

50 AÑOS DE POLÍTICA ANTITRUST COMUNITARIA

Por: *Fernando Diez Estella**

RESUMEN

Este artículo se realiza, al cumplir 50 años del Tratado de Roma el balance de la que comenzó siendo la Comunidad Económica y que hoy es la Unión Europea, a partir del análisis de la política de defensa de la competencia o política «antitrust» comunitaria. Bajo este marco retomaron temas como los fines del derecho comunitario de la competencia, el proceso de modernización la relación entre el derecho interno y la legislación comunitaria.

Por otra parte, reconsiderando los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas, los tipos de convenios, efectos, excepciones y procedimientos, así como otros temas de interés relacionados con la competencia de las empresas en el marco de la Legislación de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE

Política antitrust, competencia, prácticas anticompetitivas, legislación interna, legislación comunitaria, prácticas concertadas.

INTRODUCCIÓN

Es evidente que el año 2007 y los cincuenta años del Tratado de Roma que se están cumpliendo en esta fecha son motivos más que suficientes para echar la vista atrás y hacer un balance de este medio siglo de lo que empezó siendo la Comunidad Económica Europea, y que hoy se conoce como Unión Europea.

En este trabajo se analizará un aspecto muy concreto de ese amplio conjunto de instituciones, políticas y Tratados que han dado lugar a la UE: la política de defensa de la competencia o política «antitrust» comunitaria. En ella, como en ninguna otra, se pone de manifiesto las dificultades por las que atraviesa continuamente el proceso de construcción europeo y cómo la salvaguarda de la competencia, evitando tanto las prácticas anticompetitivas de las empresas, como las injerencias indebidas en el mercado por parte de los gobiernos de los Estados miembros, constituye un pilar esencial de la UE.

* Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Coordinador de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia.

Este artículo fue entregado el 8 de noviembre de 2006 y su publicación aprobada por el Comité Editorial el 11 de diciembre de 2006.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para lograr los fines de la Unión Europea no basta suprimir los obstáculos que impiden el ejercicio de las libertades de circulación; es preciso, además, establecer un marco general que evite los efectos perversos de tales libertades. La libre competencia y el mercado no pueden defenderse por sí mismos, ya que las empresas aprovecharían su poder de mercado o la posibilidad de llegar a un acuerdo con sus competidores, para falsear el libre juego concurrencial. Para que éste se mantenga saneado, hace falta un marco regulatorio que lo proteja. Este marco es la política de competencia, reconocida por el artículo 3.g) del Tratado de la CE (en adelante TCE) como una de las políticas comunitarias, al establecer que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos «un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada».

El Derecho de la competencia es, por tanto, un instrumento para conseguir unos fines, pero no es un fin en sí mismo, porque lo que pretende es proteger al mercado de ciertas estructuras (monopolios, oligopolios, etc.), o de ciertos comportamientos (abusos, discriminaciones, etc.). Ello no impide, en ciertos supuestos, permitir determinadas conductas o acuerdos que suponen una cierta limitación a la competencia, cuando los resultados para el conjunto del mercado resultan beneficiosos (por ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva), puesto que contribuyen a mejorar la producción o distribución o fomentan el progreso técnico, haciendo al consumidor partícipe de estos beneficios.

ABSTRACT

This article is written on behalf of the celebration of 50 years of The Rome Treaty, balance through which The Economic Community started- The European Union today. It started because of the analysis of the defense policy of the Community Antitrust Policy.

In this sense, different themes were considered as the main goals of this community right of the competition, the modernization process between the internal process and the community legislation.

On the other hand, the various agreements, decisions and practices among companies, types of agreements, consequences, exceptions and procedures, as well as other topics related with company competition under The European Union Legislation.

KEY WORDS

Antitrust policy- competition- non competitive practices- internal legislation- community legislation- concrete practices.

1.1 LOS FINES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

En el ámbito del derecho comunitario, el ordenamiento «antitrust» tiene dos objetivos claramente definidos: por un lado, evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del Mercado Común y, por otro, favorecer los procesos de concentración necesarios para que, sin entrar en conflicto con el objetivo anterior, las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño, que les permita estar en condiciones competitivas, equiparables a las de sus homólogas estadounidenses y japonesas. Todo ello, además, sazonado con una serie de objetivos que poco tienen que ver con la eficiencia económica –único objetivo perseguido por el ordenamiento «antitrust» estadounidense– como son la protección de los pequeños y medianos negocios, el fortalecimiento de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea, la protección de los consumidores, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, la promoción de un crecimiento armonioso y sostenible, el incremento del nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.

Entre esta amalgama de fines de la política de competencia comunitaria, que como se puede fácilmente apreciar, no sólo son económicos, sino también sociales y políticos, se destaca especialmente el contribuir de forma decisiva al objetivo de la integración de mercados: la creación de un Mercado Único europeo integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros. Es importante tener esto en la cabeza a la hora de analizar las

decisiones de la Comisión o las Sentencias del TPI y del TJ en este ámbito, ya que cualquier práctica que origine una barrera artificial al comercio entre Estados o contribuya a su falseamiento está condenada por ir en contra de la integración Europea y, como tal, será prohibida y sancionada.

1.2 EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN

El día 1 de mayo de 2004 supuso un momento histórico en el Derecho comunitario de Defensa de la Competencia, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

En efecto, coincidiendo con la ampliación de la UE a diez nuevos Estados miembros y teniendo en cuenta el grado de madurez que el Derecho de Defensa de la Competencia comunitario ya ha adquirido, se ha visto conveniente, no una mera actualización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82, sino una reforma en profundidad del sistema en su conjunto.

Iremos hablando de los aspectos particulares del Reglamento a medida que se expliquen las figuras sobre cuya regulación incide; por eso, en este apartado nos limitaremos a exponer sus líneas esenciales.

El eje central del nuevo sistema es la aplicabilidad directa del artículo 81.3, de tal forma que las empresas han de autoevaluar el acuerdo o práctica en cuestión para ver si cae en el ámbito de prohibición del párrafo 1º del mismo artículo.

El segundo aspecto importante es el reforzamiento y mayor protagonismo de las autoridades nacionales (tanto administrativas como judiciales) en la aplicación del Derecho de Competencia de la UE. En este sentido, se crean mecanismos de cooperación entre la Comisión y dichas autoridades nacionales y se pone en marcha la «European Competition Network» (ECN) como una plataforma para articular esta colaboración.

El efecto conjunto de ambos aspectos del Reglamento 1/2003 es la descentralización en la aplicación del Derecho de la Competencia en la UE, que para llevarla a cabo con la debida seguridad jurídica y brindar orientaciones claras a los agentes que intervienen (no sólo las autoridades nacionales, también las empresas) se completa con el llamado «Paquete de Modernización», consistente en una serie de Reglamentos o Comunicaciones que abordan los siguientes aspectos:

- ♦ Reglamento 773/2004, de 7 de abril, relativo a los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- ♦ Comunicación de la Comisión relativa a la colaboración en la red de autoridades nacionales.
- ♦ Comunicación de la Comisión relativa a la colaboración entre la Comisión y las autoridades judiciales de los Estados miembros en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- ♦ Comunicación de la Comisión relativa al tratamiento de las quejas sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- ♦ Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales en relación con las cuestiones novedosas en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos individuales.
- ♦ Directrices en cuanto al efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- ♦ Directrices en cuanto a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE.

1.3 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Cada empresa que actúa en el ámbito territorial del mercado común se encuentra sometida al derecho nacional del país comunitario donde se halla establecida. Como en cada país miembro, existen reglas nacionales sobre la competencia, generalmente anteriores al TCE dentro del mercado común, las empresas se encuentran sometidas a dos legislaciones en materia de competencia. Ello ha originado importantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales.

1.3.1 La teoría de la doble barrera

Existen dos teorías opuestas: la teoría de la barrera única y la de la doble barrera. Según la primera, el único Derecho aplicable es el Derecho comunitario conforme al principio de primacía; en cuanto a la segunda, el Derecho nacional y el comunitario se aplican conjuntamente, de manera que el campo de aplicación de éste se extiende al comercio interestatal, mientras que los Derechos nacionales sólo cubren aquellas conductas que no tengan efecto sobre el comercio intracomunitario. Si una conducta contraria a

la competencia afecta a los ámbitos comunitario y nacional conjuntamente, los dos ordenamientos jurídicos podrán aplicarse simultáneamente.

1.3.2 Las disposiciones del TCE y el Reglamento 1/2003

El problema derivado de la coexistencia de dos legislaciones fue ya previsto por el propio TCE, que en su artículo 83 establece la adopción por el Consejo de los Reglamentos y Directivas que *«tendrán especialmente por objeto: definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección (normas de la competencia aplicables a las Empresas) y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra»*.

Conforme a esta disposición, el Consejo adoptó el citado Reglamento 1/2003, el cual establece claramente en su artículo 3 (*Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia*) los siguientes principios en esta materia:

- ♦ Cuando las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho nacional de competencia enjuicien conductas colusorias o abusivas (de las previstas en los artículos 81 y 82), aplicarán tanto su normativa nacional como los artículos del Tratado CE.
- ♦ Excepto en los casos de legislación nacional más estricta para los comportamientos unilaterales, la aplicación de la normativa nacional de competencia no puede resultar en la prohibición de acuerdos o prácticas que, afectando al comercio entre Estados miembros, no es objetable desde el punto de vista de la normativa comunitaria.
- ♦ Los anteriores principios no se aplican en el ámbito del control de concentraciones, ni a disposiciones de Derecho nacional que persigan objetivos distintos a los de los artículos 81 y 82.

1.3.3 La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Hasta la promulgación del Reglamento 1/2003, la Jurisprudencia trató de resolver el problema planteado. En los Asuntos «Walt Wilhelm Costen-Grundig y Maschinenvau», así como en otras Sentencias posteriores, se reconocen tres principios: el de primacía del Derecho comunitario, el principio «non bis in idem» y el principio de no discriminación.

En primer lugar, el Tribunal reconoce que el Derecho nacional y el Derecho comunitario consideran los acuerdos desde diferentes puntos de vista. El artículo 81 del TCE los tiene en cuenta en la medida que pueden dificultar el comercio entre los Estados miembros, mientras que las legislaciones nacionales los tienen en cuenta dentro del ámbito nacional. Sin embargo, el TJ pone de manifiesto que en razón a la posible interdependencia de los fenómenos económicos y de las situaciones jurídicas, *«la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir en todos los supuestos de criterio para determinar la delimitación de las competencias»*

En consecuencia, un mismo acuerdo puede ser objeto de dos procedimientos paralelos. No obstante, el Tribunal precisa que la aplicación paralela de los dos órdenes jurídicos sólo puede admitirse en la medida en que no perjudique a la aplicación uniforme en toda la Unión de las normas comunitarias en materia de competencia.

En relación con el principio «non bis in idem», el Tribunal ha admitido la posibilidad de una doble sanción, pero precisa que una exigencia general de equidad impide que se tenga en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior a la hora de determinar una futura sanción.

Finalmente, en cuanto al problema de la desigualdad de trato en relación con el artículo

12 del Tratado CE, el Tribunal ha considerado que este artículo prohíbe a cada Estado miembro aplicar de forma diferente su Derecho de la competencia debido a la nacionalidad de los interesados; pero no comprende las posibles disparidades de trato o de distorsiones que

puedan resultar de las divergencias entre legislaciones de diferentes Estados miembros, dado que éstas afectan a cualquier persona incurso en su campo de aplicación sin discriminación alguna.

2 LOS ACUERDOS, DECISIONES Y PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE EMPRESAS

El artículo 81.1 TCE dispone que:

- «1. Serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de Asociaciones de Empresas y las prácticas concertadas 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 y, en particular, los que consistan en:
- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
 - e) 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.»

2.1 SUJETOS

Los artículos 81 y 82 TCE se refieren a la «Empresa» como sujeto o destinatario de las normas de la competencia, pero no la definen. La decantación del concepto ha venido dada por la Jurisprudencia del TJ, que considera como tal, no solamente una unidad económica organizada unitariamente con elementos personales, materiales y financieros, sino, además, una Entidad jurídicamente responsable o a la que puedan imputarse las conductas contrarias a la competencia.

De ahí se deriva que son sujetos a efectos del Derecho de la competencia exclusivamente, las Sociedades colectivas de Derecho alemán, que carecen de personalidad jurídica; los Grupos de Sociedades; las «joint-ventures»; las Sociedades filiales y, en general, toda Entidad que ejerza una actividad económica independientemente de su estatuto jurídico. Pero no tienen tal consideración los Organismos encargados de la gestión de la Seguridad Social o los intermediarios del comercio que actúan por cuenta ajena, según esa misma Jurisprudencia.

2.2 CLASES DE CONVENIOS ENTRE EMPRESAS

2.2.1 Acuerdos entre Empresas (o ententes)

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han interpretado el término «acuerdos» sobre la base de criterios eminentemente pragmáticos y sin pretensiones conceptualistas de tipo alguno, en sentido amplio y flexible, desbordando la concepción estrictamente contractualista. De esta forma, no se delimitan por su forma, ni por su estructura externa, ni por la naturaleza o finalidad de los mismos; además, pueden ser o no jurídicamente obligatorios.

Estos convenios pueden llevarse a cabo tanto en sentido horizontal (como por ejemplo acuerdos entre Empresas distribuidoras), como en sentido vertical (como por ejemplo acuerdos entre Empresas productoras o distribuidoras); pueden ser bilaterales o multilaterales o pueden ser escritos o no escritos (como por ejemplo los «*gentlemen's agreement*»).

2.2.2 Decisiones de Asociaciones de Empresas

A pesar de la abundante Jurisprudencia, tanto la derivada de Decisiones de la Comisión, como de Sentencias del Tribunal de Justicia, no existe un concepto claro de Asociación de Empresas, por lo que la doctrina suele limitarse a enumerar los supuestos en que uno u otro Organismo han declarado su existencia. No obstante, la propia denominación implica la existencia de personas físicas, Sociedades u Organismos que adoptan decisiones concretas en el marco de la Agrupación. Se trata, por tanto, de decisiones que adoptan como acto de voluntad colectivo los Órganos de tales Asociaciones.

En este sentido, la TJ ha considerado que existen decisiones de Asociaciones de Empresas en supuestos de decisiones de Asociaciones sin finalidad lucrativa o Sindicatos profesionales; decisiones de Agrupaciones carentes de personalidad jurídica; decisiones tomadas al amparo de Reglamentos generales o de régimen interior; decisiones tomadas por dos o más Asociaciones de Empresas que regulan las relaciones de sus miembros entre sí; decisiones de Organismos responsables de ferias y exposiciones o de organización de mercados; acuerdos interprofesionales concluidos por dos grupos de agentes económicos, incluso cuando estos grupos se conciertan dentro de un Organismo de Derecho público; decisiones tomadas en el seno de la Asociación Belga de Bancos; acuerdos concluidos por la Asociación Británica de Editores sobre libros netos (aquellos sujetos al precio mínimo de venta establecido por el editor); acuerdos interprofesionales de Organizaciones vitivinícolas; acuerdos adoptados por Asociaciones profesionales belgas en el sector de la remolacha azucarera; decisiones de Asociaciones de Empresas en el sector farmacéutico holandés; decisiones de Asociaciones holandesas en el sector de la construcción; acuerdos de intercambio de información en el seno de Asociaciones profesionales de fabricantes e importadores de maquinaria agrícola en el Reino Unido; decisiones del Consejo Nacional de Agentes de Aduana italiano; etc.

2.2.3 Prácticas concertadas

Todo comportamiento o conducta uniforme común a varias Empresas, conscientemente coordinado y llevado a cabo con la intención de limitar o falsear la competencia, se considera como práctica concertada. La diferencia fundamental entre las prácticas concertadas y los acuerdos o decisiones de

Asociaciones de Empresas estriba en la ausencia de regulación convencional de esa coordinación de conductas comunes, uniformes o paralelas de las Empresas implicadas. Las prácticas concertadas no nacen, pues, como un hecho fortuito o casual, sino en todo caso como un hecho producido por la efectiva coordinación espontánea, aunque consciente e intencionada, de las conductas de dos o más Empresas. La práctica concertada prohibida por el Tratado, se caracteriza por tres notas: dos de método, la coordinación y la cooperación y una de resultado, la alteración sensible de las condiciones de la competencia sobre el mercado en cuestión.

Este artículo no aplica para conductas unilaterales sin posición de dominio. La amplitud del concepto de práctica concertada ha hecho que la Comisión entienda (como en el caso *Bayer*) que, especialmente en el ámbito de relaciones comerciales continuadas –p.ej. entre un fabricante y sus distribuidores- una conducta aparentemente unilateral, que cuente con la aquiescencia de otra empresa, puede caer en el ámbito de aplicación del precepto. La jurisprudencia del TJCE ha anulado, en fechas recientes, esta interpretación de la Comisión (*Vid.*, además del caso *Bayer*, asunto *Volkswagen*).

2.2.4 Acuerdos de menor importancia (de minimis)

Sobre la base de la experiencia acumulada, la Comisión publicó una Comunicación en 1986 –actualizada con sendas Comunicaciones en 1997 y en 2002- sobre Acuerdos de menor importancia, en la que se establecen y recogen con carácter general los criterios básicos para decidir cuándo un acuerdo, decisión o práctica concertada, aun reuniendo todos los elementos constitutivos explicitados en el artículo 81 TCE, queda fuera del ámbito de su aplicación en razón de la débil e inapreciable incidencia de

los efectos restrictivos de aquellos actos o prácticas sobre los intereses comunitarios.

La nueva Comunicación se caracteriza por un enfoque económico y presenta los siguientes elementos fundamentales:

- ♦ Los umbrales de cuota de mercado «de minimis» se elevan al 10% para los acuerdos entre competidores y al 15% para los acuerdos entre no competidores.
- ♦ Se establece por primera vez un umbral de cuota de mercado –del 5%- para las redes de acuerdos que tengan efectos acumulados contrarios a la competencia.
- ♦ Se definen de forma más clara las restricciones graves («hard core»), tales como fijar precios o reparto de mercados, que están siempre prohibidas con independencia de la cuota de mercado. Esta **lista negra** es la misma que la contenida en los Reglamentos de exención por categoría aplicables tanto a acuerdos horizontales como verticales.

2.3 EFECTOS

El artículo 81.1 CE establece que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas deben tener «*por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común*». Para apreciar el ataque a la competencia, puede recurrirse al criterio de considerar restrictiva toda alteración de la situación en que se encuentran las partes (competencia interna) o, por el contrario, al criterio de considerar restrictiva toda alteración de la situación de los proveedores, los clientes, los consumidores o los terceros, en general (*competencia externa*). La apreciación del ataque a la competencia puede ir también referido a sus aspectos económicos o jurídicos.

Como ha quedado dicho y, ante la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que va a suponer que son las propias empresas quienes van a evaluar la existencia o no de este «efecto» sobre la competencia, la Comisión publicó, en el mes de abril de 2004, unas *Directrices en cuanto a la apreciabilidad del efecto sobre el comercio, contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE*.

En segundo lugar, para que la prohibición se imponga no basta con apreciar que los acuerdos o prácticas persiguen un objetivo o producen realmente un efecto contrario de la libre competencia, sino que además es imprescindible constatar que tales actos o prácticas ponen en peligro el juego natural de las relaciones económicas en el seno del Mercado Común, en perjuicio de los *intereses comerciales e industriales* de los Estados miembros, afectados en detrimento del normal funcionamiento del sistema adoptado. Si las perturbaciones de la competencia sólo afectan desfavorablemente al libre y normal desarrollo de los intercambios comerciales internos, será aplicable la legislación nacional. Puede parecer razonable estimar, en consecuencia, que este perjuicio al comercio intracomunitario es susceptible de producirse cuando los actos o prácticas perturbables de la libre competencia produzcan o puedan producir una reducción en el volumen o en el ritmo de la circulación de bienes y servicios entre los Estados miembros. Sin embargo, no es válido sólo este criterio cuantitativo.

Según la Jurisprudencia, un acuerdo entre Empresas, para ser susceptible de afectar al comercio intracomunitario debe partir de la base de un conjunto de elementos objetivos, fácticos y jurídicos y considerar, con grado probable suficiente, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambios en el

sentido de posible perjuicio a la realización de los objetivos del Mercado Único entre los Estados. Ello explica que el segundo criterio para apreciar la existencia de un perjuicio directo o indirecto, actual o potencial, al comercio entre los Estados, es de *orden cualitativo*; es decir, sólo cuando un acuerdo, o decisión, o práctica restrictiva se proponga o consiga alterar las condiciones, volumen o ritmo normales o naturales de los intercambios económicos intracomunitarios, puede ser posible la afirmación de la existencia de un elemento perjudicial en el comercio intracomunitario.

En tercer lugar, el inciso final del artículo 81.1 contiene la regla delimitadora «*ratione loci*», según la cual los efectos perturbadores del libre juego de la competencia han de dejarse sentir «dentro del Mercado Común». No se trata de exigir que los actos prohibidos en la norma hayan sido realizados dentro del ámbito espacial de la CE, o que las Empresas perjudicadas tengan su sede en territorio comunitario, sino más bien, de constatar o apreciar la naturaleza específicamente comunitaria tanto del bien jurídico dañado como de los intereses perjudicados o susceptibles de serlo. En otras palabras, lo que la regla del artículo 81.1 exige como elemento constitutivo de la prohibición y, por tanto, como factor determinante de la aplicación de ésta, es que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas alteren o mediaten, actual o potencialmente, la estructura y la dinámica del sistema económico establecido en el Tratado para organizar el Mercado Común. De esta manera, las disposiciones de los artículos 81 y 82 pueden aplicarse a Empresas cuyas sedes se encuentren fuera de la Comunidad, bien porque ellas mismas hayan cometido, dentro del territorio de la Comunidad, las infracciones al Tratado; bien porque sus comportamientos hayan producido sus efectos dentro del

limitación de la competencia incurre en prohibición del artículo 81, debe analizarse en función del mercado concreto en que se producen los efectos restrictivos, lo que se denomina «mercado relevante». Lo anterior se determina por medio de dos elementos: su delimitación geográfica y la identificación de los productos que lo componen. Desde el punto de vista geográfico no es posible una definición unitaria del mercado, dado que éste puede ser el mercado mundial, el Mercado Común o partes sustanciales del mismo. Y en cuanto a los productos, la práctica comunitaria manifiesta una amplitud de interpretación. Así, se habla de «productos a los que se refiere el contrato», o «productos idénticos o considerados como similares por el usuario», o «productos similares en el mismo estadio de distribución», o «productos cubiertos por la misma marca».

Finalmente, la consecuencia jurídica de los acuerdos, prácticas o decisiones mencionados, la establece el artículo 81.2 en términos inequívocos: «Serán nulos de pleno derecho», sin necesidad, por tanto, de decisión o acto alguno de la Autoridad comunitaria o nacional. En todo caso, las decisiones o actos de tales Autoridades por las que se declaran prohibidos determinados acuerdos o decisiones contrarios al artículo 81.1, sólo tienen un valor declarativo o de constatación, pero nunca un valor constitutivo. El tenor literal del artículo 81.2 no hace referencia alguna a las prácticas concertadas, mas la omisión formal es completamente lógica toda vez que resulta imposible declarar la nulidad jurídica de una mera conducta fáctica. La nulidad de pleno derecho no tiene por qué afectar necesariamente a todo el contenido del acuerdo o decisión prohibido, sino sólo, en su caso, a aquellos elementos o compromisos contrarios a la norma del artículo 81. Cabe, pues, en este sentido, la nulidad parcial de los acuerdos o decisiones prohibidos.

2.4 EXCEPCIONES

Como ocurre habitualmente en el Derecho comunitario, las normas prohibitivas, suelen acompañarse de excepciones que les dotan de flexibilidad. Esto ocurre con el artículo 81.3 TCE que dispone:

« No obstante el apartado 1 podrá ser declarado inaplicable a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; cualquier decisión o categoría de decisiones de Asociaciones de Empresas; cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas:

- ♦ que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- ♦ reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante;
- ♦ que no impongan a las Empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- ♦ que no ofrezcan a dichas Empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.»

Puede apreciarse que la inaplicabilidad de la prohibición contenida en el apartado 1 requiere dos consideraciones positivas y dos negativas. Las positivas: que el acuerdo comporte una ventaja, como puede ser la mejora de la producción, la distribución o la promoción del progreso técnico y económico y que los usuarios reciban una parte equitativa del beneficio que resulte. Las negativas: que las restricciones a la competencia sean estrictamente indispensables para conseguir los objetivos de mejora o función citados y que no resulte para las Empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate.

Actualmente, se considera que sólo en el marco de cada mercado y, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho, se pueden apreciar los efectos reales de un acuerdo sobre temas económicos. De esta manera, procediendo caso por caso, debe buscarse una conciliación entre un grado de competencia necesaria y una cooperación útil entre las Empresas. Por esta razón, las excepciones a las prohibiciones son parte de una «política de competencia», cuyo cumplimiento se confía a la Comisión.

Es precisamente en este punto, donde el Reglamento 1/2003 introduce una reforma sustancial, al derogar el antiguo Reglamento 17/62 y sustituir el anterior sistema (de *autorización*, por el que las Empresas debían solicitar individualmente a la Comisión la autorización para llevar a cabo el acuerdo) por el nuevo de *excepción legal*, según el cual aquellos acuerdos que cumplan las condiciones del apartado 3 son automáticamente válidos y ejecutables («*ope legis*») sin necesidad de una intervención administrativa (art. 1 del Reglamento 1/2003).

A nadie escapa la trascendencia y radicalidad de este cambio de planteamiento y el abandono por parte de la Comisión de su monopolio sobre las autorizaciones individuales que le permitirá centrar sus recursos en la persecución de los carteles más graves, pero que introduce un margen cuando menos cuestionable de inseguridad jurídica. Para evitar este problema se han previsto varias medidas, entre las que se encuentran las siguientes:

- ♦ La Comisión sí puede examinar casos que, por su novedad o trascendencia, merezcan su atención.
- ♦ La publicación de una serie de Comunicaciones y Directrices para orientar a las empresas y sus abogados en la tarea de la autoevaluación de los acuerdos (en especial,

Directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado).

- ♦ La posibilidad de que la Comisión emita, por escrito, *orientaciones informales* sobre cuestiones que se le planteen (vid. *Comunicación referente a las orientaciones informales relativas a las cuestiones novedosas que surjan en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado*).

Lo que el Reglamento 1/2003 no deroga es el sistema de exención por categorías, que opera cuando los acuerdos a los que llegan las empresas son encuadrables dentro de una determinada categoría de acuerdos para los cuales la Comisión ha aprobado Reglamentos de exención «en bloque», y que, por tanto, escapan a la prohibición del apartado 1 del artículo 81.

Como ejemplo de exenciones por categorías pueden citarse los Reglamentos aprobados en materias tales como: distribución exclusiva, compra en exclusiva, distribución y servicios de venta y posventa de automóviles, acuerdos de licencia para la explotación de patentes, acuerdos de franquicia, licencia de «know-how», categorías de acuerdos en el sector de los seguros, etc. Y tratándose de acuerdos horizontales, los Reglamentos relativos a ciertas categorías de acuerdos de especialización, de investigación y desarrollo, etc.

2.5 PROCEDIMIENTO

2.5.1 Aplicación de los artículos 81 y 82

Es en materia de procedimiento donde los cambios introducidos por el Reglamento 1/2003 –que es, no hay que olvidarlo, un reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82– son más apreciables y donde se hace más evidente el

abandono del sistema que durante sus cuarenta años de vigencia impuso el Reglamento 17/62.

En efecto, el Reglamento 1/2003 suprime la función de la Comisión de examinar los acuerdos notificados para su autorización. De entre los tipos de decisiones que ahora puede adoptar la Comisión (artículos 7 a 10) no hay ninguna equivalente a las antiguas autorizaciones individuales. En especial, hay que señalar que las decisiones de inaplicabilidad (artículo 10) se han previsto para abordar el tema de la coherencia del sistema y, por tanto, sólo pueden ser adoptadas por la Comisión por iniciativa propia.

El énfasis en la aplicación de la normativa a los casos de infracciones más graves también se aplica a las autoridades de competencia de los Estados miembros. Los tipos de decisiones que éstas pueden adoptar en la aplicación de los artículos 81 y 82 se enumeran en el artículo 5 del Reglamento 1/2003.

2.5.2 Competencia

En el nuevo sistema, se establece con claridad que para la aplicación de los artículos 81 y 82 son competentes la Comisión (artículo 4 del Reglamento 1/2003), las autoridades de competencia de los Estados miembros (artículo 5) y los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 6).

Lo que no está tan claro es la delimitación entre estos diferentes órganos, en especial entre las autoridades administrativas y judiciales, lo que puede dar lugar a procedimientos paralelos y a resoluciones contradictorias. Sí se ha diseñado, dentro de la ya citada *ECN*, un complejo sistema de reenvío de casos y colaboración entre las autoridades de los diferentes Estados miembros (vid. *Comunicación sobre la colaboración en la red de autoridades de competencia*) y entre estos y la Comisión

(artículo 11 del Reglamento 1/2003) y entre las autoridades judiciales de los Estados miembros y la Comisión (vid. artículo 15 del Reglamento y la *Comunicación sobre la colaboración entre la Comisión y los tribunales de los Estados miembros en la aplicación de los artículos 81 y 82*).

Una de las grandes críticas que el nuevo sistema ha suscitado, es la de los problemas que plantea de cara al intercambio de información (artículo 12) y la confidencialidad de los expedientes, así como a la forma de garantizar el secreto profesional (artículo 28)

2.5.3 Decisiones de la Comisión

El Reglamento 1/2003 introduce nuevos tipos de decisiones que la Comisión puede adoptar en el marco de un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE:

- ♦ Artículo 7: la posibilidad –ya sin ninguna duda de adoptar remedios estructurales, así como adoptar una decisión relativa a una infracción que se cometió en el pasado, si hay interés para ello
- ♦ Artículo 9: otorga a la Comisión la facultad de aceptar –convirtiéndolos en obligatorios– los compromisos que las empresas interesadas propongan en relación con un proceso de infracción.
- ♦ Artículo 10: otorga a la Comisión la facultad de adoptar una Declaración de inaplicabilidad, por la que establece que una práctica no infringe los artículos 81 u 82.

2.5.4 Poderes de investigación

Uno de los rasgos más destacados del Reglamento 1/2003 es el de atribuir a la Comisión nuevos poderes de investigación, que garanticen la efectividad de la instrucción de los expedientes y la eficacia en la persecución de las infracciones «antitrust».

Los tres aspectos más relevantes son: la facultad de los funcionarios de la Comisión de precintar tanto los locales de las empresas como sus libros o documentación, durante la investigación (artículo 20); el poder de recabar declaraciones de toda persona que acepte ser entrevistada (artículo 19) y, finalmente, la posibilidad de inspección, si existe sospecha razonable de que puede aportar pruebas a la investigación, de cualesquiera otros locales o terrenos, incluido el domicilio particular de los empresarios (artículo 21).

2.5.5 Sanciones

Se distinguen en el Reglamento 1/2003 dos tipos de multas:

- ♦ Las sancionadoras (artículo 23), que pueden ser impuestas a empresas y asociaciones de empresas y cuya cuantía puede ser hasta un 1% del volumen de negocios total, realizado durante el ejercicio social anterior.
- ♦ Las coercitivas (artículo 24), que pueden ser impuestas, mediante decisión, a las

empresas y asociaciones de empresas y cuya cuantía puede ser hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso, contado a partir de la fecha que fije en su decisión, con el fin de obligarlas a poner fin a una infracción, cumplir una decisión, someterse a una inspección, etc.

Se prevén, igualmente, los plazos de tres y cinco años (en función del tipo de multa) de prescripción en materia, tanto de imposición de sanciones (artículo 25), como de ejecución de las mismas (artículo 26).

2.5.6 Disposiciones generales

La Comisión publicará las decisiones que adopte en aplicación de los citados artículos del Reglamento 1/2003 (artículo 30); el competente para conocer de los recursos interpuestos contra las mismas es el Tribunal de Justicia, en el caso de multas (artículo 31) y el Tribunal de Primera Instancia, para los recursos de anulación.

3.

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 82 del Tratado CE dispone que:

«Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más Empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;*
- d. 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.»*

Este precepto se diferencia del artículo 81 en los siguientes puntos:

- ♦ Mientras el artículo 81 trata de evitar limitaciones a la competencia existente, prohibiendo las restricciones competitivas que puedan resultar de un acuerdo o convenio entre Empresas, el artículo 82 parte del supuesto contrario; esto es, que se ha producido ya una restricción de la competencia que la ha eliminado total o parcialmente.
- ♦ La prohibición del abuso de posición dominante (que contiene el art. 82), actúa «ope legis» y tiene además un carácter absoluto, a diferencia del artículo 81, que admite, como hemos visto, excepciones.
- ♦ Mientras el artículo 81 contiene, como uno de sus elementos esenciales, que los acuerdos o convenios prohibidos tengan por objeto o produzcan el efecto de restringir la competencia, este elemento no está contenido en el artículo 82, precisamente porque este precepto parte del supuesto de hecho de que la competencia ya está eliminada o sumamente restringida.
- ♦ Finalmente, se puede producir una situación en la cual la posición dominante sea consecuencia de hecho de acuerdos entre dos o varias Empresas, que por su naturaleza o efectos caigan, también, en el ámbito prohibitivo del artículo 81. Si esta situación produce una situación dominante de la cual se abusa, se plantea la cuestión de cuál de los dos preceptos debiera aplicarse con prioridad.

3.1 SUJETOS

El artículo 82 se refiere a «una o varias Empresas», pero no aporta el concepto de Empresa, por lo que es aplicable cuanto hemos dicho en el epígrafe de los convenios entre Empresas.

Sin embargo, en los últimos tiempos – especialmente después de la Decisión «Airtours» y de la Sentencia del TJCE en «Compagnie Maritime Belge SA» c. Comisión- ha cobrado fuerza la figura del abuso de una posición dominante *colectiva*, en contraposición a una individual, como por ejemplo las multas impuestas en 1999 por la Comisión a las Conferencias marítimas –Decisión «Trans Atlantic Conference Agreement»-. Al haberse abordado la figura con más profundidad en el ámbito del control de concentraciones, será eximanda con más detalle en el epígrafe correspondiente.

3.2 EFECTOS

Por una parte, el efecto inicial del abuso de posición dominante es «la afectación al comercio entre los Estados miembros», efecto común a ambos artículos y que sirve, además, para delimitar la posible concurrencia de competencias entre los Tribunales nacionales y las autoridades comunitarias.

El efecto final será la declaración de «incompatibilidad y prohibición». Esta incompatibilidad actúa «ope legis»; es decir, de forma automática, lo que significa la posibilidad de incoar el procedimiento de oficio para la declaración de la existencia de tal abuso de posición dominante. Además, el artículo 1.3 del Reglamento 1/2003 declara la prohibición del

abuso de posición dominante sin necesidad de decisión previa a tal fin; aunque, para saber si efectivamente se dan los supuestos determinantes de la posición dominante y del abuso de dicha posición, será preciso la incoación del correspondiente procedimiento.

3.3 CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES

En la interpretación del artículo 82, como en la del 81, deben tenerse en cuenta criterios predominantemente económicos. Este fue el objeto último del *Libro Blanco sobre la modernización de la aplicación de los artículos 81 y 82*, publicado por la Comisión en 1999 y considerado en este sentido como el antecedente más cercano del Reglamento 1/2003. Y puesto que ni el Tratado ni los Reglamentos han dado una definición de posición dominante, suele recurrirse a las Decisiones de la Comisión y a las Sentencias del TJ. Por ello y, ante la necesidad de englobar las diversas manifestaciones de dominación económica sobre los diferentes mercados, la noción de posición dominante debe ser relativamente flexible y supone, en principio, una manifestación del concepto del poder económico. La importancia de la Empresa, o la del mercado dominado, y, especialmente, la cuota de mercado detentada, no son determinantes, sino índices de la existencia de la posición dominante.

No puede ocultarse la importancia que a estos efectos debe tener la perspectiva utilizada y, concretamente, por los criterios denominados de **estructura**, de **comportamiento** y de **resultados**.

La **estructura** la constituyen aquellas condiciones exteriores a la Empresa,

relativamente permanentes o lentamente cambiables, que afectan o determinan su modo de actuar o que influyen estratégicamente en la naturaleza de la competencia y los precios.

Los **comportamientos** de mercado serán las actuaciones de todo tipo que las Empresas realizan en la elaboración y aplicación de sus políticas de precios, producción, venta, etc. Junto a las clásicas figuras que aparecen en la enumeración (abierta, no exhaustiva- del artículo 82) como la fijación de precios de venta, la discriminación de precios, las ventas anudadas, etc, la evolución de los mercados y la sofisticación de las estrategias comerciales adoptadas por las empresas hace que surjan nuevas formas de abuso de posición dominante sancionadas por las autoridades comunitarias, entre ellas, el «bundling» (vid, toda la saga *Microsoft*) o el «margin squeeze» (vid, entre otros, los asuntos «Deutsche Telekom o Wanadoo») y, la más reciente (julio de 2007), *Telefónica*. En esta última se impuso al operador español la segunda multa más alta en la historia de la Comisión: casi 152 millones de euros, sólo superada por la de *Microsoft* en el año 2004-.

Finalmente, los **resultados** suponen una valoración final del proceso, constituido por unas determinadas políticas de mercado y hacen referencia a los efectos de la conducta sobre la competencia en el mercado. En gran parte, todo el proceso de modernización y otros documentos recientes de las autoridades comunitarias (como en diciembre de 2005, el «Discussion Paper» sobre la aplicación del art. 82 TCE a determinadas categorías de abusos) vienen orientados por esta tendencia de no valorar tanto la naturaleza o la forma de una conducta, como su incidencia real en el mercado («effects-based approach»).

3.4 PROCEDIMIENTO

La previsión conjunta de estos artículos debería llevar al Consejo a la promulgación de una serie de Reglamentos que desarrollaran la figura del abuso de posición dominante, su

aplicación, etc. El Reglamento 1/2003, que deroga el Reglamento 17/62, no contiene ninguna cláusula (salvo la ya citada del art. 3) a este respecto, por lo que es de esperar que en el futuro las autoridades comunitarias especifiquen más detalladamente las cuestiones relativas al procedimiento.

4.

EL «DUMPING»

El artículo 91 del Tratado CE dispone que:

«1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.»

Este precepto no resulta aplicable a los países comunitarios entre sí, al haber transcurrido el período transitorio y ser solamente aplicable la Unión Aduanera y la libre circulación de mercancías. Queda, sin embargo, como susceptible de aplicación a las importaciones procedentes de terceros países.

El TJ, en el Asunto «Nippon Seiko», considera que un producto es objeto de «dumping» cuando su precio de importación a la Comunidad es inferior al valor normal de un producto similar; es decir, el precio satisfecho, en el curso de operaciones comerciales normales, por dicho producto destinado al consumo en el país de exportación. El Reglamento 24/23/88, del 11 de julio, se refiere a la defensa contra las importaciones que son objeto de «dumping» o

de subvenciones por parte de países no miembros de la CEE. En este Reglamento se definen lo que es el valor normal, margen de beneficio añadido, precio de exportación y margen de «dumping». El Reglamento permite, como consecuencia del procedimiento, que se instruya la imposición de derechos «anti dumping», de carácter provisional o definitivos, cuya cuantía tiene una finalidad compensatoria.

El Consejo recientemente aprobó el Reglamento CE nº 461/2004 (DOCE L 77 de 13 de marzo de 2004) que reforma los existentes 384/96 y 2026/97, para la protección frente a las importaciones de productos subvencionados de terceros países, el cual busca clarificar la toma de decisiones, mejorar las investigaciones y aumentar la eficacia de las medidas

antidumping. Estas medidas serán adoptadas cuando el dumping o las importaciones de productos subvencionados perjudiquen al comercio en la Unión Europea.

Se pueden destacar las siguientes reformas en este ámbito:

- ♦ Las medidas anti-dumping o anti-subsidios que se adopten serán definitivas un mes después de ser propuestas por la Comisión, a no ser que se opongan a ellas el Consejo y una mayoría simple de Estados miembros.
- ♦ Se establecerá un calendario y unas fechas límite –con carácter imperativo- para la revisión de las medidas anti-dumping actualmente existentes. Los actuales plazos –meramente orientativos- de 12 meses pasan a 15, una vez finalizado el periodo de 5 años de vigencia de las medidas.
- ♦ Se simplifica el procedimiento por el cual la Comisión puede imponer a los exportadores la obligación de respetar un precio mínimo cuando introduzcan sus productos en la UE. Este tipo de **compromisos** es el caso más típico de medidas alternativas a las obligaciones anti-dumping.
- ♦ Finalmente, la nueva normativa busca ofrecer más orientación respecto a quién puede solicitar la apertura de una investigación en este ámbito, así como clarificar las reglas relativas a las actuaciones de las empresas orientadas a **sortear** las medidas anti-dumping.

5. LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS

La lógica del Mercado Único ha conducido a los países miembros a ponerse de acuerdo en un sistema de control de las concentraciones en el ámbito comunitario para las cuestiones de repercusión y ámbito europeo. El control de las concentraciones se hace preciso por razones tanto económicas como políticas. Los procesos de reestructuración de la industria europea han dado y darán lugar a gran número de fusiones, respecto de las cuales, aunque por lo general no planteen problemas, y, como ha quedado dicho en la Introducción, en parte son necesarias para competir con las grandes multinacionales, se hace preciso asegurar que no pongan en peligro los niveles de competencia existentes en el Mercado Común. Por otro lado, es evidente que las legislaciones nacionales se ven imposibilitadas para controlar las concentraciones de dimensión comunitaria, por razones de su competencia territorial. Por ello, el

Derecho comunitario es esencial para ejercitar dicho control.

En este ámbito, también el 1 de mayo de 2004 se constituyó en una fecha especialmente relevante, al entrar en vigor el Reglamento 139/2003, que deroga el anterior Reglamento de Concentraciones, el 4064/89, de 21 de diciembre de 1989. Esta normativa constituye una auténtica revolución en el ámbito del control de concentraciones y al texto citado se añaden otros como las nuevas Directrices sobre la evaluación de concentraciones de carácter horizontal, así como el conjunto de «Best Practices» en el ámbito del procedimiento de control de concentraciones.

Se considera que existe concentración cuando dos o más Empresas, antes independientes, se fusionan; o cuando una o más Empresas

que ya controlan, al menos otra Empresa o una o más Empresas, mediante la toma de participación en el capital, o el campo de elementos de la actividad por contrato o por cualquier otro medio, adquieran directa o indirectamente el control sobre la totalidad o parte de una o de otras Empresas.

Los proyectos de concentración deben ser autorizados por la Comisión cuando superen los umbrales (que no han sido modificados en el nuevo Reglamento) de 5.000 millones de euros, cifra total de negocios realizados mundialmente por las partes afectadas y, al menos, 250 millones de euros, cifra de negocios del ámbito comunitario europeo; así como unos criterios de transnacionalidad en el sentido de que no habrá control comunitario si cada una de las partes afectadas realiza dos terceras partes de su cifra de negocios en un sólo Estado miembro. Señalamos a continuación las principales novedades.

La primera novedad es el cambio del criterio de evaluación de las operaciones de concentración. Tras largos debates acerca de la cuestión, se ha optado por considerar que deben prohibirse las operaciones que «*sean susceptibles de obstaculizar de manera significativa la competencia en el mercado común*» (art. 2 del nuevo Reglamento). Hasta ahora, el criterio europeo había sido el de la creación o refuerzo de una posición de dominio. Bajo este «*test*» de dominancia, se prohibían las concentraciones que daban lugar al reforzamiento de una posición de dominio tanto individual como colectiva. El nuevo «*test*», traído de la normativa americana, permite formalmente operaciones todavía en fase de proyecto (avanzado, eso sí). También en un intento de que el procedimiento pueda compatibilizarse con los (con frecuencia), estrictos calendarios de las operaciones, se trae al nuevo Reglamento lo que ya venía utilizándose en la práctica por la Comisión: la posibilidad de

iniciar contactos informales previos a la notificación formal (artículo 4). Los plazos para la adopción de decisiones por parte de la Comisión también se modifican en un intento de flexibilización. En particular, tras recibir una notificación de concentración, la Comisión contará con 25 días, en lugar de un mes, para decidir si incoa procedimiento, ya que la operación plantea **serias dudas** desde el punto de vista de la competencia o si, por el contrario, la autoriza directamente. Estos plazos se amplían en casos como los de presentación de compromisos por parte de las empresas o de solicitudes de remisiones. El plazo de resolución definitiva cuando se ha abierto procedimiento se acorta de 4 meses a 90 días contados desde la incoación. En este caso, también existen posibilidades de extensión a solicitud de las partes o de la Comisión con el consentimiento de las primeras.

El tercer capítulo de modificaciones importantes introducidas por el nuevo Reglamento es el de las remisiones. Tanto las remisiones de expedientes de dimensión comunitaria para su análisis final (artículo 9, conocido como cláusula alemana) como el supuesto inverso (artículo 22), podrán solicitarse por los propios notificantes, incluso con carácter previo a la notificación. Hasta la fecha, sólo los Estados miembros o la Comisión podían realizar tal solicitud. Además, la remisión de expedientes nacionales a la Comisión se configura, ya con claridad, como un sistema para evitar las notificaciones múltiples en varios Estados miembros. En efecto, bajo el nuevo artículo 22, las partes podrán solicitar que sea la Comisión la que investigue una concentración que no tenga **dimensión comunitaria**, cuando esta deba notificarse a más de tres estados miembros. Se intenta así reforzar el principio de **ventanilla única**; es decir, que en la medida de lo posible, las operaciones de concentración se sometan a una única autoridad en la Unión Europea.

6. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Los derechos de propiedad industrial y comercial (patentes, marcas, derechos de autor, «*know-how*») tienen como principal característica conferir a sus titulares un monopolio de explotación sobre un determinado territorio nacional, pues son reglas nacionales las que garantizan estos derechos. Este monopolio de explotación territorial afecta a dos áreas importantes del TCE: la libre circulación de mercancías y la libre competencia, debido especialmente a que las normas nacionales garantizan los privilegios de los poseedores del derecho de propiedad industrial, mientras que el Tratado intenta lograr un mercado integrado.

La subsistencia de los derechos nacionales en este campo impiden en cierto sentido la realización del Mercado Interior, pues para la consecución de éste sería preciso que los derechos de propiedad intelectual se extendieran a todos los países comunitarios.

Las relaciones entre los ordenamientos nacionales y comunitarios europeos se rigen por los siguientes principios: principio de territorialidad (la protección del signo o distintivo está limitada al territorio del Estado al que se recurre en demanda de tal protección); principio de autonomía (el Derecho comunitario constituye un ordenamiento autónomo con el objetivo de servir a los fines del TCE) y principio de desapoderamiento (la Comisión carece de una atribución expresa, lo que ha originado una escasa actividad normativa).

A través de su Jurisprudencia, el TJ ha buscado soluciones para la coexistencia de ambos ordenamientos. En principio prevé la distinción

entre «existencia» y «ejercicio de los derechos». Después fue la noción de «objeto específico» con la que se pretenden justificar limitaciones a la libre circulación de mercancías de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado CE (actual art. 30 CE). Así, el objeto específico de la marca es asegurar a su titular el derecho exclusivo a utilizarla para la primera puesta en circulación del producto y protegerla contra los competidores que querrían abusar de su posición y reputación, vendiendo productos indebidamente provistos de dicha marca. En consecuencia, el titular de un derecho de marca no puede oponerse, en un país comunitario, a la comercialización de productos fabricados o comercializados legítimamente bajo la misma marca, por el mismo o por un licenciario, pues las limitaciones impuestas por el Derecho nacional quedan fuera del objeto específico y, por ello, contrarias al ordenamiento comunitario (doctrina del «agotamiento del derecho de marca»).

Finalmente, se ha acudido por el TJ al concepto de función de la marca, esto es, la función de garantizar al consumidor final o usuario la identidad del origen del producto, permitiéndole su distinción indubitada de aquellos que tengan otro origen o procedencia.

El desarrollo de los mercados y la cada vez más creciente importancia de las nuevas tecnologías, las patentes y los acuerdos de transferencia de tecnología hizo que la Comisión adoptara el Reglamento CE 240/1996, de 31 de enero, de Exención de determinados Acuerdos de Transferencia de Tecnología, recientemente sustituido por el Reglamento CE 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004, el cual entró en vigor el 1 de mayo de 2004. Este

significativo texto introduce importantes modificaciones en el régimen de la aplicación del Derecho de la competencia a los acuerdos de transferencia de tecnología, ampliando su ámbito de aplicación a determinadas áreas de creciente importancia –y en algunos casos de reciente aparición– como son la licencia de patentes, el «know-how» y los derechos de propiedad intelectual –o «copyright»– sobre el software.

Este texto legal viene acompañado de una Comunicación de la Comisión con las *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, que aporta las claves hermenéuticas del Reglamento, exponiendo los principios que se aplican para evaluar los acuerdos de transferencia de tecnología.

En efecto, los acuerdos de transferencia de tecnología tienen por objeto la concesión de licencias de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciataria a explotar –sujeto a unas condiciones que más adelante examinaremos– determinada tecnología para la producción de bienes y servicios. Resulta innecesario insistir más en la importancia económica que este tipo de acuerdos y licencias tienen en los mercados actuales, caracterizados en gran medida por la incorporación de las nuevas tecnologías a los procesos productivos, la informatización y el recurso a los medios telemáticos y la incorporación –con un peso específico cada vez más importante en la cadena de valor– de activos empresariales como el software, el «know-how», las bases de datos, etc.

Otro rasgo que acrecienta la trascendencia de esta nueva normativa y, será probablemente una fuente de litigiosidad en el futuro, es que afronta el conflicto entre el Derecho «antitrust» y los derechos de propiedad intelectual, elemento característico de los mercados de la Nueva Economía.

Como ha quedado dicho, en la UE existe un «gap» entre la autoridad nacional y la comunitaria, que propicia a veces inconsistencias en la resolución de este conflicto. Así, por el juego del art. 295 CE (relativo a la propiedad pública o privada) y el art. 30 CE (relativo más específicamente a la propiedad industrial y que es la base de la «exhaustion doctrine») en el derecho «Antitrust» comunitario, no se prejuzgan las leyes de los Estados miembros relativas al derecho de propiedad, en general, lo que naturalmente incluye los derechos de propiedad intelectual. Eso sí, desde la Sentencia «Consten & Grundig», se establece el principio de que el reconocimiento de la *existencia* de ese derecho no excluye la acción del Derecho comunitario sobre el *ejercicio* del mismo. En «Parke Davis» se señala, por primera vez, que el ejercicio de los IPRs puede ser abusivo y en la conocida Sentencia «Magill» se sienta la doctrina de las «circunstancias excepcionales», en presencia de las cuales se puede aplicar el art. 82 a la negativa de licenciar un IPR.

Los pronunciamientos *Ladbroke* y *Oscar Bronner* han profundizado más en este conflicto, analizando hasta qué punto puede el titular de un derecho de propiedad intelectual impedir, mediante la negativa de licenciar, el acceso a un recurso esencial. Todo este itinerario culmina con la Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, *IMS Health v. NDC Health*, en la que, apoyándose principalmente en la doctrina *Magill*, el TJCE ha reafirmado que la negativa de licenciar un derecho de propiedad intelectual no constituye, en sí misma, un abuso de posición dominante, aunque el ejercicio de ese derecho exclusivo sí puede, en circunstancias excepcionales, ser abusivo.

El TJCE establece que las tres condiciones para que la negativa del titular de un derecho de propiedad intelectual de dar acceso a un

producto o servicio que se considera esencial para poder desempeñar una actividad en el mercado constituya un abuso de posición dominante son las siguientes:

- ♦ La empresa que reclama la licencia tiene que tener la intención de ofrecer algún tipo de producto o servicio nuevo que no sea ofrecido en la actualidad por el titular del derecho y respecto del cual hay una demanda potencial o real por parte de los consumidores.
- ♦ La negativa de licenciar no está objetivamente justificada.
- ♦ La negativa hace que el titular del derecho de propiedad intelectual se reserve el mercado definido como de referencia, eliminando toda competencia en el mismo.

Por tanto, y como conclusión a esta digresión sobre la difícil relación entre los objetivos del Derecho «antitrust» (la competencia) y los derechos de propiedad intelectual (promover la innovación sobre la base de la exclusividad), hay que señalar que conceder licencias sobre estos últimos tiene indudables aspectos positivos (la integración de activos complementarios, facilitar el acceso al mercado de otros agentes, la diseminación de la información y la tecnología, recompensa al esfuerzo de I+D, etc.), pero su ejercicio puede dar lugar a restricciones de la competencia, ya sea por negarse a conceder

licencias, o por las condiciones (no objetivas, no equitativas, discriminatorias) en que éstas se conceden.

De los tres casos que hasta ahora se han abordado en la jurisprudencia comunitaria de aplicación del art. 82 Tratado CE a los derechos de propiedad intelectual, sólo dos de ellos, *Magill* y *NDC /IMS* han concluido en imponer una obligación de licenciar («compulsory licensing»), lo que debería evidenciar la sensibilidad de las autoridades «antitrust» europeas por la protección de los derechos de propiedad intelectual y su no vulneración por el Derecho «antitrust».

Lo anterior, no es un debate cerrado; prueba de ello son una serie de planteamientos de indudable interés, cuyo estudio detallado excedería el objetivo de este trabajo; por esto, nos limitamos a dejar aquí, cómo es la actual aplicación de la doctrina de las «essential facilities» en este ámbito; la revitalización de la figura de la negativa de suministro («Commercial Solvents»), verdadera clave de la cuestión; la discusión sobre si nos hallamos ante un problema de «monopoly leveraging» o más bien de «market foreclosure» y, finalmente, la duda sobre si puede permitirse el daño a la competencia y a la innovación; es decir, si se puede permitir que un monopolista establezca un derecho de autor sobre un estándar industrial.

7.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE EL SECTOR PÚBLICO

El sector público económico es admitido como resultado de la economía mixta imperante en gran parte de los países miembros, lo que supone la indiferencia del Tratado respecto de las nacionalizaciones, la existencia de Empresas públicas o la imposición de limitaciones a la propiedad. Esta es una de las consecuencias de lo dispuesto en el artículo 295 CE, según el cual «*el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros*». Pero la indiferencia por la estructura económica, no significa que esta recaiga también sobre el comportamiento o los resultados, en cuanto uno u otros puedan afectar al libre juego de la competencia. De ahí surge el fundamento de la intervención comunitaria en la economía.

Una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 declara que «*la coexistencia de Empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de Empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción, público y privado. Por tanto, las Empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las*

privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado, vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma (actual art. 81 CE), no pudiendo tampoco estas Empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante, ni 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 objetivo de dichos contratos, y no pueden, por último, estas Empresas privadas de carácter público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado (actual art. 87 CE), y aun siempre sometiendo previamente las excepciones a la consideración de la Comisión».

Esta Sentencia resume, en cierto sentido, el contenido de la segunda parte de este trabajo, pues habremos de analizar en él la situación frente a la competencia de las Empresas titulares de derechos especiales o exclusivos; de las Empresas que presten servicios de interés económico general y de aquellas que reciban ayudas de Estado y, en todos estos casos, con independencia de que sean públicas o privadas.

8. LAS EMPRESAS TITULARES DE DERECHOS ESPECIALES O EXCLUSIVOS

El artículo 86.1 del Tratado dispone que:

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las Empresas públicas y aquellas Empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.»

8.1 LA FINALIDAD

El objetivo del artículo 86 no es someter a las Empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos a las normas de la competencia, contenidas en los artículos 81 y siguientes del Tratado, pues este sometimiento viene ya impuesto directamente por los artículos 81 y 82, que no distinguen en su aplicación entre Empresa pública y Empresa privada. Su finalidad es, por el contrario, regular la acción de los Estados en su relación con las Empresas públicas o asimiladas e imponer a los Estados miembros la obligación de no adoptar ni mantener medidas contrarias al Tratado, en relación con las mismas.

Con todo, como sostiene R. Whish, la relación entre el artículo 86 y los artículos 81 y 82 es una de las cuestiones más delicadas de todo el derecho de la competencia comunitario. Mientras estos van dirigidos a las empresas, aquel va dirigido a los Estados; entonces, ¿en qué circunstancias puede concluirse de la aplicación conjunta de dichos preceptos que ha habido una infracción de la Constitución?

Durante los años de la vigencia del Tratado CE esta cuestión apenas fue abordada, pero empezó a aclararse a partir de los conocidos pronunciamientos del TJCE en 1991 en los asuntos *Höfner & Elser c. Macrotron*, *Ert c. Dimotiki*, *Merci Convenzionali Porto Di Genova c. Siderurgica Gabrielli* y, finalmente, *RTT c. GB-INNO-BM*.

El asunto esencial no es pues subjetivo; esto es, si están o no afectadas las Empresas públicas o las privadas, sino que es objetivo, es decir, si existen normas que regulan las Empresas titulares de derechos especiales o exclusivos que sean contrarias a los preceptos del Tratado CE.

8.2 LOS DESTINATARIOS

Como ha quedado dicho, los destinatarios del precepto son los Estados, pues el objeto de esta norma no es someter a las Empresas públicas a las normas de la competencia, (ya que ello sería reiterar innecesariamente las disposiciones precedentes de la Sección Primera), sino imponer a los Estados miembros determinadas obligaciones en sus relaciones con las Empresas públicas. El Estado miembro se encuentra así como destinatario de un precepto que le impone un comportamiento especial de actuación para que adopte o no mantenga medidas contrarias al Tratado.

Este comportamiento significa que, en hipótesis, los Estados miembros deben revisar

toda la normativa que regule la actuación de las Empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos, para determinar en qué sentido tal normativa puede ser contraria a las normas de la competencia, o en qué sentido son conformes con ellas. Ello ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia del TJ que declara que es legítimo situar a las Empresas en posición de titularidad de derechos especiales o exclusivos, aunque tal legitimación se pierde, si con ello se pretende establecer situaciones de privilegio injustificado. Asimismo, debe reconocerse la libertad de los Estados miembros para determinar la forma pública o privada en la gestión de aquella exclusividad.

8.3 LOS AFECTADOS

Pero si los destinatarios son los Estados, *los afectados* son las Empresas públicas o las que sean titulares (públicas o privadas) de derechos especiales o exclusivos. La Empresa pública es definida en la Directiva 80/723/CEE,

a la que posteriormente nos referiremos, como aquella sobre la cual los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la regulan.

Esta noción se aplica sólo a los efectos de la Directiva, pero tiene una general aceptación en la doctrina. El criterio determinante o dominante para la calificación de la Empresa pública es la **influencia** que los poderes públicos pueden ejercer sobre las decisiones comerciales de tales Empresas. Por otro lado, en la Sentencia *Francia c. Comisión* (Asunto C-202/88) el TJCE establece la distinción entre derechos «especiales» y «exclusivos».

Junto a la Empresa pública, la privada puede ser también titular de derechos especiales o exclusivos concedidos por una Entidad pública. En tal caso, lo que caracteriza a la Empresa privada titular de tales derechos es su **dependencia** con el poder público que concede tales derechos particulares.

9. LAS EMPRESAS GESTORAS DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El artículo 86.2 CE dispone:

«Las Empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

9.1 LAS EMPRESAS GESTORAS DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

♦ La finalidad

La finalidad del precepto, como ocurre con la del artículo 86.1, no es someter a estas Empresas a las normas de la competencia, pues para ello bastarían los preceptos generales de los artículos 81 y 82, sino que

una vez declarada la sujeción, se regule la excepción: las Empresas gestoras no estarán sujetas a las normas de la competencia si se acatan a dos condiciones: que si se aplican las normas de la competencia se impida de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio y que el desarrollo de los intercambios no sea afectado de manera contraria al interés de la Comunidad.

♦ Los destinatarios

Los destinatarios del precepto son las Empresas que gestionan servicios de interés económico general. El problema está en determinar qué es un «servicio de interés económico general». Desde luego, no podría identificarse con el servicio público, pues la concesión de servicio público, desde Laubadere, es un contrato en el que la Administración concedente deberá velar por el equilibrio financiero de la concesión. Sin embargo, en los servicios de interés económico general se imponen a la Empresa gestora determinadas obligaciones que exceden del marco de los derechos y obligaciones propios y típicos de un servicio público, tales como la obligación de utilización de fuentes de energía nacionales (a precios no competitivos con el mercado internacional), la obligación de contratar el servicio a todo el que lo solicite o de prestarlo en todo el territorio nacional, regional o local; la igualdad de tarifas en todo el territorio nacional, para cada tipo de servicio; los límites de respeto o conservación del medio ambiente, etc.

La Jurisprudencia del TJ, sobre la concurrencia de un servicio de interés económico general, ha recaído sobre materias como las de derechos de autor, las transferencias de fondos efectuadas por Instituciones bancarias, la explotación de un puerto, la televisión, los controles de calidad, los servicios exclusivos de pompas fúnebres, los servicios postales,

los servicios de tráfico aéreo y el suministro de energía eléctrica, entre otras.

En 1996, la Comisión publicó una *Comunicación* sobre los Servicios de Interés Económico General en la Unión Europea (DOCE C281/3), en la que establece claramente, que tanto las empresas públicas como las privadas, pueden ocuparse de la prestación de este tipo de servicios. Esta *Comunicación* fue actualizada por otra en el año 2000 (DOCE C17/4, 2001).

♦ Las condiciones de exención de normas de la competencia

Las hemos mencionado anteriormente. En relación con la primera (que impida de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión de servicio), el problema se plantea por la interpretación de la intensidad de ese **impedir**», hasta el punto que una Decisión de la Comisión del 10 de noviembre de 1982 declaró que el carácter de Empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, no puede ser puesto en duda respecto a la «British Telecommunications», creada por Ley para prestar este servicio con carácter de monopolio en Gran Bretaña. La Comisión excluye la aplicación del artículo 86.2 porque el hecho de que las normas del Tratado **dificulten** la prestación del servicio, no quiere decir que **lo impidan**.

En relación con la segunda (la afectación del comercio intracomunitario en medida contraria a los intereses de la Comunidad), la cuestión está en determinar, primero, si hay afectación, esto es, reducción, disminución o modificación y, segundo, quién aprecia el perjuicio para el interés comunitario: si la Comisión exclusivamente, o también los países miembros, pues en la más reciente Jurisprudencia el TJ se ha manifestado partidario de dejar a los Estados

miembros la apreciación de las circunstancias de hecho o concretas del caso planteado.

En la apreciación de estas condiciones existe también una Jurisprudencia muy numerosa que recae sobre materias tales como la importación y exportación de electricidad, las telecomunicaciones, la carga y descarga de los puertos, el monopolio de presentación de declaraciones aduaneras, los servicios postales, etc.

9.2 LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Este precepto sirve de cobertura jurídica para aquellos sectores o Empresas que gestionando servicios de interés económico general, quieren huir de las exigencias de apertura del Mercado Interior. Aunque la Comisión se esfuerza por

acabar con tales reductos, ha sido el TJ con sus Sentencias quien, en algunos casos, ha logrado sentar definitivamente las bases y exigencias de esa apertura a la competencia. Así ocurrió con el sector del transporte aéreo o con el sector de las telecomunicaciones, como veremos en los Capítulos correspondientes. Sin embargo, otros sectores, como el servicio postal, el suministro de energía eléctrica o de gas, se encuentran todavía en un proceso de tensión entre la Comisión y algunos países partidarios de la introducción de la competencia, y las Compañías o los sectores como tales opuestos a ella o al menos condicionalmente.

En cualquier caso y, como reiteradamente ha afirmado tanto la Comisión como la jurisprudencia del TJCE (*Vid*, por ejemplo la sentencia *BRT c. SABAM*), en la medida en que el artículo 86 supone una cierta derogación de la aplicación de las normas de competencia contenidas en los artículos 81 y 82, ha de interpretarse de forma restrictiva.

10 LAS EMPRESAS GESTORAS DE MONOPOLIOS

El artículo 86.2 se refiere a los monopolios fiscales para aplicar el mismo régimen que para las Empresas gestoras de los servicios de interés económico general. Pero ya el artículo 31.1 había establecido que:

«1. Los Estados miembros adecuarán progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que, al final del período transitorio, quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado.»

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, de iure o de facto, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros.»

Este precepto se enmarca dentro de las normas sobre supresión de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la libre circulación de mercancías. Aunque el precepto se refiera solamente a los

monopolios «comerciales», sin embargo la Comisión ha ampliado la norma a todo tipo de monopolios, ya sean de producción, de transporte, de distribución, comercial o fiscal.

Sobre estas bases hubo que adaptar los monopolios españoles existentes en el momento de la Adhesión de España a la CEE. El más conocido es el de CAMPSA, que tras un largo proceso y diversas disposiciones, finalizó con la Ley 34/92 sobre ordenación del sector petrolero, en la que, a los efectos que aquí interesan, declara que el ingreso de España en las Comunidades Europeas supuso la apertura del mercado español a los contingentes pactados en el Acta de Adhesión y, al final del período transitorio, a la desaparición de limitación para las importaciones procedentes de países de la Comunidad. Estos contingentes quedaron excluidos del ámbito del monopolio y se permitió la creación de redes propias de comercialización ajenas al monopolio.

Finalmente, se ha posibilitado la actividad comercializadora de las Sociedades españolas de refino, a las que se dota de medios, gracias a la escisión de la antigua CAMPSA, y se les habilita para la comercialización directa de sus productos. La actual disposición procede con carácter definitivo a la plena liberalización del sistema.

Las previsiones contenidas en el párrafo primero del artículo 31.1 se completan con un mandato dirigido a los Estados miembros para que se abstengan de toda nueva medida contraria a dichos principios o que pueda restringir el alcance de los artículos relativos a la prohibición de los derechos de aduana y a las restricciones cuantitativas entre ellos (artículo 31.2), así como a la obligación de establecer las necesarias garantías para el empleo y el nivel de vida de los productores afectados en el caso de un monopolio comercial que suponga una regulación destinada a facilitar la comercialización o mejora de la rentabilidad de los productos agrícolas (artículo 31.3).

11. LOS PODERES DE LA COMISIÓN. EL ARTÍCULO 86.3 TCE

El artículo 86.3 CE dispone que:

«La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros Directivas o Decisiones apropiadas.»

Puede considerarse este precepto como el elemento que cierra el sistema y lo completa, pero al mismo tiempo constituye una singularidad que debe ser destacada. En principio, su finalidad es encargar a la Comisión para que vigile la aplicación de los párrafos 1 y 2 del propio artículo 86. Esto es, que vigile si

los Estados miembros adoptan o mantienen respecto a las Empresas públicas o con derechos especiales o exclusivos medidas contrarias al Tratado; o si la aplicación de las normas puede impedir la misión encomendada a las Empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, siempre que no resulten afectados los intereses comunitarios.

Sin embargo, la singularidad consiste en que para vigilar el cumplimiento del artículo 86, se dota a la Comisión de poderes superiores a aquellos que ostenta para vigilar el

cumplimiento de los artículos 81 y 82. En efecto, en relación con estos, la Comisión no puede intervenir (art. 85), sino después de haber constatado la existencia de una infracción proponiendo los medios para corregirla. En el caso del artículo 86 la Comisión puede dirigir Decisiones o Directivas a los Estados miembros, no solamente en caso de infracción, sino además para una correcta aplicación de los párrafos 1 y 2. Igualmente, esta posibilidad de emitir Decisiones o Directivas tiene un peso superior a las facultades que otorga el artículo 226 CE de emitir un Dictamen cuando la Comisión observa que un Estado miembro incumple sus obligaciones.

No cabe duda que este «plus» otorgado a la Comisión tiene su fundamento en que se la quiere dotar de un instrumento más eficaz de vigilancia de la aplicación de los artículos 86.1 y 2, en las estrechas relaciones que los Estados miembros suelen mantener con sus Empresas públicas o asimiladas. Por la influencia de aquellos sobre éstas, es considerada inicialmente un peligro para la competencia el cual debe ser controlado.

En la aplicación de estos poderes, la Comisión aprobó la Directiva 80/723/ CEE, de 25 de junio, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las Empresas públicas, que se modificó en 1985 y en 1993.

La Directiva pretende mejorar la información de la Comisión respecto a las relaciones financieras de los países miembros y sus Empresas públicas, así como sobre el grado de cumplimiento de la disciplina contenida en los artículos 87 a 89 sobre las ayudas de Estado. La preocupación que ha inspirado a la Directiva tiene su fundamento en la influencia que las Autoridades públicas pueden ejercer en el comportamiento de las Empresas públicas. La competencia entre las Empresas puede verse falseada por la atribución de fondos públicos a las Empresas públicas. Estos comportamientos pueden llegar a constituir una violación de las disposiciones del Tratado o por el contrario inspirarse en objetivos que justifiquen posibles derogaciones con base con el artículo 86.2; de ahí la necesidad de concesión de fondos públicos a Empresas públicas.

12. VALORACIÓN FINAL

Una vez analizados, si bien someramente, los principales rasgos e instrumentos que conforman la política «antitrust» comunitaria, es importante realizar una valoración final, a modo de conclusiones, que resalten las principales ideas de todo lo expuesto.

En primer lugar, la existencia de un Derecho de Defensa de la Competencia comunitario ha demostrado ser una herramienta esencial para la consecución del Mercado Único y para

garantizar la efectiva libertad de circulación de bienes, servicios y capitales en el ámbito de la UE.

En segundo lugar, si bien las normas sustantivas diseñadas por el Tratado de Roma, así como los mecanismos de aplicación previstos por el Reglamento 17/62 han demostrado también su eficacia y operatividad, la necesidad de una cierta **modernización** de la normativa «antitrust» comunitaria se

venía sintiendo hace tiempo. Este proceso ha culminado con la promulgación del Reglamento 1/2003 y la normativa que lo acompaña.

En tercer lugar, de unos planteamientos formalistas y rígidos en la concepción de las prohibiciones «antitrust» y la aplicación de la normativa de competencia, se está evolucionando en todos los ámbitos de esta legislación (el entendimiento de los acuerdos colusorios, las conductas de abuso de posición dominante, el control de concentraciones, etc.) hacia un enfoque más económico, basado en los efectos

sobre el mercado y no en la naturaleza o forma de la práctica en cuestión.

En cuarto y último lugar, la continúa evolución del mercado, la aparición de nuevos instrumentos y amenazas a la libre competencia, el propio dinamismo de sectores como los de las nuevas tecnologías, etc., obligan a una continúa renovación de este Derecho. Lo que no nos cabe ninguna duda es que será capaz de adaptarse a los tiempos y dar iguales frutos en los próximos cincuenta años que los que ha cosechado en este último medio siglo de existencia.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILA COSTA, B., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª Edición, Barcelona, 1998.

BELLAMY, C. y CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

BRIONES, J.; FOLGUERA, J.; FONT, A. y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2002.

DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 4ª Edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

MANGAS MARTIN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4º Edición, Mc Graw Hill, Madrid 1996.

MOLINA DEL POZO, C., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Editorial Trivium, Madrid, 1997.

WHISH, R., *Competition Law*, 4th Edition, B

