

LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA *

por PILAR RODRÍGUEZ MATEOS

* Este artículo se incluye en las labores de investigación del Proyecto Ref. DGES PB96-0315, «La Organización Mundial del Comercio y los procesos regionales de integración económica: aspectos del Derecho del Comercio Internacional y del Derecho Internacional Privado».

SUMARIO

I. CONCEPTO

1. **Introducción**
2. **Libre competencia y competencia leal**
 - A) *Autonomía*
 - B) *Interacción de categorías y normas*
 - a) Perspectiva institucional de la competencia leal
 - b) Competencia desleal y normas de origen comunitario

.. II. CONTENIDO

1. **Contenido directo**
 - A) *Pactos colusorios*
 - a) Prohibición y sanción
 - b) Inflexiones a la prohibición. La exigencia de restricción sensibles y las reglas de *minimis*
 - c) Acuerdos verticales
 - B) *Abuso de posición dominante*
2. **Contenido indirecto**
 - A) *Concentraciones de empresas*
 - B) *Empresas públicas y ayudas estatales*
 - C) *Medidas antidumping*

III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. COOPERACIÓN DE AUTORIDADES

1. **Comisión de las Comunidades Europeas-Jueces nacionales**
2. **Comisión de las Comunidades Europeas-Autoridades nacionales administrativas**

IV. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. **Consideraciones generales**
2. **Iniciativas**

I. CONCEPTO

1. Introducción

La fijación de un concepto de libre competencia requiere analizar las prácticas atentatorias a este principio y sus consiguientes prohibiciones y sanciones en el marco del TCE, es decir, requiere analizar el contenido de las normas de libre competencia, particularmente los artículos 81 a 89 TCE¹, en la medida en que éstas representan un sistema de integración regional claramente consolidado. La descripción de este contenido es necesaria siquiera sea para destacar tres aspectos que consideramos relevantes en esta materia. En primer lugar, la interacción, que no identificación, entre los ámbitos de la defensa de la competencia y de la competencia leal. En segundo lugar, la cooperación de autoridades aplicadoras de las normas de defensa de la competencia, tendente a un sistema descentralizado de aplicación vinculado al proceso de «liberalización» en los controles de determinados acuerdos, especialmente los acuerdos verticales. Por último, la mundialización del sistema de libre competencia, gestada a partir de la cooperación bilateral y que pretende la consecución de un sistema verdaderamente internacional, especialmente en el marco general de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En este sentido, la delimitación entre competencia desleal y libre competencia será tratada en primer lugar ya que la concreción del concepto de libre competencia condiciona directamente su contenido. A su vez, las otras dos cuestiones —cooperación de autoridades e internacionalización de la libre competencia— también pueden ser utilizadas para ofrecer una determinada clave de interpretación de este contenido, que procederemos a fijar con carácter previo. A lo largo de la exposición de este extremo se observará como una constante la relatividad de los parámetros más clásicos de esta problemática; por ejemplo, sin cuestionar la autonomía entre las normas de defensa de la competencia y las de represión de la competencia desleal, habrá de admitirse su incidencia recíproca y la consiguiente presencia indirecta de las segundas en determinadas normas comunitarias relacionadas con la defensa de la competencia. Del mismo modo, el desmembramiento de la rígida distribución de competencias entre autoridades nacionales y comunitarias, en aras de un mayor protagonismo de las primeras a la hora de aplicar normas de libre competencia, va a alterar la obviedad con que hasta la fecha se ha justificado el postulado de la «doble barrera». Precisamente en este mismo ámbito competencial, debe retenerse la pretensión de las autoridades comunitarias tendente a eliminar el monopolio de aplicación del artículo 81.3.º TCE (exenciones) por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas. Finalmente, las circunstancias de relatividad mencionadas han consolidado una generalización del contenido de la libre competencia, incorporarán-

¹ Antiguos arts. 85 ss. Ésta es la nueva numeración en la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. *Vid.* el instrumento de ratificación por parte de España en *BOE*, 7 de mayo de 1999.

dose a éste conductas cuya prohibición y/o control coadyuvan al mantenimiento de un sistema de competencia no falseada, particularmente en relación con las prácticas de *dumping*, en las que claramente interfieren contenidos de competencia desleal.

2. Libre competencia y competencia leal

A) Autonomía

La tradicional distinción entre la defensa de la competencia y la represión de la competencia desleal se observa atendiendo tanto a sus respectivos contenidos cuanto al origen (comunitario o estatal) de sus normas reguladoras. En efecto, el principio de libre competencia protege un determinado modelo económico y de mercado, prohibiendo las prácticas empresariales que alteren o falseen dicho modelo. Por su parte, las normas represoras de la competencia desleal se dirigen no tanto a la protección de un modelo de sistema económico cuanto a la protección de los derechos de los particulares que participan en dicho mercado, reprimiendo las conductas contrarias a unas reglas previamente establecidas, entre ellas, la libre competencia. Asimismo, la defensa de la competencia se regula tanto en normas de origen comunitario (arts. 81 ss. TCE) cuanto en normas de origen nacional, particularmente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, actualmente en proceso de reforma². Sin embargo, la represión de la competencia desleal solamente se regula a través de normas de origen interno, concretamente la Ley 3/1991, de 10 de enero de la Competencia Desleal³, no existiendo una prohibición general de estas conductas en las normas comunitarias⁴.

El origen dual de las normas de libre competencia (comunitario y nacional) ha articulado su aplicación a través de la teoría de la doble barrera, que, como veremos

² Vid. el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOCG, 28 de junio de 1999, n.º 175-1), que pretende garantizar la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas. En ese sentido, culmina el proceso de reforma iniciado en materia de concentraciones de empresas con el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (BOE, 17 de abril de 1999, corrección de errores en BOE, 28 de abril de 1999). Siendo continuista con la tipología de conductas prohibidas por la Ley 16/1989, la reforma pretende agilizar procedimientos, condicionando la autorización de determinadas operaciones a compromisos de las partes e introduciendo la posibilidad de terminación convencional, prevista con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas normas de procedimiento sólo serían de aplicación supletoria respecto de las normas especiales de procedimiento y sancionadoras establecidas en la LDC. Precisamente en relación con el proceso sancionador se prevé limitar las posibilidades de recurso contra cuestiones incidentales. Con la misma finalidad de efectividad del proceso liberalizador, la reforma introduce un mayor control de las ayudas públicas, permitiendo que el TDC inicie de oficio un estudio de aquellas que puedan distorsionar la libre competencia.

³ Además de las referencias contenidas en el Código Penal: en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas; la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1998; y la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984.

⁴ Salvo la prohibición expresa contenida en el art. 60 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (TCECA) de 1951: Quedan prohibidas en materia de precios las prácticas contrarias a los arts. 2, 3 y 4 y, en particular: las prácticas de competencia desleal, en especial, las bajas de precios meramente temporales o meramente locales, tendentes, dentro del Mercado Común, a la adquisición de una posición de monopolio.

más adelante, posibilita la aplicación simultánea de Derecho comunitario y de Derecho nacional de libre competencia respecto de una misma conducta, dejando siempre a salvo la primacía del primero. Por contra, en materia de competencia desleal, la ausencia de normas específicas en el TCE implica que la conducta desleal, como tal, sólo será perseguible por normas estatales y su eventual afectación por las normas del TCE requerirá que, además de desleal, sea contraria a la defensa de la competencia, es decir, que la conducta pueda ser tipificada como una práctica prohibida por los artículos 81 y siguientes TCE. No existiría, pues, un equivalente a la teoría de la doble barrera, o lo que es lo mismo, la aplicación simultánea de Derecho nacional y Derecho comunitario a una práctica desleal.

Esta autonomía de conceptos, y consiguiente distribución de competencias normativas entre el Derecho comunitario rector de la libre competencia y el Derecho nacional regulador de la competencia desleal, ha sido recogida fielmente por el TJCE, excluyendo del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de libre competencia la regulación de las acciones de competencia desleal. Baste observar cómo, en el asunto *VAG- SYD*⁵, se resolvió un reenvío prejudicial en el que se planteaba si la jurisprudencia alemana —que únicamente permitía oponer a terceros un sistema de distribución selectiva cuando éste fuese estanco, es decir, sin fisuras en la red de distribución⁶— era contraria a las normas comunitarias de libre competencia aplicables a esta materia. El TJCE respondió en sentido negativo: el Derecho comunitario no se opone a que el Derecho nacional condicione la acción de competencia desleal a esta exigencia de estanqueidad. El primero regularía las condiciones del sistema de distribución selectiva y el segundo haría lo propio respecto de las consecuencias civiles de los comportamientos atentatorios al sistema de distribución, sin que haya interferencias entre ambas categorías jurídicas⁷. De este modo, la normativa comunitaria de libre competencia⁸ no estaría dirigida a regular la actividad de los terceros que actuaran fuera del circuito de los acuerdos de distribución y, por tanto, no afectaría a los derechos y obligaciones de éstos⁹.

⁵ Sent. TJCE de 5 de junio de 1997, as. 41/96: *VAG- Händlerbeirat e V contra SYD-Consult, Rec. I-3125 ss.* Los hechos a los que se refiere esta Sentencia enfrentaron a la asociación alemana de distribuidores autorizados de Volkswagen (VAG), que prohibía la venta de vehículos nuevos a los revendedores no vinculados a esta asociación mediante contratos de distribución, y a SYD, que adquiría los vehículos de esta marca en Italia y los vendía en Alemania a un precio inferior. VAG alegó: a) que su sistema de distribución era conforme al Derecho comunitario, concretamente al Reglamento de exención 123/85, de 12 de diciembre de 1984, de aplicación del art. 85.3.º TCE a categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles; b) que SYD había obtenido una ventaja competitiva injustificada conforme a la normativa alemana de competencia desleal. SYD argumentó que, conforme a la normativa alemana, únicamente existía competencia desleal cuando el sistema de distribución era estanco y en el caso concreto no concurría esta condición, ante lo cual VAG alegó que la estanqueidad del sistema de distribución exigida por el Derecho alemán no podía oponerse a las acciones contra terceros porque era una condición contraria al Derecho comunitario.

⁶ Esta exigencia del Ordenamiento alemán se justifica porque sólo en el caso de que el sistema sea estanco puede probarse que la comercialización realizada por el tercero ajeno a la red de distribución se ha realizado aprovechando un incumplimiento contractual de los proveedores.

⁷ Cf. BERGÉ, J.-S., «Paradoxes et droit communautaire: Observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir de données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence», *Journ.dr.int.*, t. 126, n.º 1, 1999, pp. 85 ss., esp. p. 104.

⁸ En el caso concreto, el referido Reglamento de exención 123/85, de 12 de diciembre de 1984, de aplicación del art. 85.3.º a categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles (*DOCE* L 15, de 18 de enero de 1985).

⁹ *Vid.* esta misma conclusión en la Sent. TJCE de 20 de febrero de 1997, as. 128/95: *Fontaine SA y otros contra Aqueducs Automobiles SARL, Rec. I-967 ss.*

B) *Interacción de categorías y normas*

a) *Perspectiva institucional de la competencia leal*

Asumiendo esta autonomía entre la libre competencia y la competencia leal, y la inaplicación del Derecho comunitario a la segunda, debe señalarse, no obstante, una cierta interacción entre ambas. Ésta puede ser apreciada tanto a partir de los contenidos actuales de la competencia desleal cuanto a partir de las imbricaciones que ésta presenta en el marco del Derecho comunitario con otras materias incuestionablemente reguladas en el TCE, como es el caso, en el marco de la libre circulación de mercancías, de la prohibición de restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente.

Así, en primer lugar, la propia evolución del concepto de competencia desleal hacia contenidos institucionales, alejados de la tradicional orientación corporativista de esta materia¹⁰, ha supuesto una cierta proyección de la competencia desleal hacia el ámbito de la libre competencia. Actualmente, la normativa represora de la competencia desleal no sólo prohíbe conductas relacionadas con actitudes desleales frente a competidor¹¹ o frente al consumidor¹², sino también aquellas que puedan afectar a la estructura del mercado, ya que considera desleal prevalecerse de una ventaja competitiva significativa y la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Esta última referencia permite apreciar cómo a través de las normas de competencia leal se protege al sistema de mercado, es decir, la libre competencia. Se abandona así la antigua orientación de la competencia desleal de exclusiva protección del competidor para convertirse no exactamente en un Derecho ordenador del mercado, pero sí orientado a contribuir a dicha ordenación en un régimen de libre competencia. De hecho, no han faltado planteamientos que entienden la cláusula general prohibitiva del artículo 5 LCD como una aproximación a una concepción amplia del Derecho de la competencia

¹⁰ Antes de la Ley de Marcas de 1988 no existía una prohibición general de la competencia desleal, sino una normativa fragmentada de naturaleza eminentemente penal destinada a la represión de los atentados contra los derechos de exclusiva (art. 139 del derogado Estatuto de la Propiedad Industrial y el entonces art. 534 del CP). Vid. BAYLOS CORROZA, A., *Tratado de Derecho industrial (propiedad industrial, propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal)*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 378. Más adelante, surgió un «modelo profesional» de competencia desleal, que conectaba con infracciones, sanciones y responsabilidades civiles al amparo de los arts. 7.2.º y 1.902 Cc. Llegados a la Ley de Marcas, sus arts. 87 y 88 establecieron por primera vez una prohibición general de competencia desleal que hasta entonces sólo cabía articular a través de la prohibición del abuso de derecho (FONT GALÁN, J.L., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, pp. 216 ss.; MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Monografías Cívitas, Madrid, 1988, pp. 134, 136 y 140). Esta prohibición se consolidó con el art. 5 de la LCD. Vid. por todos RODRÍGUEZ MATEOS, P., *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 66-70; *id.* en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho de Comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 170 ss.

¹¹ Como la inducción a la ruptura contractual o espionaje, actos de imitación, denigración o comparación pública de una actividad, actos de explotación de reputación ajena y la venta a pérdida, es decir, bajo coste o bajo precio de adquisición, que implique la denigración de la imagen o productos ajenos o una estrategia para eliminar al consumidor.

¹² La prohibición de primas o regalos que pongan al consumidor en el compromiso de contratar una prestación principal o suplementaria o induzca a error en el precio. También, las discriminaciones injustificadas del consumidor en las condiciones de venta, y la venta a pérdida susceptible de inducir a error al consumidor respecto de los precios de otros productos o servicios de un mismo establecimiento.

desleal, es decir, un Derecho general de la competencia fundamentado en la libertad de mercado¹³.

b) Competencia desleal y normas de origen comunitario

En segundo lugar, la aproximación de la competencia desleal al Derecho comunitario se aprecia a partir del contenido de determinadas normas de origen comunitario. Como ya se ha señalado, el TCE no contiene normas sobre competencia desleal, pero sí, obviamente, normas de libre competencia y de libre circulación de mercancías. Unas y otras sirven para plantear que la competencia desleal, aun no siendo una materia incluida *per se* en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sí está afectada por éste, e incluso, en ocasiones, define parcialmente su contenido.

Las normas de libre competencia se concretan en los artículos 81 y siguientes TCE y en los denominados Reglamentos de exención por categorías. Los primeros contienen la prohibición —y sanción— de determinadas conductas contrarias a la libre competencia y los segundos excepcionan para concretos sectores tal prohibición. La interrelación entre las normas de libre competencia (arts. 81 ss. y Reglamentos de exención) y las normas nacionales de competencia leal se plantea habitualmente cuando un tercero comercializa por su cuenta productos cuya comercialización correspondería realizar únicamente a personas integradas en una red de distribución (distribución selectiva), dirigiéndose contra este tercero una acción de competencia desleal fundamentada en el Derecho nacional que corresponda aplicar¹⁴. La interrelación libre competencia/competencia desleal asumiría el siguiente esquema:

a) La distribución selectiva surge de un acuerdo entre las partes integrantes. Dado que, en principio, este acuerdo sería contrario a las normas de libre competencia, su validez va a depender de que se ajuste a las condiciones de un Reglamento de exención, es decir, que el acuerdo cumpla los requisitos impuestos por el Derecho comunitario para quedar exento de su inicial prohibición.

b) La acción de competencia desleal contra el tercero ajeno a este acuerdo sólo puede fundamentarse si dicho acuerdo es válido, validez que va a derivar, en último término, de las normas comunitarias de libre competencia, concretamente de que se ajuste a las condiciones previstas por los Reglamentos de exención que excepcionan la prohibición inicial del acuerdo.

¹³ Planteándose, incluso, si este Derecho general de la competencia alcanzaría también a la propiedad industrial, en tanto que restricciones a este Derecho. *Vid.* en torno a estas cuestiones OTERO LASTRES, J. M., «La nueva Ley sobre Competencia Desleal», *La Ley*, 17 de octubre de 1991, pp. 1 ss.

¹⁴ En torno a la delimitación de este Derecho aplicable a los actos de competencia desleal, *vid.*, entre otros, VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Cívitas, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MATEOS, P., *Sistema de mercado...*, *op. cit.*, pp. 90 ss.; DYER, A., «Unfair Competition in Private International Law», *R. des C.*, t. 211 (1988-IV), pp. 381 ss.; BISCHOFF, J. M., «La concurrence déloyale en droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, (1969-1971), Dalloz, París, 1972, pp. 53 ss.; IDI, «The Conflict of Laws Rules on Unfair Competition», Twenty-Second Commission, Session de Cambridge, *IDI Annuaire*, vol. 60-I, 1983, pp. 107 ss. y vol. 60-II, 1984, pp. 292 ss.; SCHWIND, F., «La concurrence déloyale en droit international privé», *Festschrift für I. Jazay*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, pp. 473 ss.; WENGLER, W., «Laws Concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws», *AJCL*, t. IV, 1955, pp. 167 ss.

c) Conclusión: las normas comunitarias de libre competencia inciden o dejan sentir su presencia a la hora de plantear la oponibilidad de un contrato frente a terceros (competencia desleal) ¹⁵.

A partir de esta descripción parece que el Derecho comunitario de libre competencia actúa como fuente del Derecho nacional rector de la competencia desleal, en el sentido expresado por el Tribunal de Apelación de París en la Sentencia de 26 de junio de 1997. El litigio enfrentó a un franquiciador y a un franquiciado con ocasión de la validez de un pacto que imponía al segundo la obligación de no competencia durante al menos dos años después de la resolución del contrato de franquicia. El Tribunal acudió a las normas comunitarias de defensa de la competencia (Reglamento 4087/88, sobre aplicación del entonces art. 85.3 TCE a los acuerdos de franquicia) para imponer la reducción del plazo de no concurrencia de dos años a uno. No se limitó, por ello, a apreciar la validez del acuerdo a la luz del Derecho comunitario, pues aplicó normas de este Derecho a un ámbito que no era el suyo. Téngase en cuenta que en este supuesto, posiblemente, no resultaba afectado el comercio intracomunitario, al menos no se valoró este extremo, condición indispensable para acudir a las normas comunitarias de defensa de la competencia. Éstas deben ser aplicadas dentro de su propio ámbito y condiciones, entre ellas que la conducta restrictiva afecte o pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, y no simplemente cuando exista competencia desleal ¹⁶. En este sentido, es clara la posición del TJCE en el asunto *Cabour* cuando supedita la inclusión de un contrato de distribución en el ámbito de la prohibición del artículo 81.1 TCE a la circunstancia de que dicho acuerdo restrinja sensiblemente la competencia en el Mercado Común y pueda afectar al comercio entre los Estados miembros ¹⁷.

Cierto es que esta delimitación de categorías ¹⁸ y, en definitiva, de ámbitos de aplicación del Derecho comunitario y de los Derechos nacionales, no impide, sin

¹⁵ Vid. esta conclusión en el marco del Derecho francés en BERGÉ, J.-S., *loc. cit.*, p. 107.

¹⁶ Vid. estas consideraciones y la propia Sentencia en BERGÉ, J.-S., *loc. cit.*, pp. 109 y 110. Tales normas se limitan a actuar como parámetro de la admisibilidad o no de una conducta (por ejemplo, un acuerdo de distribución), decidiendo su prohibición cuando restrinja la competencia en la UE y afecte al comercio intracomunitario, salvo en el caso de que el acuerdo esté amparado por un Reglamento de exención. Paralelamente, las consecuencias civiles de la nulidad de un acuerdo prohibido, declaradas por los tribunales nacionales, no entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

¹⁷ Sent. TJCE de 30 de abril de 1998, As. 230/96: *Cabour c. Arnor* (Actividades del TJCE y del TPICE, semana del 27 al 30 de abril de 1998, n.º 11/98). Citroën/Peugeot, sobre la base de un Reglamento de exención, es decir, normativa comunitaria de libre competencia, plantearon acción de competencia desleal frente a un tercero que comercializaba fuera de la red de distribución autorizada. Un Tribunal francés excluyó la aplicación de tal Reglamento de exención y planteó recurso prejudicial al TJCE, en el sentido de si era posible aplicar la prohibición del entonces art. 85.1 TCE. La respuesta del TJCE supeditó tal aplicación a las condiciones mencionadas en el texto.

¹⁸ La delimitación entre competencia desleal y defensa de la competencia se aprecia también en el Proyecto de reforma de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en el que se propone limitar la aplicación de dicha Ley, y, por tanto, la actuación del TDC, a los actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los Tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de las conductas desleales de otro tipo [vid. la Exposición de motivos y el art. 4 (modificativo del art. 7) del mencionado Proyecto de reforma —BOCG de 28 de junio de 1999, n.º 175-1, p. 2—]. Así, ante un mismo acto desleal, la aplicación de las normas de defensa de la competencia va a depender de un añadido: la afectación del comercio intracomunitario, respecto de la aplicación de los arts. 81 ss. TCE, o la afectación grave de las estructuras competenciales del mercado y del interés público, respecto de la aplicación de la LDC. Estas dos últimas condiciones son acumulativas: en este sentido

embargo, afirmar la afectación de la competencia desleal por el Derecho comunitario de libre competencia. Baste apreciar cómo, en el litigio mencionado, el TJCE interpretó normas de libre competencia, concretamente Reglamentos de exención, aun cuando el fondo del litigio fuese una acción de competencia desleal¹⁹. Es evidente, en cualquier caso, que la calificación leal o desleal de un acuerdo no puede ser argumentada para eludir la aplicación de las normas de libre competencia. De hecho, se han detectado determinadas actitudes tendentes a calificar un acuerdo entre empresas como «normas de competencia desleal» para eludir la aplicación de las normas de libre competencia. Frente a ello, las autoridades comunitarias han matizado estas pretensiones con la finalidad de reprimir el efecto lesivo sobre la competencia en el Mercado Común, al margen de la calificación leal o desleal de la conducta²⁰.

Por otra parte, dentro de las normas del TCE que igualmente pueden propiciar una integración de la competencia desleal en el Derecho comunitario, destacan las normas sobre la libre circulación de mercancías. Para asumir este efecto es necesario establecer un puente entre las normas nacionales de competencia desleal y la libre circulación de mercancías, puente que podría concretarse en las normas sobre protección de la propiedad industrial. Así, el artículo 28 del TCE prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, en

vid. la enmienda n.º 2 presentada por el Grupo Socialista del Congreso: «Constituyen conductas prohibidas y serán perseguibles por el TDC los actos de competencia desleal que, por falsear de forma sensible la libre competencia afecten al interés público» (BOCG, 14 de octubre de 1999, n.º 175-8, p. 26).

¹⁹ En el mencionado asunto *Cabour* se resolvió un reenvío prejudicial planteado por los Tribunales franceses en el que se planteaba las siguientes cuestiones: ¿El Reglamento 123/85 debe interpretarse en el sentido de que: A) la exención se aplica a contratos que no requieren justificaciones objetivas para excusarse de la obligación de no competencia; B) prohíbe a los distribuidores vender vehículos de cualquier marca, incluso en locales distintos; C) impone al distribuidor un objetivo determinado de ventas y, en caso de no alcanzarla, implica la suspensión de la exclusiva o la resolución del contrato?

El TJCE respondió respectivamente que el Reglamento no exige una lista exhaustiva de justificaciones para excusarse de la obligación de no competencia; que no obliga al concesionario a no vender vehículos nuevos de otras empresas en instalaciones distintas; y que únicamente admite resolver el contrato por incumplimiento de medios —no de resultados— del distribuidor. El asunto afectaba a los concesionarios exclusivos de Citroën-Peugeot, que plantearon acción de competencia desleal contra Arnor por comercializar sin pertenecer a ninguna red de distribución de fabricantes de automóviles. El Tribunal francés desestimó la demanda entendiendo que el contrato de concesión no se ajustaba al Reglamento comunitario 123/85 y, por tanto, no era oponible a Arnor. Para dilucidar esta cuestión planteó las cuestiones descritas, así como si se aplicaba el art. 85.1 TCE (prohibición de prácticas restrictivas) a un contrato de concesión cuando éste no estuviese incluido en una exención por categoría. El TJCE respondió que cuando el contrato no cumplía los requisitos del dicho Reglamento, sólo estaba incluido en el art. 85.1 si restringía sensiblemente la competencia en el Mercado Común y podía afectar al comercio entre los Estados miembros.

²⁰ Así, por ejemplo, un grupo de productores europeos de aluminio había impuesto a todos los miembros de la asociación una serie de normas aparentemente destinadas a favorecer una competencia leal, pero que enmascaraban acuerdos sobre precios a la exportación, con el fin de equiparar éstos a los practicados por el productor más importante en el mercado de importación. La Comisión, en su Decisión de 15 de julio de 1975 (As. 74/497: *Ifra Aluminium Brut*, JOCE L 13/204/62) entendió que ello no ponía en peligro la existencia misma del competidor, es decir, no existía competencia desleal; sin embargo, el acuerdo proporcionaba a las partes una protección contra la competencia. No reparó en la lealtad/deslealtad del acuerdo, sino que se limitó a declarar su efecto lesivo sobre la libre competencia en el mercado comunitario, aplicando, en consecuencia, la prohibición contenida en el art. 85.1 TCE. De forma similar, la Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 1974 (As. 74/292: *Ifra Verres d'Emballage*, *ibid.*, L 160/1/74) aplicó esta misma prohibición a un acuerdo sobre precios que las empresas implicadas consideraban leal y, por tanto, desleal su incumplimiento. *Vid.* los comentarios de PELLICER ZAMORA, R. C., en *Comentarios a la legislación comunitaria*, t. I: «Derecho de la competencia», Madrid, Edersa, 1987, pp. 275 y 287.

tanto que el artículo 30 permite excepcionar esta prohibición por diversas razones, entre ellas, la protección de la propiedad industrial y comercial. Según la normativa Unionista (CUP) la represión de la competencia desleal es uno de los supuestos de protección de la propiedad industrial a la que se refiere el artículo 28 TCE. En consecuencia, la represión de una competencia desleal que atente contra un derecho de propiedad industrial permitiría plantear la aplicación de este precepto, es decir, excepcionar la libre circulación de mercancías, siempre que ello no implique una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. La noción de propiedad industrial a la que se refiere el artículo 30 TCE englobaría, pues, las medidas represoras de competencia desleal, siempre que éstas fuesen necesarias para proteger la actividad comercial. Este precepto es aplicable para excepcionar la prohibición contenida en el artículo 28 TCE, al margen de que las medidas restrictivas a la libre circulación de mercancías sean distinta o indistintamente aplicables a productos nacionales o importados ²¹.

Pero, fuera ya del ámbito estricto de la propiedad industrial, y por tanto del artículo 30 TCE, las medidas nacionales que puedan obstaculizar la libre circulación de mercancías encuentran su acomodo en la noción de «exigencias imperativas», de modo que deben ser admitidas aquellas que sean necesarias para satisfacer determinadas exigencias imperativas, entre otras, la lealtad de las transacciones comerciales. Sin embargo, para admitir este efecto restrictivo fundamentado en exigencias imperativas se requiere, a diferencia de lo que ocurre en relación con las excepciones taxativamente tipificadas en el artículo 30 TCE, que la medida nacional sea indistintamente aplicada a todos los operadores que actúan en el comercio nacional y a los productos nacionales e importados, es decir, que no sea discriminatoria ²².

²¹ Vid. los desarrollos y citas de JIMÉNEZ BLANCO, P., *Las denominaciones de origen en el Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp 167 ss.

²² La relevancia de que la medida sea o no discriminatoria depende, pues, de lo que se pretenda: calificar lo que sea una medida de efecto equivalente, admitir restricciones basadas en exigencias imperativas, o admitir las excepciones tipificadas en el art. 30 —antiguo art. 36 TCE—. Como se ha señalado en el texto, las causas de justificación basadas en exigencias imperativas sólo pueden admitirse respecto de medidas no discriminatorias, a diferencia de lo que ocurre con las causas basadas en el art. 30 TCE. Por su parte, a la hora de calificar lo que sea medida de efecto equivalente, tradicionalmente, hasta en asunto *Keck*, se entendía por tal cualquier medida restrictiva, discriminatoria o no. En efecto, el TJCE en los asuntos *Cassis de Dijon* (Sent. de 20 de febrero de 1979, as. 120/78, también conocido como *Rewe Central, Rec.*, 1979, pp. 694 ss.) y *Dassonville* (Sent. de 11 de julio de 1974, as. 8/74, *Rec.*, 837 ss.) calificó de medida de efecto equivalente a todas aquellas restricciones que entorpeciesen las importaciones, independientemente de que afectasen por igual a los productos nacionales e importados; por lo tanto, la existencia de la restricción no dependía de que ésta fuese discriminatoria. Sin embargo, a partir del Asunto *Keck* (Sent. de 24 de noviembre de 1993, as. C-267/91 y 268/91: *Procédures pénales c. Benrad Keck y Daniel Mithouard, Rec.* I-6097 ss.), por contra, el TJCE estimó que no afectaba al comercio entre los Estados miembros la aplicación a los productos importados de disposiciones nacionales que limitasen o prohibiesen ciertas modalidades de venta (venta a pérdida), en tanto éstas se aplicasen a todos los operadores implicados y a los productos nacionales e importados. Se ha señalado que esta Sentencia supone la confirmación implícita de la postestad de los Estados miembros para regular cuestiones referidas a la organización del comercio, de modo que las disposiciones nacionales que tengan una aplicación general y no discriminatoria no constituyen medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas (Cf. FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., «La Sentencia del TJCE en el Asunto *Keck* o el principio del fin de la resaca del *Cassis de Dijon*», *La Ley Com. Eur.*, 30 de diciembre de 1994, p. 8).

II. CONTENIDO

En la determinación del contenido de las normas de la libre competencia, cabe distinguir un contenido directo, referido a la prohibición de pactos colusorios y de explotación abusiva de posición dominante, y un contenido indirecto, relacionado con aspectos cuya regulación coadyuva, en mayor o menor medida, a la preservación de un sistema de competencia no falseada. Sería el caso del control sobre las concentraciones de empresas y sobre la concesión de ayudas estatales a determinadas empresas; las normas dirigidas a empresas públicas; o, muy relativamente, la misma imposición de medidas *antidumping* frente a determinadas comportamientos de empresas ajenas a la UE.

1. Contenido directo

A) *Pactos colusorios*

a) Prohibición y sanción

El artículo 81 TCE prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas²³ que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común. Los agentes propulsores de la posible restricción de la competencia y, por tanto, destinatarios de la prohibición son las empresas, tanto públicas como privadas, estableciéndose respecto de las primeras una obligación de abstención por parte del Estado en aras de preservar la libre competencia y la no discriminación por razón de nacionalidad. La infracción de estas prohibiciones se sanciona con la nulidad de pleno derecho del acuerdo en cuestión.

Los requisitos para que la conducta incurra en la prohibición del artículo 81 TCE son:

1.º La existencia de una pluralidad de empresas y una concertación entre éstas, es decir, un genérico concurso de voluntades entre empresas autónomas que no formen una unidad económica ni mantengan entre ellas relaciones de dependencia. Puede tratarse de una persona física o jurídica, siendo irrelevante el estatuto jurídico que asuma (sociedad civil, mercantil, cooperativa, etc.), pues únicamente se requiere que ejerza una actividad económica —no altruista—, con independencia y autonomía económica y no sólo jurídica. En este sentido, y a los efectos de las normas sobre libre competencia, no tiene la consideración de acuerdo el «adoptado» por empresas que pertenecen a la red de distribución de una sola empresa, tampoco los acuerdos entre filiales y casa matriz o filiales entre sí, ni la actividad del representante de comercio por cuenta ajena, ya actúe en nombre propio o en nombre de

²³ Por acuerdo debe entenderse un pacto vinculante entre empresas, incluso verbal; por decisiones de asociaciones de empresas, las resoluciones que afectan a empresas asociadas, sin necesidad de que sea aceptada o vinculante; por último, la práctica concertada se refiere a todo tipo de coordinación que no constituya un acuerdo propiamente dicho, por ejemplo, el seguimiento de una recomendación. Por todos, *vid.* MAESTRE CASAS, P., en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho del Comercio internacional*, *op. cit.*, pp. 152 ss.

otra empresa. Además, las empresas implicadas en un pacto deben ser entre sí autónomas tanto antes de proceder al pacto colusorio, es decir, para que pueda estimarse que éste existe, cuanto después del mismo. De esta suerte, una empresa autónoma antes del pacto, pero que, precisamente en virtud de éste, está llamada a perder tal autonomía no tiene la consideración de empresa a los efectos de la aplicación del artículo 81 TCE ²⁴.

2.º Que la conducta tenga por efecto u objeto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del Mercado Común, siempre que se trate de una restricción sensible ²⁵. El propio artículo 81 TCE ejemplifica alguna de estas conductas, tales como fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; o subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Obsérvese que se reprime tanto el efecto como el mero objeto anticompetitivo. La producción de un efecto lesivo sería necesaria en el supuesto de prácticas concertadas, mientras que sería suficiente la finalidad lesiva en el supuesto de acuerdos y decisiones de asociaciones de empresas.

3.º Que la conducta afecte actual o potencialmente al comercio entre los Estados miembros. En este punto, adquieren relevancia el concepto de mercado afectado y las relaciones entre Derecho nacional y Derecho comunitario, extremos cuyo tratamiento abordaremos puntualmente cada vez que nos refiramos al ámbito de aplicación de normas concretas o a la colaboración entre autoridades nacionales y comunitarias a la hora de su aplicación. Por el momento, simplemente deben señalarse los postulados generales de esta problemática, que son los siguientes:

a) Para aplicar las normas comunitarias sobre defensa de la competencia no es necesario que las prácticas supuestamente atentatorias tengan su origen en el territorio comunitario, ni que las empresas implicadas tengan su sede en un Estado miembro, pues el elemento determinante para la aplicación de estas normas comunitarias es el efecto/objeto lesivo de las conductas sobre el Mercado Común, es decir, que repercutan substancialmente en este mercado. De hecho, el TJCE ha llegado a admitir la venta directa desde el extranjero al interior de la Unión como suficiente punto de contacto para aplicar las normas comunitarias ²⁶. Del mismo

²⁴ Vid. en este sentido la Decisión de la Comisión de 30 de junio de 1970, as. 70/332: *Kodak, JOCE* L 147/24/70. Aparentemente todas las filiales de Kodak habían acordado unas condiciones uniformes de venta para todo el Mercado Común, sin embargo, la Comisión descartó la existencia de tal acuerdo advirtiendo un mero comportamiento de obediencia a las condiciones impuestas por la sociedad matriz. Sobre esta cuestión vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., *Sistema de mercado...*, op. cit., p. 18 ss. y MAESTRE CASAS, P., en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho del Comercio internacional...*, op. cit., p. 156.

²⁵ Vid. la exigencia de que el acuerdo produzca una restricción sensible en el art. 1 del Proyecto de reforma de la Ley 16/1989, modificativo del art. 1.3: «Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos... respecto de conductas que no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

²⁶ En un supuesto que afectaba a productores y asociaciones de producción de pasta de madera domiciliados fuera de la Unión. La conducta se había realizado en el extranjero y alguno de los productores exportaban directamente a la Comunidad sin intervención de filiales o intermediarios (Sent. TJCE de 27 de sep-

modo, es posible aplicar Derecho comunitario de libre competencia a productos destinados a la exportación, pues el hecho de que el efecto inmediato del acuerdo (p. ej., subida de precios) tenga lugar fuera de la UE no obsta para que la acción repercuta en el comercio intracomunitario, modificando los intercambios o una determinada estructura de competencia. Así quedó patente en el *Asunto ICI/Materias colorantes*, en el que el TJCE estimó contrario al artículo 85.1 (hoy 81.1) TCE un acuerdo sobre precios entre empresas comunitarias y empresas de terceros Estados sobre la base de que ello repercutía en el Mercado Común, a pesar de que la subida de precios se manifestaba fuera de la CE²⁷.

b) Esta conclusión provoca una aplicación potencial del Derecho comunitario amplia, la cual, a su vez, puede derivar en el denominado efecto de la doble barrera. Así, la práctica anticompetitiva puede repercutir en un mercado nacional y también en el mercado intracomunitario, planteándose una aplicación concurrente del Derecho comunitario y de un Derecho nacional de libre competencia, que se resuelve, en principio, a partir de la supremacía y efecto directo del primero. Ya es clásica en este sentido la doctrina del TJCE de que una misma empresa puede ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante el TJCE, en aplicación del Derecho comunitario, y otro ante las autoridades nacionales, en aplicación del Derecho nacional. En cualquier caso, esta acumulación de Derechos está supeditada a que la aplicación del Derecho nacional no suponga un perjuicio a la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario ni de los actos de ejecución de éste²⁸. Esta primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional implica que la autoridad nacional no puede declarar admisible lo que la Comisión ha considerado prohibido ni sancionar lo que la Comisión ha estimado no contrario a la libre competencia. No obstante, cabe que la Comisión no aplique las prohibiciones de Derecho comunitario porque la conducta no afecte al comercio intracomunitario; en este caso, las autoridades nacionales podrían perseguirla a partir del Derecho nacional si consideran que afecta al mercado nacional. Asimismo, como veremos más adelante, las autoridades nacionales pueden retirar el beneficio de la aplicación de un Reglamento comunitario de exención cuando los efectos del acuerdo se produzcan en un territorio nacional diferenciado.

No obstante, tal como hemos adelantado, estas afirmaciones se verán si no alteradas, sí al menos matizadas a partir de concretas regulaciones, como puedan ser las normas sobre los acuerdos de menor importancia o, en general, las normas reguladoras de la distribución de competencias entre autoridades. Al tiempo, la opción estricta entre Derecho comunitario-Derecho nacional también está llamada a diluirse en aras de la obtención de determinados resultados; de hecho, es sintomático el que puntualmente pueda ser aplicado un Derecho nacional cuando con esta aplicación se alcance el mismo resultado o efecto perseguido por el Derecho comunitario. Estas

tiembre de 1988, as. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85: *Pasta de Madera, Rec.*, pp. 5193 ss.) Cf. MAESTRE CASAS, P., en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., (ed.), *Derecho del Comercio*..., op. cit., pp. 147 y 148). Vid. una exposición jurisprudencial de la doctrina de los efectos en GARCÍA CANO, S., «La aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea: trayectoria jurisprudencial, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 169, febrero de 1999, pp. 55 ss.

²⁷ Sent. TJCE de 14 de julio de 1972, as. 48, 49, 51 a 57/69, *Rec.*, pp. 619 ss. Aunque es cierto que el productor extranjero tenía filiales en la CE, es éste un ejemplo paradigmático de la aplicación del Derecho comunitario a partir de las repercusiones del acuerdo en el comercio entre los Estados miembros.

²⁸ Sent. TJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/64: *Walt Wilhelm, Rec.*, pp. 1 ss.

tendencias no hacen sino apuntalar la anunciada relatividad de conceptos que afecta actualmente a la materia que nos ocupa, consecuencia lógica de las finalidades de eficiencia que la presiden.

b) Inflexiones a la prohibición. La exigencia de restricción sensible y las reglas *de minimis*

Al margen de esta problemática de aplicación de las normas en el espacio, brevemente pergeñada, cuando se intenta configurar el contenido de la libre competencia, en lo que a prohibición de pactos colusorios se refiere, deben tenerse en cuenta dos inflexiones: primera, que, no todas las conductas prohibidas por el artículo 81 TCE están condenadas a la nulidad, ya que algunas se benefician de una exención individual o por categoría; segunda, que además de estas conductas prohibidas que resultan exentas, existen otras que, aun pudiendo ser restrictivas, no afectan al comercio intracomunitario y, por ello, serán susceptibles de una certificación negativa que acredite esta no afectación, es decir, que acredite la legalidad del pacto. Las exenciones recaen sobre prácticas que cumplen los requisitos para ser prohibidas, sin embargo, se excepciona esta prohibición cuando acumulativamente concurren en el pacto unas condiciones positivas y negativas. Las positivas son que el acuerdo contribuya a la mejora de la producción y distribución o al progreso técnico y económico y siempre que implique algún beneficio para el usuario y sea realmente indispensable para la consecución de los objetivos pretendidos. Además, en un sentido negativo, dicho acuerdo nunca debe imponer una eliminación total de la competencia respecto de una parte substancial del producto o servicio en cuestión.

Hasta el momento, tales exenciones requieren la comunicación de la práctica a la Comisión, en cuyo caso podrán beneficiarse de una exención a título individual, o estar comprendidas dentro de los supuestos y requisitos de las exenciones por categoría, que, contenidas en Reglamentos aprobados por la Comisión afectan a algunos sectores tales como la distribución y compra exclusiva, transporte aéreo, franquicias, transferencia de tecnología, automóviles, etc. No obstante, como señalan A. Frignani y G. Rossi, la profunda revisión de las restricciones verticales adelantada por el Libro Verde sobre libre competencia tiende a una regulación unitaria de todos estos acuerdos, no tanto en función de su tipología cuanto en atención a una valoración económica común a todos ellos²⁹. Se pretende así avanzar desde un sistema formalista de exención de determinados acuerdos en atención a sus cláusulas a un sistema de exención fundamentado en los «efectos» de tales acuerdos, teniendo en cuenta la cuota de mercado afectado y, en definitiva, el impacto económico sobre la competencia³⁰.

Asimismo, en el supuesto de las exenciones individuales, la exigencia de notificación a la Comisión se ha venido presentando como un requisito coherente con la

²⁹ Cf. FRIGNANI, A., y ROSSI, G., «Regole statiche, regole dinamiche e questioni aperte in tema de applicazione della disciplina *antitrust* al settore assicurativo», *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, n.º 13.2, pp. 241 ss., esp. p. 242.

³⁰ Este sistema de cuota de mercado puede producir, en opinión de R. Rinaldi y R. Rapuano, incertidumbre, pues está sometido a fluctuaciones internas y externas a la empresa. Tal cuota no se identifica totalmente con el grado de poder de las empresas en el mercado y no puede prescindir absolutamente de la referencia del mercado geográficamente relevante («La política comunitaria della concorrenza e le intese

competencia exclusiva de ésta para declarar tales exenciones. No obstante, tanto la exigencia de notificación como la propia competencia exclusiva de la Comisión son postulados próximos a desaparecer. Precisamente para disminuir los supuestos en los que la Comisión deba pronunciarse sobre una exención se ha recurrido a dos técnicas: por un lado, limitar la valoración de determinados acuerdos exclusivamente a la luz del Derecho nacional (Comunicación de la Comisión de 1997 sobre reglas *de minimis*); por otro, considerar exentos de la prohibición del artículo 81.1 TCE determinados tipos de acuerdos, concretamente los tomados por empresas que actúan en distinta fase de la producción o de la economía (acuerdos verticales).

Los llamados acuerdos de menor importancia o reglas *de minimis*, por no tener una incidencia sensible sobre la competencia, se consideran excluidos de la prohibición del art. 81 TCE y deben ser evaluados exclusivamente a la luz y en el marco de las legislaciones nacionales. Observamos aquí una aportación concreta a la delimitación entre Derecho comunitario y Derecho nacional, a la que hemos hecho referencia anteriormente, a pesar de que la finalidad propia de estas reglas *de minimis* no sea proceder a tal delimitación, sino simplemente excluir de la prohibición del artículo 81 TCE aquellas conductas sin incidencia sensible sobre la competencia. A estos efectos, la Comisión ha definido a través de criterios cuantitativos lo que sea restricción sensible y lo ha hecho en una Comunicación de enero de 1997³¹. Así, respecto de los acuerdos de producción o de distribución, se estima que no tienen una incidencia sensible los acuerdos horizontales (misma fase de producción o comercialización) tomados por empresas cuyas cuotas de mercado no rebasen el 5 por 100. Por su parte, si se trata de acuerdos verticales (fases diferentes de economía), la cuota máxima de mercado asciende al 10 por 100³². No obstante, estas cuantificaciones tienen un valor meramente indicativo, pues puede darse el caso de acuerdos que rebasen los umbrales mencionados y que, sin embargo, no entren en el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE, por restringir la competencia de forma insignificante. Además, existe un límite general a esta liberalización en relación con los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, cuotas de producción y ventas o el reparto de mercado y de las fuentes de abastecimiento, respecto de los cuales no cabe excluir la aplicación del artículo 81.1 en ningún caso, ni siquiera cuando las cuotas de mercado sean inferiores a los umbrales indicados. No obstante, es importante señalar que incluso en estos supuestos en los que no puede excluirse la aplicación del artículo 81 TCE se da prioridad a las autoridades y tribunales nacionales para su examen. Ello está en la línea del objetivo de la Comu-

verticali: un nuovo apprecio», *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, n.º 13.2, pp. 423 ss., esp. p. 435). En atención a esta evolución del régimen comunitario de exenciones, no es de extrañar que en el Texto alternativo al Proyecto de reforma de la Ley 16/1989, el Grupo Socialista del Congreso destaque como novedades más importantes la profunda revisión del régimen de exenciones y autorizaciones propuesto por este Texto, en línea con el Libro Verde sobre restricciones verticales, la Comunicación de la Comisión sobre esta misma materia, o el Libro Blanco sobre la Modernización de aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE [sic]. En consecuencia, propone suprimir el anquilosado régimen de exenciones, sustituyéndolo por la publicación de directrices en las que consten los criterios de exención. Para los supuestos singulares, que deberán ser excepcionales, se prevé un sistema de consulta (vid. *BOCG*, 14 de octubre de 1999, n.º 175-8, p. 26).

³¹ Comunicación de la Comisión sobre la revisión de la Comunicación de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del art. 85 TCE, hoy art. 81 (DOCE C 29, 30 de enero de 1997, pp. 3 ss.).

³² Tampoco les afecta la prohibición del art. 81 TCE si durante dos ejercicios consecutivos estas cuotas de mercado no superan un incremento del 10 por 100.

nicación, que, como ya hemos señalado, pretende disminuir los casos en los que la Comisión deba decidir individualmente y, por tanto, disminuir también los casos, en los que los acuerdos deban ser notificados a ésta³³.

Como puede observarse, esta Comunicación expresa una predisposición favorable respecto de los acuerdos verticales³⁴; basta observar cómo para que éstos impliquen una restricción sensible se exige una cuota de mercado superior a la prevista para los acuerdos horizontales, verdadera «bestia negra» de la libre competencia. Precisamente la consolidación del régimen liberalizador de este tipo de acuerdos ha venido de la mano de dos Reglamentos del Consejo ambos de 10 de junio de 1999: el Reglamento (CE) n.º 1215/99, por el que se modifica el Reglamento n.º 19/65/CEE relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, y el Reglamento (CE) n.º 1216, por el que se modifica el Reglamento n.º 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE³⁵.

c) Acuerdos verticales

En su día, en virtud del Reglamento 19/65/CEE, el Consejo facultó a la Comisión para aprobar determinados Reglamentos de exención por categorías, que se concretaron en el Reglamento 1983/83, sobre acuerdos de distribución exclusiva, el Reglamento 1984/83, sobre compra exclusiva, y el Reglamento 4087/88, sobre los acuerdos de franquicia. Dado que, a pesar de éstos, todavía se advierte un número considerable de acuerdos verticales sometidos a notificación y examen individual por la Comisión, el Consejo, a través del Reglamento 1215/99 ha modificado el artículo 1.1 del Reglamento 19/65 en el sentido de que la Comisión podrá declarar mediante Reglamento, y con las condiciones que ésta fije, que el apartado 1 del artículo 81 TCE no será aplicable a:

a) las categorías de acuerdos celebrados entre dos o más empresas que operen, por lo que atañe al acuerdo, a un nivel de la cadena de producción o distribución diferente, y que afecten a las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios,

b) las categorías de acuerdos en los que sólo intervengan dos empresas y que lleven aparejadas limitaciones impuestas en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial —especialmente patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos o marcas— o en relación con los derechos derivados de contratos que lleven aparejada la cesión o concesión de procedimientos de fabricación o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales.

No obstante, siempre que en un caso determinado los acuerdos o prácticas exentos tengan determinados efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 81.3 TCE y que se produzcan en el territorio de un Estado miembro que constituya un mercado diferenciado, la autoridad nacional podrá, de oficio o a so-

³³ Aun cuando se permita, en caso de duda, la solicitud de una certificación negativa.

³⁴ Vid. LESGUILLONS, M., «Withdrawal of the Benefit of the Block Exemption Regulation on Vertical Restraints by Member State's Competent Authorities», *Int. Business L.J.*, n.º 5, 1999, pp. 509 ss.

³⁵ DOCE L 148, 15 de junio de 1999, pp. 1 ss. y 5 ss.

licitud de la Comisión o de personas físicas o jurídicas titulares de un interés legítimo, retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento. En la misma línea, a través del Reglamento 1216/99, el Consejo faculta a la Comisión para que mediante Reglamento declare que el apartado 1 del artículo 81 TCE no es aplicable a las categorías de acuerdos verticales; por ello procede a ampliar el ámbito de aplicación del artículo 4.2 del originario Reglamento n.º 17, de modo que todos los acuerdos verticales queden exentos de efectuar la notificación previa a la exención³⁶.

Esta tendencia a eliminar cargas administrativas innecesarias y, en definitiva, a reducir el número de notificaciones a la Comisión, al objeto de que ésta se centre en la supervisión de acuerdos especialmente nocivos para la competencia, se verá culminada una vez que vea la luz la sustitución, no ya parcial, sino general, del actual régimen de notificación y exención. Para ello se aconseja que un futuro Reglamento del Consejo convierta la norma de exención del artículo 81.3 TCE en directamente aplicable, sin decisión previa de la Comisión, de suerte que este precepto, en su conjunto, sería aplicado por la Comisión y por las autoridades y tribunales nacionales, tal y como ocurre ya en el caso de los artículos 81.1 y 82 TCE. A este respecto, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE³⁷ ha resaltado la inadecuación del sistema del Reglamento n.º 17 en lo que respecta a la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3 TCE, básicamente su utilización como mecanismo de bloqueo de los recursos ante tribunales nacionales. El incremento de los Estados miembros de la UE y el riesgo de que la globalización de mercados potencie restricciones verticales con repartos de mercado a escala mundial aconseja aligerar trámites y descargar la burocracia para lograr un sistema competitivo eficaz.

Tras valorar, e incluso poner en práctica, distintas opciones que permitieran agilizar los procesos de aplicación de las normas de libre competencia³⁸, la Comisión,

³⁶ A este fin, el punto 2 del apartado 2 del art. 4 del Reglamento 17 se sustituirá por el siguiente texto:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que operen, por lo que atañe al acuerdo, a un nivel de la cadena de producción o distribución diferente, y que afecten a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

b) No participen más que dos empresas y los acuerdos tengan solamente por efecto imponer al adquirente o al usuario de derechos de propiedad industrial —especialmente patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos o marcas— o al beneficiario de contratos que impliquen cesión o concesión de procedimientos de fabricación o de conocimiento relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales, limitaciones en el ejercicio de estos derechos.

³⁷ DOCE C 132, de 12 de mayo de 1999, haciendo referencia todavía a la numeración de preceptos anterior a la reforma de TCE (versión Amsterdam). Vid. JALABERT-DOURY, N., «The White Paper on Modernization of the Rules Implementing Articles 81 & 82. Which Future for EC Competition Law?», *Int. Business L.J.*, n.º 5, 1999, pp. 497 ss.

³⁸ Entre otras se ha recurrido a la noción de perjuicio «sensible», descartando la intervención de la Comisión en los asuntos de menor importancia; también a los mismos Reglamentos de exención por categoría o a la modalidad de cartas administrativas. Estas últimas decidían si el acuerdo entraba en la prohibición del antiguo art. 85.1 TCE o cumplía los requisitos del art. 85.3, pero no vinculaban a los órganos jurisdiccionales nacionales, pues no eran en puridad decisiones de certificaciones negativas ni de exención. También, a través de la Sent. TJCE de 28 de febrero de 1991 (As. C 234/89: *Delimitis*, Rec. I-935), se permitió a los jueces nacionales una cierta incursión en el art. 85.3 con ocasión del art. 85.1, «pronosticando» su aplicación o inaplicación al caso concreto. Más recientemente, este proceso se ha materializado en las Comunicaciones de la Comisión de 1993 y 1997, que posteriormente analizaremos, sobre la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales, por un lado, y la Comisión y las autoridades administrativas nacionales, por otro, en un claro intento de reducir las denuncias ante la Comisión.

en el mencionado Libro Blanco, se inclina por la instauración de un sistema de excepción legal, en virtud del cual se potencia el carácter unitario del artículo 81 TCE, directamente aplicable por cualquier autoridad no sólo en su párrafo primero, sino también en el tercero. A tal fin, se proponen una serie de parámetros de interpretación, entre otros: la supresión del sistema de autorización y notificación a la Comisión, lo cual paralelamente supone la desaparición de la inmunidad de multas por notificación a la Comisión; la aplicación descentralizada de las normas de libre competencia comunitarias; el robustecimiento de los controles *a posteriori*³⁹; la intervención excepcional de la Comisión para aquellos asuntos que impliquen una problemática nueva; un régimen de compromisos respecto de determinados acuerdos, tendencia que se refleja también en la proyectada reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia⁴⁰; y, finalmente, el incremento de las funciones de las autoridades nacionales⁴¹. Este incremento de las funciones de las autoridades nacionales⁴² se traduce no sólo en la posibilidad de aplicar el artículo 81.3.º TCE, sino también en poder decidir la retirada de un Reglamento de exención respecto del mercado nacional que constituya un mercado distinto⁴³. Asimismo, se faculta una remisión de expedientes de la Comisión a las autoridades nacionales, cuando se entienda que la afectación es nacional, y de éstas a la Comisión, cuando se entienda que es comunitaria.

³⁹ Medidas complementadas con Reglamentos de exención amplios y que cubran la mayoría de los acuerdos que afecten a las pequeñas y medianas empresas.

⁴⁰ Vid. art. 16 (de modificación del art. 31) del Proyecto de Ley de 28 de junio de 1999: Funciones del Servicio de Defensa de la Competencia... «i) Promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de las conductas prohibidas en esta Ley» (BOCG, 28 de junio de 1999, n.º 175-I, p. 5). En una línea similar, el art. 15 ter del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (BOE, 17 de abril de 1999) declara que «... Cuando de una operación de concentración, que no suponga la creación o el reforzamiento de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en un mercado, puedan derivarse obstáculos a la competencia fácilmente subsanables, el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, podrá instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación... A la vista de los compromisos presentados, y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, el Ministro de Economía y Hacienda podrá resolver... autorizar la operación... en caso contrario, remitir el expediente al Tribunal».

⁴¹ Vid. una valoración de estas innovaciones en N. Jalabert-Doury, «The White Paper on Modernization of...», *loc. cit.*, pp. 497 ss.

⁴² El art. 12 del Proyecto de reforma de la Ley 16/1989 (modificativo del art. 25 LDC) declara que compete al TDC... «C) Aplicar en España los arts. 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado». Esta referencia es correcta, aun cuando no se haga eco de las nuevas tendencias del Derecho comunitario en la materia, que proponen la competencia de las autoridades nacionales no sólo para aplicar el párrafo primero, sino también el tercero del art. 81 TCE. Extraña por ello la enmienda núm. 9, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, de modificación del mencionado art. 25.C) en el sentido de limitar la competencia del TDC a «... C) Ejercer las atribuciones que se le encomienden en ejecución de la colaboración con la Comisión Europea para la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia». Esta enmienda de modificación es justificada en el sentido de que la redacción del Proyecto puede vulnerar la redacción del TCE y de la competencia que el mismo reserva a la Comisión, por lo que tal Tribunal deberá restringir su actuación a las atribuciones que deriven de la previa suscripción de instrumentos de colaboración con dicha Comisión (BOCE, 14 de octubre de 1999, n.º 175-8, p. 46). No se entiende por qué se pretende excluir la reconocida competencia de las autoridades nacionales para aplicar el art. 81.1 TCE (expresada fielmente en el Proyecto).

⁴³ Vid., sobre esta concreta cuestión, LESGUILLONS, H., «Withdrawal of the Benefit...», *loc. cit.*, pp. 509 ss. Vid. la posición crítica de R. Rinaldi y R. Rapuano (*loc. cit.*, p. 437), por entender que la competencia de las autoridades nacionales, naturalmente circunscrita al territorio nacional, no debe extenderse a la aplicación generalizada del Derecho comunitario de libre competencia, dado el riesgo de aplicación no uniforme de éste.

En compensación, aumentan los poderes de investigación de la Comisión y la cooperación entre ésta y las autoridades nacionales. Tal cooperación se traduciría en una obligación de los jueces nacionales de informar a la Comisión de los asuntos de los que estén conociendo; la posibilidad de que ésta intervenga en los procesos judiciales nacionales; y la facultad de los jueces para solicitar puntual información procesal, jurídica o económica a la Comisión.

B) *Abuso de posición dominante*

Además de los acuerdos atentatorios a la libre competencia, el TCE prohíbe en su artículo 82 la explotación abusiva de posición dominante siempre que ésta se ejercite dentro del Mercado Común o en una parte substancial del mismo y que afecte al comercio intracomunitario. La prohibición, que no admite excepciones, actúa sobre la base de que la competencia ya está restringida, pues existe posición dominante, y lo único que sanciona es su explotación abusiva en las condiciones señaladas, ejemplificando el propio artículo 82 algunos supuestos que sirven para determinar si la posición dominante es abusiva⁴⁴.

En términos generales, el concepto de posición dominante implica que una empresa puede actuar independientemente de los competidores, de los compradores o de los proveedores, determinando los precios o controlando una parte significativa de la producción⁴⁵. No obstante, a los efectos de la prohibición del artículo 82 TCE, es necesario que esta posición dominante afecte a todo o a una parte substancial del Mercado Común, por ello, la posición dominante no puede ser valorada en abstracto, sino en función de un mercado —el mercado de referencia o mercado afectado—. La determinación de este mercado se realiza a partir de dos datos: los productos o servicios en cuestión, incluidos los sustitutivos o intercambiables, y el marco geográfico afectado, que debe corresponder, al menos en una parte substancial, al Mercado Común.

En efecto, el mercado geográfico de referencia es el espacio en el que se ofrecen los servicios/productos y debe constituir una parte substancial del Mercado Común. No se retiene únicamente un factor de extensión territorial, sino también la amplitud de la producción y del consumo de un producto en el territorio afectado y la relación entre estas magnitudes y los valores correspondientes para el conjunto de la Comunidad⁴⁶. En cuanto a los productos/servicios, forman parte del mercado de referencia todos aquellos que el usuario considere similares en función de su precio, propiedades o finalidad⁴⁷. Así, el carácter «sustituible» del producto puede ser apreciado tanto desde el punto de vista de los consumidores, es decir, que éstos adquieran indistintamente unos y otros, como, al margen de las preferencias del con-

⁴⁴ Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁴⁵ Sent. TJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6/72: *Continental Can, Rec.*, 1973, pp. 215 ss.

⁴⁶ Cf. Comisión Europea, *Aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros*, Bruselas, 1997, p. 101.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 100.

sumo, desde una perspectiva objetiva, teniendo en cuenta la especial naturaleza del producto. No deben olvidarse en este punto conocidas decisiones del TJCE decidiendo la existencia de explotación abusiva a partir del criterio de sustituibilidad de los productos; por ejemplo, entender que las bananas no eran sustituibles por las ofertas de otras frutas, con lo cual existía un mercado independiente y, en el caso concreto, una explotación abusiva de posición dominante⁴⁸. Con el mismo parámetro de valoración, el TJCE estimó que la posición dominante en el sector de embalajes metálicos no impedía la competencia en otros sectores —embalajes de cristal y de plástico—, es decir, no existía explotación abusiva, pues todos los productos, al ser sustituibles, constituyen un único mercado⁴⁹.

En torno a esta necesidad de determinar el mercado relevante debe plantearse también el supuesto de autoproducción, es decir, si han de entenderse incorporados a este mercado únicamente las actividades reservadas a empresas especializadas, que a su vez prestan el servicio al usuario, o, por el contrario, deben considerarse la totalidad de servicios, y, por tanto, la totalidad del mercado, incluida la autoproducción. El TJCE, en el asunto *Corinne Bodson* procedió a analizar las consecuencias de las actividades de las empresas implicadas en la estructura competitiva de la totalidad del mercado, incluyendo dentro de la cuota de mercado relevante no sólo las actividades que la empresa confiaba a empresas especializadas, sino también las llevadas a cabo directamente por aquélla. Esto supone considerar un número mayor de servicios y también un más extenso marco geográfico afectado, que no tiene por qué entenderse limitado a la zona donde actúan las empresas especializadas⁵⁰.

2. Contenido indirecto

Junto con la prohibición de pactos colusorios y de explotación abusiva de posición dominante cabe hacer referencia a un contenido de la libre competencia que denominamos indirecto en la medida en que su regulación no se contiene en los artículos 81 y 82 TCE, pero, sin embargo, la decisión acerca del supuesto efecto lesivo a la competencia se valora finalmente sobre la base de tales preceptos. Es el caso de las concentraciones de empresa, las ayudas de Estado y, más aisladamente, las medidas *antidumping*.

A) Concentraciones de empresas

Por lo que se refiere al control de concentraciones de empresa, antes de la aparición del Reglamento 4064/89 CEE del Consejo, de 21 de diciembre⁵¹ se discutía si su sanción debía canalizarse a través de los antiguos artículos 85 y 86 TCE, en

⁴⁸ Sent. TJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76: *United Brands —Chiquita, Rec.*, 1978, pp. 207 ss.—.

⁴⁹ *Vid.* Sent. TJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6/72: *Continental Can, Rec.*, pp. 215 ss.

⁵⁰ *Vid.* Sent. TJCE de 4 de mayo de 1988, as. 30/87: *Corinne Bodson, Rec.*, pp. 2479 ss. *Vid.* las consideraciones de SAINT STEBEN, R., «Développements récents des droits français et communautaire de la concurrence», *DPCL*, vol. 15-I, 1989, pp. 151 ss., esp. p. 172.

⁵¹ *DOCE* L 395, de 30 de diciembre de 1989, rectificado en *ibid.*, L 257, de 21 de septiembre de 1990, p. 13 y modificado por el Acta de Adhesión de 1994.

cualquier caso, en términos de prohibición. Así, en atención a los posibles efectos desfavorables de las concentraciones —creación de situaciones de privilegio y restricción de la competencia y de la libertad de mercado—, en ocasiones, el TJCE optó por salvaguardar la competencia entre las empresas participantes en la concentración, sancionado el concurso de voluntades existente entre éstas, es decir, aplicando el artículo 85 TCE⁵². En otras, por ejemplo en el mencionado asunto *Continental Can*, aunque indirectamente, aplicó el antiguo artículo 86 TCE por entender que este precepto impedía todo refuerzo de posición dominante, incluida la concentración.

Con el Reglamento 4064/89 se abandona la perspectiva sancionadora y se potencia la preventiva, de modo que las concentraciones son controladas *a priori* a través de un sistema de colaboración entre autoridades nacionales y comunitarias en función de la propia dimensión comunitaria o no de la concentración. Este Reglamento, así como el posterior Reglamento CE del Consejo 1310/97, de 30 de junio⁵³, atribuyen competencia a la Comisión para, a través de la previa notificación, decidir sobre la admisibilidad de la concentración pretendida, cuando ésta tenga una dimensión comunitaria. Para establecer esta dimensión comunitaria se establecen unos sistemas de valoración basados en el volumen de negocios de todas o al menos de dos de las empresas implicadas, realizados tanto a escala mundial como comunitaria y al menos en tres Estados miembros. Estas cantidades, estimadas en millones de ecus, han sido rebajadas por el nuevo Reglamento 1310/97 con el objetivo de controlar un número mayor de concentraciones, siendo éste aplicable cuando la concentración tenga dimensión comunitaria, es decir, cuando supere determinadas cantidades que oscilan entre los 2.500 millones de ecus, a escala mundial, y los 100 millones de ecus, a escala estatal⁵⁴.

Aunque, en principio, la Comisión sólo interviene en concentraciones que tengan esta dimensión comunitaria⁵⁵, sin embargo, a petición de un Estado o previa solicitud conjunta de dos o más Estados, el Reglamento puede ser aplicable a operaciones sin dimensión comunitaria que creen o refuercen una posición dominante que obstaculice la competencia en los Estados implicados. En otro caso, cuando no exista esta petición y la operación únicamente afecte a la competencia en un mercado de un Estado miembro que no constituya una parte substancial del Mercado Común, serán aplicables las legislaciones nacionales *antitrust*. De hecho, cuando un Estado miembro informa y demuestra a la Comisión que la concentración únicamente afecta a un mercado definido, la autoridad comunitaria deberá remitir obligatoriamente el asunto a dicho Estado. En este sentido, por lo que se refiere a nuestra le-

⁵² Vid., por ejemplo, la Sent. TJCE de 17 de noviembre de 1987, as. 142 y 156/84: *Philip Morris, Rec.*, pp. 4487 ss.

⁵³ DOCE L 180 de 9 de julio de 1997. Vid. su desarrollo en el Reglamento 447/98, de la Comisión, de 1 de marzo, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/89, del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*ibid.*, L 61, de 2 de marzo de 1998).

⁵⁴ Refiriéndose a todas las empresas implicadas en la operación de concentración, su volumen mundial de negocios debe superar los 2.500 millones de ecus o, en tres Estados miembros, superar en cada uno de ellos los 100 millones de ecus. Refiriéndose a dos de las empresas implicadas, se presume la dimensión comunitaria de la concentración cuando el volumen de negocios de estas empresas supere en la Comunidad los 100 millones de ecus o los 25 millones de ecus en cada uno de los tres Estados miembros. La dimensión comunitaria se exceptúa, no obstante, cuando cada empresa afectada realice en un mismo Estado miembro más de los dos tercios de su volumen de negocios en la Comunidad.

⁵⁵ Es decir, que impidan la competencia en una parte substancial del Mercado Común,

gislación nacional, es de destacar la regulación contenida en el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, que, en aras de un control más eficaz impone la notificación al Servicio de Defensa de la Competencia de las concentraciones nacionales que superen determinados umbrales⁵⁶.

Es importante señalar que en el anterior Reglamento 4064/89, con la finalidad de no paralizar la actividad de las empresas implicadas, se preveía la suspensión de la operación únicamente durante las tres semanas siguientes a la notificación. Sin embargo el actual Reglamento 1310/97 impide la concentración no sólo antes de su notificación, sino también hasta el momento mismo en que haya sido declarada compatible con el Mercado Común. No obstante, para paliar esta imposición de inactividad, se posibilita la petición de dispensa de esta suspensión, dispensa que, en el caso de ser concedida, podrá ir acompañada de condiciones y obligaciones tendientes a garantizar una competencia efectiva. Por su parte, el artículo 15 del Real Decreto-Ley 6/1999, de MUL e IC, estima que la notificación no implica la suspensión, quedando la operación sujeta a la decisión final del Gobierno, admitiéndola, con o sin garantías, o imponiendo la desconcentración.

B) *Empresas públicas y ayudas estatales*

Como puede apreciarse, el agente propulsor de las posibles restricciones a la competencia es la empresa, persona física o jurídica que, al margen de su estatuto jurídico o fuente de financiación, ejerce de forma autónoma, es decir, con independencia comercial, una actividad económica. Por tanto, las destinatarias de las normas de libre competencia son las empresas y no las eventuales medidas restrictivas que puedan ser adoptadas por un Estado. No obstante, éstos deben abstenerse de promover efectos o posibilidades contrarias a la libre competencia. En esta línea, el TJCE en aplicación del antiguo artículo 5 TCE, actual artículo 10, ha instado a las autoridades públicas de los Estados miembros a no tomar ni a mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de las normas de competencia⁵⁷.

⁵⁶ BOE, 17 de abril de 1999. Esta obligación contrasta con el carácter facultativo de la notificación en el art. 14 de la LDC. Así, están sujetas a notificación las operaciones que supongan la adquisición o el incremento de una cuota de mercado igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional o de un mercado geográfico definido en un determinado producto o servicio. También, aquellas que afecten a empresas cuyas ventas globales en España superen los 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos participantes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a los 10.000 millones de pesetas. Tal notificación, que no suspende la ejecución de la concentración, puede realizarse al SDC previamente a la operación o hasta un mes después de la conclusión del acuerdo. Se admite la autorización tácita si ha pasado un mes desde la notificación sin que el SDC haya remitido el asunto al TDC. En cualquier caso, no se benefician de esta autorización tácita las concentraciones que hayan sido notificadas a requerimiento del propio SDC. Vid. en torno a esta reforma NAVARRO VARONA, E., «Amendments to Spanish Merger Control Rules», *Int. Business L.J.*, n.º 5, 1999, pp. 549 ss. La expresa regulación de las concentraciones por este Real Decreto-Ley parece ser la razón de que el Proyecto de reforma de la Ley 16/1989 no aborde esta cuestión. Sin embargo, todas las enmiendas que proponen un texto alternativo a este Proyecto sí recogen tal regulación. En este sentido, destaca el presentado por el Grupo Socialista del Congreso, por la notificación de las concentraciones que superen un determinado volumen de ventas al Tribunal de Defensa de la Competencia y no, como hace el Real Decreto Ley de MUL e IC, al Servicio de Defensa de la Competencia.

⁵⁷ Sent. TJCE de 1 de octubre de 1987, asunto 311/85: *Vereniging van Vlaamse Reishureaus, Rec.*, 1987, p. 3801

Una concreción de este postulado de abstención estatal puede apreciarse en relación con las ayudas de Estado y con el funcionamiento de las empresas públicas, cuya regulación en los artículos 86 siguientes TCE constituye, se ha dicho, el bloque normativo del Derecho de la competencia dirigido propiamente a los Estados y no a las empresas⁵⁸. Así, de una parte, el artículo 86 TCE insta a las autoridades estatales a no mantener ni adoptar, respecto de empresas públicas o empresas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del TCE sobre libre competencia y sobre no discriminación por razón de nacionalidad. Asimismo, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal también quedan sometidas a los artículos 81 siguientes TCE, pero sólo en la medida en que la aplicación de estos preceptos no impida el cumplimiento de su misión específica. En cualquier caso, el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado de forma contraria al interés de la CE.

De otra parte, el artículo 87 TCE declara incompatibles con el Mercado Común las ayudas que afecten a los intercambios comerciales intracomunitarios cuando falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones. La ayuda incompatible puede asumir diversas formas: préstamos, subvenciones, exoneraciones, etc., y estar financiada directamente por el Estado o por otros organismos que gestionen dicha ayuda.

Para armonizar esta restricción con el mantenimiento de un cierto intervencionismo socio-económico del Estado, el propio artículo 87 TCE prevé una serie de excepciones, de modo que la Comisión puede declarar compatible con el Mercado Común determinadas ayudas. Para ello deben responder a las finalidades previstas en el artículo 87 (desarrollo económico regional, compensación de graves situaciones económicas, fomento de proyectos de interés común europeo; y, tras la reforma del TCE de Maastricht, la promoción de la cultura y la conservación del patrimonio). Fuera de estos supuestos, las ayudas deben ser propuestas por la Comisión y aprobadas por mayoría cualificada del Consejo. Además, junto a esta ayudas sometidas a declaración de compatibilidad, existen otras cuya concesión no precisa ni siquiera ser notificada a la Comisión, por ejemplo, aquellas de carácter social que redunden en beneficio del consumidor siempre que no generen discriminación entre productos; también las destinadas a paliar perjuicios causados por eventos excepcionales o desastres naturales; y las, en su día, destinadas a favorecer la economía de regiones alemanas afectadas por la división del país.

El procedimiento de control de las ayudas se recoge en el artículo 88 TCE, parcialmente alterado por el Reglamento CE n.º 659/99 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CEE (actual art. 88 TCE)⁵⁹. Así, se someten a examen permanente por parte de la Comisión las *ayudas ya existentes*, pudiendo ésta decidir su supresión o modificación cuando vulneren el artículo 87 TCE o se apliquen de forma abusiva. Si el Estado afectado no suprime o modifica la ayuda, la Comisión o cualquier otro Estado miembro interesado podrán recurrir al TJCE⁶⁰. Por su parte, los *proyectos de con-*

⁵⁸ Cf. MAESTRE CASAS, P., en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho del comercio...*, op.cit., p. 160.

⁵⁹ DOCE L 83, 27 marzo 1999, pp. 1 ss.

⁶⁰ A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá estimar compatible la ayuda siempre que, por unanimidad, considere que esta decisión está justificada en razones excepcionales. Este procedimiento suspende, en su caso, el procedimiento de examen por la Comisión hasta que el Consejo se pronuncie; si éste no lo hace en el plazo de tres meses, la Comisión decide.

cesión (o en su caso, de modificación) de ayudas deben ser notificados a la Comisión. Según el artículo 88 TCE, si la Comisión considera que dicho proyecto es incompatible con el Mercado Común, iniciará el procedimiento previsto en el artículo 88.2 TCE y la ayuda no podrá ser ejecutada hasta que haya recaído decisión definitiva. Sin embargo, los artículos 3 y 4 (pfs. 5.º y 6.º) del Reglamento 659/99 alteran esta conclusión de inejecución y prevén una presunción de autorización, ya que, el proyecto puede ser ejecutado si han pasado dos meses desde su notificación a la Comisión sin que ésta decida. Esta ausencia de decisión tiene por efecto equiparar un proyecto de ayuda notificado a la Comisión con una ayuda existente, de modo que el Estado miembro interesado puede ejecutar el proyecto. No obstante, para ello debe informar previamente a la Comisión para que ésta, en su caso, adopte una decisión acerca de la compatibilidad de la ayuda⁶¹.

C) *Medidas antidumping*

Aunque este marco de defensa de la competencia es ajeno e incompatible con actitudes proteccionistas en el interior de la UE, sin embargo, paralelamente, existe un proteccionismo comunitario frente a terceros Estados, que se advierte especialmente en el tratamiento de las medidas *antidumping*. En efecto, estas medidas o gravámenes se justifican como una defensa de la libre competencia, concretamente de la represión de la competencia desleal de empresas de terceros Estados, y están destinadas a proteger los intereses comerciales de la UE. No obstante, este efecto está llamado a decaer desde el momento en que la consecución de un sistema de mercado único pasa por la apertura a terceros países, en definitiva, por un enfoque mundialista de la competencia que evite proteccionismos no justificados.

En términos muy generales, las prácticas de *dumping* consisten en vender productos en mercados extranjeros a un precio inferior a su valor normal de mercado, entendiendo por tal el precio que se fija para el mismo producto en el país de origen o en otro país de exportación distinto del país comunitario al que va dirigido tal producto. Su sanción no se articula a través de los artículos 81 siguientes TCE, sino a través de la defensa de una política comercial común (art. 133 TCE). Concretamente, la Comisión establece unas medidas provisionales que subordinan el despacho de la mercancía a libre práctica en la Unión al depósito de una garantía por el importe de este derecho provisional. Si finalmente se aprecie el *dumping* y el consiguiente perjuicio, el Consejo, a propuesta de la Comisión, fijará un derecho *anti-dumping* o compensatorio definitivo. Tanto la medida definitiva como la provisional pueden ser recurridas ante el TJCE (en las condiciones del art. 230 TCE) por cualquier persona afectada de un modo directo e individual.

Adviértase que para establecer estos derechos antidumping o compensatorios se precisa una causalidad entre *dumping* y perjuicio, es decir, que el despacho a libre

⁶¹ En efecto, el art. 3 del Reglamento 659/1999 dispone que la ayuda que deba notificarse no podrá llevarse a efecto antes de que la Comisión adopte o *deba considerarse que ha adoptado* una decisión autorizando dicha ayuda. Por su parte el párr. 6.º del art. 4 declara: «Cuando la Comisión no haya adoptado una decisión... dentro del plazo establecido en el apartado 5, se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda...». Sobre este Reglamento, y en particular sobre la cláusula de suspensión «standstill», *vid.* BESTAGNO, F., «Il controllo comunitario degli aiuti di stato nel recente regolamento di procedura», *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, n.º 13.2, pp. 339 ss., esp. pp. 343-345.

práctica del producto cause o amenace causar un perjuicio a un sector económico establecido en la Unión o retrasen sensiblemente el establecimiento del mismo. Este mismo perjuicio determina la legitimación procesal tanto para solicitar a la Comisión la medida compensatoria como, en su caso, solicitar al TJCE su anulación. De aquí, que el dato decisivo para adoptar estas medidas sea precisamente la producción de un perjuicio y no estrictamente el falseamiento de la competencia. Se trata, en definitiva, de medidas destinadas a proteger los intereses comerciales de la Unión, en muchas ocasiones, mero reflejo de un proteccionismo comunitario ajeno al sistema mundializado de libre competencia.

III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. COOPERACIÓN DE AUTORIDADES

1. Comisión de las Comunidades Europeas-Jueces nacionales

El contenido de la normativa de libre competencia se ha visto afectado por los procesos primero de integración y actualmente de mundialización del comercio. Buena prueba de ello es la normativa al respecto contenida en el TCE que acabamos de mencionar y también la tendencia a la coordinación internacional en la materia, especialmente los acuerdos concluidos entre la Comisión y determinados países, así como la defensa articulada por la OMC frente a lo que pueda considerarse mediata o inmediatamente como un atentado a un mercado en régimen de libre competencia. Estas consideraciones de internacionalización sirven de punto de referencia para poner de manifiesto la actual tendencia a la coordinación/cooperación de autoridades y, muy en particular, a la colaboración entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias a la hora de aplicar Derecho comunitario de la competencia. A este respecto, deben distinguirse dos supuestos de colaboración: la existente entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales y la practicada entre la Comisión y las autoridades nacionales administrativas, en nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

En el primer caso, los órganos jurisdiccionales nacionales se limitan a la protección de los derechos subjetivos de los particulares que puedan estar afectados por las normas de libre competencia, normalmente acciones contractuales y acciones de daños y perjuicios. Alude a este supuesto la Comunicación de la Comisión del año 1993⁶², estableciendo la competencia de los tribunales nacionales para pronunciarse sobre las consecuencias civiles de la prohibición enunciada en el artículo 81.1 TCE y, por contra, la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3 (exenciones). En efecto, las decisiones y Reglamentos de la Comisión sobre exenciones deben ser respetados por los jueces nacionales, considerando al acuerdo compatible con el Derecho comunitario y reconociéndole efectos de Derecho civil. De hecho, la posibilidad, ya mencionada, de que las autoridades nacionales retiren el beneficio de un Reglamento de exención para un mercado nacional definido (Libro Blanco) se refiere a las autoridades administrativas nacionales, en nuestro caso TDC /SDC⁶³.

⁶² DOCE C 39, de 13 de febrero de 1993. Vid. Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, BOE, 13-15 de septiembre de 1986.

⁶³ En el mismo sentido vid. LESGUILLONS, H., «Withdrawal of the Benefit...», *loc. cit.*, p. 517.

No obstante, y al margen de esta competencia exclusiva de la Comisión, sí parece que los tribunales nacionales pueden aplicar las decisiones y reglamentos sobre exenciones que previamente hayan sido adoptados por aquélla⁶⁴. De igual modo, y desde una perspectiva más general, se ha afirmado que cuando los órganos jurisdiccionales lleguen a la inequívoca conclusión de que la conducta incurre en una prohibición de los artículos 81.1 o 82 TCE deberán declararla contraria al Derecho comunitario y adoptar las medidas pertinentes⁶⁵. Esta conclusión es coherente con el hecho de que estos preceptos generan en favor de los particulares derechos subjetivos que deben ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales. Por ello, no es de extrañar que esta competencia de los tribunales nacionales, ya argumentada por la Comisión en el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE⁶⁶, haya sido recientemente ratificada por el TJCE. En efecto, aunque indirectamente por tratarse de un asunto inicialmente sometido a arbitraje, el TJCE parece admitir la aplicación de las normas comunitarias de competencia, integrando la prohibición del artículo 81 TCE en la noción de orden público nacional. Así, ha declarado que el Juez nacional debe estimar el recurso de anulación de un laudo arbitral cuando considere que éste es efectivamente contrario al artículo 81 TCE, siempre que según las normas procesales internas deba estimar un recurso de este tipo por incumplimiento de las normas nacionales de orden público⁶⁷.

Sin embargo, a pesar de las circunstancias descritas y del efecto directo que se reconoce a los artículos 81 y 82 TCE, nuestro TS ha excluido⁶⁸ la competencia de los tribunales nacionales para la aplicación de estos preceptos, por quedar ésta reservada a la Comunidad, si la Comisión ya ha iniciado procedimiento, o, en otro caso, al TDC. Sobre la base de esta interpretación, que el TS denomina *aplicación incidental* de la normativa de libre competencia, los tribunales nacionales deben limitar su actuación o bien al recurso contencioso administrativo de las decisiones de las autoridades administrativas (TDE)⁶⁹ o bien a las acciones civiles, pero, en este último caso, sobre la base de una previa decisión administrativa en torno a los artículos 81.1 y 82 TCE⁷⁰.

⁶⁴ Cf. MARTÍNEZ LAGE, S., «La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los tribunales nacionales», *G.J. de la CE y de la Competencia*, B 82, marzo 1993, p. 2.

⁶⁵ Según S. Martínez Lage, incluso aunque haya habido notificación a la Comisión (Cf. *ibidem.*, p. 3).

⁶⁶ DOCE C 132, de 12 de mayo de 1999. Vid. también esta conclusión en la Sent. TJCE de 28 de febrero de 1991, as. C-234/89: *S. Delimitis c. H. Bräu AG, Rec.*, I-935.

⁶⁷ Vid. Sent. TJCE de 1 de junio de 1999, as. C-126/97: *Eco Swis China Time Ltd c. Benetton International NV, Actividades del TJCE y del TPICE*, semana del 31 de mayo al 4 de junio de 1999, pp. 1 ss. Coherentemente, S. Álvarez González considera que esta Sentencia ratifica la importancia de las normas comunitarias que garantizan la libre competencia como integrantes de un orden público comunitario operativo en materia de control jurisdiccional de los laudos arbitrales, (Cf. «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», *La Ley, U.E.*, 30 septiembre 1999, pp. 1 ss. esp. p. 3, apartado 6).

⁶⁸ En Sent. de 30 de diciembre de 1993 (Sala 1.ª), *La Ley, Com. Eur.*, 10 de febrero de 1995, pp. 1 ss., con comentario de B. Fernández Pérez.

⁶⁹ No obstante, téngase en cuenta que el art. 27 (modificativo del art. 50) del Proyecto de reforma de la Ley 16/1989 prevé que los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica (arts. 21 ss. del Proyecto) y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁷⁰ Vid. al respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «El efecto directo del art. 86 TCE en el ordenamiento español», *La Ley, Com. Eur.*, 10 febrero de 1995, pp. 1 ss.

2. Comisión de las Comunidades Europeas-Autoridades nacionales administrativas

Sea como fuere, este supuesto de colaboración entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales es distinto al de la colaboración entre la Comisión y las autoridades nacionales administrativas. En este último caso y respecto de la aplicación de los artículos 81.1 y 82 TCE, deben tenerse en cuenta dos marcos de referencia, ambos tendentes a potenciar una descentralización de las competencias de la Comisión.

El primero se concreta en la regulación de los llamados acuerdos de menor importancia, respecto de los cuales la Comisión propone una cierta distribución de competencias entre la Comisión y los Estados miembros, aun cuando no sea ésta la finalidad de la Comunicación dictada al respecto, sino simplemente la de excluir de la prohibición del artículo 81 TCE a los acuerdos sin efecto sensible sobre la competencia⁷¹, aspecto al cual ya nos hemos referido anteriormente con ocasión de las matizaciones a la prohibición de acuerdos.

El segundo marco de referencia viene constituido por una Comunicación de la Comisión del año 1997, relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros —entiéndase autoridades administrativas—⁷². En ella se reitera la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3.º, esto es, para declarar exenciones y revocarlas, competencia que, como hemos señalado, está llamada a desaparecer en una próxima normativa comunitaria (*vid.* el mencionado Libro Blanco). Por el momento, en estos supuestos, la mera notificación a la Comisión excluiría la posibilidad de intervención de una autoridad nacional, derivándose para el autor de la solicitud de exención un derecho a obtener de la Comisión una decisión en cuanto al fondo, salvo cuando la Comisión y las autoridades nacionales lleguen a la común conclusión de que se trata de una notificación con fines meramente dilatorios, es decir, para bloquear un posible procedimiento nacional sancionador del acuerdo⁷³. Al margen de este supuesto de competencia exclusiva de la Comisión, la Comunicación, parte del artículo 9 del Reglamento 17/62⁷⁴, en virtud del cual, en tanto la Comisión no inicie procedimiento, las autoridades nacionales seguirán siendo competentes para aplicar los artículos 81 y 82 TCE. A partir de aquí, la Comunicación ha tratado de consolidar la aplicación de estos preceptos a través de una serie de postulados, que hemos aglutinado en cuatro:

a) Potenciar la unidad de control de las conductas, evitando la proliferación de autoridades intervinientes.

⁷¹ En este sentido *vid.* MARTÍNEZ LAGE, S., «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión Europea y por las autoridades administrativas nacionales», *GJ de la CE y de la Competencia*, B-130, enero, febrero 1998, pp. 1 ss.

⁷² Publicada el 15 de octubre de 1997, *DOCE* C 313, 15 de octubre de 1997, pp. 3 ss.

⁷³ Si la autoridad nacional ya ha iniciado el procedimiento y duda sobre las posibilidades de exención que pueda tener un acuerdo, contactará con la Comisión y si ésta considera improbable la exención lo comunica a la autoridad nacional instructora para que continúe el procedimiento ya abierto. La propia Comisión se compromete a no iniciar procedimiento antes de que finalice este procedimiento nacional, salvo que el procedimiento nacional se prolongara indebidamente o que la propia autoridad nacional se percatase de que no existe infracción de los arts. 81 y 82 TCE.

⁷⁴ Del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (*DOCE* L 13, 21 de febrero de 1962, p. 204/62). *Vid.* respecto de determinados acuerdos el ya mencionado Reglamento (CE) n.º 1216, por el que se modifica el Reglamento 17 (*ibid.*, L 148, de 15 de junio de 1999, pp. 5 ss.).

b) Potenciar también la intervención de las autoridades nacionales, ya sea aplicando Derecho comunitario o nacional. Las autoridades a las que se refiere la Comunicación son el SDC, asumiendo funciones de instrucción, y el TDC, como órgano aplicador⁷⁵, que, a partir del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero⁷⁶, ajustarán el procedimiento a las normas contenidas en la LDC⁷⁷.

c) Limitar la aplicación del Derecho comunitario a los supuestos en que el comercio intracomunitario resulte afectado.

d) Supeditar la aplicación del Derecho nacional a la consecución del efecto útil de los artículos 81 y 82 TCE al principio de leal cooperación. En esta línea, las autoridades administrativas nacionales no pueden prohibir, sobre la base de su Derecho nacional, conductas que la Comisión haya declarado exentas⁷⁸, al tiempo que tampoco pueden autorizar lo prohibido por la Comisión⁷⁹. Adviértase, no obstante, la propuesta del Libro Blanco otorgando competencia a las autoridades nacionales para suprimir en el mercado nacional los beneficios de un Reglamento de exención.

En principio y sobre la base de estos cuatro puntos, las autoridades nacionales se ocuparán de los asuntos cuyos efectos se produzcan esencialmente en su territorio/mercado y aquellos que presumiblemente no puedan acogerse a una exención. No obstante, aunque reúnan estos requisitos, y, por lo tanto, pudiera existir una inicial competencia de las autoridades nacionales, la Comisión siempre puede reservarse los asuntos que presentan una especial relevancia, bien porque plantean un problema jurídico nuevo, bien porque afectan a determinadas empresas cualificadas⁸⁰. Cuando no se produzca esta reserva las autoridades administrativas nacionales aplicarán el Derecho comunitario de la competencia en tres supuestos:

a) *A petición de la Comisión.* En relación con conductas tipificadas en los artículos 81 y 82 TCE, por el momento, siempre que no se trate de supuestos de exen-

⁷⁵ Vid. las funciones del SDC y del TDC en los arts. 12 y 16 (de modificación de los arts. 25 y 31 LDC) del Proyecto de reforma de la LDC de 28 de junio de 1999, *cit.*

⁷⁶ BOE, 7 de marzo de 1998.

⁷⁷ Las parciales modificaciones introducidas en la LDC por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, prevén para el SDC la facultad de inadmitir denuncias, que, posteriormente, el TDC podrá sobreseer, respecto de aquellos acuerdos que no tienen repercusión sobre el mercado. Asimismo se otorga a este Servicio la facultad de decidir inicialmente, con posibilidad de recurso posterior ante el TDC, si el pacto notificado se tramita como una solicitud de autorización singular de un acuerdo o como una operación de concentración económica (Cf. ALONSO SOTO, R., «La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia», *GJ de la CE y de la Competencia*, B-120, enero-febrero 1997, pp. 1 ss.). Por su parte, el Proyecto de reforma de la Ley 16/1989 (*cit.*), tras establecer el carácter supletorio de las normas de procedimiento contenidas en la Ley 30/1992, declara que el procedimiento se inicia por el SDC de oficio o a instancia de parte interesada, aun cuando la denuncia de una conducta prohibida pueda ser realizada por cualquier persona, interesada o no. El SDC podrá acordar la no iniciación del procedimiento o acordar la terminación convencional de la investigación. Una vez instruido el expediente, el SDC lo remitirá al TDC, acompañando informe, o redactará propuesta de sobreseimiento. Los actos del SDC son recurribles al TDC.

⁷⁸ Vid. Sent. TJCE de 24 octubre 1995, asunto C-266/93: *Volkswagen VAG Leasing GmbH, Rec.*, 1995, p. I-3477.

⁷⁹ Paralelamente, las decisiones de la Comisión también vinculan a los órganos jurisdiccionales, las favorables a promover los efectos civiles del acuerdo válido; las desfavorables, a ejecutar las consecuencias de lo prohibido.

⁸⁰ Concretamente, una empresa pública, una empresa a la que un Estado miembro haya concedido derechos especiales o exclusivos, las encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o las que tenga el carácter de monopolio fiscal.

ción (81.3.^o), aun cuando se proyecta la aplicación general del Derecho comunitario de la libre competencia por las autoridades comunitarias y nacionales.

b) *Por desestimación de la Comisión.* Cuando ésta considere que los hechos de la denuncia no presentan un interés comunitario suficiente y siempre que la autoridad nacional acepte instruir tal denuncia. En este caso, y a diferencia de la notificación con fines de exención, el autor de la denuncia no tiene el derecho a obtener una decisión de la Comisión. No obstante, para proceder a esta desestimación y a la posterior remisión a la autoridad nacional, la Comisión debe motivar la inexistencia de interés comunitario.

Adviértase que en ambos supuestos se trata de denuncias planteadas primeramente ante la Comisión⁸¹ y que ésta remite a continuación a las autoridades nacionales. Por contra, el tercer supuesto de conocimiento por las autoridades nacionales sería planteado primeramente ante éstas, es decir, sería el supuesto:

c) *Conocimiento por propia iniciativa de la autoridad nacional.* El procedimiento en este caso, se ajustará, al margen del Derecho aplicado, a las normas nacionales, es decir, a la LDC a partir del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia⁸². En todo caso, cuando la autoridad nacional aplique Derecho comunitario deberá informar a la Comisión de los procedimientos incoados, para que ésta, a su vez, informe a las demás autoridades nacionales. Además, aunque conoce primero la autoridad nacional, ésta aplazará su decisión si existe un procedimiento abierto ante la Comisión que pueda generar efectos contradictorios. En este caso la Comisión tratará prioritariamente el asunto afectado.

IV. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Consideraciones generales

Estas ideas en torno a la colaboración y transparencia entre autoridades junto con ciertas reflexiones en torno a la dimensión internacional de la libre competencia se pergeñaron ya en el Dictamen del CES en relación con el XXV Informe sobre política de competencia⁸³. Como criterio general se cuestiona la creación de una autoridad independiente de los Estados y se vincula la eficacia de la política comunitaria en la materia a la intervención de la «mejor autoridad», es decir, de la autoridad que, respetando las competencias exclusivas de la Comisión, esté en mejores condiciones para valorar y decidir.

Sobre estas bases, el Comité se ha manifestado en torno a tres puntos:

a) Favorecer una consolidación efectiva de la política de competencia respecto de los países PECO (Europa Central y Oriental), que precisa de una gran transpa-

⁸¹ Vid. la terminología de PASCUAL y VICENTE, J., «Cooperación entre la Comisión europea y las autoridades nacionales de competencia en materia de prácticas colusorias y abusivas», *G.J. de la CE y de la Competencia*, B 126, septiembre de 1997, pp. 1 ss. esp. p. 7.

⁸² BOE, 7 de marzo de 1998.

⁸³ DOCE C 75, 10 de marzo de 1997, pp. 22 ss. En la misma línea, vid. el Dictamen del CES sobre el XXVII Informe de Política de la Competencia (1997), *ibid.*, C 101, de 12 de abril de 1999, pp. 1 ss.

rencia, sobre todo en el sector de ayudas públicas, y una especial sensibilidad con los procesos de reindustrialización que puedan generar consecuencias negativas en la economía y en el desempleo de estos países.

b) Reconsiderar el tratamiento de los acuerdos verticales, es decir, tomados en la misma fase de producción entre productores y distribuidores, que no deben entrar necesariamente por sí mismos en la prohibición del artículo 81 TCE.

c) Apoyar una convergencia progresiva de las reglas de competencia a escala mundial, estimando como interlocutores más válidos a la OCDE, a la UNTAD y sobre todo a la OMC.

Respecto del punto b), acuerdos verticales, el Dictamen del CES acerca del Libro Verde sobre restricciones verticales⁸⁴ ya puso de manifiesto la pretensión de revisar la rigidez de los reglamentos de exención para hacerlos compatibles con las nuevas exigencias de colaboración entre empresas. Por ello, aconsejó aplicar una presunción de compatibilidad con las normas comunitarias a determinadas formas de cooperación cuando las empresas implicadas ostentasen, en el territorio afectado por el contrato, una cuota de mercado inferior a un determinado nivel⁸⁵. Concretamente, se propuso dejar vía libre a los acuerdos verticales en los que las partes ostentasen una cuota de mercado inferior al 10 por 100, recomendándose una presunción de compatibilidad con el artículo 81.1 TCE, rebatible por factores de mercado, para los acuerdos verticales de distribución en los que las partes tuviesen una cuota inferior al 20 por 100.

Esta especie de declaración negativa, similar a la Comunicación de *minimis*, pretendía superar la rigidez de las exenciones por categoría y eximir a los acuerdos de distribución vertical, caracterizados por un alto nivel competitivo, de la exigencia de notificación individual, ya que en estos casos la competencia apenas se ve afectada⁸⁶. Deben recordarse en este punto los actuales Reglamentos del Consejo 1215/99 y 1216/99⁸⁷, que pretenden la no aplicación de artículo 81 TCE a los acuerdos verticales y a determinados acuerdos en materia de propiedad industrial.

Respecto del punto c) —potenciar un marco internacional de libre competencia que permita promover una normativa multilateral igualitaria a escala mundial— debe señalarse que este objetivo responde a la realidad y a las necesidades actuales del comercio. La realidad es el surgimiento de una dimensión transnacional de las

⁸⁴ DOCE C 296, de 29 de septiembre de 1997.

⁸⁵ Esta opción de presunción rebatible de compatibilidad se consideró la más conveniente, habiéndose barajado también las opciones de mantener el sistema actual, tal cual o flexibilizando los reglamentos de exención —ya sea ampliando la exención a cláusulas similares, ya sea no denegando la exención a todo el acuerdo por el hecho de que existan en él determinadas cláusulas prohibidas—; o especializar los reglamentos de exención introduciendo el nuevo elemento de la cuota de mercado, de modo que, si ésta cuota supera el 40 por 100, el Reglamento no sería aplicable y habría de recurrirse a la exención individual. Vid. al respecto LEONE, V. M. («Il Libro Verde sulle restrizioni verticali: Una nuova politica della concorrenza?», *Contratto e impresa/Europa*, 2, 1997, pp. 783 ss. esp. 793 ss.) y la posición escéptica de R. Rinaldi y R. Rapuano (*loc. cit.*, p. 426 ss.).

⁸⁶ En concreto, el Comité estima que las formas horizontales de cooperación entre PYMES de distribución no representan necesariamente restricciones a la competencia y deberían encuadrarse en una presunción rebatible de compatibilidad negativa o, cuanto menos, en un Reglamento de exención, al objeto de alentarlas a afrontar de manera adecuada la globalización del mercado.

⁸⁷ Ambos de 10 de julio, por los que se modifican el Reglamento n.º 17 y el Reglamento 19/65. Vid. el análisis de estos Reglamentos en el epígrafe II.1.A.b: «Inflexiones a esta prohibición. La exigencia de restricción sensible y las reglas de *minimis*».

normas de libre competencia, generada, a su vez, por la internacionalización del comercio y, en particular, por la progresiva eliminación de las barreras comerciales⁸⁸. Por su parte, las necesidades o razones que avalan una mundialización de las normas de libre competencia son diversas. Entre ellas cabe destacar: impedir que se neutralicen los efectos liberalizadores del GATT; la inadecuación o inexistencia, en algunos supuestos, de normas nacionales de libre competencia y la escasa cooperación entre autoridades nacionales a la hora de su aplicación; los conflictos entre Gobiernos nacionales derivados de la aplicación extraterritorial de algunas normativas de libre competencia, como la normativa estadounidense o comunitaria; y los problemas surgidos por el hecho de someter a las empresas que actúan en el mercado internacional a distintas leyes nacionales, unas más permisivas que otras⁸⁹.

2. Iniciativas

En este marco internacional de la libre competencia, deben señalarse las iniciativas reflejadas en la Carta de La Habana de 1947⁹⁰, que preveía un listado abierto de conductas supuestamente anticompetitivas, así como un procedimiento de consulta e investigación sobre las normas aplicables. No siendo directamente invocable por los particulares, proponía la creación de una autoridad jurisdiccional *antitrust* tendente, en su caso, a declarar los incumplimientos por parte de los Estados miembros. Esta Carta no llegó a aprobarse y fue sustituida en muchos de sus puntos por el GATT. Como iniciativas más recientes pueden destacarse el Código —no vinculante— de libre competencia de 1980, surgido en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) o la Recomendación de un procedimiento voluntario de solución de diferencias en el marco de la OCDE, que ha tenido una nula virtualidad debido a sus principios de soberanía estatal y de aplicación extraterritorial de las normas de defensa de la competencia⁹¹. También debe mencionarse el Proyecto de Código *Antitrust* Internacional de 1993 (DIAC), que preveía una serie de normas prohibitivas mínimas; la creación de una Autoridad Antitrust Supranacional, con funciones de vigilancia y asesoramiento y con iniciativa procesal ante las jurisdicciones nacionales; y un mecanismo de resolución de controversias integrado en el mecanismo de resolución de controversias de la OMC⁹².

Es, precisamente, la OMC⁹³ el organismo que parece contar con más posibilidades de cara al establecimiento de un sistema mundial de libre competencia. Con-

⁸⁸ Cf. COCUZZA, C., y GIGANTE, A., «Diritto antitrust e cooperazione internazionale», *Riv. dir. int. pr. proc.*, n.º 4, 1998, pp. 783 ss.

⁸⁹ Cf. BACHES OPI, S., «La internacionalización del Derecho de defensa de la libre competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio: el final de una utopía», *RGD*, n.º 654, 1999, pp. 2321 ss.

⁹⁰ Surgió en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Empleo (La Habana, 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948) y no llegó a entrar en vigor.

⁹¹ Vid. estas consideraciones históricas en Comisión Europea, «Hacia un marco internacional de normas de competencia», *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, vol. III A: Normas internacionales (situación al 31 de diciembre de 1996). Luxemburgo/Bruselas, 1997, pp. 451 ss. Vid. también COCUZZA, C., y GIGANTE, A., («Diritto antitrust e cooperazione...», *loc. cit.*, pp. 785 ss.) y BACHES OPI, S. («La internacionalización...», *loc. cit.*, pp. 2332 ss.).

⁹² Elaborado en el seno del Instituto Max-Planck de Múnich.

⁹³ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (*BOE*, 24 de enero de 1995, corrección de errores,

tiene una serie de Acuerdos fundamentales, pudiendo destacarse los relativos al comercio de mercancías (GATT), de servicios (GATS), y de derechos de propiedad intelectual (ADPIC). Por lo que a la libre competencia se refiere, el primero trata de establecer garantías frente a los perjuicios derivados de las prácticas de *dumping*, así como de controlar la conducta comercial de las empresas que gozan de derechos exclusivos. Los restantes Acuerdos establecen, en general, un sistema de cooperación y de prevención de conflictos, que hacen de la OMC el principal candidato para ofrecer un marco internacional a las normas de competencia. Téngase en cuenta que su afiliación es casi universal y que está facultada para formular normas económicas internacionales relacionadas con el comercio. Además, dispone de un sistema consolidado de negociación y consulta, de supervisión y vigilancia y, sobre todo, un sistema de solución de diferencias entre gobiernos, en definitiva, un sistema consolidado de prevención de conflictos. No obstante, este mecanismo de resolución de controversias presenta ciertas carencias por lo que se refiere a la materia de libre competencia, pues limita la legitimidad de accionar a los Estados, excluyendo a los particulares. Por ello, sería necesario que, al menos la autoridad supranacional que se cree pueda accionar los procedimientos de Derecho interno contra los Estados que incumplan sus compromisos, de lo contrario, la resolución de controversias basada en el ejercicio de la protección diplomática puede dar lugar a un proteccionismo comercial generador de barreras no arancelarias⁹⁴.

Es cierto que la Comisión ya había destacado las ventajas de esta cooperación internacional, especialmente el no tener que recurrir a aplicaciones extraterritoriales de las normas nacionales. Así lo manifestó en su Comunicación al Consejo sobre los aspectos internacionales de la legislación de competencia, de 1996⁹⁵. Sin embargo, también ha puesto de manifiesto que la creación de una autoridad internacional de libre competencia con propias facultades de investigación y de ejecución no es la solución actualmente más viable, debiendo recurrirse a compromisos y procedimientos intergubernamentales y a la coordinación de las normativas nacionales de competencia⁹⁶. Para ello, es necesario adoptar lo que se denomina «estructuras

en BOE, 8 de febrero de 1995, con entrada en vigor para España el 1 de enero de 1995, excepto el Acuerdo sobre Contratación Pública, que entró en vigor un año después). Constituye un marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus numerosos Estados miembros en los asuntos relacionados con los Acuerdos e Instrumentos Jurídicos Conexos incluidos en el Anexo del Acuerdo (art. II.1). Tiene personalidad jurídica y cada Estado miembro le confiere capacidad jurídica para el ejercicio de sus funciones. Entre éstas destacan: 1) Su actuación como un foro multilateral de solución de las controversias comerciales internacionales que afecten a los Estados parte. En este sentido, los Estados que se incorporen a la OMC deberán acatar todos los Acuerdos que lo integran, previéndose, asimismo, la llamada cláusula de conformidad, en virtud de la cual cada Estado asegura la adecuación de su Derecho a las obligaciones derivadas de los distintos Acuerdos. También se crea un sistema de solución de diferencias administrado por la OMC; 2) Trata de facilitar la aplicación y administración de todos los Acuerdos que la componen; 3) Cooperará con el Fondo Monetario Internacional, con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y con otros organismos conexos. Para asumir estas funciones, la OMC parte de los principios tradicionales del GATT, a saber, el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida, ambos considerados desde la perspectiva de las mercancías.

⁹⁴ Cf. estas afirmaciones en BACHES OPI, S., («La internacionalización...», *loc. cit.*, pp. 2348 y 2349).

⁹⁵ COM (96) 284 final, de 18 de junio de 1996. Vid. Comisión Europea, «Hacia un marco internacional de normas de competencia», *loc. cit.*, pp. 450, 452, 460 ss.

⁹⁶ En torno a esta posibilidad de creación de una autoridad internacional o comunitaria independiente de la Comisión vid., WOLF, D., «Il dibattito su un' Autorità antitrust europea» (trad. C. Baudino), *Contratto e impresa/Europa*, *op. cit.*, pp. 514 ss.; AUTERI, P., «Il dibattito su una Autorità antitrust europea», *ibid.*, pp. 518 ss.; CARBONE, S. M. y MUNARI, F., «Commissione Europea o Autorità indipendente per l' applicazione delle

nacionales de competencia», es decir, normas e instancias de ejecución de las mismas. También son necesarios unos principios comunes tendentes a la convergencia de estas legislaciones, así como un foro de solución de diferencias y un mecanismo de cooperación entre autoridades que maten las deficiencias de las estructuras nacionales. Esta cooperación pasa por la formulación de disposiciones sobre notificación e intercambio de información y por el perfeccionamiento de los instrumentos de cortesía positiva y negativa. Como es sabido, la cortesía negativa implica que una parte, antes de actuar, tiene en cuenta los intereses de la otra, en tanto que la cortesía positiva permite a una parte requerir a otra para que ésta actúe en la investigación de actividades perjudiciales para la primera⁹⁷.

Este marco de normas de competencia negociado en la OMC sería compatible con la legislación comunitaria y aplicable a los gobiernos. Aunque carecería por ello de efectos directos y de inmediata aplicabilidad, cubriría, previsiblemente de forma satisfactoria, un ámbito de la cooperación alternativo al ya existente. Este ámbito de cooperación se concreta en la actualidad en una cooperación regional —señaladamente la normativa emanada del TCE, ya analizada, NAFTA⁹⁸ y MERCOSUR⁹⁹— y en una cooperación bilateral. Respecto de esta última, caben destacar los acuerdos tendentes a extender un determinado modelo de competencia a terceros Estados, como es el caso de los Acuerdos Europeos entre la CE o entre ésta y sus Estados miembros con determinados países, significativamente los Países de Europa Central-Oriental (PECO)¹⁰⁰.

norme comunitarie *antitrust?*», *ibid.*, pp. 533 ss.; MOAVERO MILANESI, E., «Spunti intorno all' idea di un' Autorità indipendente comunitaria per la tutela delle concorrenze», *ibid.*, pp. 543 ss.; ROCCA, G., «Concorrenza: ipotesi di creazione di un' Autorità comunitaria indipendente», *ibid.*, pp. 549 ss. Sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de libre competencia, *vid.* GENTILE, E., («La gestione della politica comunitaria della concorrenza», *ibid.*, pp. 557 ss., esp. p. 578): «...aplicación del principio de subsidiariedad, ampliando el papel de las autoridades nacionales y permitiendo la aplicación del respectivo Derecho nacional de la competencia sin el actual riesgo de aplicar a un caso concreto la normativa nacional y comunitaria».

⁹⁷ Comisión Europea, «Hacia un marco internacional...», *loc cit.*, p. 455.

⁹⁸ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, hecho en Washington, Ottawa y Ciudad de México (8 a 17 de diciembre de 1992), en vigor desde el 1 de enero de 1994. Pretende la creación de una zona de libre comercio en la que, entre otras medidas, se promuevan las condiciones de una competencia leal. Para ello se crea la *Free Trade Commission*, encargada de supervisar la aplicación del Acuerdo y de resolver las disputas sobre su aplicación e interpretación, y un sistema propio de arreglo de controversias (*ILM*, 1993, vol. 32, n.º 2, pp. 289 y n.º 3, pp. 605 ss.).

⁹⁹ Tratado para la Constitución de un Mercado Común, firmado en Asunción el 26 de marzo de 1991. Se inscribe en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) como el Acuerdo de Complementación Económica n.º 18. Entre sus objetivos figura la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales a fin de asegurar las adecuadas condiciones de competencia entre los Estados parte. Aunque en diciembre de 1994 se firmó en Brasil un Protocolo Adicional que reconoce personalidad jurídica a MERCOSUR en el plano internacional e interno, no se ha creado ningún órgano que asegure su interpretación y aplicación.

¹⁰⁰ Son los llamados Acuerdos de Asociación, hasta la fecha firmados con Polonia (*DOCE* L 348, 1993), Hungría (*ibid.*, L 347, 1993), República Checa (*ibid.*, L 360, 1994), República Eslovaca (*ibid.*, L 359, 1994), Bulgaria (*ibid.*, L 358, 1994), Rumania (*ibid.*, L 357, 1994), Estonia, Lituania y Letonia (*ibid.*, L 177, 1995 y L 124, 1995). Estos Acuerdos son el resultado de la evolución de los antiguos países socialistas hacia estructuras de mercado (*Vid.* al respecto VARADY, T., «The Emergence of Competition Law in (Former) Socialist Countries», *AJCL*, vol. 47, 1999-2, pp. 229 ss.). También deben mencionarse el Acuerdo Comercial entre la CE/CECA e Israel (*ibid.*, L 71, 1996) y los Acuerdos con Chipre (*ibid.*, L 393, 1987 y L 326, 1995) y con Turquía (*ibid.*, L 35, 1996). *Vid.* también los Acuerdos sobre cooperación comercial con Ucrania (*ibid.*, L 311, 1995 y L 36, 1996); con la República de Moldova (*ibid.*, L 40, 1996); con Canadá (*ibid.*, L 175, 1999); con México (*ibid.*, L 226, 1998) y con el Mercado Común del Sur y sus Estados partes (*ibid.*, L 175, 1999 y *BOE*, 3 de noviembre de 1999).

Asimismo, debe destacarse, como ejemplo paradigmático de cooperación, el Acuerdo entre la CE y los EEUU, firmado el 23 de septiembre de 1991¹⁰¹, que articula la cooperación a partir de los criterios de cortesía positiva¹⁰² y negativa. Posteriormente, se ha adoptado un nuevo Acuerdo entre estas partes¹⁰³, que establece como principio general que será la autoridad correspondiente al territorio donde se producen los efectos de las prácticas competitivas la que aplique su normativa de libre competencia. De este modo, los EEUU se comprometen a no fiscalizar actividades anticompetitivas que no afecten a consumidores estadounidenses y que se desarrollen o estén dirigidas principalmente al territorio comunitario, cuando la Comunidad esté preparada para abordar el asunto. La Comisión también puede solicitar a las autoridades norteamericanas que pongan fin a las actividades anticompetitivas que afecten sustancialmente a la Comunidad pero se desarrollen en territorio estadounidense. Estas circunstancias pueden paliar la aplicación extraterritorial de las normas *antitrust* de un Estado extranjero, pero, teniendo en cuenta que la suspensión de actividades no se articula como una verdadera obligación, en la práctica, se tolera la existencia de procedimientos sancionadores paralelos sobre una misma conducta¹⁰⁴.

¹⁰¹ DOCE L 95, 1995.

¹⁰² Sin embargo, la parte requerida no está obligada a emprender dichas medidas. S. Baches Opi pone como ejemplo de esta cortesía positiva, aplicada con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo, la Aceptación por la Comisión de que las autoridades de los EEUU investigaran a Microsoft por un supuesto abuso de posición dominante, consistente en vincular la venta de su *windows* a la instalación de su buscador de Internet («La internacionalización...» *loc. cit.*, p. 2331, nota 43).

¹⁰³ Decisión conjunta del Consejo y de la Comisión 98/3867 CE, de 29 de mayo de 1998, por el que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América, sobre observancia del principio de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia (DOCE L 173, 1998).

¹⁰⁴ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo en torno a la aplicación del mencionado Acuerdo, Documento COM 233 final, p. 5. *Cf.* GARCÍA CANO, S., «La Cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la competencia, especial referencia a las relaciones euroamericanas», *RDC*, n.º 4, julio-diciembre, 1998, nota 34, p. 732.