen der Kommission», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 16 Jahrg, 2005, Heft 4, 154-162.

BÜHRLE, Folko, *Gründe und Grenzen des «EG-Beihilfenverbots»: art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, eine europäische Norm im Spannungsfeld von ökonomischer Rationalität und staatlichem Gestaltungsanspruch*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, 389 pp.

CAPELLO, Fausto, «La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato (1956-2006)», *Diritto e pratica tributaria*, vol. LXXVII, 2006, núm. 4, pt. II, pp. 803- 930.

CARTIER-BRESSON, Anémone, «Interrogations sur la récupération des aides d'État illégales: note», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 25, 2006, pp. 1397-1399.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y URRACA CAVIEDES, Carlos, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2005», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 244, 2006, pp. 41-76.

CHÉROT, Jean-Yves, «Aides d'État et juge national: le rôle du juge national dans la perspective de a réforme communautaire», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 75-83.

CHEYNEL, Benjamin, «Récupération des aides versées en violation du droit communautaire: interrogations, confirmation, sanction», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 72-79.

COLSON, Jean-Louis, «Aides d'État et concurrence: actualité 2005 et orientations prioritaires», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 136-138.

CROIZIER, Isabelle, «Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire relative aux aides d'État», *Le droit de l'Union européenne en principes: liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 2006, pp. 219-241.

DERENNE, Jacques, «Aides d'État et juge national: indications préliminaires de l'étude commanditée par la Commission européenne», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 86-95.

DE BEYS, Julien, «Aide d'Etat et financement des services publics: un bilan après l'adoption du paquet post-Altmark», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 14e année, 2006, núm. 125, pp. 1-10.

DE STEFANO, Maurizio, «Le agevolazioni fiscali concesse dalla legge italiana alle banche che effettuano operazioni di ristrutturazione sono aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario (nonostante i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto)», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXX, 2006, núm. 3, pp. 356-361.

DI MARIO, Alessandro, «Gli aiuti di Stato nel settore aereo: commento», *Giustizia amministrativa*, 3, 2006, pp. 524-527.

EBERLE, Carl-Eugen, «Gestaltung der deutschen Rundfunkordnung durch die europäische Beihilfenaufsicht?», *Festschrift für Karl-Peter Mailänder zum 70. Geburtstag am 23. Oktober 2006*, 2006, pp. 497-506.

EBNER, Martino, y GAMBARO, Edoardo, «La nozione di aiuti di Stato», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 17-53.

EHRICKE, Ulrich, «Auflagen, Bedingungen und Zusagen in Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 6, pp. 241-246.

FIEBELKORN, Vera, «Beihilfemissbrauch hat kurze Beine (Reinhold Haug vs. Land Baden- Württemberg, EuGH vom 4. Mai 2006, C-286/05)», *European law reporter*, núm. 6 2006, pp. 248-252.

— «Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen: wann liegt absolute Unmöglichkeit vor (Spanien vs. Kommission, EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, C-485/03 bis C-490/03)», *European law reporter*, núm. 2, 2007, pp. 64-68.

FILPO, Fabio, «La nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico», *Contratto e impresa. Europa*, anno XI, 2006, núm. 1, pp. 523-532.

FONTANA, Elisa, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, 211 pp.

FRENZ, Walter, «Kostenlose Emissionszertifikate und unangemessene Preise», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 56, 2006, Heft 7-8, pp. 737-747.

FRÜHLING, Pierre, «The new European Commission's guidelines on aid to airports and aid by, airports to airlines», *Air and space law*, vol. XXXI, 2006, issue 2, pp. 98-119.

GAMBARO, Edoardo, «La fase giurisdizionale», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 245-293.

GAMBARO, Edoardo, y PAPI ROSSI, Antonio, «Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 201-244.

GEIER, Heike, *Nationale Filmförderung und europäisches Beihilfenrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 216 pp.

GLATT, Jean-Mathieu, «Les difficultés de la récupération des aides indûment allouées (CE, 29 mars 2006», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 132, pp. 20-22.

— «Lignes directrices concernant les aides d'État visant à promouvoir les investissements à risque dans les petites et moyennes entreprises», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 158, pp. 3-4.

GOSSET-GRAINVILLE, Antoine, «Aides d'État et juge national: le point de vue du practicien», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 84-85.

GRAZIANO, Fabio, «Agevolazioni tributarie per le società cooperative ed aiuti di Stato», *Diritto e pratica tributaria*, vol. LXXVII, 2006, núm. 3, pt. II, pp. 465- 472.

GREB, Klaus, y KAELBLE, Hendrik, «Die beihilfenrechtliche Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe öffentlicher Aufträge über Marktpreis», *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jahrg. 56, 2006, Heft 10, pp. 1011-1022.

GUNTHER, Jacques-Philippe, «Aides d'État et entreprises défaillantes: le point de vue du praticien», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 100- 106.

HAMER, Jens, «Umweltabgabe auf Granulate, unzulässige Beihilfe? (EuG vom 13. September 2006, British Aggregates Association, T-210/02)», *European law reporter*, núm. 12, 2006, pp. 500-501.

HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom R., y SLOT, Pieter Jan, *EC State aids*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, 909 pp.

HEIDENHAIN, Martin, «Beihilfen für Binnenschiffer und Handwerker?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 8, pp. 225.

HEIDHUES, Paul, y NITSCHE, Rainer, «Comments on State aid reform: some implications of an effects-based approach», *European state aid law quarterly*, vol. 5, 2006, núm. 1, pp. 23-34.

HELIOS, Marcus, «EG-beihilfenrechtliche Vereinbarkeit von gemeinnützigkeitsabhängigen Steuervergünstigungen», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 2, pp. 61-65, Heft 3, pp. 108-120.

— «Indirekte Steuern als Gegenstand des EG-Beihilfenrechts», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 16Jahrg, 2005, Heft 5, pp. 208-212.

HENTSCHEL, Kristin, «Die Vereinbarkeit der deutschen Kulturförderung mit dem Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft», Frankfurt am Main: Lang, 2006, 331 pp.

HERTEL, Arne, *Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen*, Frankfurt am Main: Lang, 2006, 233 pp.

HOFFMANN, Jan Martin, y BOLLMANN, Michael, «Rückforderung vertraglich gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt?: VA-Befugnisse aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht bei Verstoß gegen die Beihilfevorschriften des EG-Vertrags», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 13, pp. 398-402.

— «Rückforderung vertraglich gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt?: VA-Befugnisse aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht bei Verstoß gegen die Beihilfevorschriften des EG-Vertrags», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 13, pp. 398-402.

HONORÉ, Michael, «The standing of third parties in State aid cases: the lessons to be drawn from the judgement case C-78/03 P, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum v. Commission», *European state aid law quarterly*, vol. 5, 2006, núm. 2, pp. 269-284.

JAEGER, Thomas, «Private Durchsetzung des Beihilfeverbots», *Ecolex*, 17Jahrg, 2006, Heft 10, pp. 804-809.

JANKOVEC, Barbara, «Obligation de désignation des bénéficiaires d'une aide», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 25-28.

— «Traitement des plaintes par la Commission et critère de l'imputabilité de l'aide», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 9, 2006, pp. 41-43.

JENNY, Frédéric, «Droit des aides d'État et raisonnement économique: encore un effort camarades!, *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 125- 128.

KARPENSCHIF, Michaël, «De nouveaux droits pour les entreprises bénéficiaires d'aides dans le contentieux communautaire des aides d'État?», *Revue Lamy droit des affaires*, núm. 4, 2006, pp. 36-39.

KEßLER, Jürgen, y DAHLKE, Ann, «Der soziale Wohnungsbau in Deutschland im Lichte des europäischen Beihilferechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 18Jahrg, 2007, Heft 4, pp. 103-106

KILB, Wolfgang, «Beihilfenkontrolle: Reform der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 15Jahrg, 2004, Heft 2, pp. 55- 62.

KOENIG, Christian, «EG-beihilfenrechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen», *Euro-päische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 7, pp. 203-208.

KOENIG, Christian, y WETZEL, Julia, «Beihilfenrückforderung nach einer Neuvergabe der Betriebsführung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaf-tsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 21, pp. 653-657.

KOENIGS, Kirsten, «Die deutsche Rundfunkgebühr und das europäische Beihilferecht», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 9Jahrg, 2006, Heft 1, pp. 135-176.

KREßE, Bernhard, *Gemeinwirtschaftliche Dienste im europäischen Beihilferecht*, Köln: Heymann, 2006, 193 pp.

KROES, Neelie, «Reforming Europe's state aid regime: an action plan for change», *European state aid law quarterly*, vol. 4, 2005, núm. 3, pp. 387-399.

LA LAURENCIE, Jean-Patrice de, «Table ronde: aides d'État et collectivités locales», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 113- 124.

LAMBERT, Christian, «Aides d'État dans le domaine postal: l'analyse économique du TPICE», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 51-52.

— «La Cour de justice se donnera-t-elle la compétence ou aura-t-elle l'envie de procéder à une véritable appréciation économique des aides d'État?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 167-172.

LEGAL, Hubert, «Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 69-73.

LELIEUR, Isabelle, «L'affaire Ryanair et ses conséquences sur les aéroports», *L'Europe des transports*, 2005, pp. 315-328.

LIPARDI, Pierpaolo, y STANCATI, Gianluca, «Aiuti di Stato e recupero di sgravi contributivi: note minime in tema di competenza fiscale degli oneri relativi», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXX, 2006, núm. 40, pp. 6191-6194.

MARINO, Silvia, «Gli aiuti di Stato nella recente giurisprudenza comunitaria (2000-2005)», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XI, 2006, 3, pp. 607-638.

MARQUES, Alfredo, «State aid policy and structural funds: conflicts and complementaries», *Getting down to gearing up for Europe*, 1999, pp. 68-80.

MARTÍN LÓPEZ, Jorge, *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*,Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 436 pp.

MAURER, Peter, *Umweltbeihilfen und Europarecht: eine Untersuchung am Beispiel der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in Europa*, Maurer Berlin, Logos, 2006, 252 pp.

MAXIAN-RUSCHE, Tim, «Les aides d'État et le transport aérien», *Concurrence & consommation*, núm. 150 2006, pp. 84-89.

MEDINA GONZÁLEZ, Sara, *Ayudas públicas y libre competencia en el sector audiovisual*, Marcial Pons, 2006, 312 pp.

MEIER, Eric, «Taxe d'équarrissage et aides d'État: les contribuables sont tombés sur un os!: note», *Revue de droit fiscal*, núm. 21-22, 2006, pp. 1052-1055.

MENTO, Sandro, «Le garanzie procedurali nel controllo comunitario degli aiuti di Stato: il commento», *Giornale di diritto amministrativo*, anno XII, 2006, núm. 11, pp. 1197-1202.

MET-DOMESTICI, Alexandre, «Aides d'État, service public et droit communautaire: éléments de clarification sur la validité des compensations de service public», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 34, 2006, pp. 1881-1888.

MEYER, Dirk, «Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht der Mitgliedstaaten und EU-Beihilfekontrolle», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 16Jahrg, 2005, Heft 5, pp. 193-201.

MOGYOROSIOVÁ, Zuzana, «State aid in the enlarged Europe Slovak case: with emphasis on motor vehicle and steel industries», *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. 7, 2005, pp. XLVII-XLIX, 265-327

MORENO MARCOS, Marta, «Deudas a la seguridad social de empresa en crisis frente al régimen comunitario de las ayudas de Estado: (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2004: asunto C-276/02 España c. Comisión)», *Revista de derecho social*, núm. 30, 2005, pp. 129-143.

MUGUET-POULENNEC, Gwenaël, «Transparence et aides d'État: comment mettre en oeuvre le droit général d'accès aux documents?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 11, 2007, pp. 62-65.

NOVELLI, Roberta, «Il complesso problema della ricevibilità dei ricorsi di annullamento nel settore degli aiuti di Stato», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2006, pp. 844-847.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos: el régimen comunitario europeo de las subvenciones otorgadas por las administraciones españolas*, Barcelona: Bosch, 2006, 262 pp.

OSTI, Cristoforo, «Di alcuni problemi degli aiuti di Stato», *Mercato concorrenza regole*, anno VIII, 2006, núm. 3, pp. 429-454 1598.

PASCUAL, Álvaro, «General Electric contra Comisión: ¿un epílogo?», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 435-448.

PIRODDI, Paola, «Gli aiuti esistenti», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 95-134.

PÖCKER, Markus, «Der EUGH, das Beihilferecht und die Prozeduralisierung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law =Revue européenne de droit économique*, 18Jahrg., 2007, Heft 6, pp. 167-171.

PORCHIA, Ornella, «La giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti pubblici alle imprese», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2006, pp. 818-832.

PSYCHOGIOPOULOU, Evangelia, «EC State aid control and cultural justifications», *Legal issues of economic integration*, vol. 33, 2006, núm. 1, pp. 3-28.

RABASSA, Valérie, «Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 65-68.

RASCHE, Verena, «Rundfunkgebühren als staatliche Beihilfe», European law reporter, núm. 4, 2006, pp. 169-174.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, «El plan de acción de la Comisión Europea en materia de ayudas estatales», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 26, 2005-2006, pp. 533-540,

ROSSI, Pierpaolo, «Aiuti di Stato: la Commissione propone l'eliminazione dei regimi fiscali preferenziali di Malta», *Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXX, 2006, núm. 18, pp. 2721-2725.

SAMUEL-LAJEUNESSE, Denis, «Aides d'État et entreprises défaillantes: l'intervention de l'APE en matière d'aides au sauvetage et à la restructuration», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 97-99.

SÁNCHEZ RYDELSKI, Michael, *The EC State aid regime: distortive effects of State aid on competition and trade*, London, Cameron May, 2006, 848 pp.

— «Geographically limited national tax rate variations and State aid (case C-88/03, Portugese Republic vs. Commission, ECJ, judgment of 6 September 2006)», *European law reporter*, núm. 10, 2006, pp. 402-407.

SANTA MARIA, Alberto, y BISCARETTI DI RUFFÌA, Claudio, *Concorrenza e aiuti di Stato: un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2006, 333 pp.

SCHENK, Deborah H., «The Cuno case: a comparison of US subsidies and European State aid», *European state aid law quarterly*, vol. 5, 2006, núm. 1, pp. 3-8.

SEABRIGHT, Paul, «Une approche économique plus fine des aides d'État?: le plan d'action de la», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 8, 2006, pp. 164-167.

SEITZ, Claudia, y BREITENMOSER, Stephan, «Das europäische Beihilferecht im Bereich der staatlichen Steuermassnahmen», *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht = Annuaire suisse de droit européen 2005/2006*, 2006, pp. 159-175.

SERRANÒ, Maria Vittoria, *Aiuti di Stato e federalismo fiscale alla luce della sentenza della Corte UE causa C-88/, Il fisco: giornale tributario di legislazione e attualità*, anno XXX, 2006, núm. 39, pp. 6044-6050.

SIMONSSON, Ingeborg, «On the emerging obligation for Member State authorities to supervise and, enforce EC State aid law, and the resulting need to consider», *Swedish studies in Europan law*, vol. 1, 2006, pp. 233-256.

SOLER ROCH, María Teresa, «Le misure fiscali selettive secondo la giurisprudenza della Corte di, giustizia sugli aiuti di Stato», *Rivista di diritto tributario internazionale = International tax law review*, 1, 2006, pp. 19-35.

SOLTÉSZ, Ulrich, «Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilferecht: Parallelen, Gegensätze und Perspektiven», *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, 2006, pp. 501-513.

— «Private Rechtsdurchsetzung durch Wettbewerber im europäischen Beihilferecht: Vision oder Illusion?», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht = Journal of competition law*, 4Jahrg, 2006, Heft 4, pp. 388-399.

SPECTOR, David, «L'économie politique des aides d'État et le choix du critère, d'appréciation», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2 ,2006, pp. 34-43.

SOLTÉSZ, Ulrich, y SEIDL, Simone, «Regionalflughäfen im Visier der Brüsseler Beihilfenkontrolle: die Ryanair-Praxis der Kommission und die neuen Leitlinien», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 5, pp. 211-218.

SPINELLI, Ermelinda, «Interruzione del termine di prescrizione per il recupero di aiuti di Stato non notificati senza che il beneficiario ne sia al corrente: quale tutela per le imprese?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2006, pp. 389-394.

STADLMEIER, Sigmar, y RUMERSDORFER, Birgit, «Sonderkonditionen für Low Cost Carriers als Beihilfen», *Gegenwärtiger Stand und zukünftige Entwicklungen des EU-Binnenmarktes*, 2006, pp. 291-309.

SÜHNEL, Steffen, «Der "Private Investor Test" im Beihilfenrecht», *Europäisches Wirtschafts-& Steuerrecht*, 18Jahrg, 2007, Heft 3, pp. 115-120.

SUTTER, Franz Philipp, «EG-Beihilfenrecht: zwei Grundsatzfragen zum Durchführungsverbot vor dem, EUGH», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht = European journal of business law = Revue européenne de droit économique*, 17Jahrg, 2006, Heft 11, pp. 321.

TEDOLDI, Alberto, «La tutela dinanzi ai giudici nazionali in caso di aiuti illegali», *Concorrenza e aiuti di Stato*, 2006, pp. 295-323 6.360.

THIEFFRY, Patrick, «Les aides d'État et la protection de l'environnement», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, Droit de la concurrence et droit de l'environnement, pp. 30-39.

TOULEMONT, Betty, y DU PASQUIER, James, «Actualité de l'impact des règles relatives aux aides d'État sur le droit fiscal», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 242, pp. 4-9.

UWER, Dirk, y WODARZ, Katharina, «Verabschiedung des Gesetzesvorbehalts bei der Umsetzung von Kommissionsentscheidungen im EG-Beihilfenrecht?», *Wodarz Die öffentliche Verwaltung*, 59Jahrg, 2006, Heft 23, pp. 989-996.

VAN HOOF, Marc, «Aides d'État et entreprises défaillantes: le point de vue de la Commission européenne», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2006, pp. 107- 109.

VERRIGNI, Caterina, «Tributi di scopo, tutela ambientale e divieto di esecuzione degli aiuti di Stato», *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, anno LXV, 2006, núm. 1, pt. II, pp. 8-26.

WEMAËRE, Matthieu, y GRIMEAUD, David, «La promotion des énérgies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'État», *Gazette du Palais*, 126e année, 2006, núm. 18 à 19, pp. 23-37.

WISHLADE, Fiona G., «EU State aid control», *New developments in UK and EU competition policy*, 2006, pp. 232-261.

ZILLER, Jacques, «I poteri della Commissione europea ed il controllo del giudice europeo sulle decisioni in tema d'aiuti di Stato», *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, 2006, pp. 83-101.

ZULEGER, Volker, «Risikokapital und staatliche Beihilfen», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 16Jahrg, pp. 481-488.

G. COMPETENCIA Y REGULACIÓN SECTORIAL

ARIÑO Y ASOCIADOS, *Energía en España y desafío europeo: seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Granada: Fundación de Estudios de Regulación, 2006, 417 pp.

ARNDT, Felix, «Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund: eine Typologie der Verwaltungskooperationsformen am Beispiel des Energiesektors», *Die Verwaltung*, 39, Bd, 2006, Heft 1, pp. 100-118.

BARTH, Lena, «Die Regulierung des UMTS-Mobilfunks in Europa», *European law reporter*, núm. 4, 2006, pp. 193-197.

BAUR, Jürgen F.; PRITZSCHE, Kai Uwe, y SIMON, Stefan, *Unbundling in der Energiewirtschaft: ein Praxishandbuch*, Köln: Heymann, 2006, 652 pp.

BOUQUET, Gaël, «Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des arts. 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 13, 2006, pp. 697-701.

CAGGIANO, Giandonato, «Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 1-22.

CAÑIZARES PACHECO, Enrique, «La decisión de la Comisión Europea en el caso Wanadoo Interactive», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 487-502.

CARLÓN RUIZ, Matilde, «El servicio universal de telecomunicaciones», *Revista de administración pública*, 171, 2006, pp. 35-78.

CELLI, Enzo; PETTINARI, Laura, y PIAZZA, Roberto, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Torino, Giappichelli, 2006, 145 pp.

CHEBEL-HORSTMANN, Nadia, *La régulation du marché de l'électricité: concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, 2006, 501 pp.

CHONÉ, Philippe, «Droit de la concurrence et régulation sectorielle: entre ex ante et ex post», *Les engagements dans les systèmes de régulation*, 2006, pp. 49-72.

COT, Jean-Mathieu, «Concurrence et transport: approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations», *Concurrence & consommation*, núm. 150, 2006, pp. 89-94.

— «Concurrence et environnement: approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 119, pp. 6-13.

CUERDO MIR, Miguel, y DURÁ JUEZ, Pedro, «Protocolo de Kyoto y defensa de la competencia en la UE y en España», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 85-112.

CURRÒ, Alessandro, *Il diritto alla concorrenza delle idee: il mercato dell'audiovisivo*, Padova, CEDAM, 2006, 144 pp.

DE STREEL, Alexandre, «Services d'intérêt économique général et communications électroniques», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 339-384.

— *On the edge of antitrust: the relationship between competition law and sector regulation in European electronic communications*, Florence: European University Institute, Department of Law, 2006, 365 pp.

DELVOLVÉ, Pierre, «L'entreprise européenne d'intérêt général dans le secteur électrique (le cas franco-italien)», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 23-39.

DI MARIO, Alessandro, «Gli aiuti di Stato nel settore aereo: commento», *Giustizia amministrativa*, 3, 2006, pp. 524-527.

DURAND, Benoît, «Analyse concurrentielle des alliances dans les transports aériens», *Revue de la concurrence et de la consommation*, núm. 144, cahier spécial concurrence 2006, Relations inter-entreprises et droit de la concurrence, pp. 31-33.

EHLERMANN, Claus-Dieter, y ATANASIU, Isabela, *European competition law annual 2004: the relationship between competition law and the (liberal) professions*, Oxford, Hart, 2006, 610 pp..

EINHORN, Talia, «The liberalization of postal services: Israeli and European perspectives», *Recht und spontane Ordnung: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag*, 2006, pp. 103-136.

FABIANO, Laura, «Il diritto disciplinare sportivo e la tutela della concorrenza: qualche riflessione sul rapporto fra il diritto comunitario ed il fenomeno del doping», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2006, pp. 1867-1873.

FALCE, Valeria, «Profili antitrust dei sistemi informativi: sulla divergenza della prassi nazionale rispetto ai principi comunitari», *Diritto del commercio internazionale*, 20.1, 2006, pp. 119-135.

FEDERICO, Giulio, «Les effets concurrentiels des concentrations dans le secteur du gaz et de l'éléctricité», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 7, 2006, pp. 9-12.

FERRARO, Angelo, «Competition law and consumer protection in Italy, the EU and the UK: the need for European standardization of models and solutions to antitrust law», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 2, pp. 345-395.

FIRST, Harry, Liberal or learned?: «European and US antitrust approaches to the professions», *European competition law annual 2004*, 2006, pp. 239-270.

FRIGNANI, Aldo, «Diritti sportivi e concorrenza», *Il diritto industriale*, anno XIV, 2006, núm. 5, pp. 443-446.

FRÜHLING, Pierre, «The new European Commission's guidelines on aid to airports and aid by airports to airlines», *Air and space law*, vol. XXXI, 2006, issue 2, pp. 98-119.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, «EG-Wettbewerbsrecht und Postmarktliberalisierung», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 16Jahrg, 2005, Heft 11, pp. 490-498.

GILLIAMS, Hans, «Competition law and public interest: do we need to change the law for the (liberal) professions?», *European competition law annual 2004*, 2006, pp. 295-333.

GRAF, Thomas, «Übertragungsrechte für Sportereignisse im europäischen Wettbewerbsrecht aus der Sicht von Sportverbänden», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 14Jahrg, 2006, Heft 2, pp. 371-379.

GRARD, Loïc, «Le droit européen des transports: une référence pour le service public en environnement de concurrence», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 387-419.

— «Libéralisation des transports et droit de la concurrence: point de situation», *Concurrence & consommation*, núm. 150, 2006, pp. 69-74.

GRAZIADIO, Serena, «Mercati digitali e diritto antitrust», *Il diritto industriale*, anno XIV, 2006, núm. 6, pp. 562-580.

GYSELEN, Luc, «Anti-competitive State action in the area of liberal professions: an EU/US comparative law perspective», *European competition law annual 2004*, 2006, pp. 353-395.

HENNION, Sylvie, «Services sociaux et concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 5 2006, pp. 801-810.

HOCEPIED, Christian, y DE STREEL, Alexandre, «Harmonisation without centralisation: two years of experience with the EU regulatory framework for electronic communications», *Les engagements dans les systèmes de régulation*, 2006, pp. 75-64.

ISIDORO, Cécile, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en oeuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, 664 pp.

JIMÉNEZ LATORRE, Fernando, «"Uneven playing filed" en las industrias del gas y de la electricidad en Europa», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 209-238.

KARLSSON, Martin, «Implementation of the new EU regulatory framework for electronic communications: "the Swedish issue" and direct effect in triangular situations», *Europarättslig tidskrift*, Årg. 8, 2005, nr. 4, pp. 751-767.

KOENIG, Christian, y FECHTNER, Sonja, «EG-Wettbewerbsrecht versus staatliches Glücksspielmonopol?», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 17Jahrg, 2006, Heft 12, pp. 529-536.

LÉVÊQUE, François, «La mise en oeuvre du droit de la concurrence dans les industries électriques et gazières: problèmes et solutions», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2006, pp. 28-33.

LONDON, Caroline, «Competition and environment: an ecologically rational agreement», *Reflections on 30 years of EU environmental law*, 2006, pp. 141-158.

LOOZEN, Edith, «Professional ethics and restraints of competition», *European law review*, vol. 31, 2006, núm. 1, pp. 28-47.

MANGEAT, Grégoire, y AEPLI, Fabien, «Anti-doping and competition law (David Meca-Medina, Igor Majcen vs. Commission, judgment of the ECJ of 18 July 2006, C-519/04)», *European law reporter*, núm. 9, 2006, pp. 365-368.

MARTIN, Gilles, «Environnement et concurrence: approche en droit de l'environnement», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 119, pp. 15-17.

MASSEY, Patrick, «Are sports cartels different?: an analysis of EU Commission decisions concerning collective selling agreements for football broadcasting rights», *World competition*, vol. 30, 2007, núm. 1, pp. 87-106.

MASSIMINO, Fausto, «Recenti applicazioni delle norme sulla concorrenza nel mercato farmaceutico», *Il diritto industriale*, anno XIV, 2006, núm. 6, pp. 550-561.

MAZZA, Rita, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, 3 ed., Torino, Giappichelli, 2006, 207 pp.

MENDES DE LEON, Pablo, «Liberalising international aviation with the ECJ judgment re Open Skies and the Community clause», *Project 2001 Plus*, 2006, pp. 119-127.

MIÈGE, Colin, «Contrôle d'une règlementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence», *La semaine juridique*, Édition générale, núm. 48, 2006, pp. 2227-2229.

MOMBAUR, Peter Michael, «EU-Kompetenzen: Daseinsvorsorge (art. 36 GRC, art. 16, 86 EGV, Art. II-6 EU-Verfassungsentwurf): Beispiel, Regulierung der Energiemärkte», *Europäische Verfassung im Werden*, 2006, pp. 123-131.

MYHRE, Jonas W., «The pharmaceutical sector: art. 81 EC and art. 82 EC: imperfect tools for an imperfect market?», *Liber amicorum in honour of Sven númrberg*, 2006, pp. 377-404.

NIKOLINAKOS, Nikos Th., *EU competition law and regulation in the converging telecommunications, media and IT sectors*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, c2006, XVII, 698 pp.

NÚMUGARET, Gilles, «L'achèvement de la libéralisation du transport ferroviaire de fret: revitalisation ou coup de grâce pour le fret ferroviaire?», *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 11, 2007, pp. 116-121.

PEREIRA, Miguel Mendes, «Collective copyright management and competition law: myths and legends haunting the battle for the virtual world», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 2, 2006, pp. 24-27.

PIETRANCOSTA, Alain, «Concurrence et marchés financiers: croisons les droits!», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 1, 2007, pp. 69-76.

PRIETO, Catherine, «La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 397-438.

RAPP, Lucien, «Le droit de la concurrence dans le secteur des communications électroniques: entre modernité et modernisation: sur quelques avis et décisions récents du Conseil de la concurrence (2000-2004) relatifs au dégroupage de la "boucle locale" et à l'accès au réseau internet», *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, pp. 453-470.

REHULKA, Johannes, «Art. 86 Abs 2 EGV im Elektrizitätsbinnenmarkt», *Ecolex*. 17Jahrg, 2006, Heft 11, pp. 945-948.

REIFEGERSTE, Stephan, «Le droit communautaire de la concurrence ne s'applique pas à la réglementation antidopage (TPICE, 30 septembre 2004): note», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 157, pp. 27-29.

RISLUND, Olle, «Legal professional privilege in EU competition proceedings: time for legislation?», *Liber amicorum in honour of Sven númrberg*, 2006, pp. 433-445.

RIZZO, Fabrice, «Confrontation entre les règles gouvernant la compétition sportive et le droit de la concurrence», *Revue Lamy de la concurrence*, núm.6, 2006, pp. 116-118.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, «Aeropuertos regionales y aerolíneas de bajo coste», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 279-308.

SENIGAGLIA, Roberto, «Diritto antitrust e potere di autodeterminazione tariffaria nel mercato delle professioni intellettuali», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, anno XXII, 2006, núm. 4, pt. II, pp. 200-214.

SIRAGUSA, Mario, «Critical remarks on the Commission's legal analysis in its report on competition in professional services», *European competition law annual 2004*, 2006, pp. 583-590.

SOUTO, Luis F., y MAS MÁÑEZ, Xavier, «Comercio paralelo de medicamentos», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 449-486.

SZYSZCZAK, Erika, «Competition and the liberalised market», *Regulating the internal market*, 2006, pp. 87-104.

H. COMPETENCIA Y SERVICIO PÚBLICO

AUBY, Jean-François, «Une directive communautaire sur les services d'intérêt général: état et perspectives», *Revue française de droit administratif*, 22e année 2006, núm. 4, pp. 778- 787.

BALDINATO, Massimo, «Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 1, pp. 227-240.

BARATA MIR, Joan, «Gli aiuti di Stato e il servizio pubblico radiotelevisivo», *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, 2006, pp. 125-136.

BARBÉ, Vanessa, «La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence: approche comparée», *Petites affiches*, 395e année, 2006, núm. 134, pp. 8-13.

BASSI, Nicola, «I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 1, pp. 69-127.

BEL, Germà; CALZADA, Joan, y FAGEDA, Xavier, «Liberalización en los servicios públicos en red», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 177-208.

BOHNE, Jochen, y HEINBUCH, Holger, «Die Dienstleistungskonzession als Privatisierungsmodell in der kommunalen Abwasserbeseitigung», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 25Jahrg, 2006, Heft 5, pp. 489- 497.

BOISSARD, Béatrice, «Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 5 2006, pp. 1301-1323.

BRAUM-SCHLEICHER, Tanja, *Daseinsvorsorge und Service public durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk: eine Analyse im Lichte der Dienstleistungsfreiheit und des europäischen Beihilfesystems*, Frankfurt am Main: Lang, 2006, 172 pp.

CAGGIANO, Giandonato, «Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 1-22.

— «Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva», *Studi sull'integrazione europea*, anno I, 2006, núm. 1, pp. 61-75.

CALSOLARO, Oronzo Marco, «S.pp.a. in mano pubblica e in house providing: la Corte di giustizia Ce torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?», *Il foro amministrativo*, C.d.S., vol. V, 2006, 6, pp. 1670-1687.

CERULLI IRELLI, Vincenzo, «Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XVI, 2006, núm. 5, pp. 747-789.

CHALTIEL, Florence, «Les services d'intérêt général: développements récents», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, núm. 503, 2006, pp. 637- 641.

CHAMINADE, André, «La notion d'obligation de service public en droit communautaire: étude», *La semaine juridique*, Édition générale, núm. 43-44, 2006, pp. 1991-1996.

CHAVRIER, Géraldine, «Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence», *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 2, 2006, pp. 274-287.

CHEBEL-HORSTMANN, Nadia, *La régulation du marché de l'électricité: concurrence et accès aux réseaux*, Paris, L'Harmattan, 2006, 501 pp.

CHITI, Mario Pilade, «Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste», *Il foro amministrativo*, TAR, vol. V 2006, 3, pp. 1161-1169.

CINTIOLI, Fabio, «Servizi pubblici e concorrenza: servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza», *Il diritto dell'Unione europea*, anno XI, 2006, 3, pp. 453-488.

DAVIES, Gareth, «Competition, free movement, and consumers of public services», *European business law review*, vol. 17, 2006, issue 1, pp. 95-104.

DE BEYS, Julien, «Aide d'État et financement des services publics: un bilan après l'adoption du paquet post-Altmark», *Journal des tribunaux. Droit européen*, 14e année, 2006, núm. 125, pp. 1-10.

DE FALCO, Vincenzo, «Il complesso equilibrio tra attività di regolazione, esigenze del B.228.226 servizio universale e tutela della concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni in Belgio», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2006, pp. 1861-1866.

DE PRETIS, Daria, «Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2006, pp. 803-817.

DE STREEL, Alexandre, «Services d'intérêt économique général et communications électroniques», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 339-384.

DELVOLVÉ, Pierre, «L'entreprise européenne d'intérêt général dans le secteur électrique (le cas franco-italien)», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 23-39.

DEMURO, Ivan, «La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali», *Giurisprudenza commerciale*, 33.5, 2006, pt. II, pp. 780-797.

DONY, Marianne, «Les notions de "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général"», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 3-38.

DRIJBER, Berend Jan, «Les services d'intérêt général et la libre prestation des services», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 65-97.

FATÔME, Étienne, y MÉNÉMÉNIS, Alain, «Concurence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 2, 2006, pp. 67-73.

FERRARI, Erminio, «Imprese pubbliche comunitarie e State trading enterprises», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 57-71.

FERRARI, Giuseppe Franco, «Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2006, pp. 271-277.

FILPO, Fabio, «La nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico», *Contratto e impresa. Europa*, anno XI, 2006, núm. 1, pp. 523-532.

FRATEA, Caterina, «I servizi di interesse economico generale in Europa: un primo sguardo al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», *La Costituzione europea*, 2006, pp. 165-190.

GIORELLO, Marco, «Gestion in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1, 2006, pp. 23-50.

GRARD, Loïc, «Le droit européen des transports: une référence pour le service public en environnement de concurrence», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 387-419.

HEIMLER, Alberto, «Public or private provision of infrastructure services?: if private, fixed term concessions or full privatization?», *International antitrust law & policy*, 2005-2006, pp. 525-544.

HERMES, Georg, «La disciplina europea dei servizi pubblici», *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, 2006, pp. 113-123.

IDOT, Laurence, «Concurrence et services d'intérêt général: bref bilan des évolutions postérieures au Traité d'Amsterdam», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 39-63.

KARPENSCHIF, Michaël, «Face au droit communautaire: quel avenir pour le financement des services publics?», *Revue juridique de l'entreprise publique: cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 56e année, 2006, núm. 628, pp. 43-56.

KOSTOPOULOS, Kostis, *Les obligations de service public dans les lignes aériennes et les aéroports en droit communautaire de la concurrence*, Athènes: Ant. N. Sakkoulas; Bruxelles: Bruylant, 2005, 498 pp.

LEMAIRE, Christophe, «Énergie et services d'intérêt économique général», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 215-301.

LENOIR, Nümëlle; ROSKIS, Dan, y DORÉMUS, Charlotte-Mai, «L'Europe et l'achèvement du marché intérieur: en quoi l'art. 86 du Traité CE peut-il jouer un rôle utile?», *Gazette du Palais*, 126e année, 2006, núm. 284 à 285, pp. 2-19.

LIGNEAU, Philippe, y SALERES, Carole, «Associations de solidarité, services sociaux d'intérêt général et concurrence dans l'Union européenne», *Revue de droit sanitaire et social*, núm. 5, 2006, pp. 789-800.

LÓPEZ SANZ, Isabel, y VALVERDE, Carmen, «Sector postal y competencia», *Anuario de la competencia 2004*, Marcial Pons, 2006, pp. 331-350.

LOUIS, Jean-Victor, y RODRIGUES, Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 450 pp.

LYNSKEY, Orla, «The application of art. 86(2) EC to measures which do not fulfil the Altmark criteria: institutionalising incoherence in the legal framework governing State compensation of public service obligations», *World competition*, vol. 30, 2007, núm. 1, pp. 153-168.

MADURO, Miguel Poiares, «L'État-caméléon: formes publique et privée de l'homo economicus», *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, pp. 79-91

MARAIS, Bertrand du, «Régulation, service public et démocratie: une décennie de mutations», *Régulation économique et démocratie*, 2006, pp. 41-67.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, «Rechtsstellung und Marktstellung der Inhaber gewerblichen und kommerziellen Eigentums im europäischen Gemeinschaftsrecht: zum Verhältnis von art. 36 und art. 86 EGV», *Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, 2006, pp. 315-327.

MET-DOMESTICI, Alexandre, «Aides d'État, service public et droit communautaire: éléments de clarification sur la validité des compensations de service public», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 34, 2006, pp. 1881-1888.

MUNRO, Catriona, «Competition law and public procurement: two sides of the same coin?», *Public procurement law review*, núm. 6, 2006, pp. 352-361.

NICINSKI, Sophie, «Application de la jurisprudence Altmark par le juge administratif français: note», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 24, 2006, pp. 1347-1350.

NIHOUL, Paul, «Droit européen, consommateurs et services d'intérêt économique général», *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 163-212.

RICHER, Laurent, «Droit d'accès et service public», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 2, 2006, pp. 73-79.

RODRIGUES, Stéphane, «Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire», *L'actualité juridique: droit administratif*, núm. 2, 2006, pp. 84-90.

ROSSI, Giampaolo, *L'impresa europea di interesse generale*, Milano: Giuffrè, 2006, 198 pp..

SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, «Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)», *Revista de derecho mercantil*, núm. 262, 2006, pp. 1447-1487.

VAN DEN ABEELE, Éric, *Les services d'intérêt général: état du débat européen*, Bruxelles: CRISP, 2005, 72 pp.

VELO, Dario, «L'impresa europea di interesse generale», *L'impresa europea di interesse generale*, 2006, pp. 107-122.

YERNAULT, Dimitri, «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *Revue de droit de l'ULB*, vol. 33 2006, 1, pp. 67-206.

3. OTROS SISTEMAS

BERNITZ, Ulf, «European and Nordic competition law: how well do they correspond?», *Liber amicorum in honour of Sven Norberg*, 2006, pp. 71-85.

CATRICALÀ, Antonio, «La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: tendenze e prospettive in Italia», anno LV, 2006, núm. 4-5, pt. I, pp. 143-153.

CLARKE, Roger, y MORGAN, Eleanor J., *New developments in UK and EU competition policy*, Cheltenham, Elgar, 2006, 296 pp.

CUMMING, George, «Conditional fees and enforcement of EC competition law: England and Scotland: ordinary civil courts and the Competition Appeal Tribunal», *Civil justice quarterly*, vol. 25, 2006, pp. 529-545.

GRUBER, Johannes Peter, «The Austrian Cartel Act 2005», *European competition law review*, vol. 27, 2006, issue 2, pp. 58-63.

HOLM, Christer A., «Competition law enforcement in Sweden and in the EU: present trends», *International antitrust law & policy*, 2005-2006, pp. 441-456.

LIANOS, Ioannis, «The reform of Greek competition law: going "my own way"?», *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, núm. 3, 2006, pp. 169- 175.

NIHOUL, Paul, «Concurrence: le projet de loi belge au regard du droit communautaire», *Liber amicorum Jacques Malherbe*, 2006, pp. 821-853.

TÓTH, Tihamér, «Competition policy in the new Member States: an inside view from Hungary», *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, pp. 257-274.

SÉPTIMA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

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

Bulgaria: Commission on Protection of Competition
http://www.cpc.bg/public/index.php

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
http://www.uvk.gov.si/

Estonia: Competition Board
http://www.konkurentsiamet.ee

España: Comisión Nacional de la Competencia (desde 1 de septiembre de 2007)
http://www.cncompetencia.es/

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/

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León
http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/EconomiaEmpleo/Page/PlantillaN2DGTextoBuscadores/1157374121695/_/_?asm=jcyl&tipoLetra=x-small

España: Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid
http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM_Agrupador_FP&pagename=ComunidadMadrid/Estructura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242

España: Servicio Vasco de Defensa de la Competencia
http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-18959/es/contenidos/informacion/portada_svdc/es_psvdc/portada_svdc.html

Finlandia: Kilpailuvirasto
http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi

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.minefi.gouv.fr/directions_services/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/gvh/alpha?do=2&st=2&pg=96&m19_act=4

Irlanda: The Competition Authority
http://www.tca.ie/home/index.aspx

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.php

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence
http://www.eco.public.lu/attributions/iconc/index.html

Malta: Consumer and Competition Division, Ministry of Competitiviness & Communications of Malta
http://www.mcmp.gov.mt/consumer_fairtrade.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 Traiding
http://www.oft.gov.uk/

República Checa: Office for the Protection of Competition
http://www.compet.cz/en/

Rumania: Competition Council
http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en

Suecia: Swedish Competition Authority
http://www.kkv.se/default____218.aspx

2. EUROPA NO COMUNITARIA

Croacia: Agency for Protection of Market Competition
http://www.aztn.hr/

Islandia: Competition Authority
http://www.samkeppni.is/samkeppni/is/

Israel: Antitrust Authority
http://www.antitrust.gov.il/Antitrust/en-US

Macedonia: Monopoly Authority
http://www.mon.upr.gov.mk/index-eng.htm

Noruega: Competition Authority
http://www.konkurransetilsynet.no/portal/page?_pageid=235,471065&_dad=portal&_schema=PORTAL

Rusia: Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship
http://hc.ru/ru/

Suiza: Commission de la Concurrence
http://www.weko.admin.ch/

Turquía: Competition Authority
http://www.rekabet.gov.tr/esayfa.html

Ucrania: Antimonopoly Committee
http://www.amc.gov.ua/
http://www.amc.gov.ua/amc/control/en/publish/article?art_id=44798

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://www.competitionbureau.gc.ca/

Canadá: Competition Tribunal
http://www.ct-tc.gc.ca/index.asp

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio
http://www.sic.gov.co/

Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia
http://www.coprocom.go.cr/

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/bc/index.shtml

Estados Unidos de América: Opinions of the Attorney General of Washington
http://www.atg.wa.gov/Antitrust/default.aspx

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://www.autoridaddelconsumidor.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

Filipinas: 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/

Nueva Zelanda: Buseiness Competition
http://www.comcom.govt.nz/

Tailandia: Business Competition Bureau
http://www.dit.go.th/diteng/

Taiwán: Fair Trade Commission
http://www.ftc.gov.tw/EnglishWeb/English.html

Uzbekistán: State Committee on Demonopolization and Competition Development
http://www.antimon.uz/eng/

5. ÁFRICA

Kenia: Monopolies and Prices Commission
http://www.treasury.go.ke/department.php?deptID=8

Sudáfrica: Competition Comission
http://www.compcom.co.za

Sudáfrica: Competition Tribunal
http://www.comptrib.co.za/

Zambia: Competition Commission
http://www.zcc.com.zm/

6. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: Asia-Pacific Economic Cooperation. Competition and Regulatory Reform
http://www.apecsec.org.sg/

APEC: Competition Policy and Law Database
http://www.apeccp.org.tw/

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela.
http://www.comunidadandina.org/

EFTA: EFTA Surveillance Authority
http://www.eftasurv.int/fieldsofwork/fieldcompetition/

EFTA: Court
http://www.eftacourt.lu/

FTAA-ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia
http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

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/
http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(papers).shtml

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/

International Competition Network
http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home

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.)

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2005
Lluís Cases (dir.)

DERECHO DE LOS SEGUROS PRIVADOS
Juan Bataller Grau
Nuria Latorre Chiner
Jesús Olavarría Iglesia

DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA
Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación
Lorenzo Federico Pace

ESTUDIOS DE DERECHO DE SOCIEDADES Y DERECHO CONCURSAL
Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde. 3 Tomos
Gaudencio Esteban Velasco (coord.)

GRUPO DE EMPRESAS Y DERECHO ANTITRUST
La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo
Pablo Girgado Perandones

fundación

ISBN: 978-84-9768-493-4