

HACIA UN CAMBIO DE LAS IDEAS SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES

José Eugenio SORIANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo

1. PRIMERAS APROXIMACIONES

El Derecho de la competencia provoca hoy actitudes de asombro, pasión y sorpresas. De ser un gran desconocido, ha pasado a resultar un elemento que acompaña casi habitualmente a las grandes decisiones empresariales. No resulta ya nada extraño en nuestro país comprobar que empresarios, agentes de los distintos mercados, operadores económicos y opinión pública lo tienen en cuenta en sus conversaciones, decisiones, foros. El neointervencionismo que supone, está sometiendo a tensiones a los mercados, desacostumbrados a estas técnicas de supervisión, lejanas, sin duda, a la vieja intervención administrativa directa. La Administración consigue constituirse en una especie de mando a distancia que vigila, inspecciona, disciplina y aun regula los mercados, pero sin que ello implique una participación inmediata en los procesos de tomas de decisiones. Esta es la nueva perspectiva para nuestro país que se avecina con la creciente fortaleza del Derecho de la competencia¹.

Hay que decir que, quienes desde hace algún tiempo predicábamos, entonces en el desierto, sobre la bondad de buscar estas nuevas aristas públicas con las que organizar los mercados, nos cuidábamos muy mucho de subrayar que lo que no cabía en modo alguno era convertir el Derecho de la competencia en un caos y en un desorden arbitrario con el que intervenir en los mercados. La gran preocupación de los juristas, en este punto distantes de los economistas, ha sido siempre la de conseguir algunas dosis de certeza, seguridad y estabilidad jurídica que haga viable este Derecho. Quizá lo que más nos ha preocupado ha sido, precisamente, comprobar cómo las sucesivas olas y modas económicas suponían un cambio brusco, en ocasiones inesperado también, sobre las actitudes, con-

¹ Véase, en general, SORIANO, J. E., *Derecho Público de la Competencia*, Madrid 1998, p. 17 ss.

ductas y comportamientos que puedan afectar a los distintos mercados. No nos ha convencido esa alegría, en ocasiones superficial, con la que los economistas modifican totalmente sus ideas. La falta de convicciones, unida, sin embargo, contradictoriamente a un peligroso fundamentalismo circunstancial, ha provocado cambios de raíz en las apreciaciones de cómo organizar desde el poder público la supervisión sobre los mercados. En este punto, pues, economistas y juristas se encuentran un tanto distanciados, ya que basta un cambio en la moda económica para que sin previo aviso se produzcan alteraciones radicales de los supuestos con los que la jurisprudencia explicaba —aprobando o reprobando— un determinado supuesto en el que el juicio «antitrust» determinaba básicamente el asunto. Como recuerda el gran STIGLER²: «La diferencia entre una disciplina que pretende explicar la vida económica (y, por tanto, todo comportamiento racional) y una disciplina que busca lograr la justicia en todos los aspectos de la vida humana, es profunda. Lo que significa que básicamente, economistas y juristas viven en mundos diferentes y hablan lenguajes distintos.» Y GARY BECKER, añade «Los economistas necesitamos también las contribuciones de los sociólogos, psicólogos, sociobiólogos, historiadores, antropólogos, científicos de la política, abogados y otros. Aunque defiendo que el enfoque económico proporciona un marco adecuado para la comprensión de cualquier tipo de comportamiento humano, no trato en modo alguno de devaluar las contribuciones de otros científicos sociales, ni siquiera trato de sugerir que la contribución del economista sea la más importante (...) el valor de las demás ciencias sociales no queda en absoluto disminuido ni siquiera por una aceptación completa y entusiasta del enfoque económico.»

De la mano de estos dos premios Nobel de la Escuela de Chicago, creo, pues, poder realizar así esta pequeña crítica al imperialismo económico, especialmente cuando es observado con recelo y sospecha la aportación de la Economía a otras ciencias que se sienten invadidas y contaminadas por su ataque. Creo que, sin complejo alguno de inferioridad, podemos exigir cada uno desde nuestro modesto lado, que cumplamos nuestro cometido, y en este sentido ninguna duda cabe de que el Derecho impone un *tempo lento* antes de precipitarse en acoger la primera teoría o el primer cambio que se produzca en otra disciplina, como es la Economía.

Así pues, las restricciones verticales, o con mayor precisión, la teoría económica que apoyaba la idea de que las restricciones verticales constituían un supuesto típico de atentado a la libre competencia, con toda evidencia se ha venido aplicando durante décadas. Tanto es así que era una de las coordenadas en las que se situaba todo análisis «antitrust». La idea de que había que atacar allí donde se encontrase la cadena de restricciones, con inclusión de las distintas fases de la producción, comercialización, etc., de un producto, bien o servicio, estaba bien consolidada.

² STIGLER, G. J., «Law or Economics?», *The Journal of Law and Economics*, vol. xxxv, octubre 1992.

Cierto que, en tono menor, venía indicándose que este tipo de atentados a los mercados no tenían la importancia de los acuerdos horizontales. Y, cierto también, que los tipos penales y administrativos que definían los acuerdos verticales, mezclaban distintos supuestos, entre los que la posición de dominio relativa ocupaba un lugar preponderante, al menos entendida como competencia desleal. Ahora bien, resulta preciso aclarar un tanto las cosas jurídicamente. No es sencillo estar al albur de los meros cambios de opinión de los doctrinarios económicos cuando sus pareceres tienen influencia directa sobre casos ante los Tribunales. La Economía dista de ser una ciencia. Desde luego el Derecho no lo es. En ambos casos, se trata de un conjunto de técnicas que tienen mucho de convención y de sobreentendido. Y, sin embargo, sea técnica o mero arte, el Derecho funciona y sirve para mucho en cualquier sociedad civilizada. Por eso mismo, con modestia y humildad, puesto que está en juego, en muchas ocasiones, el patrimonio de los individuos y de las organizaciones, es exigible alguna estabilidad en el Derecho «antitrust». Insisto: no hay duda de que si una teoría falla, conviene cambiarla y cuanto antes. Pero, al mismo tiempo, hay que ser un poco prudentes antes de lanzarse con banalidad y alegría no compartida, por la pendiente de las bruscas modificaciones de los supuestos con los que se viene operando en los Tribunales. Los economistas no entenderán fácilmente que el Derecho, al final, es el lenguaje común. Precisamente el lenguaje con el que se han de entender los distintos operadores económicos. La estabilidad en el Derecho es uno de los mejores negocios para las empresas. Y, por el contrario, la inseguridad jurídica es uno de los peores escenarios en que se pueden encontrar los inversores, empresarios y en general todos los agentes del mercado. El Estado de Derecho, entendido en su amplitud, es siempre una garantía para todos los que actúan en los mercados. Y parte de ese Estado de Derecho consiste, al final, en lograr tipos sancionadores, penales o administrativos, que sean exactos, precisos y estables. Dejar en la incertidumbre la seguridad de los resultados de una operación, es un reforzamiento indebido de la discrecionalidad, acaso arbitrariedad, administrativa, incompatible con la seguridad en las inversiones y, en general, con las expectativas de quienes actúen en el mercado.

Por eso, el cambio que propugna el denominado «Libro Verde» sobre las restricciones verticales, según entiendo, debe aceptarse *cum grano salis*. Antes de nada, bienvenido el debate provocado por la propia Comisión. Pero a continuación, hay que decir que esperemos que se logren una serie de objetivos que tienen que ser explicados con suficiente claridad. En concreto, se necesita saber si los cambios que se propugnan tienen vocación de permanencia y no constituyen una aventura temporal sometida a su vez a rápido cambio dependiente de la teoría económica. Y, en segundo término, si el avance que supone apostar por un mayor realismo no se hace a costa de aumentar la ya de por sí considerable inseguridad jurídica en este campo.

Es así que enmarcamos la propuesta de modificación en el ámbito de las restricciones verticales, siempre teniendo en cuenta, desde luego,

que nada se logra si no se avanza en la línea de conseguir mayor precisión y menor inseguridad a la hora de definir los tipos que luego los Abogados tendremos que defender ante los Tribunales.

2. EL SENTIDO DE LA REFORMA

Es cierto que hasta ahora se venía trabajando en el ámbito de las restricciones verticales con exceso de formalismo, legalismo y rigidez. Y nada hay que oponer, todo lo contrario, al dato de que la evolución en materia de restricciones verticales ha de evolucionar en el sentido que la nueva percepción económica de las mismas ha suscitado ya entre los autores, logrando un consenso básico. Pero dicho lo anterior, y aplaudiendo la idea de que hoy por hoy son excesivas las restricciones verticales, suscita, sin embargo, mayores dudas la tesis de que ese alto grado de formalización tenga que ser compensado mediante la técnica de aumentar solamente —exclusivamente diría un abogado de competencia— el razonamiento económico que opere sobre cada caso concreto.

La corrección de la afirmación de que la apreciación de un hecho tenga que partir de un enfoque económico, no empece que se formalice, en la medida posible, cual sea el efecto que produzca sobre el mercado la existencia de una restricción vertical. Aún más, entendemos que, una vez lograda la conclusión sobre dicho efecto en un caso concreto, éste pasa a constituirse en un precedente que es imprescindible utilizar. Aceptando la racionalidad de la tesis del caso —esto es que en vez de ir a grandes formulaciones dogmáticas examinemos mediante observación empírica un supuesto concreto y a partir de ahí, hagamos las inducciones que creamos precisas— hay que añadir inmediatamente que es a través del establecimiento de una serie de casos que podemos llegar a fijar reglas más o menos generales que ofrezcan garantías de cómo operar en el futuro. Lo preocupante de la apuesta, nada ingenua dicho sea de paso, por un método exclusivamente económico es el de la inseguridad que plantea. Así, la idea de que cada caso es distinto y que, por tanto, la Autoridad de Competencia entenderá con absoluta libertad en cada supuesto específico si se dan o si no se dan las restricciones, sin apenas vincularse con precedentes anteriores, implica entrar en un campo sembrado de minas que estallan en las manos que sostienen la seguridad jurídica, la estabilidad del Derecho y la igualdad de los ciudadanos y empresas ante la Ley.

Naturalmente que todo caso es distinto a otro. Pero de ahí no cabe inferir la absoluta libertad de la autoridad de competencia para empezar desde cero su razonamiento entendiendo que puede comenzar su argumentario como si no existiera ningún pasado que vinculara el razonamiento económico sobre la dimensión y efectos de esa restricción vertical. Es decir, el razonamiento de fondo será económico pero el procedimiento de raciocinio ha de ser exquisitamente jurídico. De no ser así, la ines-

tabilidad generada puede ser enorme y el poder de la Comisión prácticamente incontrolable. Ya lo es en alguna medida, así que hay que tener mucho cuidado con incrementar su tendencia irrefrenable hacia la arbitrariedad argumental. Dicho lo anterior, aceptando desde luego que la Comisión siempre actúa de buena fe, si bien es manifiestamente mejorable su procedimiento entero. Y es que nos encontramos con un terreno por colonizar jurídicamente. El Derecho de la competencia, especialmente en lo que a la definición de los distintos tipos de restricciones hace, es un campo no roturado todavía por el Derecho; el viejo arado que es la Ley no ha penetrado en este suelo con un surco lo suficientemente profundo.

Puesto que falta una teoría económica sobre la predicción que sobre el mercado generan estas restricciones verticales, sería muy conveniente acudir a formas de «Derecho suave» que de manera leve, pero sin ligereza, permitiera pronosticar con alguna fiabilidad cuál será la conducta de la Autoridad de Competencia sobre una determinada restricción vertical. Por ello, la acreditada idea de crear unos «Principios-Guía» que vayan más allá de una mera recopilación de doctrina legal y jurisprudencial, parece en este punto del todo aconsejable. Esta técnica, unida indisolublemente a las ideas propias del Derecho norteamericano, parece muy útil. Allí, en Estados Unidos, la «regla de razón» como técnica de razonamiento obliga a utilizar esas recomendaciones administrativas. Son auténticas circulares con efectos frente a terceros, que operan como interpretación auténtica y precisa, relativamente al menos, de lo que la Administración Pública entiende como una restricción. Y, sobre todo, permite conocer el *modus operandi* y el procedimiento razonador de la Administración. Su fuerza, recordémoslo, deriva de los principios constitucionales que imponen el juego limpio (proporcionalidad, igualdad, precedente, transparencia, contradicción...) que tanto han hecho por construir en el Derecho anglosajón un conjunto de técnicas al servicio del ciudadano.

El sistema continental, especialmente el comunitario, está más cerca de lo que parece del anglosajón. Recientemente, Luis MARTÍ MINGARRO ha escrito valiosas y hermosas páginas sobre el tema³. Justamente en el Derecho de la competencia, cada vez más, esa fusión a la que alude el Decano madrileño es cada vez más visible. Por ello mismo, entendemos, resulta perfectamente importable esa idea norteamericana. En realidad, todo el Derecho de la competencia procede de Estados Unidos, por lo que no debe resultar extraño que, pese a algunas diferencias de aproximación, en la Unión Europea debería seguirse cuantas técnicas permitan reducir el margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa a la hora de definir el papel, la dimensión y los efectos de las restricciones verticales.

³ MARTÍ MINGARRO, L., *Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión*, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (nueva época), núm. 200, abril-mayo 1999, p. 26 ss.

Veamos algunas otras reflexiones que suscita, con carácter general, el Libro Verde y su seguimiento.

Parece apropiado admitir un «recinto protegido» como escudo de legalidad para las situaciones en las que no exista poder de mercado. La necesaria economía de medios, los escasos recursos administrativos, la presión administrativa indirecta sobre los agentes, en fin, una mayor racionalidad en la aplicación del Derecho de la competencia, recomiendan aceptar que en determinados supuestos bien definidos, no se fiscalice necesariamente lo que en puridad formal y reglamentista podría parecer una restricción vertical. El sistema de lista negra, ofrece más seguridad que el procedimiento inverso, y resulta desde luego más atractivo por razones de seguridad jurídica.

Cambiando el eje del discurso, hay que expresar nuestra profunda conformidad con la tesis de que la distribución, en el seno de la Unión Europea, resulta menos dinámica que en otros países. Y, también, que eso es debido a que se utilizan normas de Derecho público totalmente desviadas de los fines que aparentemente defienden. Así, valga el ejemplo, la utilización del Derecho urbanístico para impedir en la práctica la instalación de determinadas fórmulas comerciales en el centro de la ciudad, es un error de bulto y, además, constitutiva de una crasa desviación de poder. Prohibir por esta vía el «descuento duro», por poner un ejemplo, es un error notable que debe rechazarse. El daño que ocasiona a la libertad de empresa, base en definitiva del Derecho de la competencia, es enorme. La casi permanente desviación de poder, dicho en términos técnicos, que aquí sucede en muchos países de la Unión, erosiona terriblemente la confianza en el Derecho como instrumento modesto pero fiable de unión entre las libertades económicas de los distintos países miembros. El daño que a la libertad de establecimiento y en general a los intercambios comerciales, ocasiona este tipo de «Mal Derecho» es muy importante y, además, se trata de perjuicios que van dañando acto a acto a las cuatro libertades comunitarias, especialmente vista la debilitada actitud que tiene hoy el Tribunal de Justicia sobre algunas de ellas desde el asunto Keck y Mithouard.

En esta misma línea, hemos de destacar que la potenciación de las cadenas europeas de distribución, en sí mismo es un objetivo bueno y lograble mediante el abatimiento de las barreras que hoy por hoy, permiten (y aún potencian) la fragmentación del mercado.

En este sentido, la propuesta que se desprende del texto que analizamos de conseguir la nivelación de precios entre los distintos países, debe obtenerse espontáneamente, como por generación automática, pero sin que esas diferencias entre los precios según países y zonas, responda siempre y sin más a un caso de discriminación. Los precios en los mismos sectores pueden ser distintos por múltiples causas, no necesariamente ilegales. Es decir, no son un síntoma indiscutible de que se haya producido un atentado a la competencia libre; puede ser que sí, pero no siempre y mucho menos de manera indefectible.

Refiriéndonos ahora a otro aspecto que ha sido tenido en cuenta por la Comunicación de la Comisión sobre aplicación de las normas comunitarias de competencia a las restricciones verticales, hay que decir que es saludable la tendencia pragmática con la que adorna toda su exposición. Así, el análisis de la estructura del mercado puede efectivamente confirmar que cuando la competencia entre marcas es débil y existen barreras de acceso en los sectores de la producción o de la distribución, se potencia el efecto anticompetitivo de las restricciones verticales y que cuando la competencia es fuerte entre marcas, los efectos anticompetitivos estarán compensados por la eficiencia y la competencia, siempre que a su vez el mercado no responda a una estructura oligopolística. También debe estimarse como correcta la idea de que hay que atender primordialmente al impacto sobre el mercado más que a la forma pura de los acuerdos; lo formal, ciertamente, no es lo superfluo, pero tampoco debe convertirse en la única clave decisoria. Naturalmente, teniendo siempre en cuenta que lo formal, la manera de producir la expresión de la voluntad, implica desde luego un signo, índice o módulo de comportamiento de la conducta del agente, que ha de ser muy valorado por el Derecho de la competencia.

Otras ideas muy meritorias del papel producido por la Comisión, es la de que los acuerdos «de minimis», no son importantes para los mercados y debe obviarse su persecución. Y que las «ventas pasivas» y las «importaciones paralelas» deben ser los límites últimos a la protección territorial absoluta en los casos de distribución exclusiva. Asimismo, es interesante la posición asumida por la Comisión de que es un análisis del mercado el que puede permitir comprobar cuáles han de ser los efectos restrictivos de las llamadas «redes de acuerdos» que, como los de compra exclusiva, puedan suponer un efecto anticompetitivo en el mercado.

Este documento de la Comisión está pleno de buenas ideas. Así, tiene todo el sentido del mundo que en el ámbito de la Unión Europea primen las políticas de integración, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos. En qué medida esto implica una dulcificación de la exigencia rígida de la aplicación de las restricciones verticales, es algo que está por ver en el futuro, sin que creamos que podemos pronunciarnos ahora sobre ello. De ahí se desprende que se quiera evitar en determinadas restricciones la posibilidad de una protección territorial absoluta.

Desde luego, la idea expresada en el documento de lograr con el tiempo una Autoridad única, expresa un horizonte más que aceptable. Y potenciar la seguridad jurídica, como venimos reclamando en este trabajo, es algo absolutamente esencial si se quiere conocer con exactitud la dimensión de una restricción vertical y su verdadera importancia. Hay que decir que las cartas administrativas no son fórmula seria y llevamos demasiado tiempo soportando la inseguridad que generan.

De ahí que, como venimos insistiendo hace tiempo, sea absolutamente capital lograr de una vez una ley de procedimiento administrativo comunitario. Los poderes ocultos de la Comisión deben ser rechazados y debe

aflorar su verdadera potestad en este ámbito, naturalmente sometida también a deberes.

3 COMENTARIOS CONCRETOS

A. CARENCIAS DE LA ACTUAL POLÍTICA: NECESIDAD DE UN ENFOQUE MÁS ECONÓMICO

Algo ya hemos indicado en el epígrafe anterior. El «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria»⁴ revisa cuarenta largos y complicados años de historia que criticaba de la manera que a continuación se describe.

De un lado, los Reglamentos de Exención por Categorías son demasiados estrictos y formales, por lo que han considerado los autores del documento que los requisitos resultan excesivamente legalistas y provocadores de rigidez en su aplicación a los supuestos en los que los mercados se desenvuelven. Y ciertamente, a estos Reglamentos les sucede, como en general a todo el Derecho comunitario, que al sobrevolar los temas a demasiada altura, solamente puede tener una idea figurada y genérica de los casos reales. Por ello, sin dudar, una aproximación más realista es de todo punto necesaria. Así, con razón y buen fundamento, entiende la Comisión que para aquellas empresas que carezcan de poder de mercado, no tiene mucho sentido que eviten la utilización de las restricciones verticales con objeto de mejorar su situación competitiva en el mercado.

No obstante, tampoco es de recibo someter a una sospecha generalizada a las grandes empresas por el mero hecho de ser tal. Y lo que es peor aún: estas grandes empresas no tienen garantizado un procedimiento adecuado y apropiado en Derecho para defenderse con nitidez. Así, hay que decir que si se desea aumentar los poderes de la Comisión mediante la concentración de sus recursos humanos y sus esfuerzos organizativos en las grandes empresas, tiene que balancearse ese incremento de poder mediante una mayor transparencia y seguridad. Lo que no cabe es «estar a las duras y no a las maduras». Mejorar los poderes de la Comisión debe ser equivalente a mejorar los derechos de las empresas sometidas a tales ejercicios de poder. En fin, resulta criticable continuar con una política de discriminación entre grandes empresas y pequeñas empresas, tan cara a la Comisión Europea. Hay que lograr un trato semejante, *servata distantia*. Y eso es algo que está muy lejos de los objetivos de la Comisión, pero que los Estados miembros deberían exigir.

Es cierto que los REC solamente abarcan los acuerdos verticales cuando se refieren a reventa de bienes de consumo. Por consiguiente, los bienes intermedios y los bienes de servicio no quedan en principio incluidos. Esto se traduce en una presión indirecta sobre tales acuerdos verticales

⁴ COM (96) adoptado por la Comisión el 22 de enero de 1997.

referidos a estos últimos tipos de bienes aunque se trate de pequeños acuerdos o en definitiva de empresas con escaso poder de mercado. Con ello, se ven obligadas a sufrir la aplicación sobre tales acuerdos en casos verdaderamente ridículos.

Naturalmente, dentro de este cometido de flexibilizar la política de la competencia y reservarla para los asuntos verdaderamente graves, tiene todo el sentido del mundo que se adopte un enfoque más económico. Más económico pero más jurídico también. Los acuerdos verticales deben observarse dentro del contexto que supone el mercado. De ahí que, como indicábamos antes, nos parezca correcto que se limite el examen pormenorizado de un acuerdo cuando la competencia entre marcas resulte escasa y exista un notable poder de mercado.

En todo caso, un objetivo capital lo constituye la integración europea. Y esto tiene, naturalmente, importantes consecuencias jurídicas. Así, respecto de las importaciones paralelas, lógicamente se favorecen más en un contexto de integración que en otro de compartimentación y estanqueidad de los mercados.

B. IDEA DE LAS RESTRICCIONES EN LA LITERATURA ECONÓMICA

La reciente literatura económica viene a indicar que solamente son dañinas las restricciones verticales en casos de actuar en las relaciones en que una de las partes tenga un gran poder de mercado. Cuando la competencia entre las distintas marcas es muy alta, las restricciones verticales no han de suponer un efecto contra el mercado, o por lo menos, no puede entenderse así *a priori*. Poder de mercado, al final, es poder sobre los precios (aunque no únicamente). Los precios, como contenedores de la información económica de un bien, en términos generales constituyen uno de los mejores indicadores sobre el poder de un operador. No obstante, la idea, demasiado objetivada, de que existe un precio «normal» que sería la base de los beneficios extraordinarios que permitirían indicar que ha existido un atentado a la libre competencia. Esto es harto dudoso. La idea de definir un beneficio «normal» es el equivalente a pretender fijar el «precio justo» de las cosas. Pero sólo en situaciones extraordinarias —normalmente acompañadas de potestades públicas de carácter autoritario en su ejercicio— puede pretenderse establecer ese «justiprecio». La expropiación forzosa, por ejemplo, exige sin dudar la determinación de un equivalente patrimonial a la lesión causada por la incautación necesaria basada en el ejercicio de una autoridad legítima que coactivamente impone esa sustitución como consecuencia de una contradicción flagrante entre el interés general y la situación particular que conviene abatir⁵. Y es que como decía LUIS DE MOLINA, allá por el

⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, reedición, Madrid, 1984. Últimamente, véase el espléndido trabajo dirigido por SOSA WAGNER, F., *Expropiación*

siglo xvi, preguntado sobre cuál era el precio justo de las cosas «... eso es algo tan difícil que sólo Dios lo sabe».

No tiene sentido formular un precio justo que determine el beneficio ordinario en situaciones normales, esto es, sin barreras de acceso, permanencia o salida de los mercados o sometidos a caudillaje de una empresa que sea ella misma el mercado o lo defina, cautive y soborne. Más bien, el análisis debe ser exactamente al revés. Es decir, que en todo caso se comprueben primero cuáles son las restricciones y solamente después se pueda comprobar empíricamente, con modelos adecuados, por qué se obtiene un beneficio que no se corresponde con el de una situación de competencia.

Asimismo, desde la ingenuidad del jurista que pregunta al economista si el Rey está desnudo, como en el viejo cuento, tenemos que cuestionar la afirmación apriorística de que hay que examinar las restricciones verticales con sospecha en los mercados oligopolísticos. De entrada, lo primero que tenemos que decir es que si el mercado es por definición oligopolístico, es decir, que sólo caben en él unas cuantas empresas, no tiene mucho sentido analizar ese mercado bajo la teoría de la sospecha. Porque en definitiva, el mercado, si realmente no admite por múltiples causas un número indefinido de agentes, será porque su propia naturaleza así lo imponga y el mercado continuará siendo oligopolístico en cualquier caso. Otra cosa será, desde luego, que en ese mercado alguno de los agentes se concierte con otros o que proceda a establecer barreras de entrada o de otra índole. Pero siempre haciendo un análisis normalizado, sin tensiones ni prejuicios, como ocurre lamentablemente en muchos de estos casos.

En definitiva, será el análisis y estudio concreto de las restricciones lo que permita concluir si se ha atentado a los consumidores, a los competidores, proveedores o compradores, o al propio proceso de integración (por impedir la libertad de elección de los consumidores europeos entre los diferentes bienes o servicios en distintos Estados miembros).

Más realista es la idea expresada en el documento de que cuando no existe ese poder de mercado, la restricción vertical no es prohibible por no resultar dañina para el propio mercado. La cuota de mercado, como signo de poder económico con potestad de imponer precios, es eso, simplemente un signo, sin otro significado añadido. Por eso la fijación de porcentajes (20 por 100 ó 40 por 100 a que alude el documento) es simplemente una aproximación, sin otro sentido que el de ir preparando una decisión que procure ser correcta en el fondo cuando se produzca el análisis concreto del supuesto que es objeto de averiguación.

Pero hemos de rechazar firmemente la expresión, por la Comisión, de que «las normas de competencia son disposiciones de carácter eco-

nómico que, por su propia naturaleza, llevan aparejado cierto grado de incertidumbre jurídica». El Derecho no es ciencia exacta, pero de ahí a conformarse con la incertidumbre como parte de la estructura del razonamiento, hay un paso no autorizado y que no conviene dar.

La mayor facilidad para la Comisión en la averiguación de las conductas prohibidas, basándose en las cuotas de mercado, no debe permitirnos concluir en que hay que aceptar ese riesgo de incertidumbre y, por tanto, de equivocación como si de algo natural se tratase. La idea, repetidamente expresada por la Comisión, de lograr una «seguridad jurídica razonable» es ridícula (palabra que existe en otros idiomas y que significa *ridere* —reír— y *culum* sufijo diminutivo que implica ánimo peyorativo). En el Derecho todo debe ser razonable; de ahí que disminuir un concepto jurídico indeterminado, aceptando que «un enfoque más económico es incompatible con una absoluta seguridad jurídica» es una apuesta por la arbitrariedad. Y ya estamos demasiado hartos de la arbitrariedad de la Comisión. La Comisión, por esta vía, abandona el Derecho y no es que entre en la Economía, sino que va recta hacia la Política, el reino de lo indiscutible y de lo «razonable». Y eso es malo para la integración, ya que la desconfianza que de por sí crea un proceso tan poco controlado como el europeo, se ve desafiado por actitudes contrarias al Derecho, único parámetro de alguna solidez y fiabilidad en las decisiones.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Para terminar este trabajo, puede ser pertinente abordar las conclusiones de la propia Comunicación de la Comisión en relación con la propuesta alcanzada tras los debates, amplios, que ha tenido lugar sobre el famoso «Libro Verde».

De una parte, se pretende que un pilar fundamental sea el establecimiento de un Reglamento de exención por categorías de muy amplia cobertura aplicado a los bienes y servicios que fije una cuota de mercado límite y un planteamiento de lista negra.

Parece correcto este procedimiento, según hemos explicado, y ofrece una dosis de seguridad más notable que la que podría obtenerse de un estudio limitado a la técnica del caso por caso.

En segundo lugar, la idea de elaborar las directrices o principiosguía, es de aplaudir. La confianza en que tales directrices supondrán una interpretación auténtica y fiable, supone que la Comisión ha de implicarse en términos muy concretos, explicando con claridad el alcance, contenido y límites de los acuerdos. La exposición con ejemplos claros y nítidos ha de acompañar a esa redacción y en este punto se nos antoja capital el papel de los abogados. No será ése el momento de los economistas, que ya habrán tenido su oportunidad en la definición de los grandes principios de nivel reglamentario. Es llegado el momento de que se limiten

a la labor de meros peritos. Deberán, pues, en tal caso, ceder claramente el paso a los juristas, que con apoyo de aquéllos, tendrán que poner en negro sobre blanco los diferentes supuestos que permitan alcanzar una mayor claridad y sobre todo precisión sobre las cláusulas y supuestos prohibidos.

En este punto es importante, quizás clave, comenzar a convencer a la opinión cualificada de que ser pequeño no equivale necesariamente a ser bello ni europeo y que, al revés, tampoco ser grande es antieuropeo, sospechoso y malo. La idea de disponer de grandes campeones europeos es compatible con la competencia. Y no se debe descuidar, aguas abajo, el mercado pensando en que nada de lo que allí ocurra, en la desembocadura, es peligroso y que solamente la fuente puede ser objeto de contaminación. En otras palabras, no nos sirve la teoría de la sospecha. Las directrices deben tratar a todos por igual, *servata distantia* para que haya una aplicación proporcionada pero no injusta del Derecho de la competencia. La vieja idea europea de que ser rico es ser malo, a diferencia de lo que sucede en Norteamérica, subyace a la teoría de la sospecha que, lamentablemente, sí que informa todavía este documento.

En cuanto al incremento de la función de las autoridades nacionales, vía descentralización, es lógica y oportuna. Naturalmente somos conscientes de que en determinados países sus autoridades nacionales pueden jugar el papel de encubridores de actitudes nacionalistas, trasnochadas y lamentables. Pero de ahí a negar que la descentralización sea buena, hay todo un abismo. Nos parece positivo que, como autoridad delegada de la Comisión, en su caso con revisión por esta última, se lleve a cabo la ejecución de las políticas antimonopolios.

En resumen, creemos que este «Libro Verde» supone un paso adelante, con algunas marchas atrás, corregibles en fase de redacción de las directrices. Una aproximación más realista y concreta, unida a un menor dogmatismo, sería recomendable a la hora de redactar esos principios-guía. Y, desde luego, conseguir que la seguridad jurídica aumente, limitándose la necesidad de acudir al Tribunal de Justicia y al de Primera Instancia, es labor en la que debemos quedar comprometidos y conseguir que se comprometa también la Comisión.