

clase 29/10

CAPÍTULO II

ACUERDOS, DECISIONES COLECTIVAS Y PRÁCTICAS CONCERTADAS

\$ 1.30

Luis Antonio Velasco San Pedro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

Una de las maneras en que de forma más patente se restringe la competencia, es cuando los empresarios deciden de común acuerdo dejar de disputarse la clientela ⁽¹⁾, conviniendo o concertando sus comportamientos en el mercado. En el caso de los *cárteles* o *acuerdos horizontales* entre empresarios directamente competidores, que están situados en la misma fase del proceso de producción o distribución de los bienes o de prestación de los servicios, las consecuencias de tales conductas son muy graves, pues conducen en muchos casos, más que a una restricción de la competencia, a una eliminación de los aspectos más sustanciales de la misma, como acontece en particular en los llamados *hard core cartels*, como son los cárteles sobre precios, de reparto de mercados o de cuotas de producción ⁽²⁾. En el de los *acuerdos* o *restricciones verticales*, que median entre empresarios en distintas fases de dicho proceso —como por ejemplo, los acuerdos de distribución comercial—, las consecuencias para la competencia podrían considerarse inicialmente menos graves ⁽³⁾, pero no deben menospreciarse sus perturbaciones en este ámbito, particularmente por su idoneidad para compartir los mercados, que es una consecuencia que atenta contra las propias bases de la UE, uno de cuyos objetivos fundamentales es el establecimiento de un mercado interior comunitario único y no fragmentado.

No es por ello de extrañar que las normas sobre defensa de la competencia del TCE, comiencen por un precepto —el actual artículo 81—, referido precisamente a este tipo de prácticas. En esta norma, como se verá enseguida, se mantiene un concepto extraordinariamente amplio de acuerdos restrictivos de la competencia entre empresarios que, a la vez que resulta aplicable tanto a los

(1) No debe olvidarse que la competencia, como señalaba GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.^a ed., Madrid 1976, p. 223) supone «la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables».

(2) Sobre la peligrosidad de estos cárteles ha venido alertando la OCDE en diversos documentos como OECD, *Report on Hard Core Cartels*, 1 de abril de 2000; OECD, *Report on the nature and impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, 9 de abril de 2002 y OECD, *Hard Core Cartels -Recent progress and challenges ahead*, 23 de mayo de 2003 (accesibles en Internet, www.oecd.org).

(3) De hecho, como se verá más adelante, estas restricciones gozan de determinadas exenciones en el marco de los reglamentos de exenciones por categorías.

cárteles como a los acuerdos verticales, viene a contemplar cualquier forma de coordinación anticompetitiva entre empresarios, al referirse no sólo a los acuerdos propiamente dichos, sino también a las decisiones (colectivas) de asociaciones de empresas y cualquier otro tipo de práctica concertada.

El tratamiento que se da a estas conductas, es lógicamente el de prohibirlas, si bien la prohibición se refiere, dentro de los objetivos perseguidos por el Tratado, a las que afecten negativamente a la competencia dentro del mercado común, poniendo en cuestión el comercio entre los Estados miembros, como por otra parte va a suceder también con las demás conductas contempladas en la normativa comunitaria. Esta prohibición, sin embargo, no es absoluta, ya que como señala el propio artículo 81.3 del TCE, determinados acuerdos o categorías de acuerdos pueden resultar autorizados, en cuanto reúnan los requisitos positivos y negativos de fondo establecidos en el propio precepto. Este último planteamiento obedece, como se verá más adelante, a una valoración coste-beneficio, que permite una cierta restricción de la competencia —nunca su eliminación total—, cuando con ello se obtienen beneficios alternativos de mayor significación, pues parece claro, en atención a determinados objetivos económicos o sociales, que determinadas restricciones, tanto horizontales, como verticales, merecen ser autorizadas⁽⁴⁾.

La aplicación práctica del artículo 81 del TCE (en su anterior numeración, el artículo 85), desde la fundación de las Comunidades Europeas, ha sido abundante y, en términos generales, exitosa. No sólo se han clarificado en gran medida los aspectos técnicos concernientes a dicha aplicación, dotando a este sector, merced a la praxis de la Comisión y a la jurisprudencia del TPI y del TJCE, de un buen grado de seguridad jurídica⁽⁵⁾, sino que la actitud vigilante de la Comisión, y en general de los operadores económicos, han propiciado un elevado estándar en este sector, contribuyendo cada vez más a desterrar este tipo de prácticas del mercado comunitario, aunque la lucha contra estas restricciones, especialmente contra los cárteles, quede lejos de concluir, y reclame una permanente actitud de vigilancia.

El marco legal básico de la materia, en todo caso, y a diferencia de lo que ha sucedido en otros sectores, como el de la concentración de empresas, ha permanecido estable desde de los años 50, ya que el texto del actual artículo 81 del TCE se corresponde con el de la redacción originaria del Tratado. Sin embargo, en el ámbito del Derecho derivado, se han ido produciendo cambios periódicamente, el más significativo de los cuales, como se verá más adelante, viene constituido probablemente por la sustitución del viejo Reglamento de procedimiento 17/62, por el nuevo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, fundamentalmente en relación con las excepciones a la prohibición que, si hasta el nuevo Reglamento seguían

(4) Entre las horizontales, y dentro de determinados parámetros, por ejemplo los cárteles de crisis, ciertos acuerdos de especialización y colaboración; entre las verticales, también por ejemplo, determinadas restricciones vinculadas a la distribución selectiva de productos.

(5) Con todo, como se señalará más adelante, la extrema complejidad del sistema, así como algunos bandazos en su aplicación, siguen generando ciertas zonas de incertidumbre.

la técnica de *reserva de excepciones*, de manera que para la exención de la prohibición se requería un pronunciamiento de la Comisión (autorización singular) o entrar en el ámbito de aplicación de un reglamento de exención por categoría, a partir de él seguirá por la de *excepción legal*, de forma que una conducta se considerará autorizada en la medida en que en sí misma reúna los requisitos exigidos en el artículo 83.3⁽⁶⁾. El cambio, como fácilmente se observa, obedece más a razones de administración del sistema, que se había hecho francamente difícil en la Comunidad de 15 Estados miembros (y no digamos lo que habría ocurrido en la actual de 25), por las dificultades que generaba la hasta ese momento necesaria petición de autorización, que por razones de fondo, ya que las causas de exención siguen siendo exactamente las mismas. Pero sobre ello volveremos más adelante.

Esta última circunstancia, en todo caso, no hace sino ampliar el carácter de *norma de aplicación directa* que ya se mantenía en relación con los dos primeros apartados del artículo 81 del TCE⁽⁷⁾, al apartado 3.º, pese a tratarse de una norma de *Derecho originario*⁽⁸⁾, en el sentido de que se trataría toda ella de una disposición aplicable directamente a las empresas sin necesidad de que medie a estos efectos ninguna declaración en este sentido por parte de algún órgano comunitario o nacional, de carácter administrativo o judicial, si bien lógicamente dichos pronunciamientos serán necesarios para la imposición de multas sancionadoras por su incumplimiento y para otro tipo de consecuencias jurídicas, como indemnizaciones por daños y perjuicios.

Precisamente, la efectividad de la prohibición establecida en el artículo 81, se asegura mediante la nulidad de los acuerdos o decisiones prohibidas, que hace el apartado 2.º, y las multas sancionadoras que el Reglamento 1/2003, como anteriormente hacía el 17/62, permite a la Comisión imponer a las empresas o asociaciones de empresas infractoras.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA. LA CLÁUSULA GENERAL

Para delimitar la conducta que se prohíbe —cuyo núcleo, como se acaba de señalar, es la concertación anticompetitiva entre empresarios—, el artículo 81 utiliza la técnica de combinar una cláusula general, con una lista ejemplificativa. Primero, en la cláusula general se definen en abstracto y en términos universales las características esenciales de estas conductas, para después, en la lista, delimitar una serie de casos concretos que se consideran constitutivos de la conducta prohibida.

(6) Vid. el artículo 1, apartados 1 y 2 del Reglamento 1/2003.

(7) Así se entendió por el TJCE desde la sentencia de 6 de abril de 1962, asunto *Bosch*.

(8) Que en el futuro próximo se verá recogida, con texto idéntico, en la misma Constitución Europea, artículo III-161, cuando entre en vigor merced a las ratificaciones de los Estados miembros.

Esta técnica, bastante habitual en la tradición jurídica de los Derechos de raíz romano-germánica, era seguramente la más adecuada para asegurar la efectividad de la norma y el cumplimiento de sus objetivos, habida cuenta de la complejidad y aun de la mudabilidad de las conductas que quieren definirse, que se manifiestan en un ámbito tan dinámico como es de suyo el de las transacciones en el mercado⁽⁹⁾.

Centrando nuestra atención ahora en la *cláusula general*, y dejando para un momento posterior la lista ejemplificativa, ésta se va a expresar en el primer párrafo del artículo 81.1 del TCE, cuyo tenor literal es el siguiente: «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».

En esta definición general, y a la vista de lo que acaba de indicarse, parece claro que se están configurando diversos requisitos —podríamos incluso hablar de elementos del tipo⁽¹⁰⁾, puesto que se está tipificando una conducta para prohibirla y sancionarla—, cuya confluencia en un mismo comportamiento determinaría su sujeción a la norma y, por consiguiente, su proscripción. Concretamente habría que considerar esencialmente tres requisitos. En primer lugar un requisito que podríamos calificar de *subjetivo*, en el sentido de que la prohibición se refiere específicamente a *empresas y asociaciones de empresas*. En segundo término, un requisito *estructural*, ya que la conducta prohibida tiene que tener la estructura o forma de un acuerdo u otra manera de concertación, puesto que se prohíben *acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas*. Finalmente un elemento *funcional*, pues la conducta tiene que servir para restringir la competencia o, como dice la norma, tener un *objeto o efecto restrictivo de la competencia*, que afecte además al *funcionamiento del mercado común*.

A continuación examinaremos por separado estos tres requisitos.

A) EL ELEMENTO SUBJETIVO.

LOS SUJETOS AFECTADOS POR LA PROHIBICIÓN. LA NOCIÓN DE EMPRESA

Los destinatarios de la prohibición, en los propios términos del artículo 81.1 del TCE, son las *empresas y las asociaciones de empresas*. No se prohíben, en general, los acuerdos y otras ententes anticompetitivas, sino únicamente los que medien entre empresas o sean el resultado de decisiones adoptadas por asociaciones de empresas.

(9) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el «ingenio humano» para vulnerar la Ley o tratar de sortear sus finalidades, lamentablemente es inagotable, máxime en estos sectores tan lábiles como el de la competencia.

(10) En similar sentido, CALVO/CARRASCOSA, 2003, p. 855, hablan de «elementos de caracterización del tipo».

¿Qué debe entenderse por *empresa*, a estos efectos? El TCE no lo determina, ni en relación con esta cuestión —las normas de Derecho de la competencia—, ni en relación con ningún otro tema. Se trata, por tanto, de un *concepto jurídico indeterminado*, que, como todos los conceptos de este tipo, debe precisarse mediante una interpretación adecuada⁽¹¹⁾.

A este respecto, la práctica comunitaria, conformada tanto por las decisiones de la Comisión como por la jurisprudencia del TJCE, ha ido concretando una noción de empresa en relación con la aplicación del Derecho de la competencia. Como características generales de esta noción, hay que referirse, por un lado, a la falta de correspondencia entre lo que se considera aquí como empresa y lo que suele definirse como empresa o empresario en los Derechos internos⁽¹²⁾, de manera que a veces se ha calificado como empresario a un sujeto que con arreglo a los Derechos internos no tendría esta consideración. Por otro, al carácter pragmático de esta noción, más preocupada por atender a los supuestos concretos que se han presentado, que por elaborar un concepto abstracto, con validez general. En cualquier caso, un examen de esta práctica revela cómo el aspecto tenido en cuenta fundamentalmente para la consideración de un sujeto como empresario, es el ejercicio de una *actividad económica* en el mercado, ofreciendo productos o servicios. Como señala el TJCE, «en el contexto del Derecho de la competencia (...) el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»⁽¹³⁾. Esta noción de empresa debe depurarse, no obstante, con algunas aproximaciones a casos concretos.

En primer término, hay que destacar que es irrelevante que se trate de una *empresa pública* o de una *empresa privada* o de *economía mixta*. De lo dispuesto en el artículo 86.1 del TCE, se deduce con claridad que las normas de Derecho de la competencia, en especial lo dispuesto en el artículo 81, se aplican también a las empresas públicas. Con todo, no cabe considerar como empresas a los propios Estados miembros, y a sus autoridades regionales y locales, en lo que se refiere a sus funciones públicas⁽¹⁴⁾.

Asimismo, como ya se ha apuntado, es irrelevante que el sujeto tenga o no la condición de empresario en el ordenamiento nacional, aunque normalmente coincidirán ambas circunstancias. En diversas ocasiones, se ha estimado que eran empresarios personas que no tenían esta consideración a la luz de los correspondientes Derechos internos, como, por ejemplo, una asociación profe-

(11) En relación con esta cuestión, vid. los extensos tratamientos de GALÁN, *Acuerdos restrictivos de la competencia*; Madrid, 1977, pp. 133 y ss. y, recientemente, WHISH, 2003, pp. 80 y ss.

(12) Vid. por ejemplo, el artículo 1 del *Código de comercio español*, que define a los *comerciantes* (con una terminología más actualizada hoy diríamos *empresarios*), a los efectos de la aplicación del Derecho mercantil.

(13) Sentencia de 23 de abril de 1991, asunto *Macroton GmbH*.

(14) Vid. BELLAMY/CHILD, 1991, pp. 76-77.

sional⁽¹⁵⁾, un inventor⁽¹⁶⁾, un intérprete musical⁽¹⁷⁾, etcétera. También se ha considerado, en diversos supuestos, como empresarios a *profesionales liberales*, cuya condición de empresas a los efectos de la aplicación de las normas de competencia no ofrece duda⁽¹⁸⁾.

Por otra parte, no se ha considerado imprescindible que el «sujeto» de la práctica tenga *personalidad jurídica*. En este sentido, puede tratarse tanto de personas físicas o jurídicas, como de entidades carentes de personalidad⁽¹⁹⁾.

En cambio, para que un sujeto pueda ser calificado como empresario, sí se considera necesario que exista *autonomía económica*, entendida ésta como aptitud para determinar la propia actuación económica en el mercado. A este respecto se niega tal condición a sujetos que carecen de esta autonomía, aunque posean independencia jurídica. En esta situación se encuentran, básicamente, los agentes comerciales y las empresas integradas en un mismo grupo de empresas. En relación con los *agentes comerciales*, una vieja Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, aclaró que no les afectaba la prohibición del artículo 85 (actual artículo 81), en relación con los contratos de representación exclusiva que les vinculan con sus principales, en cuanto no tuvieran la condición de empresarios independientes, por actuar de acuerdo con las instrucciones del principal sin asumir el riesgo de las operaciones en que intervienen. En la actualidad se mantiene el mismo criterio en la comunicación sobre *Directrices relativas a las restricciones verticales* de 13 de octubre de 2000, núms. 12 a 20, en relación con acuerdos de agencia genuinos, en los que el agente no asuma riesgos financieros o comerciales. Por lo que atañe a las *empresas integradas en un mismo Grupo de empresas*, diversas decisiones de la Comisión y sentencias del TJCE, han estimado, en relación con los acuerdos que medien entre ellas (entre la sociedad matriz y la sociedad o sociedades filiales, o entre sociedades filiales entre sí), que no era de aplicación el artículo 81, al considerar a los grupos de empresas como una única empresa en sentido económico, ya que las filiales carecen de autonomía económica⁽²⁰⁾. En el caso de acuerdos entre empresas filiales y empresas extra-

(15) Decisión de 29 de septiembre de 1974, asunto *Entente franco-japonesa sobre rodamientos por bolas*.

(16) Decisión de 2 de diciembre de 1975, asunto *AOPI/Beyrard*.

(17) Decisión de 26 de mayo de 1978, asunto *RAI/UNITEL*.

(18) Entre otros asuntos, vid. sentencias del TJCE de 12 de septiembre de 2000, asunto *Pavlov* (médicos) y de 19 de febrero de 2002, asunto *Wouters* (abogados); decisión de 24 de junio de 2004, asunto *Consejo Nacional de la Orden de Arquitectos belgas* (arquitectos).

Precisamente, en relación con esta cuestión la Comisión ha publicado en febrero de 2004 una *Comunicación sobre la competencia en las profesiones liberales* [COM (2004) 83 final], en la que preconiza la introducción de la competencia y una mayor transparencia en interés de los consumidores.

(19) Decisiones de 27 de junio de 1967, asunto *Transocean Marine Paint Association*, y 13 de marzo de 1969, asunto *Exposition Européenne de la Machine Outil*.

(20) Decisiones de 18 de junio de 1969, asunto *Christiani & Nielsen*, y de 30 de junio de 1970, asunto *Kodak*; sentencias del TJCE de 25 de noviembre de 1971, asunto *Beguelin*, y de 31 de octubre de 1971, asunto *Centrafarm*.

ñas al grupo, se ha imputado también la conducta a la sociedad matriz, en relación con la imposición de sanciones⁽²¹⁾.

B) EL ELEMENTO ESTRUCTURAL. LAS MODALIDADES DE ACUERDOS O CONCIERTOS PROHIBIDOS

Estructuralmente, lo que prohíbe el artículo 81.1 del TCE es la *concertación entre empresarios* para restringir la competencia, o, como decíamos al comienzo de este capítulo, que los empresarios renuncien a disputarse competitivamente la clientela, llegando a algún tipo de acuerdo o convenio ilícito entre ellos⁽²²⁾. Quedan, por tanto, fuera de la norma las conductas meramente unilaterales, aunque produzcan efectos anticompetitivos⁽²³⁾ (sin perjuicio de que estas conductas, cuando sean realizadas por una empresa en posición de dominio, merezcan ser consideradas una explotación abusiva de dicha posición, prohibida asimismo por el sucesivo artículo 82 del TCE).

Como enseña la experiencia, son muy diversos los procedimientos que pueden utilizarse para ponerse de acuerdo o coordinarse con vistas a restringir la competencia, pudiendo además en ciertos casos ser difícil de establecer con precisión cómo se ha llegado a un acuerdo o un comportamiento anticompetitivo concertado, dado el cuidado que los interesados pondrán lógicamente en ocultar todas las trazas de un acuerdo o decisión formal que está prohibido por la Ley. Precisamente por esto, los redactores del Tratado, que pudieron además servirse aquí de la experiencia antitrust norteamericana, tipificaron con sumo cuidado los acuerdos o comportamientos concertados prohibidos, refiriéndose a tres modalidades diferentes: en primer lugar a los *acuerdos* propiamente dichos; en segundo lugar a las decisiones de asociaciones de empresas o *decisiones colectivas*, y, finalmente y a modo de cierre del sistema contemplando a cualquier otro tipo de práctica anticompetitiva acordada: las denominadas *prácticas concertadas*.

Esta tipificación de conductas no excluye, naturalmente, que una misma conducta pueda presentar elementos de varias de ellas. Es más, en estos casos, como se puso de relieve en las sentencias del TPI en el asunto *Polipropileno*, no

(21) Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, asunto *Materias colorantes*. En general, sobre estas cuestiones de la aplicabilidad del artículo 81 a los grupos de empresas, vid. RUIZ PERIS, *El privilegio de grupo*, Valencia, 1999.

(22) Por eso se suele hablar en la doctrina y en la legislación de algunos Estados miembros de *prácticas colusorias*, para referirse a los acuerdos anticompetitivos: vid. GALÁN, ob. cit., pp. 115 y ss. y WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 161.

(23) BELLAMY/CHILD, 1991, p. 81 y WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 164 (estos últimos autores advierten, además, que, «a la inversa, el hecho de que una acción sea lícita cuando se realiza por una sola empresa actuando independientemente, no significa que merezca la misma consideración si es objeto de una práctica colusoria»).

será necesario delimitar con precisión cada una de las formas de concertación utilizadas, bastando con identificar los elementos comunes ⁽²⁴⁾.

1. LOS ACUERDOS

La primera modalidad de acuerdo que se contempla en el artículo 81.1 del TCE, son los *acuerdos entre empresas* propiamente dichos.

Ha habido cierta discusión doctrinal acerca de qué ha de entenderse por *acuerdo*. Un sector doctrinal consideraba como tales sólo a los acuerdos jurídicamente vinculantes, que obliguen a las partes a su cumplimiento ⁽²⁵⁾. Esta postura identificaba básicamente a los *acuerdos* con la categoría técnica de los *contratos*. Otro sector, sin embargo, entendía que la obligatoriedad jurídica del acuerdo no es imprescindible, de manera que también cabría considerar aquí a los llamados *pactos entre caballeros* (*gentlemen's agreement*), que sólo entrañan una suerte de compromiso de honor con la palabra empeñada ⁽²⁶⁾. En esta última dirección se orienta, a nuestro juicio adecuadamente, la doctrina de la Comisión y del TJCE, que parece haber cerrado la controversia a raíz de la sentencia de 10 de enero de 1990, en el asunto *Sandoz* ⁽²⁷⁾. Conviene advertir, no obstante, que esta cuestión tiene una transcendencia limitada, pues las restricciones de la competencia resultado de pactos no obligatorios de este tipo, tendrían en todo caso la consideración de *prácticas concertadas*, igualmente prohibidas por el artículo 81.1 del TCE ⁽²⁸⁾.

A los efectos de la aplicación del artículo 81.1 del TCE, no pueden considerarse como acuerdo las *medidas gubernamentales*, aunque tales medidas podrían

(24) Sentencias del TPI de 24 de octubre de 1991, 17 de diciembre de 1991 y 10 de marzo de 1992. Consecuencia de ello, como advierten WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 165-166, es que en estos casos no quepa subdividir el comportamiento continuado, para ver en él varias infracciones distintas.

(25) Entre otros, GARRIGUES, ob. cit., p. 225; GALÁN, ob. cit., p. 219 (estos dos primeros autores en relación con la Ley española de prácticas restrictivas de la competencia de 1963); GOLDMAN/LYON-CAEN/VOGEL, *Droit commercial européen*, 5.ª ed., París 1994, p. 362 y BERCOVITZ, «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, II, p. 354.

(26) Entre otros, BELLAMY/CHILD, 1991, pp. 78-79; KORAH, 1988, p. 34; FERNÁNDEZ DE LA GÁN-DARA/CALVO, 1995, p. 338; WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 166; CALVO/CARRASCOSA, 2003, p. 861 y WHISH, 2003, p. 92.

(27) Decisión de 16 de julio de 1969, asunto *Entente internacional de la quinina*, confirmada por tres sentencias del TJCE de 15 de julio de 1980, y la sentencia del TJCE de 11 de enero de 1990, asunto *Sandoz*.

(28) La transcendencia de apoyar la consideración de estos pactos como acuerdos propiamente dichos, como advierte la doctrina (por todos, vid. WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 166) reside en la prueba, ya que de seguirse esta postura bastaría con probar el pacto, sin necesidad de acreditar asimismo que dicho pacto llegó a ejecutarse realmente, produciendo efectos anticompetitivos, que es un aspecto que debe siempre probarse en las prácticas concertadas.

ser consideradas desde otros puntos del Tratado, si suponen el incumplimiento de alguna de sus disposiciones. Si lo serán, sin embargo, aquellos acuerdos restrictivos que hayan sido autorizados o aprobados por autoridades nacionales ⁽²⁹⁾.

Están sujetos a la prohibición, tanto los *acuerdos horizontales* o carteles [que, como se dijo, son los que median entre empresas que actúan en la misma fase del proceso de producción y/o distribución de los bienes o servicios (por ejemplo, un acuerdo entre fabricantes)], como los *verticales* [o acuerdos entre empresarios en distintas fases de este proceso (por ejemplo, entre fabricantes y revendedores o distribuidores)]. Tanto el artículo 4.2 del anterior Reglamento 17/62, como el asunto *Grundig-Consten* ⁽³⁰⁾, pusieron pronto de relieve la aplicabilidad del artículo 81 del TCE a los acuerdos verticales, concluidos por empresarios que en principio no eran competidores entre sí. No obstante, este tipo de acuerdos, precisamente por esta última circunstancia, comportan en general consecuencias restrictivas menos graves que los horizontales. Por esta razón, y por los efectos beneficiosos que producen en ciertos casos, se exceptúan de la prohibición determinados tipos de acuerdos verticales en diversos reglamentos de exenciones por categorías, según se verá en su momento.

Para la aplicación del artículo 81 del TCE, es irrelevante la caracterización jurídica del acuerdo y su forma. Respecto a la primera cuestión, son susceptibles de ser evaluados desde la perspectiva del Derecho de la competencia, cualquier tipo de acuerdo o contrato, sea cual sea su naturaleza o el rótulo utilizado por las partes para calificarlo (compraventa, sociedad, distribución comercial, etcétera), incluidas las transacciones judiciales ⁽³¹⁾. Lo decisivo es su objeto o efecto anticompetitivo que, por otro lado, frecuentemente suele enmascararse por las partes, bajo otros objetivos formales ⁽³²⁾. En relación con la segunda, los acuerdos pueden ser tanto escritos, como verbales ⁽³³⁾, e incluso tácitos ⁽³⁴⁾, aunque en este último supuesto probablemente sería más apropiado entender que se está en presencia de una práctica concertada ⁽³⁵⁾.

Para el enjuiciamiento antritrust del acuerdo, asimismo es irrelevante de quién haya partido la iniciativa de celebrarlo; que su contenido haya sido objeto de negociación individualizada por las partes o que, por el contrario, sea el

(29) Vid. BELLAMY/CHILD, 1991, p. 80 y WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 193.

(30) Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966. El Reglamento 17/62 recientemente ha sido sustituido por el 1/2003.

(31) Sentencia del TJCE de 8 de junio de 1982, asunto *semillas de maíz*.

(32) Vid., por ejemplo, decisiones de 30 de junio de 1970, asunto *Kodak* (compraventa) y de 17 de diciembre de 1980, asunto del *vidrio colado* (sociedad), y la sentencia del TJCE de 12 de julio de 1979, asunto *BMW* (distribución comercial).

(33) Decisión de 21 de diciembre de 1976, asunto *Thèal-Watts*.

(34) Sentencia del TJCE de 20 de junio de 1978, asunto *Tepea BV*.

(35) Vid. el apartado 3.

resultado de un contrato tipo o de la aplicación de unas condiciones generales. De nuevo, lo decisivo es su objeto o efecto anticompetitivo⁽³⁶⁾.

En este orden de consideraciones, la praxis comunitaria, tanto de la Comisión como del TJCE-TPI, no ha dudado en apreciar la existencia de *acuerdos* en relación con restricciones resultantes de *contratos de distribución*, donde, al ser las condiciones de dichos contratos impuestas por el concedente, aparentemente podríamos entender que hay una conducta meramente unilateral⁽³⁷⁾.

Con todo, el diferente protagonismo de las partes en la conclusión del acuerdo, debe tener relevancia en relación con la determinación de la sanción a imponer a cada una de las partes, habida cuenta de los diferentes grados de autoría y culpabilidad que pueden apreciarse aquí⁽³⁸⁾. Así, por ejemplo, en acuerdos impuestos por una de las partes —como sucede habitualmente en relación con restricciones verticales resultado de acuerdos de distribución—, debería ser más moderada la sanción impuesta a la contraparte.

Un tema que planteó numerosas dudas en el pasado, fue el de la aplicabilidad del artículo 81 del TCE a las *concentraciones de empresas* surgidas de un acuerdo, habida cuenta de que el Tratado no se refería específicamente a esta conducta, pese a su posible carácter limitador de la competencia, ya que la concentración puede conducir a eliminar competidores⁽³⁹⁾. La Comisión inicialmente era reticente a enjuiciar estas operaciones desde la óptica del artículo 85 (actual artículo 81)⁽⁴⁰⁾, aunque trató de aplicar el artículo 86 (actual artículo 82) a un supuesto de concentración⁽⁴¹⁾. Esta última solución, sin embargo, no estaba tampoco exen-

(36) Decisiones de 22 de diciembre de 1976, asunto *Gerofabrick*, y de 17 de mayo de 1980, asunto *Krups*, y sentencias del TJCE de 12 de julio de 1979, asunto *BMW* (restricción vertical en contratos de concesión impuestos por el fabricante) y 11 de enero de 1990, asunto *Sandoz* (en referencia a una cláusula que se hacía figurar en las facturas).

(37) En esta tendencia es probable que se haya llegado a extremos excesivos, como advierten WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 169, quienes además hacen una exposición de sus principales manifestaciones, a las que habría que añadir las últimas sentencias sobre *importaciones paralelas* en el campo de la distribución de automóviles, que han condenado por la vía del artículo 81 del TCE las cláusulas impuestas por el fabricante a sus concesionarios para obstaculizar las importaciones paralelas. Vid. sentencias del TPI de 6 de julio de 2000, asunto *Volkswagen-Audi*, y 21 de octubre de 2003, asunto *Opel Nederland B.V.*

La explicación-justificación de tales excesos, quizás obedezca a la apreciación pragmática de que la consideración de dichas conductas como abuso de posición dominante (en el marco de un mercado restringido de marca renombrada), podría haber conducido al callejón sin salida de entender prohibida cualquier restricción, dado el carácter absoluto de la prohibición del artículo 82 del TCE, estando claro que los mecanismos de distribución selectiva deben encontrar un cauce para su admisibilidad.

(38) Así también WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 167.

(39) Si lo hacía, en cambio, el precedente TCECA, actualmente extinto, que contemplaba un estricto régimen de control de estas operaciones de concentración de empresas en su artículo 66.

(40) En su *Memorandum sobre la concentración* de 1 de diciembre de 1965.

(41) Decisión de 9 de diciembre de 1971, asunto *Continental Can*, posteriormente revocada por la sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, aunque por estimar que la empresa en cuestión no estaba en una situación de *posición de dominio*.

ta de algunos inconvenientes, que la Comisión trató de superar mediante la propuesta en 1973 de un Reglamento sobre concentración de empresas. Entre tanto, en el asunto *Philip Morris*, el TJCE confirmó la posibilidad de que la Comisión controlase las concentraciones surgidas de un acuerdo por la vía del artículo 85 (actual artículo 81)⁽⁴²⁾. La aprobación, finalmente, a partir de 1989 de normas específicas sobre la concentración de empresas (primero el Reglamento 4064/89, en la actualidad el 139/2004, de 20 de enero de 2004, en ambos casos sobre el control de las concentraciones entre empresas), si no han disipado totalmente estas dudas —ya que parece que seguiría habiendo quizás algún margen para la aplicación en ciertos casos del artículo 81 del TCE a los acuerdos de concentración de empresas—, al establecer un régimen específico para estas operaciones, constituye sin duda el cauce más directo y adecuado para hacer frente a los problemas que plantean estas conductas⁽⁴³⁾.

2. LAS DECISIONES COLECTIVAS

Como segundo tipo de ententes anticompetitivas, el artículo 81 del TCE se refiere a las *decisiones de asociaciones de empresas*. La finalidad de la norma es asimilar a los acuerdos las *decisiones colectivas* a las que llegue cualquier agrupación de empresarios. Desde un punto de vista más técnico, esta modalidad de concertación prohibida, plantea dos cuestiones interpretativas. En primer lugar, qué debe entenderse por asociación de empresas y, en segundo término, por decisión.

Respecto a la primera cuestión, se viene considerando como *asociaciones de empresas* a las organizaciones que agrupan a empresas —en el sentido que se da a esta noción en el Derecho de la competencia comunitario⁽⁴⁴⁾—, sin que éstas pierdan su independencia y autonomía económica. Esta última circunstancia impide estimar como tales a los *grupos de empresas*, donde las empresas agrupadas, aunque formalmente sean independientes, constituyen desde el punto de vista económico una única empresa⁽⁴⁵⁾.

Desde la óptica del artículo 81 del TCE, es indiferente la forma jurídica, denominación y finalidades adoptadas por la asociación de empresas. No se requiere personalidad jurídica⁽⁴⁶⁾. Se comprenden también las asociaciones sin

(42) Sentencia de 17 de diciembre de 1988.

(43) El régimen resultante del Reglamento 139/2004, se estudia en otro lugar de esta obra.

(44) Por tanto, también habrá que considerar como asociaciones de empresas las asociaciones de profesionales liberales. En este sentido, la sentencia del TJCE de 19 de febrero de 2002, asunto *Wouters*, respecto a los Colegios de Abogados, y la decisión de 24 de junio de 2004, asunto *Consejo Nacional de la Orden de Arquitectos belgas*, en relación con los Colegios de Arquitectos.

(45) Así también WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 176.

(46) Decisión de 13 de marzo de 1969, asunto *CECIMO*.

finés lucrativos⁽⁴⁷⁾, así como las asociaciones patronales y profesionales⁽⁴⁸⁾ (precisamente el supuesto más frecuente será el de aquellas asociaciones constituidas por empresarios o profesionales de un sector para defender sus intereses corporativos frente a instituciones públicas y particulares) y confederaciones de estas asociaciones. Asimismo es indiferente la naturaleza pública o privada de la asociación, siendo aplicable al artículo 81 del TCE también a las asociaciones o corporaciones de Derecho público⁽⁴⁹⁾. Lo esencial, en todo caso, es que haya un órgano de coordinación entre las empresas agrupadas, sin cuya existencia no habría hablar de una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 del TCE⁽⁵⁰⁾.

En cuanto a la caracterización de las *decisiones*, en principio se viene entendiendo por tales a las resoluciones obligatorias adoptadas por los órganos de las asociaciones, expresivas de la voluntad de sus miembros⁽⁵¹⁾. No obstante, de manera semejante a como se ha visto con los *pactos de caballeros* (vid. el apartado precedente), el TJCE ha considerado también como decisiones, a las meras *recomendaciones* desprovistas de efecto obligatorio, cuando su aceptación por las empresas destinatarias ejerza una influencia sensible sobre la competencia⁽⁵²⁾.

Por otro lado, la constitución de una asociación comercial es ella misma una decisión, así como las reglas que gobiernen el funcionamiento de una asociación. Un acuerdo que se adopte dentro de una asociación puede ser además una decisión⁽⁵³⁾.

3. LAS LLAMADAS «PRÁCTICAS CONCERTADAS»

La enumeración de acuerdos o ententes anticompetitivos realizada por el artículo 81 del TCE, concluye con la alusión a las llamadas *prácticas concertadas*. Se trata, sin duda, de una cláusula de cierre del sistema, inspirada en las *concerted practices* del Derecho antitrust norteamericano, que trata de englobar a todas aquellas ententes que, por no ser ni un acuerdo en sentido estricto, ni una

decisión de asociación de empresas, son difícilmente encuadrables en dichas categorías. Como ponen de relieve ROUX y VOILLEMONT⁽⁵⁴⁾, «una entente toma la forma de una acción concertada cuando no reposa en un contrato generador de obligaciones, ya sea porque está fundada en un acuerdo tácito que no entraña un compromiso, ya sea porque aun existiendo un convenio en la base del acuerdo, es imposible a los adherentes o a los terceros aportar la prueba conforme al Derecho de obligaciones». En particular habría que englobar dentro de este concepto toda la variada tipología de acuerdos informales que restringen la competencia.

Nos encontramos aquí con un punto crucial para la efectividad práctica del Derecho de la competencia, pues, como enseña la experiencia, la mayoría de los cárteles más peligrosos son cárteles ocultos, contra los que sólo se puede luchar con este instrumento, después además de una larga y costosa investigación, que incluye la difícil recopilación de pruebas casi siempre meramente indiciarias (reuniones, faxes, e-mails, etcétera). Pero, por otro lado, como advierte WHISH, la aplicación del Derecho de la competencia en este sector es complicada, y las autoridades de la competencia, deben proceder con sumo cuidado, para distinguir estos cárteles ocultos, de lo que simplemente pudiera ser una mera actividad comercial paralela racional e inocente⁽⁵⁵⁾.

Precisamente para diferenciar estos supuestos, la jurisprudencia del TJCE ha venido exigiendo la concurrencia de dos elementos para que pueda apreciarse la existencia de una práctica concertada. En primer lugar, es necesario que exista una conducta anticompetitiva de dos o más empresas. Generalmente se tratará además de una conducta coincidente o paralela, como, por ejemplo, subir simultáneamente los precios en la misma proporción, o abstenerse de actuar en las recíprocas zonas de actuación⁽⁵⁶⁾. Pero, en segundo término, también es preciso que esta conducta anticompetitiva presente un *elemento intencional* de cooperación o coordinación práctica entre las empresas implicadas⁽⁵⁷⁾. Por consiguiente, no basta el mero paralelismo para que sin más quepa inducir la existencia de una *práctica concertada*⁽⁵⁸⁾. Como ha señalado el TJCE, las *prácticas concertadas* son una «forma de coordinación entre empresas, que sin haber llegado a la realiza-

(47) Sentencia del TJCE de 28 de septiembre de 1980, asunto *Heintz van Landewyck*.

(48) Sentencia del TJCE de 19 de febrero de 2002, asunto *Wouters*, y las decisiones de 30 de junio de 1970, asunto *Asociación sindical belga de perfumería*, y de 24 de junio de 2004, asunto *Consejo Nacional de la Orden de Arquitectos belgas*.

(49) Sentencia del TJCE de 3 de diciembre de 1987, asunto *BNIC*.

En el Derecho español, esto implica considerar como asociaciones de empresas a las Cámaras de comercio, industria y navegación y a los Colegios profesionales, que tienen la consideración de corporaciones de Derecho público.

(50) WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 175 y CALVO/CARRASCOSA, 2003, p. 848.

(51) Sentencia del TJCE de 29 de octubre de 1980, asunto *Heintz van Landewyck*.

(52) Sentencias del TJCE de 15 de mayo de 1975, asunto *Frubo*, y de 8 de diciembre de 1983, asunto *NV IAZ International Belgium*.

(53) Recogiendo estas conclusiones, WHISH, 2003, p. 97.

(54) ROUX/VOILLEMONT, *Le droit de la concurrence de la CEE*, 4.ª ed., Paris, 1982, p. 33.

(55) WHISH, 2003, p. 99.

(56) La legislación antitrust española, haciendo relevante este dato ha venido hablando de *prácticas conscientemente paralelas* para referirse a este supuesto (vid. el artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia). Esta terminología, sin embargo, no es nada adecuada pues puede haber prácticas concertadas sin paralelismo (por ejemplo, convenir cuotas de producción), y la mera *consciencia* en el paralelismo, como se verá enseguida, no es suficiente para acreditar la existencia de una práctica de este tipo.

(57) Insiste en este aspecto la sentencia del TJCE de 14 de julio de 1981, asunto *G. Züchner-Bayerische Vereinsbank AG*.

(58) Aunque, como ha afirmado el TJCE en su sentencia de 14 de julio de 1972, asunto *ICI*, el paralelismo «puede (...) constituir un indicio serio (de práctica concertada) cuando conduce a unas condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado».

ción de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas»⁽⁵⁹⁾.

Un tema delicado en relación con este elemento intencional, y ahí residen buena parte de las dificultades a que se acaba de hacer referencia, es si basta para incurrir en una práctica concertada con que el paralelismo en las actuaciones sea *consciente*. Es lo que suele suceder en los mercados *oligopolísticos*, cuando las empresas vigilan mutuamente sus estrategias comerciales, rechazando deliberadamente políticas agresivas, para evitar las consecuencias de una competencia extrema, lo que suele manifestarse por el seguidismo en las subidas y bajadas de precios emprendidas por cualquiera de ellas. La posición más adecuada, en nuestra opinión, es entender que —a falta de otros elementos intencionales— aquí no habría una práctica concertada, ya que no es posible identificar ningún acuerdo, ni expreso ni tácito —que es el núcleo de las conductas prohibidas por el artículo 81 del TCE—, no siendo además correcto, desde el punto de vista de los objetivos del Derecho antitrust, que se exija a las empresas un comportamiento irracional en el mercado, que ignore su interdependencia derivada de la situación de oligopolio⁽⁶⁰⁾.

Como ya se ha señalado, la constatación de una *práctica concertada*, entendida en los términos que se acaban de señalar, plantea especiales dificultades en cuanto a su prueba. Fundamentalmente por lo que se refiere al elemento intencional antes apuntado. Seguramente por esta circunstancia, el TJCE ha admitido con buen criterio la prueba por indicios y presunciones. Por ejemplo, en el caso de la *Industria europea del azúcar*, se consideró como *indicios* relevantes de la existencia de la práctica, la constancia de contactos entre las empresas⁽⁶¹⁾. En el asunto de las *materias colorantes* se *presumió* la existencia de una práctica concertada, porque el comportamiento anticompetitivo de los implicados era racionalmente inexplicable sin la existencia de un acuerdo (se trataba de un caso en que se habían producido aumentos reiterados y simultáneos de precios en la misma proporción, en series complejas de productos, en diversos países con situaciones de mercado muy diferentes, etcétera)⁽⁶²⁾.

(59) Sentencias del TJCE de 14 de julio de 1972, asunto *materias colorantes*, y de 16 de diciembre de 1975, asunto *Industria europea del azúcar*.

(60) Así HERRERO, «El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia», en *ADI*, tomo XXIV, 2003, pp. 129 y ss.

(61) Sentencia de 16 de diciembre de 1975. En relación con la asistencia a reuniones con competidores, la tendencia de la jurisprudencia parece ser cada vez más exigente, como se ve en la sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 2000, asunto *Sarrió*, donde se señala que «el hecho de que una empresa no aplique los resultados de dichas reuniones (a las que ha asistido) no puede suprimir la responsabilidad correspondiente a su participación en el cártel, a menos de que se distancie públicamente de su contenido».

(62) Vid. la sentencia de 14 de julio de 1972. Recurre también a un criterio de explicación razonable la sentencia de 31 de marzo de 1993, asunto *Ahlström Osakeyhtiö*.

La contrapartida de esta doctrina es que sólo puede estimarse la existencia de la práctica, si la concertación constituye la única explicación probable, por lo que debe descartarse cuando se puedan dar otras explicaciones. Vid. la sentencia del TJCE de 19 de diciembre de 1984, *pasta de madera II*.

Conviene advertir, por último, que en la categoría de ententes que constituyen las prácticas concertadas, la aplicación de la prohibición del artículo 81.1 del TCE, requiere que se haya producido un efecto anticompetitivo *real*⁽⁶³⁾. En los otros dos supuestos —acuerdos y decisiones—, como se verá seguidamente, basta con que su objeto sea anticompetitivo, aunque todavía no se hayan producido realmente efectos de este tipo. Por consiguiente, deberá acreditarse o probarse la existencia de una restricción efectiva de la competencia.

C) EL ELEMENTO FUNCIONAL. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO COMÚN

El último elemento de la prohibición, puede considerarse de carácter funcional, ya que los acuerdos y demás formas de concertación empresarial se prohíben precisamente por servir o ser idóneos para *restringir la competencia*. Como señala el artículo 81.1 del TCE, están proscritos los acuerdos (etcétera), «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».

De los términos que utiliza el artículo 81.1 del TCE, resulta con bastante claridad que, para caer en el ámbito de la prohibición, no es necesario que los acuerdos o ententes hayan producido realmente una restricción de la competencia. Es suficiente con que tal restricción sea el objeto perseguido por el acuerdo⁽⁶⁴⁾. Para la constatación de un *objeto anticompetitivo*, es irrelevante la intención de las partes; esto es, si perseguían o no con su acuerdo o decisión restringir la competencia. A estos efectos, debe valorarse objetivamente el acuerdo o decisión, en concreto su idoneidad para producir un efecto anticompetitivo. Si existe esta idoneidad, el acuerdo o decisión caería dentro de la prohibición del artículo 81 del TCE, aunque la intención de las partes hubiera sido otra⁽⁶⁵⁾. De la misma manera, y en cuanto al *efecto anticompetitivo*, resulta asimismo irrelevante la intención de las partes. Los acuerdos están prohibidos, independientemente de cuál sea la finalidad pretendida por los implicados, si *de facto* producen un efecto restrictivo de la competencia.

No obstante, la intencionalidad de las partes, lo que en términos más técnicos podemos denominar como su *culpabilidad*, sí tendrá relevancia a los efectos de la posible imposición de multas sancionadoras, ya que el artículo 23.4 del

(63) Así también Waelbroeck/Frignani, 1998, I, pp. 186 y ss., quienes sin embargo citan diversas decisiones de la Comisión donde se ha considerado a la simple toma de contacto entre competidores para coordinar su acción, como una práctica concertada.

(64) Salvo en el caso de las prácticas concertadas, en que, como ya se señaló, es preciso un efecto anticompetitivo real.

(65) En este sentido, Decisión de 15 de julio de 1975, asunto *Ifta* y sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1984, asunto *Compagnie Royale Asturienne des Mines*.

Reglamento 1/2003, sólo permite dicha imposición cuando las empresas o asociaciones de empresas hayan infringido el artículo 81 «de forma deliberada o por negligencia»⁽⁶⁶⁾.

En ambos casos —objeto o efecto anticompetitivo—, se plantea el problema de delimitar la restricción de la competencia que es relevante para la aplicación de la prohibición del artículo 81 del TCE. El tenor de este precepto pone de manifiesto que no lo es en principio cualquier restricción, sino únicamente aquel tipo de restricción que afecta, por una parte, al comercio entre los Estados miembros, e incide, por otra, en el juego de la competencia dentro del mercado común. Pero además, y con carácter previo, debe precisarse qué debe entenderse por restricción de la competencia o, como dice textualmente la norma, por «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia».

A continuación va a examinarse este problema, a través de sucesivas aproximaciones.

1. EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR EL ARTÍCULO 81.1 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El artículo 81.1 del TCE se enmarca dentro de los objetivos generales del Tratado en materia de competencia. Estos objetivos no son los de instaurar una *competencia perfecta*, sino únicamente asegurar una *competencia efectiva* (*workable competition*). La sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1977 (asunto *Metro/Saba*) insiste especialmente en este aspecto, cuando señala que «la competencia no falseada a que se refieren los artículos 3 y 81 del Tratado, implica la existencia en el mercado de una competencia efectiva, esto es, de las dosis de competencia necesarias para que se respeten las exigencias y los objetivos fundamentales del Tratado y, en especial, la formación de un mercado único en condiciones semejantes a las de un mercado interior. Esta exigencia —continúa la sentencia— permite que la naturaleza e intensidad de la competencia puedan modificarse en función de los productos o servicios y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados».

Esta competencia efectiva, a la que se refiere el TJCE, no puede ser impuesta, sino que es un dato que resulta de la realidad económica del mercado comunitario. Por eso no se prohíbe ni el monopolio ni el oligopolio de hecho. Lo que se quiere impedir, a través precisamente del Derecho antitrust comunitario, es que las empresas restrinjan mediante acuerdos o concertándose entre sí la competencia que naturalmente podría existir en el mercado si actuaran con autonomía. Esto supone, en definitiva, que quepa considerar como restricción de la competencia la eliminación o reducción de la competencia natural que existiría con una actuación autónoma de las empresas en el mercado.

(66) Lo cual supone en términos de culpabilidad, que hayan actuado con dolo o culpa.

2. FORMAS DE RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

Por *restricción de la competencia*, en los términos del artículo 81 del TCE, hay que considerar, además de la *restricción* en sentido propio, la *eliminación* y el *falseamiento* de la competencia.

La restricción propiamente dicha y la eliminación de la competencia, parecen obedecer a un mismo concepto —exclusión de la competencia—, del que serían meras graduaciones, más radical la *eliminación*, que supondría la total supresión de la competencia, y menos la *restricción* propiamente dicha, que supondría una limitación de la competencia con la conservación de un cierto grado de actividad competitiva.

En ambos casos, a este resultado de exclusión de la competencia se puede llegar de diversas maneras. En primer término, limitando o cercenando la autonomía de las empresas para adoptar decisiones en el mercado —por ejemplo, sobre precios o condiciones de transacción, etcétera—. Pero también limitando o impidiendo la intervención de operadores en el mercado —por ejemplo, reparto de mercados, centrales de compra, etcétera—. Estas restricciones, además, como ya se ha señalado, pueden tener tanto carácter vertical como horizontal.

En cuanto al *falseamiento* de la competencia, podríamos considerar que la norma se está refiriendo en principio a la realización de actos de competencia desleal por la vía del acuerdo (por ejemplo, el boicot de un empresario o sus productos —que es en sí mismo un acto de competencia desleal⁽⁶⁷⁾— acordado en una decisión colectiva)⁽⁶⁸⁾. Pero, dado que el término se utiliza con carácter más general en el artículo 3.g) del TCE, y de forma además exclusiva, probablemente habría que comprenderlo más como un sinónimo de restricción de competencia, introducido en la norma a mayor abundamiento, sin perjuicio, naturalmente, de entender englobadas en la norma estas conductas desleales concertadas.

Por todo ello, parece apropiado referirse en términos genéricos a restricción de la competencia, que puede producirse en cualquiera de las formas señaladas.

Para la constatación de si existe o no una restricción de la competencia, en el sentido que se acaba de señalar, no tendrán en principio ninguna relevancia los objetivos perseguidos real o presuntamente por las partes, sin perjuicio de que pueda tener luego importancia en relación con la determinación de si se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 81.3 del TCE para una excepción a la prohibición. Esto supone, entre otras cosas, que también estén sometidas inicial-

(67) Vid. EMPARANZA, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Madrid, 2000.

(68) En su momento ya decía GARRIGUES (ob. cit., p. 227), que «la expresión "falsear" la competencia, parece que conviene mejor a los actos de competencia desleal que a los de restricción de la competencia».

Con otra explicación, Waelbroeck/Frignani, 1998, I, p. 224, entienden que el juego de la competencia está falseado cuando como consecuencia del acuerdo o práctica las empresas competidoras se sitúan en condiciones de competencia desiguales.

mente a la prohibición del artículo 81.1 del TCE aquellas restricciones que persigan objetivos de interés general⁽⁶⁹⁾. Únicamente cabría exceptuar de estos planteamientos aquellos casos en que sólo se restrinja la competencia en relación con supuestos que estén prohibidos por los Derechos nacionales implicados⁽⁷⁰⁾, con tal de que se trate de supuestos constatados y serios, y no de un mero pretexto formal para excluir la competencia⁽⁷¹⁾.

3. LA RULE OF REASON

En relación con la cuestión que aquí nos ocupa, procede asimismo plantearse si la prohibición del artículo 81.1 del TCE se aplicaría a toda restricción de la competencia resultante de un acuerdo o entente, con independencia de su posible exoneración *a posteriori* si se reunieran los requisitos del sucesivo artículo 81.3 del TCE; o si, por el contrario, si en la previa aplicación del artículo 81.1 del TCE procedería realizar una valoración de fondo, que determine si se trata de una restricción prohibida por dicho precepto.

En el modelo norteamericano vendría a seguirse este último sistema con algunas peculiaridades. Aunque determinadas restricciones de la competencia se ha venido considerado que *per se* infringen la *section 1* de la *Sherman Act* de 1890 (aquí entrarían, particularmente, ciertos cárteles), en los demás casos, aplicando un mecanismo de análisis característico del *common law* como es la llamada regla de lo razonable o *rule of reason*, la jurisprudencia ha ido estableciendo casuísticamente las restricciones admisibles o no, después de una cuidadosa ponderación de sus efectos sobre la situación económica y de competencia⁽⁷²⁾.

A primera vista parece que en el Derecho comunitario, inserto en la tradición jurídica de raíz romano-germánica del *civil law*, cuando se firmó el Tratado de Roma, la tarea de discriminar entre las restricciones admisibles y no, se habría emprendido directamente por el artículo 81 del TCE, cuyo apartado 3 define las circunstancias en virtud de las cuales la prohibición expresada en su apartado 1, no se aplicaría a determinados acuerdos o categorías de acuerdos. De ahí que la prohibición del artículo 81.1 del TCE debiera entenderse aplicable

(69) WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 214.

(70) Vid. WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 212 y ss.

(71) Hay que tener en cuenta, como enseña la experiencia, que casi siempre que un sector se pone de acuerdo para restringir la competencia, suele ampararse en el argumento de evitar la «competencia desleal».

(72) En relación con esta cuestión, en EE.UU. se distingue entre restricción de la libertad de mercado de las partes (*restraint of trade*) y restricción de la competencia propiamente dicha (*restriction of competition*), considerándose que únicamente una restricción de la libertad de las partes es restricción de la competencia cuando es irrazonable.

La *rule of reason*, en todo caso, se ha venido concibiendo de diversa manera, según las influencias que desde el pensamiento económico han ido llegando a la jurisprudencia norteamericana. Vid. a este respecto la interesante síntesis de FERNÁNDEZ NOVOA, «Un hito en la historia del Derecho de la competencia: centenario de la "Sherman Act"», en *ADI*, núm. 13 (1989-1990), pp. 675 y ss.

inicialmente a cualquier restricción de la competencia, sin perjuicio de una posterior excepción si se dan los requisitos del 81.3 del TCE.

Aunque lo señalado viene a ser también la opinión mayoritaria de la doctrina⁽⁷³⁾ y de la propia Comisión⁽⁷⁴⁾, el casuismo de la praxis comunitaria no se compadece siempre con este criterio.

Por un lado, debe tenerse en cuenta el establecimiento en la doctrina de la Comisión, de las denominadas *restricciones por objeto*, considerándose por tales las que se prohíben en los Reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en directrices y comunicaciones. En el caso de los acuerdos horizontales, entre las restricciones por objeto estarían la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes. En el caso de los acuerdos verticales, la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta⁽⁷⁵⁾. En estos casos se considera que hay una restricción de la competencia prohibida, sin necesidad de mayores justificaciones⁽⁷⁶⁾ (lo que vendría a recordar la prohibición *per se* del Derecho norteamericano)⁽⁷⁷⁾.

Por otro lado, sobre todo en algunos pronunciamientos judiciales y en relación con determinadas conductas, no deja de hacerse una cierta valoración previa para ver si se trata de restricciones sometidas al artículo 81.1 del TCE⁽⁷⁸⁾, que

(73) En este sentido, entre otros, vid. BELLAMY/CHILD, 1991, p. 97; WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 230; EHLMANN, «La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle», en *RDUE*, núm. 1/2000, p. 28; CALVO/CARRASCOSA, 2003, pp. 903 y ss. y WHISH, 2003, pp. 112 y 124 y ss.

(74) Refiriéndose claramente a esta cuestión la Comisión, en el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, DOCE C 132 (de 12 de mayo de 1999), núm. 57, señala que «el análisis de los aspectos pro y anticompetitivos de un acuerdo restrictivo, conduciría a vaciar de su sustancia el artículo 85.3 (actual artículo 81.3), modificación que sólo una revisión del Tratado podría realizar».

(75) *Comunicación sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado DOUE C 101/97*, de 27 de abril de 2004, núm. 24 (de ahora en adelante *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*). Vid., asimismo, KORAH, 1988, p. 97 y WAELEBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 230 y 231.

(76) En la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 21, se señala que en estos casos «se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción —continúa diciéndose— se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de la competencia».

(77) Aunque aquí, al menos en teoría, cabría apreciar *a posteriori* la concurrencia de requisitos para su excepción por la vía del artículo 81.3 del TCE.

(78) Un ejercicio de este tipo se aprecia muy claramente, por citar un caso reciente, en la ya mencionada sentencia de 19 de febrero de 2002 del TJCE, en el asunto *Wouters*, donde se ha considerado que las normas de un Colegio de Abogados impidiendo la asociación entre auditores y abogados «no infringe el artículo 85, apartado 1, del Tratado, dado que dicho organismo pudo

no deja de evocar, aunque no se diga así, el sistema de la *rule of reason*⁽⁷⁹⁾. Quizás una explicación de esta tendencia más abierta del Tribunal, sea la imposibilidad que tenía hasta ahora de reconocer por sí mismo una excepción sobre la base del artículo 81.3 del TCE —dada la centralización en la Comisión de esta cuestión que hacía el Reglamento 17/62—, con lo que el único juego que podía hacer era la interpretación del alcance del artículo 81.1 del TCE⁽⁸⁰⁾.

4. LAS LLAMADAS RESTRICCIONES ACCESORIAS

Uno de estos casos en los que se aprecia una cierta transición hacia el sistema norteamericano, lo constituye a mi juicio la aceptación, en la interpretación y aplicación del artículo 81 del TCE, de algunos aspectos de la llamada *doctrina de las restricciones accesorias* precisamente de este origen (*ancillary restraints doctrine*). Conforme a esta doctrina, en el marco de un contrato lícito, deberían considerarse autorizadas aquellas restricciones que sean necesarias para su correcta ejecución y cumplimiento, pues sino desaparecería la posibilidad de celebrar determinados contratos, cuya utilidad y amparabilidad por el Derecho es evidente. Esta doctrina se ha aplicado, particularmente, a las *ventas de empresas o de fondos de comercio*, que exigen obligar al transmitente mediante pactos de no competencia, para no frustrar su finalidad económica de cara a la efectiva transferencia de la clientela; o los *contratos de licencia sobre derechos de propiedad intelectual o industrial o derechos afines*, en relación con determinadas restricciones adecuadas a este especial objeto (obligación de seguir las instrucciones del licenciante en la fabricación del producto, de no transmitir la tecnología a terceros, etcétera)⁽⁸¹⁾.

En el fondo, también podemos ver un reflejo de esta doctrina en los Reglamentos de exenciones por categorías, particularmente en los referidos a acuerdos verticales, donde no dejan de contemplarse restricciones accesorias, por más

considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata». Sobre este fallo, con gran detalle, vid. WHISH, 2003, pp. 120 y ss.

(79) La doctrina especializada se queja de la falta de seguridad jurídica que presenta la praxis comunitaria en estos aspectos, tanto desde el punto de vista conceptual como de adopción de resoluciones. Por ejemplo, vid. KORAH, 1988, p. 100; BELLAMY/CHILD, 1991, pp. 98 y ss. y WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 225 y ss.

En cualquier caso, la jurisprudencia se ha mostrado contraria a admitir expresamente la procedencia de la *rule of reason*. En este sentido ha insistido recientemente la sentencia del TPI de 18 de octubre de 2001, asunto *Métropole télévision y otros* (cuyas conclusiones sistematizan CALVO/CARRASCOSA, 2003, pp. 904-905 y WHISH, 2003, pp. 125 y ss.).

(80) Esta situación cambia radicalmente con el nuevo Reglamento 1/2003 y el paso del sistema de *reserva de excepciones* —previsto en el anterior Reglamento 17/62— al de *excepción legal*, por lo que alguien ya ha dicho, y no sin cierta razón, que en el nuevo sistema «la aplicación del artículo 81 en su conjunto lo convierte, en la práctica, en una *rule of reason* en que se contienen todos los elementos para que las propias empresas evalúen los aspectos contrarios o beneficiosos para la competencia de un determinado acuerdo por sí mismas» (CALVO/CARRASCOSA, 2003, p. 854).

(81) Vid. WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 236 y ss.; CALVO/CARRASCOSA, 2003, pp. 889 y ss. y WHISH, 2003, p. 119, así como la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 29 y 30.

que la técnica utilizada para su admisión —el artículo 81.3 en lugar del 81.1— sea evidentemente distinta⁽⁸²⁾.

En cualquier caso, las condiciones para la aplicación de esta doctrina de las restricciones accesorias, como se infiere de la praxis comunitaria, son: por un lado, que la restricción sea realmente accesorio, y no el objeto principal del contrato⁽⁸³⁾, y, por otro, objetivamente necesaria y proporcionada respecto al contrato principal⁽⁸⁴⁾.

5. EL MERCADO RELEVANTE

Para valorar si se produce o no una restricción de la competencia, hay que partir del llamado *mercado relevante*. Como ha señalado FONT GALÁN⁽⁸⁵⁾, el Tratado «no reprime limitaciones abstractas (*in vacuo*) de la competencia, sino sólo aquellas cuyo impacto económico puede ser constatado efectivamente en una situación económica determinada».

Como la finalidad del artículo 81 del TCE, según apuntábamos al comienzo de este capítulo, es evitar que las empresas se concierten para cesar o limitar su disputa por una clientela común, o impedir que otros se la disputen a ellas, la concreción del mercado relevante, no es en el fondo otra cosa que la determinación, por así decirlo, del *ámbito* de esa clientela común que debería ser el objeto de su lucha competitiva.

La concreción del mercado relevante es una tarea compleja en la que han de tenerse en cuenta básicamente dos factores: los bienes o servicios y el espacio geográfico. Respecto al primer factor, la cuestión a dilucidar es si los bienes o servicios ofrecidos respectivamente por los participantes en el acuerdo o entente, quedan sustraídos al juego de la competencia por formar parte de un mismo mercado⁽⁸⁶⁾. El criterio fundamental que ha de seguirse en este punto, como pone de relieve la doctrina del asunto *Continental Can*⁽⁸⁷⁾ que, aun refiriéndose al supuesto de abuso de posición dominante, sería también de aplicación a estos efectos, es el de la *intercambiabilidad* o *sustituibilidad* de los bienes (o servicios). Esta intercambiabilidad o sustituibilidad, se ha analizado, además, adoptando

(82) En relación con este tema, debe tenerse en cuenta que los *contratos de distribución* son uno de los grupos de casos en los que resulta aplicable esta doctrina (vid. la bibliografía citada en la nota anterior), y que además, como señala KORAH, 1988, pp. 98 y ss., que la distinción entre restricciones accesorias y verticales, dista de ser clara en la praxis comunitaria.

(83) Decisión de 30 de junio de 1969, asunto *SEIFA*.

(84) Vid. la decisión de 12 de diciembre de 1983, asunto *Nutricia*, y la sentencia del TJCE de 11 de julio de 1986, asunto *Remia*.

(85) FONT GALÁN, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Barcelona 1986, p. 162.

(86) En línea con lo que acaba de indicarse, se trata fundamentalmente de dilucidar si hay una clientela común que demande estos productos o servicios como un todo, considerándolos como sustitutivos razonables.

(87) Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1973.

preferentemente la perspectiva de los consumidores de los bienes (o servicios)⁽⁸⁸⁾. En ciertas ocasiones, por otro lado, se ha considerado como mercado relevante el de una marca renombrada⁽⁸⁹⁾.

En cuanto al factor geográfico, no es necesario que la restricción de la competencia sea apreciable en todo el territorio comunitario. Frecuentemente se ha considerado como mercado relevante el de un Estado miembro e, incluso, una región importante del mismo.

6. ACREDITACIÓN DE LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

El carácter restrictivo de un acuerdo debería en principio ser probado por quien lo alegue, que tendría que aportar todos los elementos de hecho y de valoración económica precisos para ello (entre otros aspectos, consecuencias reales o potenciales sobre la situación de competencia en el mercado relevante). Si se trata de una conducta que quiere sancionarse, esta prueba debería proveerse por la Comisión o la autoridad nacional de competencia que esté actuando. Así resulta de los principios generales sobre prueba generalmente admitidos en los Derechos de los Estados miembros y, por si hubiera alguna duda, de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento 1/2003, que señala que «en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue».

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la Comisión ha venido considerando que, en relación con las denominadas *restricciones por objeto*⁽⁹⁰⁾, hay una presunción de que hay una restricción de la competencia prohibida, sin que sea necesario justificar la aplicación del artículo 81.1 del TCE. «Cuando un acuerdo —señala a este respecto la Comisión— tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia»⁽⁹¹⁾.

Estos planteamientos parecen escasamente compatibles con lo que acaba de señalarse en relación con los principios de prueba de la restricción y, además, ha

(88) Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1975, asunto *Kali*. Lo cual entra en la lógica que señalábamos anteriormente en la antepenúltima nota.

(89) Por ejemplo, sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*. La práctica del TJCE y de la Comisión en este punto —como señalan Waelbroeck/Frignani, 1998, I, p. 215— considera «que la competencia *intra-band* (dentro de la marca) merece protegerse como tal: el hecho de que una restricción de la competencia entre los distribuidores de una misma marca pueda entrañar un reforzamiento de la competencia entre esa marca y otras marcas, no excluye la posibilidad de una infracción del apartado 1 del artículo 85 (actual artículo 81)». Sobre esta cuestión vid. asimismo la Comunicación sobre *Directrices relativas a las restricciones verticales*, especialmente núms. 5 y 184-189.

(90) Vid. el anterior apartado II.C.3.

(91) Comunicación sobre *Directrices artículo 81.3*, núm. 20.

conducido en ciertos casos a resultados poco apropiados dada la finalidad que se atribuye en su conjunto al artículo 81⁽⁹²⁾. Con todo, es seguro que el nuevo sistema de excepción legal que implanta el Reglamento 1/2003, conducirá a una praxis más equilibrada en este punto.

7. LA AFECTACIÓN AL MERCADO COMÚN

Como se ha señalado ya, las restricciones de competencia que se prohíben en el artículo 81 del TCE, lo son por afectar al mercado común, pues de lo que se trata, en el marco de los fines del Tratado, es de asegurar una competencia no falseada en el ámbito del mercado interior. El apartado 1.º de este precepto expresa este requisito, al referir la prohibición de las ententes a las que, primero, «puedan afectar al comercio entre los estados miembros» y, segundo, alteren «el juego de la competencia dentro del mercado común». A continuación se examinan estos aspectos por separado.

a) RESTRICCIÓN DENTRO DEL MERCADO COMÚN

El artículo 81 del TCE prohíbe restricciones de la competencia que alteren o puedan alterar el juego de la competencia dentro del mercado común. La finalidad del precepto, que es, como se ha indicado reiteradamente, el mantenimiento de la competencia en el mercado comunitario, obliga a examinar este aspecto atendiendo al objeto o efecto anticompetitivo del acuerdo o concierto en sí mismo considerados, y no al lugar en donde estén radicadas las empresas implicadas. Siguiendo estos planteamientos, la jurisprudencia del TJCE ha establecido la denominada *doctrina del efecto*, conforme a la cual se ha entendido aplicable el Derecho antitrust comunitario, en particular en lo referente a la imposición de multas, no sólo a las empresas radicadas en el territorio comunitario, sino también a empresas radicadas en estados no comunitarios cuando sus actuaciones hayan incidido sobre el juego de la competencia en el mercado común⁽⁹³⁾.

Dentro de esta misma lógica aplicativa, deben excluirse en principio del ámbito de las normas comunitarias, aquellos acuerdos o conciertos cuyo objeto o efecto anticompetitivo no afecte al mercado comunitario, aunque sean promovidos por empresas radicadas en la UE. No obstante, debe tenerse en cuenta que ciertos acuerdos o conciertos, aunque estén dirigidos inicialmente a producir sus consecuencias en mercados distintos del comunitario, pueden acabar por afectar a la situación de competencia en el mercado común. En este caso, la finalidad de la norma reclamaría de nuevo su aplicación⁽⁹⁴⁾.

(92) Vid. una crítica semejante en Waelbroeck/Frignani, 1998, I, p. 231.

(93) Sentencias del TJCE de 14 de julio de 1972, asunto *materias colorantes*; de 25 de noviembre de 1975, asunto *Beguelin*, y de 27 de septiembre de 1988, asunto *pasta de madera*.

(94) Vid., a este respecto, la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, asunto *Industria europea del azúcar*.

b) AFECTACIÓN AL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

El artículo 81 no se ocupa de todas las restricciones de la competencia que incidan sobre el mercado común, sino sólo de aquellas «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros». Mediante este nuevo aspecto de la prohibición, la norma trata claramente de establecer un criterio de aplicabilidad del Derecho antitrust comunitario en relación con los eventuales Derechos antitrust de sus Estados miembros. La norma comunitaria, en este sentido, no se aplica a todas las restricciones de la competencia surgidas de un acuerdo o concierto, sino únicamente a aquellas que pueden afectar, como queda dicho, al comercio entre los Estados comunitarios (las que no afecten a este comercio, caerían en su caso dentro de las reglas antitrust nacionales).

Para clarificar el alcance de este aspecto, también presente en el sucesivo artículo 82, recientemente se ha dictado por la Comisión una Comunicación sobre *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, donde «se establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios (...) (así como) una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros (la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC)»⁽⁹⁵⁾.

Como se señala en estas Directrices, siguiendo a la jurisprudencia comunitaria, para aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse en cuenta tres elementos: 1.º) El concepto de «comercio entre los Estados miembros», 2.º) la noción de «pueda afectar» y, 3.º) el concepto de «apreciabilidad»⁽⁹⁶⁾.

En cuanto al primer aspecto, se ha venido manejando por la jurisprudencia un concepto de «comercio» que no se limita a los intercambios *transfronterizos* de bienes y servicios, al incluir también aquellos supuestos que afectan a la estructura de la competencia en la Comunidad eliminando o amenazando con eliminar a un competidor⁽⁹⁷⁾, tal como sería el caso particularmente de las restricciones que tengan el objetivo de *compartimentar* o *aislar* un *mercado nacional*⁽⁹⁸⁾.

Respecto al segundo aspecto, el TJCE ha señalado que lo relevante es examinar «si el acuerdo es susceptible de poner en tela de juicio, bien de manera directa o indirecta, actual o potencialmente, la libertad de comercio entre los Estados miembros»⁽⁹⁹⁾. En relación con este tema, y enlazando con lo que se acaba de señalar, el TJCE ha desarrollado un modelo de análisis que conduce a aplicar el Derecho comunitario cuando se afecta a la estructura de competencia

(95) DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, de ahora en adelante *Directrices efecto sobre el comercio*. El entrecorillado se toma del núm. 3.

(96) Núm. 18.

(97) Vid. *Directrices efecto sobre el comercio*, núms. 19 y ss.

(98) Vid. sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1972, asunto *cemento holandés*, y de 26 de noviembre de 1975, asunto *papeles pintados de Bélgica*.

(99) Sentencia de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*.

en la Comunidad⁽¹⁰⁰⁾. En este análisis deben tenerse en cuenta también los *efectos potenciales* del acuerdo —contemplados en la misma expresión literal de la norma que se refiere a los acuerdos «que *puedan* afectar al comercio»—, bastando para entrar en el ámbito de aplicación de la norma según ha señalado el TJCE, con que haya una *probabilidad razonable* de afectación a dicha libertad de comercio⁽¹⁰¹⁾.

En cuanto al concepto de *apreciabilidad*, supone que los acuerdos y prácticas no entrarían en la prohibición cuando sólo afecten al mercado de una manera insignificante habida cuenta de la débil posición de las empresas concernidas. En este sentido, se puede señalar que cuanto mayor sea la posición de mercado de las empresas interesadas, tanto desde el punto de vista de su cuota como de su cifra de negocios, más probable es que la práctica que pueda afectar al comercio de los Estados miembros, lo haga de forma apreciable⁽¹⁰²⁾. En todo caso, en este punto la cuestión conecta con el llamado efecto *sensible*, que se examina en un apartado sucesivo.

Como tipos de acuerdos que normalmente afectarán al comercio entre los Estados miembros, y siguiendo las ya citadas Directrices de la Comisión, deben señalarse los siguientes: acuerdos referentes a importaciones y exportaciones; cárteles y acuerdos de cooperación horizontal que abarcan varios Estados miembros, y acuerdos verticales implementados en varios Estados miembros⁽¹⁰³⁾. Entre los que se refieren a un único Estado miembro, estarían en la misma situación los cárteles que abarcan todo un Estado miembro, por sus virtualidades de compartimentación de mercados⁽¹⁰⁴⁾. Otros tipos de acuerdos en un solo Estado miembro, como los de cooperación horizontal o los verticales, requerirán de un análisis cuidadoso caso a caso, que deberá conducir a la aplicación del artículo 81 cuando dificulten la penetración de empresas de otros Estados miembros en el mercado nacional en cuestión⁽¹⁰⁵⁾.

8. EL LLAMADO EFECTO SENSIBLE. LOS ACUERDOS MENORES

El artículo 81 del TCE, a la hora de prohibir los acuerdos o ententes anticompetitivos, no diferencia entre los que impliquen un efecto significativo sobre la situación de competencia y los que no. La lógica económica del Derecho antitrust obliga, sin embargo, a excluir razonablemente de su aplicación a aquellas restricciones de la competencia que no tengan efectos significativos sobre el juego de la competencia en el mercado común; esto es, a los acuerdos o ententes

(100) *Directrices efecto sobre el comercio*, núm. 23.

(101) Sentencia de 30 de junio de 1966, asunto *Société Technique Minière*.

(102) *Directrices efecto sobre el comercio*, núms. 44 y ss.

(103) Vid. *Directrices efecto sobre el comercio*, núms. 61 y ss.

(104) Vid. *Directrices efecto sobre el comercio*, núms. 78 y ss.

(105) Vid. *Directrices efecto sobre el comercio*, núms. 83 y ss.

de menor entidad. La Comisión mantuvo desde el primer momento criterios semejantes, al igual que el TJCE⁽¹⁰⁶⁾.

En cualquier caso, esta doctrina se enfrenta con el problema de precisar a partir de qué umbrales se considera que un acuerdo o entente tiene un efecto sensible o significativo sobre la competencia. Para resolver esta cuestión, la Comisión ha venido elaborando periódicamente una *Comunicación sobre acuerdos menores*, cuya última versión es la publicada el 22 de diciembre de 2001 (la primera fue la de 27 de mayo de 1970).

Esta comunicación, aunque no es en sentido estricto una norma jurídica, manifiesta el criterio de la Comisión de no actuar contra acuerdos restrictivos de la competencia de escasa entidad, por considerar que no restringen significativamente la competencia (son los llamados *acuerdos menores*). A este fin se fijan unos umbrales de cuotas de mercado por debajo de los cuales se estima que el acuerdo no restringiría la competencia de forma sensible. Estos umbrales son del 10 por 100 para los *acuerdos entre competidores*, y del 15 por 100 para los *acuerdos entre no competidores*⁽¹⁰⁷⁾; rebajándose en ambos casos al 5 por 100 cuando en el mercado de referencia la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos de venta de bienes o servicios concluidos con proveedores o distribuidores diferentes. En ningún caso se aplicarán estas consideraciones a acuerdos que contemplen restricciones que se consideren especialmente graves, como, en los *acuerdos entre competidores*, las de precios, limitación de la producción o reparto de mercados, y en los *acuerdos entre no competidores*, la imposición de precios de (re)venta y ciertas restricciones territoriales y en las condiciones de transacción previstas en la comunicación. Igualmente se consideran que en general no tendrán este efecto sensible los acuerdos entre PYMES (considerándose como tales las que empleen a menos de 250 personas, y que tengan o bien unos ingresos anuales no superiores a los 40 millones de euros o una cifra de balance total que no supere los 27 millones de euros). La comunicación establece, asimismo, reglas para determinar el volumen de negocios (a estos efectos se tiene en cuenta el volumen del grupo de empresas del que formen parte las empresas directamente implicadas en el acuerdo).

III. LA LISTA EJEMPLIFICATIVA DEL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

La cláusula general prohibitiva del artículo 81 del TCE, se acompaña de una lista de acuerdos o concertos anticompetitivos sometidos a dicha prohibición. Como ya se adelantó, este catálogo de conductas prohibidas no es exhaustivo. Se trata de una lista meramente ejemplificativa, que trata de facilitar, con la llama-

(106) Vic. Decisiones de 17 de julio de 1968, asuntos SOCEMAS y Alianza de constructores franceses de máquinas herramientas, y 5 de marzo de 1969, asunto *Chaufournies*, y sentencias del TJCE de 9 de julio de 1969, asunto *Völk/Vernecke*, y 25 de noviembre de 1971, asunto *Beguelin*.

(107) En los casos en que resulte difícil determinar el carácter del acuerdo, se aplicará el umbral del 10 por 100.

da a casos concretos, la comprensión y consecuente aplicación de la referida cláusula general. Se podría decir, utilizando una expresión usual, que *son todos los que están, pero no están todos los que son*, y de hecho no son pocas las conductas que se han considerado prohibidas, por responder a la definición general del artículo 81.1 del TCE, que no encajan exactamente en ninguno de los casos mencionados. Pero aún encajando en alguno de estos casos, debe tenerse en cuenta que para que se aplique la prohibición, la conducta de la cual se trate debe responder además a los parámetros establecidos en la previa cláusula general, y que se acaban de exponer.

Son cinco los supuestos contemplados en la norma, que se comentan brevemente a continuación.

A) FIJACIÓN DE PRECIOS O CONDICIONES DE TRANSACCIÓN

Como primer tipo de acuerdos o ententes prohibidos, el artículo 81.1.a) del TCE se refiere a los que consistan en «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción».

Se contemplan en la norma acuerdos sobre precios u otras condiciones contractuales. Estos acuerdos pueden ser tanto de carácter horizontal como vertical.

En el caso de los *acuerdos sobre precios*, es evidente la mucha mayor gravedad de los acuerdos horizontales o cárteles, que son sin duda una de las restricciones más peligrosas para la competencia, sobre los que la Comisión tradicionalmente ha extremado la vigilancia, y ha impuesto las multas más cuantiosas cuando han sido descubiertos (para lo que no pocas veces ha habido que recurrir al concepto técnico de las *prácticas concertadas*, dado el secreto en que estos cárteles suelen adoptarse). Pero no por ello han dejado de preocupar las restricciones verticales sobre precios, particularmente la imposición por el fabricante o concedente de precios de reventa en los acuerdos de distribución, cuyos efectos de compartimentación de mercados son indeseables desde el punto de vista del objetivo de la construcción del mercado común, razón por la cual la Comisión tradicionalmente no las ha venido permitiendo cuando ha dictado disposiciones de carácter general sobre este tipo de restricciones, como en la comunicación sobre acuerdos menores⁽¹⁰⁸⁾, o en los Reglamentos de exención por categorías referidos a acuerdos verticales⁽¹⁰⁹⁾.

La Comisión y el TJCE han precisado algunos supuestos concretos que caerían dentro de estas conductas y que, por consiguiente, estarían sometidos a la prohibición. En este sentido, se ha considerado que estarían las recomendacio-

(108) Apartado II.11.1.a) de la Comunicación sobre acuerdos menores de 22 de diciembre de 2001.

(109) Artículos 4.a) del Reglamento 2790/1999 sobre acuerdos verticales y 4.1.a) del Reglamento 1400/2002 sobre determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

nes indicativas sobre precios⁽¹¹⁰⁾. También los acuerdos sobre *precios mínimos*, aunque se funden en el argumento de evitar actos de competencia desleal, como las ventas destructivas por debajo de los costes⁽¹¹¹⁾. Asimismo, se ha estimado que la fijación de precios permitida administrativamente, no impide la aplicación del artículo 81 del TCE⁽¹¹²⁾.

Finalmente, en determinadas circunstancias, se ha considerado como indicio de una práctica concertada en materia de precios, el suministro de información sobre los propios precios a los competidores⁽¹¹³⁾.

B) LIMITACIÓN DE LA PRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN, DESARROLLO TÉCNICO O INVERSIONES

El artículo 81.1.b) del TCE se refiere, en segundo lugar, a las ententes que consistan en «limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones».

En los términos de este precepto, son contrarios a la prohibición los acuerdos o ententes que limitan la producción o distribución de bienes, como los *cárteles de cuota*, en virtud de los cuales las partes se comprometen a mantener sus respectivas producciones o ventas dentro de determinados niveles⁽¹¹⁴⁾. Asimismo los acuerdos en que las partes convienen en cesar en la producción propia de ciertos bienes para satisfacer sus necesidades de ellos con la otra parte⁽¹¹⁵⁾.

También están afectados por la prohibición, en principio, los *acuerdos de especialización*, en los que las empresas participantes se reparten la producción de un bien o bienes, o renuncian a producir determinados bienes. No obstante, estos acuerdos de especialización pueden resultar en ciertos casos beneficiosos, de ahí que se contemple su posible exención en el Reglamento de la Comisión 2658/2000, sobre acuerdos de especialización y el Reglamento 2659/2000, sobre acuerdos de investigación y desarrollo⁽¹¹⁶⁾.

Los acuerdos sobre *estándares técnicos*, también deben considerarse en principio sometidos a la prohibición, en cuanto acuerdos limitadores de la producción, que evitan a las partes competir en los elementos diferenciadores estandarizados. Pero no cabe duda que buena parte de estos acuerdos comprendan los

(110) Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1972, asunto *cemento holandés*.

(111) Decisión de 15 de julio de 1975, asunto *Iffra*.

(112) Sentencia del TJCE de 17 de enero de 1984, asunto *VBVB/VBBB*.

(113) Vid. BELLAMY/CHILD, 1991, pp. 216-217.

(114) Por ejemplo, Decisión de 16 de julio de 1969, asunto *Entente internacional de la quinina*.

(115) Vid. BELLAMY/CHILD, 1991, p. 221.

(116) También han merecido exenciones individuales determinados acuerdos de reestructuración de sectores en crisis económica (son los llamados *cárteles de crisis*: Vid. COSTAS, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, 1997).

requisitos exigidos por el artículo 81.3 del TCE para su exceptuación de la prohibición.

Asimismo se refiere la prohibición a las restricciones introducidas en los *acuerdos de distribución o compra en exclusiva*, en cuanto suponen límites a la comercialización de bienes en el mercado. También en principio entrarían en el ámbito de la prohibición los *acuerdos de franquicia*. La sentencia del TJCE de 28 de enero de 1986, en el asunto *Pronuptia*, consideró que estos acuerdos estaban prohibidos cuando incluyen cláusulas de reparto del mercado entre franquiciado y franquiciador. En cualquier caso, todos estos supuestos de acuerdos verticales, que ofrecen otros aspectos beneficiosos, pueden resultar excluidos de la prohibición en los términos establecidos en el Reglamento 2790/1999, sobre acuerdos verticales y en el Reglamento 1400/2002 sobre determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

C) REPARTO DE MERCADOS O FUENTES DE APROVISIONAMIENTO

Asimismo se incluyen en el elenco de acuerdos prohibidos, en el artículo 81.1.c) del TCE, los que consistan en «repartirse mercados o las fuentes de abastecimiento».

De nuevo nos encontramos ante un tipo de acuerdos o ententes, que pueden producirse tanto a nivel vertical como horizontal. Dentro de los acuerdos horizontales, aparecen los *cárteles de reparto de mercado*, que junto con los de fijación de precios, son seguramente de los más peligrosos para la competencia.

Dentro de los acuerdos verticales cabe referirse, una vez más, a los acuerdos de distribución exclusiva, así como a los acuerdos de licencia de patentes y marcas. No obstante, igual que en otros supuestos examinados, existen Reglamentos de exenciones por categorías, como el Reglamento 2790/1999, sobre acuerdos verticales, el Reglamento 1400/2002 sobre determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor y el Reglamento 722/2004, sobre acuerdos de transferencia de tecnología.

D) TRATO DISCRIMINATORIO

El artículo 81.1.d) del TCE contempla un comportamiento que en términos generales cabe denominar como trato discriminatorio, al referir la prohibición a aquellos acuerdos que consistan en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva».

Conviene precisar, en relación con estas conductas, que el artículo 81.1.d) requiere para su aplicación que el trato discriminatorio proceda de un acuerdo o entente entre dos o más empresas. El trato discriminatorio aplicado por una única empresa a clientes o proveedores, no entra dentro de la prohibición del

artículo 81 del TCE, sin perjuicio de su posible consideración como abuso de posición de dominio, si se reúnen los presupuestos establecidos para tal conducta en el sucesivo artículo 82.

Un ejemplo característico de estas conductas, es el *boicoteo colectivo*, en el que varias empresas acuerdan el boicot de los productos o servicios de otra u otras, con objeto de cerrar su acceso al mercado. También cabe referirse aquí a los llamados acuerdos de *distribución exclusiva recíproca*, que se instrumentan a través de asociaciones profesionales en los que se agrupan fabricantes, mayoristas y minoristas, que fijan condiciones de transacción para sus miembros, a las que no pueden acceder los que no formen parte de la asociación⁽¹¹⁷⁾.

E) CONTRATOS LIGADOS

Por último, el artículo 81.1.e) del TCE alude a los acuerdos que consistan en «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». La norma se está refiriendo básicamente a lo que se conoce con el nombre de contratos ligados, vinculados o acoplados. En esta modalidad de acuerdo, se subordina la conclusión de un contrato, a la aceptación de otro (el ligado o vinculado), cuyo objeto, en los términos que acaban de verse, no guarda relación con el primero. Igual que sucedía con el supuesto anterior, la aplicación de este precepto requiere que la vinculación de los contratos se funde en un acuerdo entre empresas, y no en la conducta unilateral de una sola empresa⁽¹¹⁸⁾.

IV. LAS EXENCIONES A LA PROHIBICIÓN

A) LA CONCEPCIÓN DEL TRATADO Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

La prohibición establecida en el apartado 1.º del artículo 81.1 del TCE, como ya se indicó, no es absoluta, ya que su apartado 3.º establece la posibilidad de que determinados acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o determinadas categorías de las mismas queden exceptuadas de tal prohibición, en atención a sus efectos beneficiosos.

Como ya se ha señalado anteriormente, en el Derecho norteamericano, la aplicación de la *rule of reason*, ha permitido flexibilizar las rígidas prohibiciones

(117) Vid. la Decisión de 1978, asunto FEDETAB.

(118) Vid., por ejemplo, la decisión de 10 de enero de 1969, asunto *Vaessen/Morris*, que consideró prohibida una cláusula de un contrato de licencia de patente que obligaba al licenciataria a adquirir productos al licenciante, que podría haber adquirido de otros suministradores en condiciones más ventajosas.

contenidas en la todavía vigente *Sherman Act* de 1890, al introducir un juicio de valor sobre la posible bondad de las restricciones, en atención a sus efectos sobre la competencia y la situación de la economía. Este papel, en el ámbito de la Europa comunitaria, se emprendió directamente por el artículo 81 del TCE, cuyo apartado 3 define las circunstancias en virtud de las cuales la prohibición expresada en su apartado 1, no se aplicaría a determinados acuerdos o categorías de acuerdos.

Lo que no hacía ni hace el TCE es precisar, sin embargo, a quién corresponde apreciar la concurrencia de esos requisitos, sin que ni siquiera quedase claro si estábamos ante un sistema de *excepción legal*, en el sentido de que sería suficiente con que un acuerdo reuniera en abstracto los requisitos indicados, para que se considerase automáticamente exento y por tanto lícito, o, por el contrario, ante un sistema de *reserva de excepciones*, de manera que sería precisa una previa declaración de conformidad o autorización del acuerdo por el órgano competente, para que el mismo fuera lícito, aunque su dicción apuntase en este segundo sentido⁽¹¹⁹⁾. Ambas cuestiones, por tanto, quedaban abiertas y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83.1 del TCE, sometidas a lo que se dispusiera en los necesarios reglamentos y directivas que deberían desarrollar la aplicación de los principios enunciados en los precedentes artículos 81 y 82.

Este desarrollo se realizará fundamentalmente en el Reglamento 17/62, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del TCE (actuales artículos 81 y 82), que ante las anteriores cuestiones optará, primero, por atribuir la competencia exclusiva para apreciar la concurrencia de los expresados requisitos de autorización a la Comisión, aunque su actuación lógicamente quedase sometida a la supervisión judicial del TJCE, precedido desde el Acta Única Europea por el TPI (artículo 9 del Reglamento), y, segundo, por el sistema de reserva de autorizaciones, de manera que se requería la previa notificación de los acuerdos a la Comisión, y la adopción por ésta de una decisión (artículos 4 y 6 del Reglamento). Dicha notificación quedaba estimulada, no sólo por su absoluta necesidad como paso previo a la obtención de una exención, sino por las inmunidades que concedía el Reglamento a los acuerdos notificados, en relación con la imposición de multas (artículo 15.5).

El grado de estímulo a la notificación de acuerdos que introducía el Reglamento 17/62, quedó pronto comprobado, al encontrarse la Comisión con una enorme avalancha de notificaciones⁽¹²⁰⁾. Para salir de esta situación, se adoptaron en aquellos momentos diversos mecanismos, cuya vigencia se ha mantenido hasta fechas recientes. En primer término, se procedió a elaborar distintas comunicaciones, en las que de hecho se permitían diversos acuerdos, como ha sucedido, por poner dos ejemplos significativos, con las relativas a los *agentes*

(119) El tenor literal del artículo 81.3 apuntaba a la necesidad de una declaración explícita al señalar lo siguiente: «no obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables...».

(120) EHLERMANN, ob. cit., p. 20, da la cifra de 34.500 notificaciones.

comerciales⁽¹²¹⁾ y los acuerdos de menor importancia⁽¹²²⁾. En segundo lugar, tras la oportuna habilitación por reglamentos base del Consejo, se procedió a promulgar por la Comisión diversos reglamentos de exenciones en bloque por categorías, fundamentalmente en relación con acuerdos verticales, que quedaban exceptuados automáticamente en cuanto reuniesen los requisitos establecidos en dichos reglamentos. En tercer lugar, mediante la progresiva utilización de métodos informales, entre los que destacaba la práctica de las cartas administrativas, que aun careciendo de vinculación jurídica⁽¹²³⁾, tenían una evidente fuerza de hecho, al expresar la opinión del funcionario competente de que la conducta notificada no presentaba aparentemente objeciones desde el punto de vista de la aplicación del artículo 81 del TCE⁽¹²⁴⁾.

Estos mecanismos funcionaron razonablemente durante bastante tiempo, y permitieron una aplicación bastante efectiva de las normas contenidas en el artículo 81 del TCE, incrementando muy significativamente los niveles de competencia en el mercado europeo. En particular, el sistema centralizado de autorizaciones en la Comisión, como se afirmaba en el *Libro Blanco de la Comisión sobre la actualización del Derecho de la competencia*, permitió establecer en Europa una «cultura de la competencia», y dar una interpretación uniforme al artículo 85.3 del TCE (actual artículo 81.3), fomentando «la integración de los mercados impidiendo a las empresas reconstruir las barreras que los propios Estados habían ido eliminando progresivamente». Además permitió a la Comisión crear «un cuerpo legislativo que hoy es aceptado por todos los Estados miembros y por los agentes económicos como un elemento fundamental para el correcto funcionamiento del mercado interior»⁽¹²⁵⁾.

Sin embargo, el sistema comenzó a dar síntomas de agotamiento en los años 90, por lo que se comenzó a trabajar en la modernización del sistema mediante la elaboración del ya citado *Libro Blanco*. En este documento se señalaba cómo un sistema que se creó para una Comunidad reducida de sólo seis miembros, tenía

(121) De 24 de diciembre de 1962, en la actualidad sustituida, en este punto, por la ya señalada *Comunicación sobre Directivas relativas a las restricciones verticales*, de 13 de octubre de 2000, núms. 12 a 20.

(122) La Comunicación vigente en estos momentos, como ya se indicó, es la publicada el 22 de diciembre de 2001.

(123) Así se señaló en la sentencia del TJCE de 10 de julio de 1980, asunto *Lancôme*.

(124) Según señala el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, cit., núm. 34, el uso de estas cartas proliferó mucho, siendo en el momento de la publicación del libro entre 150 y 200 al año, cerrándose de manera informal el 90 por 100 de los asuntos, sea por carta administrativa o simple archivo.

Por otro lado estos métodos informales se han venido aplicando también a procedimientos sancionadores iniciados por denuncia o de oficio, sobre todo cuando se trataba de asuntos complejos. En estos casos la Comisión se ha mostrado tradicionalmente bien dispuesta a concluir acuerdos negociados, en los que a cambio de cambiar sus prácticas en la línea marcada por la Comisión, las empresas han encontrado exenciones o rebajas en las sanciones que pudieran corresponderles. Sobre este tema, vid. KORAH, 1988, pp. 76 y ss., nota 20.

(125) *Libro Blanco...*, cit., núm. 4.

serías dificultades de funcionamiento en una Comunidad de quince Estados, con once lenguas distintas y más de 350 millones de habitantes⁽¹²⁶⁾. Las ampliaciones en marcha —en gran parte ya consumadas cuando se escriben estas líneas—, no habrían hecho sino amplificar estos problemas.

En particular la Comisión, ante la intensa actividad notificadora desarrollada por las empresas⁽¹²⁷⁾, vio incrementado notablemente su trabajo, y tuvo que destinar buena parte de sus recursos humanos y materiales al trabajo de examen de las notificaciones, descuidando acaso otros sectores, como la investigación de cárteles, donde las infracciones a la competencia, como ya se ha indicado, son bastante más graves.

Los mecanismos utilizados hasta aquellos momentos para descargar de trabajo a la Comisión, y que antes se han reseñado, se vieron asimismo impotentes para resolver el problema. Algunos de ellos, además, como el medio informal de las cartas administrativas, planteaba serios inconvenientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica, al no responder a las exigencias de publicidad y transparencia, ya que por lo general no iban precedidas de una publicación en el Diario Oficial, y carecer, como ya se ha dicho, de vinculación jurídica⁽¹²⁸⁾.

Para acometer la tarea de revisar el régimen de los acuerdos y conciertos, la Comisión procedió a elaborar el ya mencionado *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE* en 1999⁽¹²⁹⁾. Este documento valoraba los problemas que estaba suscitando el sistema de reserva de excepciones y la competencia exclusiva de la Comisión en la materia, en los términos que se han indicado. Además consideraba que este sistema, que tan buenos servicios había rendido en el pasado, ya no tenía mucho sentido con un Derecho de la competencia plenamente consolidado y con sus aspectos fundamentales de aplicación clarificados por muchos años de práctica de la Comisión y de jurisprudencia del TPI-TJCE, máxime si se tienen en cuenta los costes que estaba ocasionando a la Comisión y a las propias empresas obligadas a realizar la notificación, por la carga de trabajo que suponía⁽¹³⁰⁾. Como solución a estos problemas la Comisión proponía en el *Libro Blanco* una reforma del sistema

(126) *Libro Blanco...*, cit., núm. 5.

(127) El *Libro Blanco...*, cit., núm. 6, apunta que estas notificaciones han sido utilizadas de manera alternativa por las empresas «no sólo para obtener seguridad jurídica sino también para bloquear los recursos ante los tribunales nacionales y las autoridades nacionales de competencia».

(128) Insiste en estos aspectos el *Libro Blanco...*, cit., núm. 35.

(129) Sobre este documento, vid. JALABERT-DOUROY, «Livre blanc sur la modernisation de l'application des articles 81 et 82: Quel avenir pour le droit de la concurrence communautaire?», en *RDAL*, 1999, núm. 5, pp. 497 y ss.; ROCCA/GAUBER, «Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité», en *CPN*, 1999, núm. 3, pp. 1 y ss. y BHLERMANN, ob. cit., pp. 13 y ss.

(130) Como bien saben los expertos en Derecho de la competencia comunitario europeo, ante acuerdos que pueden incidir sobre la competencia, las empresas se enfrentaban al difícil dilema de decidir si los notificaban o no, ya que cada una de estas decisiones implicaba ventajas e inconvenientes. Sobre esta cuestión, vid. las interesantes consideraciones prácticas de KORAH, 1988, ob. cit., pp. 92 y ss.

basada en tres pilares. En primer lugar, la sustitución del anterior sistema de reserva de excepciones, por el de excepción legal, para permitir que, tanto la Comisión, como las autoridades y jurisdicciones de los Estados miembros, pudieran constatar si se cumplían las condiciones de autorización del artículo 81.3 del TCE, y no era de aplicación la prohibición del artículo 81.1 del TCE. En segundo término, el desarrollo de una aplicación descentralizada de este sector del Derecho comunitario por las autoridades y las jurisdicciones nacionales, reservándose la Comisión la persecución de las infracciones más graves y el control de la uniformidad de la política de la competencia, especialmente a través de reglamentos de exención por categorías y comunicaciones. Finalmente, el refuerzo de los mecanismos de control *a posteriori*, fundamentalmente mediante un incremento de los poderes de investigación de la Comisión, la facilitación de la presentación de denuncias y una adaptación del régimen de sanciones ⁽¹³¹⁾.

El *Libro Blanco* suscitó un amplio debate. Aunque en general sus recomendaciones parece que recibieron una buena acogida, no faltaron partidarios de mantener el primitivo sistema, corregido en su caso con algunos retoques, como la disminución de los supuestos de notificación obligatoria, y acompañado de un incremento del personal de la Comisión sin perjuicio de una mejor utilización de los recursos disponibles ⁽¹³²⁾. Personalmente ⁽¹³³⁾, pese al papel de control en la uniformidad de la aplicación del Derecho de la competencia que se atribuye a la Comisión, sigo pensando que la descentralización implica fuertes riesgos de asimetrías en la aplicación de las reglas de la competencia ⁽¹³⁴⁾ —máxime si se tienen en cuenta los distintos grados de concienciación que sobre la importancia de la defensa de la competencia, siguen subsistiendo entre los Estados europeos ⁽¹³⁵⁾—, y que acaso pudieran ser superiores a los de los beneficios que pretenden obtenerse. Por otro lado, como solución alternativa a las propuestas del *Libro Blanco* podría haberse considerado de nuevo la conveniencia de establecer una *Oficina Europea de Cárteles*, en algún momento valorada por algunas

(131) *Libro Blanco...*, cit., núm. 138.

(132) EHLERMANN, ob. cit., p. 26 indica que ésta fue la posición mantenida en su momento por los gobiernos alemán y austriaco, aunque en el documento de la Dirección General de la Competencia, *White Paper on Reform of Regulation 17. Summary of the observations*, 29 de febrero de 2000, se indica que ningún Estado miembro se pronunció a favor del mantenimiento del sistema centralizado (p. 3), si bien hubo dos que sí lo hicieron a favor de una descentralización de las autorizaciones en las autoridades nacionales de la competencia (p. 4).

(133) Lo señalado anteriormente y lo que se indica a continuación, fue ya apuntado en mi trabajo VELASCO, «La política europea de la competencia ante el nuevo milenio», en AA. VV., *Cincuenta años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Oviedo 2001, pp. 253 y ss.

(134) Estos riesgos no eran ni siquiera descartados por los autores que se mostraron más favorables al documento, que abogaban por redoblar los esfuerzos de coordinación entre autoridades como medio de paliarlos. Vid. EHLERMANN, ob. cit., pp. 57 y ss.

(135) Este grado de concienciación probablemente será mucho menor en los Estados miembros recientemente incorporados, la mayoría de los cuales tiene detrás una larga historia de economías...

instancias ⁽¹³⁶⁾, con una independencia —en el sentido de independencia frente a la Comisión y los Estados miembros— y poderes reforzados, así como redoblar los esfuerzos por incrementar los reglamentos de exenciones en bloque por categorías.

Pero al margen de estas valoraciones, la opción por el nuevo sistema de aplicación del Derecho de la competencia se tomó con la publicación del nuevo Reglamento 1/2003, que deroga al Reglamento 17/62, y que viene a recoger las recomendaciones fundamentales del *Libro Blanco*, en los términos generales que se acaban de exponer ⁽¹³⁷⁾.

No cabe ninguna duda de que estamos ante un cambio bastante radical, si no en la concepción básica de las conductas prohibidas —el artículo 81 del TCE se sigue manteniendo con su primitivo tenor literal—, sí en su tratamiento jurídico. No obstante, sería exagerado entender que con el nuevo sistema se ha dado un paso en el vacío. Aunque queda por comprobar si las suposiciones del *Libro Blanco* sobre las bondades de la descentralización son exactas, el Reglamento ha tenido la prudencia de introducir algunas cautelas a la descentralización que, según las circunstancias, pueden actuar de salvaguarda y permitir, si no un restablecimiento del sistema anterior, sí un cierto retorno a la centralización de la política de la competencia. En particular me parece que vienen a ejercer ese papel los siguientes tres instrumentos configurados en el nuevo Reglamento.

- 1.º) La preferencia reconocida en el artículo 11.6 a las actuaciones de la Comisión, en relación con las de las autoridades nacionales de competencia, ya que conforme al mismo «la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miem-

(136) Sobre esta cuestión, vid. las referencias críticas de IMMENGA, «Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia», en RDM, núm. 225, 1997, pp. 1116 y ss.

(137) Alguno de los planteamientos del nuevo Reglamento, fue avanzado en la reforma del régimen de los acuerdos verticales, donde el nuevo Reglamento 1216/1999 sobre estos acuerdos, reformó puntualmente el viejo Reglamento 17/62 en materia de procedimiento, de manera que los acuerdos verticales quedaron ya desde aquel momento exceptuados de la obligación de notificación que con carácter general venía estableciendo aquel Reglamento para que se pudiera conceder una exención por la Comisión.

Por otro lado, el cambio del sistema de reserva de excepciones, al de excepción legal, queda patente en el artículo 1 del nuevo Reglamento 1/2003, que textualmente señala lo siguiente: «Aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. (1) Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. (2) Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. (3) La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.»

bro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia» (138).

- 2.ª) Las cautelas sobre *aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia* establecidas en el artículo 16 del Reglamento, conforme al cual las autoridades de competencia de los Estados miembros y los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán adoptar resoluciones incompatibles con una previa decisión de la Comisión en relación con las prácticas consideradas.
- 3.ª) La facultad de acordar exenciones por categorías, que el artículo 29 del Reglamento sigue entendiendo que corresponde a la Comisión, con la previa existencia de un Reglamento (base) del Consejo que le faculte para ello; así como la que contempla el artículo 10 del Reglamento de acordar de oficio por decisión «que el artículo 81 del Tratado no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado» (139).

En cualquier caso, el examen del nuevo procedimiento de aplicación del Derecho comunitario de la competencia que resulta de este Reglamento, queda remitido a la parte específica de esta obra referida a esta cuestión.

B) LAS CONDICIONES DE FONDO EXIGIDAS PARA LA EXENCIÓN DE LA PROHIBICIÓN

1. PLANTEAMIENTO Y CUESTIONES GENERALES

Como acaba de indicarse, el artículo 81.3 del TCE establece cuándo se estiman exentos de la prohibición del artículo 81.1 los acuerdos restrictivos de la competencia (140). Se parte de una cierta consideración de los efectos pro y anticompetitivos de los acuerdos, para autorizar aquéllos en que sus efectos benefi-

(138) La propuesta de Reglamento [en COM (2000), 582 final (27 de septiembre de 2000)] era más radical en este punto, al configurar en su artículo 4 una facultad de *avocación* de la Comisión, sugerida por el propio *Libro Blanco...*, cit., núm. 105, como instrumento para «garantizar la coherencia de la política de la competencia sin necesidad de recurrir a mecanismos autoritarios de resolución de conflictos en la aplicación del Derecho comunitario».

(139) El texto definitivo del Reglamento ha eliminado otra medida centralizadora contemplada en la propuesta, cuyo artículo 4 confería a la Comisión la facultad de que estableciera mediante Reglamento una obligación de registro de los tipos de acuerdos que considerase convenientes, definiendo las sanciones aplicables por su incumplimiento; facultad que recordaba claramente al anterior sistema de notificación, y que probablemente por esta razón fue suprimida.

(140) Sobre esta materia, en la doctrina española, *in extenso*, vid. Tobío, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario*, Barcelona 1993, esp. pp. 91 y ss.

ciosos, superan a los perjudiciales que derivan de su carácter restrictivo. Como señala la *Comunicación sobre las Directrices de aplicación del artículo 81.3*, «cuando los efectos favorables a la competencia de un acuerdo superan a los restrictivos, el acuerdo es en definitiva beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos de la normativa comunitaria en esta materia» (141).

En este contexto, se tratará de someter a los acuerdos a una especie de test de valoración de efectos pro y anticompetitivos. Pero, como ya se ha indicado en otros lugares, en el sistema de *civil law* que sigue el artículo 81 del TCE, este test tiene que partir necesariamente de las condiciones materiales o de fondo que establece el propio artículo en su apartado 3.ª, sin que quepa apoyarlo en otros criterios o argumentos, por muy razonables que parezcan (142). Las condiciones que, concretamente, establece el artículo 81.3 son cuatro, teniendo dos de ellas carácter positivo y los otros dos carácter negativo, al expresar respectivamente circunstancias que deben concurrir o faltar en los acuerdos para su autorización.

En la distinción que antes hacíamos sobre efectos favorables y perjudiciales de los acuerdos, las *condiciones positivas* vienen a coincidir con los efectos procompetitivos que se considera necesario que reúnan los acuerdos y que son, en primer lugar, que se trate de acuerdos que «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico» y, en segundo lugar, «que reserven (...) a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante».

Las *negativas*, por su parte, se refieren a los efectos anticompetitivos que se quieren descartar, y son, en primer lugar, que no «impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos» (los expresados en los requisitos positivos) y, en segundo lugar, que no «ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Sin perjuicio de analizar a continuación por separado estos efectos, conviene hacer ahora unas observaciones sobre su aplicabilidad general (143):

- 1.ª) Cualquier acuerdo restrictivo de la competencia es susceptible de ser examinado a la luz del test del artículo 81.3 del TCE, y, por tanto, puede ser merecedor en principio de una exención de la prohibición (144). Sin embargo es improbable que las restricciones graves de la competencia —como, por ejemplo, un cártel de precios— cumplan las

(141) Comunicación de 27 de abril de 2004, cuya función es facilitar la autoaplicación por los interesados del artículo 81.3 del TCE resultado del nuevo Reglamento 1/2003, para lo que se trata de reflejar el estado de la cuestión según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y la política de la Comisión respecto a los temas no abordados por esta jurisprudencia o interpretables (núm. 7).

(142) Esa fue precisamente la razón por la que en su momento señalábamos que, en la aplicación del artículo 81 del TCE, no cabía introducir una *rule of reason* como en el Derecho norteamericano.

(143) En lo que sigue, y en general en todo el epígrafe, se hace una exposición del tema que sigue a grandes rasgos la estructura de la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*.

(144) De nuevo ello denota, como ya se adelantó, una diferencia con el sistema norteamericano, donde hay conductas que se consideran prohibidas *per se*.

condiciones fijadas en la norma ⁽¹⁴⁵⁾. Ello explica por qué la práctica de la Comisión, respaldada en este punto por el TJCE, no ha tolerado acuerdos que implicasen un reparto de mercados o la protección de mercados nacionales ⁽¹⁴⁶⁾ y que raramente haya autorizado acuerdos que sitúan a los clientes o proveedores de un Estado miembro en desventaja frente a los de otro u otros ⁽¹⁴⁷⁾.

- 2.^a) Del tenor literal del artículo 81.3 se desprende con claridad que las cuatro condiciones establecidas en el artículo 81.3 del TCE son *acumulativas*, y así se ha venido entendiendo acertadamente por la praxis de la Comisión y la jurisprudencia ⁽¹⁴⁸⁾. La falta de alguna de ellas, determinará la imposibilidad de considerar exento al acuerdo, por más que pudiera razonarse sobre su bondad partiendo de otros parámetros o argumentos.
- 3.^a) También resulta de este tenor literal que, una vez reunidas las condiciones establecidas por el precepto, el acuerdo deberá considerarse exceptuado de la prohibición, sin que quepa exigir requisitos suplementarios ⁽¹⁴⁹⁾.
- 4.^a) Para aplicar el test del artículo 81.3 del TCE, habrá que valorar el acuerdo en el marco de un *mercado de referencia*. Ello no sólo resulta del sentido general del Derecho de la competencia, que exige valorar las restricciones en un mercado concreto (de producto/servicio y geográfico), sino del propio tenor de la norma comentada, que descarta la autorización de aquellos acuerdos «que ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate». Una manifestación clara de este aspecto lo vemos en la ponderación de las consecuencias de los acuerdos para los usuarios o consumidores, que deberán realizarse en un mismo mercado, sin que quepa compensar efectos negativos en unos mercados (geográficos o de productos/servicios), con otros positivos en otros mercados (geográficos o de productos/servicios) ⁽¹⁵⁰⁾.
- 5.^a) Finalmente, la evaluación de los efectos de los acuerdos debe efectuarse en el *contexto real* en el que se producen y según lo que indiquen en

(145) Así se señala en la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 46.

(146) Por ejemplo, decisiones de 27 de noviembre de 1981, asunto *Möbet et Chandon*, y de 7 de diciembre de 1982, asunto *National Panasonic*, y la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*.

(147) Vid. BERCOVITZ, ob. cit., pp. 378-379.

(148) Por ejemplo, sentencia del TPI de 18 de octubre de 2001, asunto *Métropole télévision y otros*. *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 42.

(149) *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 42.

(150) Vid. *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 43, que sin embargo matiza esta consecuencia en relación con mercados vinculados, donde podría aceptarse una evaluación separada «siempre y cuando el grupo de consumidores afectado por la restricción y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos».

cada momento los hechos. Esto significa que, si en la aplicación de un acuerdo dejara en algún momento de cumplirse cualquiera de las condiciones del artículo 81.3 del TCE, ya no podría seguirse considerando autorizado al mismo ⁽¹⁵¹⁾.

2. EFECTOS PROCOMPETITIVOS

Como acaba de indicarse, los efectos procompetitivos exigidos a los acuerdos para su exceptuación, vienen a coincidir con las dos condiciones positivas que establece el artículo 81.3 del TCE y que se refieren, por un lado, a mejoras en la eficiencia y, por otro, a reservar un beneficio equitativo a los usuarios.

a) MEJORAS EN LA EFICIENCIA

Para estar exceptuados de la prohibición, los acuerdos tienen que contribuir «a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico» ⁽¹⁵²⁾.

Dados los términos tan amplios que utiliza la norma, parece que cualquier mejora en la eficiencia resultante de los acuerdos podría ser considerada a estos efectos ⁽¹⁵³⁾, con tal de que se trate de beneficios de carácter objetivo, que redunden en el mercado y mejoren de alguna manera *la calidad de la competencia*. Es evidente, dada la finalidad del artículo 81.3 del TCE, que no merecerán esta consideración los beneficios inherentes a los acuerdos restrictivos, como consecuencia de la reducción de la presión competitiva (por ejemplo, una reducción de costes como consecuencia de menores gastos en publicidad o *marketing*) ⁽¹⁵⁴⁾.

Dentro de los parámetros objetivos señalados, las mejoras en la eficiencia pueden consistir, básicamente, en eficiencias de costes o en eficiencias cualitativas ⁽¹⁵⁵⁾. En cuanto al primer tipo de eficiencias, habría que considerar las *reducciones de costes* que pueden resultar de la reestructuración de activos, en virtud de las sinergias, economías de escalas o economías de alcance que pudieran lograrse a través de los acuerdos; así como las que sean resultado de un reajuste

(151) Vid. en este sentido *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 44 y 45 que, no obstante, exceptúa el caso en que el acuerdo es un acontecimiento irreversible (no es ya posible restablecer la situación anterior una vez aplicado), donde habría que considerar la situación en el momento de su aplicación.

(152) Aunque la disposición habla sólo de productos, debe considerarse aplicable por analogía también a los servicios, tal como indica la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 48.

(153) Como se apunta en el capítulo I de esta obra, una de las finalidades del Derecho de la competencia es superar las ineficiencias en el mercado, resultado de conductas restrictivas.

(154) Así la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*, y *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 49.

(155) Esta distinción está en la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 64 y ss.

o racionalización de los procesos productivos o de almacenaje (sistemas compras «justo a tiempo» y otros) ⁽¹⁵⁶⁾.

Las eficiencias cualitativas, por su parte, pueden consistir en mejoras o incrementos de calidad en los productos o servicios, o en el lanzamiento de nuevos productos o servicios.

Fundamentalmente estas eficiencias resultarán de acuerdos de cooperación o colaboración entre empresas (como los de investigación y desarrollo, especialización, etcétera). Pero nada descarta que puedan surgir de otros acuerdos, incluso de carácter vertical ⁽¹⁵⁷⁾.

Al margen de estas eficiencias, la praxis comunitaria desarrollada con anterioridad al Reglamento 1/2003, ha tomado también en consideración como beneficios relevantes a los efectos del requisito que estamos considerando, medidas con beneficios más bien sociales, como los relativos al abastecimiento de productos energéticos, relacionados con el medio ambiente, el desarrollo de regiones desfavorecidas, e incluso con el mantenimiento del empleo ⁽¹⁵⁸⁾. Esto supone un cierto indicativo de que, para los responsables de la aplicación del Derecho de la competencia, sus finalidades van más allá de lo estrictamente económico. Con todo, en relación con estos aspectos conviene una actitud de cierta reserva, pues si bien es cierto que en ciertos casos límite este Derecho puede cumplir finalidades que no sean estrictamente económicas, con carácter general no hay que atribuirle funciones de este tipo ⁽¹⁵⁹⁾.

b) BENEFICIO EQUITATIVO PARA LOS CONSUMIDORES

No basta con que los acuerdos supongan una mejora en la eficiencia, sino que además, como aclara el artículo 81.3 del TCE, es necesario que reserven a los usuarios «una participación equitativa en el beneficio resultante».

Antes de nada ha de señalarse que, la referencia que se hace a los *usuarios* o *consumidores* en la norma, no tiene el alcance técnico que se da a esta expresión en el ámbito del Derecho del consumo (difícilmente podría tenerlo puesto que este Derecho hizo su aparición años después de la firma del TCE), y debe interpretarse en su sentido corriente, como referente de las personas que inter-

(156) Todos estos supuestos son evocados en la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 64 y ss.

(157) En este sentido se apuntan en la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 72, las ventajas que pueden resultar de acuerdos de distribución especializada, en cuanto incrementen la calidad de los servicios de cara a los clientes.

(158) Este supuesto fue reconocido en la sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1977, asunto *Metro/Saba*. En relación con los supuestos mencionados en el texto, y otros semejantes, vid. WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, pp. 282 y ss.

(159) Un apunte de las finalidades de este Derecho, se hace en el capítulo I de esta obra. Mantienen también una actitud crítica sobre esta praxis WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 283.

vienen en el mercado demandando bienes o servicios. Por tanto, no sólo consumidores (*inales*) en sentido estricto, sino también empresarios, profesionales, etcétera ⁽¹⁶⁰⁾.

La finalidad de esta condición es clara: se quiere que las mejoras en la eficiencia que resulten en el acuerdo beneficien también a los consumidores. Sin embargo, el término «equitativo/a» que se emplea es lo suficientemente ambiguo como para que no quede claro en la norma si es necesario que los beneficios obtenidos por los consumidores sean superiores a los inconvenientes que eventualmente puedan experimentar como consecuencia de la restricción de la competencia, o si bastaría con que fueran de la misma entidad. Mi impresión es que los redactores de la norma querían lo primero, porque se habla no de compensar perjuicios, sino de reservar beneficios. No obstante, la Comisión en las señaladas Directrices se manifiesta a favor de lo segundo, cuando señala que «el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo» ⁽¹⁶¹⁾.

No limita la norma las compensaciones que son admisibles de cara a los consumidores. En general, lo serán cualquiera de las eficiencias antes examinadas en cuanto redunden en los consumidores: reducciones de precios, ofrecimiento de nuevos productos o de mayor calidad a los consumidores, mejora de las condiciones de transacción, etcétera ⁽¹⁶²⁾. En cualquier caso, la apreciación de los beneficios para los consumidores deberá hacerse en una apreciación conjunta de los efectos del acuerdo, sin que parezca necesario que todas las mejoras de eficiencia redunden en los mismos ⁽¹⁶³⁾.

3. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

En la composición de efectos favorables y desfavorables de los acuerdos para su permisión, el artículo 81.3 del TCE, como se ha visto, se ocupa de descartar determinadas consecuencias anticompetitivas, en forma de dos condiciones negativas, por un lado, que no impongan restricciones que no sean indispensables, y, por otro, que no eliminen sustancialmente la competencia. De esta manera parece claro que la norma trata de mantener las restricciones de la competencia en un nivel que se considera aceptable, con independencia de los efectos procompetitivos del acuerdo, que por sí solos son insuficientes para conseguir la exención.

(160) En sentido semejante, *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 84.

(161) *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 85. También parece que ésta es la postura que trasluciría la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*.

(162) Vid. *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 95 y ss. Para la praxis anterior, WAELBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 287.

(163) *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 86.

a) CARÁCTER INDISPENSABLE DE LAS RESTRICCIONES

Según el artículo 81.3 del TCE es condición para la exención de la prohibición que los acuerdos no «impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos». Como señalan las Directrices de la Comisión para comprobar el cumplimiento de esta condición, es necesario que el acuerdo supere un doble examen⁽¹⁶⁴⁾. En primer lugar, el acuerdo debe en sí mismo ser razonablemente necesario para obtener las eficiencias. En segundo lugar, cada restricción de la competencia derivada de él debe a la vez ser razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias.

Lo primero significa que el acuerdo debe ser el único medio de obtener las eficiencias esperadas, en el sentido de que no exista otra manera económicamente viable y menos restrictiva de alcanzar ese resultado. Si, atendidas las circunstancias del caso, la eficiencia se hubiera podido lograr sin acuerdo, por la propia empresa mediante su actuación, o con un acuerdo menos restrictivo, no se dará la condición requerida para la exceptuación. En todo caso ello exigirá una cuidadosa valoración económica en relación con la estructura del mercado donde actúen las empresas.

Lo segundo debe entenderse en el sentido de que una restricción es indispensable, cuando sin ella desaparecerían o se reducirían sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo. De nuevo ello requerirá un examen atento de la estructura del mercado, teniendo en cuenta en todo caso el período de tiempo necesario para la obtención de las eficiencias, pues pudiera resultar que las restricciones sólo fueran necesarias durante un tiempo limitado⁽¹⁶⁵⁾.

b) NO ELIMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Según se establece en la cuarta y última condición del artículo 81.3, el acuerdo no debe ofrecer «la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Con esta disposición se trasluce la idea de que, para el Derecho europeo de la competencia, es esencial mantener un cierto nivel de rivalidad entre empresas en los mercados, que no puede resignarse por la obtención de otros beneficios o eficiencias. Esta apreciación es correcta porque el mantenimiento de un cierto nivel de competencia es indispensable para la eficiencia del mercado, y sirve de acicate a la innovación⁽¹⁶⁶⁾.

(164) Apartado 73.

(165) Para estas cuestiones, vid. *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núms. 75 y ss. La praxis de la Comisión anterior al Reglamento 1/2003, pone de relieve la consideración como restricciones innecesarias, la protección territorial absoluta, las restricciones en cuanto a los clientes a los que se puede servir, o las que afectan a precios de reventa. Vid. BELLAMY/CHILD, 1992, p. 200.

(166) En relación con estos temas me remito al capítulo I de esta obra. En todo caso, hace un planteamiento semejante la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 105.

Da la impresión de que lo que la norma quiere es que, extramuros del acuerdo, queden nichos relevantes de actividad competitiva en el mercado de referencia del cual se trate, bien sea porque el acuerdo sigue permitiendo cierto juego competitivo entre las empresas que lo han celebrado, bien porque fuera del acuerdo se sigue manteniendo una presión competitiva sustancial por parte de las empresas que no participan en el mismo.

En relación con este último aspecto, habría que considerar como un indicio de eliminación sustancial de la competencia, la celebración de acuerdos entre empresas con grandes cuotas del mercado relevante, sin perjuicio de que en función de otras valoraciones, como la existencia de rivales potenciales —la llamada «sustituibilidad de la oferta»⁽¹⁶⁷⁾—, o el mantenimiento de presiones competitivas significativas se pudiera llegar a otra conclusión⁽¹⁶⁸⁾. Es más, no hay que descartar una cierta función de esta norma en orden a impedir la aplicación de una excepción para acuerdos que constituyan simultáneamente un abuso de posición dominante⁽¹⁶⁹⁾.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que no siempre será fácil evaluar *a priori* estas consecuencias. Como señalan las Directrices de la Comisión, la conducta que sigan las empresas después del acuerdo puede ser un indicativo más certero. Así sucederá cuando tras el acuerdo «las partes aplican y mantienen sustanciales subidas de precios o adoptan otros comportamientos característicos de un poder de mercado considerable»⁽¹⁷⁰⁾.

C) LAS EXENCIONES POR CATEGORÍAS

Como se indicó anteriormente, el artículo 81.3 del TCE ya preveía la posibilidad de conceder exenciones referidas a determinadas categorías de acuerdos. A partir del Reglamento del Consejo 19/65, de 2 de marzo de 1965, se autorizó a la Comisión para establecer exenciones por categorías de acuerdos y, hasta la fecha, son diversos los Reglamentos de la Comisión que se han dictado al respecto, habiéndose producido además no pocos cambios y refundiciones de Reglamentos anteriores. Esta actividad, que contribuye a dar seguridad jurídica y facilita la aplicación del Derecho, relativamente complejo, en este sector, se man-

(167) Sobre este concepto, puesto de relieve por la sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1973, asunto *Continental Can*, vid. BELLAMY/CHILD, 1991, pp. 508 y ss.

(168) Coinciden en que los acuerdos celebrados por empresas dominantes pueden ser exceptuados, aunque sin argumentar, WABLBROECK/FRIGNANI, 1998, I, p. 291. También parece acogerse, con algunos matices diferenciales, en la *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 107 y ss. En jurisprudencia, vid. la sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto *Hoffmann-La Roche*.

(169) En sentido semejante, BELLAMY/CHILD, 1991, p. 206.

La *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 106, aunque indica que el concepto del artículo 81.3 del TCE es autónomo y especial de esta disposición, considera que el artículo 81 debe aplicarse de manera que no impida la del artículo 82, por lo que no podrían exceptuarse por el 81.3 aquellos acuerdos restrictivos que constituyan un abuso de posición de dominio.

(170) *Comunicación sobre Directrices artículo 81.3*, núm. 111.

tiene y probablemente se incrementará además con el nuevo Reglamento de procedimiento 1/2003, en los términos y con el significado que se señaló anteriormente.

En cualquier caso, conviene precisar que las condiciones de fondo a los que responden estas exenciones por categorías, son las mismas que se requieren para apreciar si un acuerdo individual merece la exención, pues el fundamento de ambas formas de exención está en el repetido artículo 81.3 del TCE. La diferencia es únicamente de *procedimiento*. Si en las exenciones individuales hay que hacer un examen caso a caso de los acuerdos una vez celebrados, para valorar el cumplimiento de las referidas condiciones de fondo ⁽¹⁷¹⁾, en las exenciones por categorías este examen se realiza *a priori* y con carácter general, al fijarse por la Comisión las reglas a que deben atenerse los acuerdos que entren dentro de la categoría de la cual se trate, para estar eximidos de la prohibición del artículo 81.1 del TCE.

Por otro lado, y esto tiene suma importancia para la seguridad jurídica en este sector, mientras en las exenciones individuales la prueba de que se reúnen las condiciones requeridas para ello corresponderá a las partes que hayan celebrado o adoptado el acuerdo concreto, como precisa el artículo 2 del Reglamento 1/2003 —interponiéndose en cualquier caso el poder de apreciación de la autoridad nacional o comunitaria, administrativa o judicial que finalmente pueda intervenir (y que obviamente no tiene necesariamente por qué coincidir con la valoración de las partes) ⁽¹⁷²⁾—; en las exenciones por categoría bastará para que el acuerdo se considere automáticamente exento, con que se cumplan los requisitos establecidos en el correspondiente reglamento de exención ⁽¹⁷³⁾.

Las exenciones por categorías son autorizadas inicialmente por *Reglamentos* (base) *del Consejo*, fundados en el artículo 83 del TCE, que habilitan a la Comisión para dictar los Reglamentos de exenciones por categorías propiamente dichos. Estos Reglamentos son:

(171) Como se verá a continuación, en el nuevo sistema de administración del Derecho comunitario de la competencia, este examen tiene que realizarse ahora inicialmente por las partes que adopten el acuerdo o decisión de la cual se trate, sin perjuicio de su posible ulterior fiscalización por la autoridad nacional o comunitaria, administrativa o judicial que pueda intervenir.

(172) El artículo 2 del Reglamento 1/2003, señala lo siguiente: «Carga de la prueba. En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

(173) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que conforme prevé el artículo 29 del Reglamento 1/2003, la Comisión está facultada para la retirada individualizada de exenciones «por iniciativa propia o por previa solicitud, si considera que, en un caso concreto, un acuerdo, decisión o práctica concertada al que se aplica el Reglamento de exención tiene determinados efectos que son incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado». Facultad que asimismo se reconoce a la autoridad de competencia de un Estado miembro cuando dichos efectos se produzcan en el territorio de dicho Estado o «en una parte de dicho territorio que presente todas las características de un mercado geográfico distinto», en relación con la privación de la cobertura del Reglamento en dicho territorio.

- Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (sobre acuerdos verticales y de transferencia de tecnología).
- Reglamento (CEE) núm. 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas (sobre acuerdos horizontales).
- Reglamento (CEE) núm. 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

Los Reglamentos de la Comisión de exenciones por categorías, son:

- Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización.
- Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.
- Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.
- Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.
- Reglamento (CE) núm. 722/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

En el sector de los transportes deben tenerse en cuenta los siguientes Reglamentos del Consejo y de la Comisión:

- Reglamento (CEE) núm. 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.
- Reglamento (CEE) núm. 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos.
- Reglamento (CEE) núm. 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a

determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo.

- Reglamento (CEE) núm. 479/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios).
- Reglamento (CEE) núm. 1617/93 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos.
- Reglamento (CE) núm. 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios).

El examen del contenido de estos Reglamentos queda remitido a otros capítulos de esta obra ⁽¹⁷⁴⁾.

V. CONSECUENCIAS DE LAS INFRACCIONES

El artículo 81.2 del TCE establece como consecuencia fundamental de la violación de la prohibición que impone en su párrafo 1.º, la *sanción civil* de nulidad de los acuerdos o decisiones. Dice la norma: «los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho».

La nulidad que se establece, es en sentido técnico una *nulidad absoluta o radical*. Ello implica varias consecuencias de acuerdo con el régimen general de la ineficacia de los actos jurídicos. En primer lugar, que la nulidad se produce automáticamente y con efectos *ex tunc* desde el momento en que se concluye el acuerdo o se adopta la decisión contraria al artículo 81.1 del TCE ⁽¹⁷⁵⁾ sin que sea necesaria la previa declaración judicial de nulidad (el artículo 1.1 del Reglamento 1/2003, en este mismo sentido, señala que «los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que

(174) En el ámbito de la agricultura debe tenerse en cuenta, entre otras normas, los siguientes Reglamentos:

- Reglamento (CEE) núm. 26/62 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas.
- Reglamento (CEE) núm. 2077/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992, relativo a las organizaciones y acuerdos interprofesionales en el sector del tabaco.
- Reglamento (CE) núm. 2200/96 del Consejo, de 28 de octubre de 1996, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las frutas y hortalizas.

(175) Insiste en la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, la sentencia del TJCE de 6 de febrero de 1973, asunto *Haecht II*.

no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto»). En segundo término, que esta nulidad opera *erga omnes*, frente a las partes y frente a cualquier tercero. *Inter partes* supone la imposibilidad de invocar la validez o eficacia del acuerdo o de la decisión ante los tribunales nacionales ⁽¹⁷⁶⁾. Las partes, por el contrario, podrán oponerse en vía judicial (ante el juez nacional competente) a la ejecución del acuerdo, sea ejercitando la correspondiente acción de nulidad, sea oponiendo una excepción, si se les reclama su cumplimiento. En tercer lugar, la nulidad afecta, en coherencia con la finalidad de la norma, únicamente a los elementos del acuerdo o de la decisión, que sean contrarios al artículo 81.1 del TCE, salvo que no sea posible su separación del resto del contenido no viciado ⁽¹⁷⁷⁾. Se trata, por consiguiente, de una nulidad que en principio sólo es *parcial*, cuyas consecuencias habrá que determinar conforme al Derecho nacional que resulte aplicable ⁽¹⁷⁸⁾.

Otra consecuencia prevista por el Derecho comunitario, es la facultad de la Comisión de imponer mediante decisión *multas sancionadoras* a las empresas y asociaciones de empresas que «de forma deliberada o por negligencia» infrinjan el artículo 81 del TCE, prevista en el artículo 23.2 del Reglamento 1/2003 ⁽¹⁷⁹⁾. Según precisa el citado artículo «por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior». En la práctica, se han llegado a imponer multas de importe muy considerable, que han ejercido una beneficiosa función disuasoria.

Finalmente, y con fundamento en los Derechos nacionales, pueden producirse otras consecuencias, como indemnizaciones de daños y perjuicios ⁽¹⁸⁰⁾ o, incluso, aunque esto será realmente excepcional, la imposición de penas si la conducta anticompetitiva encaja en algún tipo delictivo ⁽¹⁸¹⁾.

(176) Sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 1971, asunto *Beguelin*.

(177) Vid. sentencias del TJCE de 30 de junio de 1966, asunto *Société Technique Minière*, de 13 de julio de 1966, asunto *Grundig-Consten*, y de 14 de diciembre de 1983, asunto *cementos y hormigones*.

(178) Sobre la nulidad parcial en el Derecho español, vid. RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1991.

(179) Por tanto, como ya se indicó anteriormente, esto implica la necesidad de que las empresas o asociaciones de empresas infractoras hayan incurrido en alguna forma de culpabilidad, bien sea el dolo o la culpa.

(180) En nuestro Derecho con fundamento en el artículo 1902 del *Código civil*. Por aplicación del criterio que resulta del artículo 13 de la Ley española de Defensa de la competencia, para poder ejercitar esta acción será necesaria una previa declaración de vulneración del artículo 81 del TCE por la autoridad nacional o comunitaria que conozca del asunto, que sea además firme.

(181) Como precisa el artículo 23.5 del Reglamento 1/2003, las decisiones que se adopten para sancionar la vulneración del artículo 81 del TCE, «no tendrán carácter penal» (lo que implica, por tanto, que las infracciones al artículo 81 del TCE en principio no son delitos o faltas).

En el Derecho español hay que tener en cuenta, fundamentalmente, los delitos configurados en la sección 3.ª del capítulo XI del Código penal, referida a «los delitos relativos al mercado y a los consumidores», especialmente los artículos 281 y 284.