POLITICA DE COMPETENCIA Y SU REPERCUSION EN ESPAÑA

El derecho de competencia de la Comunidad es, sin duda, uno de los aspectos más elaborados de todo el ordenamiento jurídico comunitario, y su aplicación inmediata a España tras la adhesión puede plantear problemas de adaptación, por cuanto obligará, sin duda, a cambiar actitudes y comportamientos tanto en el sector público como en el privado.

Félix Martínez-Burgos Escudero y Joaquín M.ª de la Infiesta Agreda, partiendo de un análisis de las finalidades políticas y económicas que persiguen las normas comunitarias, describen los elementos más importantes del derecho positivo, para concluir que el aspecto de «modelización de la conducta» que el mismo conlleva dejará sentir sus efectos en los agentes públicos y privados de la economía española, del mismo modo que la plena vigencia de las reglas comunitarias de competencia supondrá una garantía de protección para muchas empresas frente a las agresiones ilegítimas al libre juego de las fuerzas de mercado por parte de otras empresas o de los poderes públicos.

I. INTRODUCCION

L sistema comunitario de defensa de la competencia -normas en vigor, facultades de normalización en la materia, v procedimientos v orientaciones de aplicación de las primeras- constituirá, a partir de la fecha de la adhesión, un punto de referencia y consulta obligada a la hora de adoptar cualquier decisión con incidencia relevante en el mercado, tanto como instrumento efectivo de protección contra determinadas agresiones a la libertad real de empresa y de intercambios, cuanto como elemento inspirador o complementario en el diseño y aplicación de otras políticas nacionales y comunitarias.

Hemos optado por plantear el presente estudio, más que como un trabajo de investigación o un ejercicio de simulación, con un enfoque predominantemente descriptivo, que pensamos que sirve meior al propósito general de este número de PAPELES DE Eco-NOMIA ESPAÑOLA. Consecuencia necesaria de lo anterior, sin embargo, es que, dado el carácter general de la política de competencia, y la inmensa base de hecho - prácticamente la totalidad de las relaciones económicas en el mercado, y algunas otras en que lo económico no es tanto un contenido cuanto un efectosobre la que tal política se asienta y a la que se dirige con voluntad conformadora, junto con la limitación objetiva que respecto a la extensión del estudio se nos impone, cada uno de los distintos aspectos tratados en éste merecerán únicamente una consideración somera, en la que han de advertirse omisiones u otras carencias que intentamos

colmar, siquiera sea parcialmente, mediante remisiones a textos donde aquéllos son analizados con mayor extensión y profundidad.

Nuestra intención, pues, no es otra que la de ofrecer una guía de problemas y reflexiones elementales, que sirva a modo de desbroce del frondoso árbol de interrogantes que pudiera plantearse quien por vez primera haya de enfrentarse, por curiosidad o por necesidad, con un sistema de normas, principios e instituciones puesto al servicio de una auténtica política común de competencia, considerablemente bien definida, no obstante su esencial flexibilidad y capacidad de adaptación.

II. POLITICAS DE COMPETENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA. CARACTERIZACION GENERAL

1. La coincidencia de objetivos

Para una comunidad nacional, la política de competencia - en el más amplio sentido del término- tiene su razón de ser y su objetivo inmediato en la promoción y defensa del juego eficaz de los mecanismos del mercado: por un lado, mediante la definición y delimitación con criterios de diverso tipo -económicos y sociales en primera instancia, pero también históricos y políticos, e incluso simplemente pragmáticos - del área y grados de exclusión o limitación del propio juego del mercado; y, por otro lado, a través de la adecuada tipificación, y posterior represión, de determinadas conductas que la colectividad en cuestión juzga nocivas por suponer de alguna manera un menoscabo indeseado de la libertad de competencia, o bien el ejercicio de esta última de modo no conforme con un modelo preciso de conducta empresarial.

En las Comunidades Europeas, cuya tarea primaria y fundamental es la construcción de un mercado común a partir de diferentes mercados nacionales preexistentes y de estructura muy diversa, la política de competencia se concibe y pone en práctica de manera indisolublemente ligada a la idea-objetivo de libertad de circulación e intercambios. La libertad de circulación de las mercancías es, en primer término, un presupuesto de la libertad de competencia, no siendo imaginable que alguien pudiera competir, rivalizar, actuar en un mercado cualquiera en función de su propia eficiencia económica frente a los consumidores y al resto de los competidores, si no se le permitiera hacerse presente, como empresa, en tal mercado.

Pero la relación entre ambas libertades se observa también, desde otro punto de vista, en un sentido inverso al anterior, ya que la proclamada libertad de circulación no pasaría de ser una mera declaración de carácter formal si las empresas pudieran eliminarla, restringirla o falsearla de cualquier forma por medio de pactos -o de condiciones de alguna manera impuestas por quien posea suficiente poder de mercado para ello - de eficacia mediata o inmediatamente compartimentadora del área geográfica teóricamente reconocida como indivisible y común, o si a los propios Estados miembros les fuera permitido falsear, más allá de un límite razonable, im-

puesto por las exigencias derivadas de otros intereses en conflicto, la capacidad de competencia de sus empresas, o la competitividad de sus producciones, con medidas de estímulo v demás avudas de cualquier clase. De ahí que una de las acciones de la Comunidad, de acuerdo con el artículo 3.f) del Tratado CEE, sea precisamente «el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común», acción que sirve, a su vez, a los superiores fines enunciados por el artículo 2 del mismo texto, para cuya consecución es un instrumento cualificado precisamente el establecimiento de un mercado común. De ahí también que, siendo el Tratado CEE, en general, un tratado-marco cuyas políticas van siendo desarrolladas poco a poco, las reglas de competencia figuren no obstante incluidas ya directamente en su propio texto -al igual que ocurre en el Tratado CECA, que es un tratadoley con mucho mayor grado de concreción en su articulado-. por lo que se ha podido decir con propiedad que la de competencia «es, en cierto modo, la única política común efectivamente registrada en el Tratado CEE desde el principio» (1). De ahí, finalmente, que en reglas de competencia tan absolutamente básicas como los artículos 85, 86, 92 ó 93 del mismo Tratado CEE, la represión o control de las prácticas que en los mismos se contemplan aparezcan esencialmente ligados a su «incompatibilidad» con el mercado común, de acuerdo con una noción que, con distinta técnica legislativa pero semejante alcance, encontramos igualmente recogida en el artículo 4 del Tratado CECA, por el que las medidas discriminatorias, las

subvenciones y ayudas estatales y las prácticas restrictivas, se declaran «incompatibles con el mercado común del carbón y del acero».

No obstante, este mencionado maridaje entre libertad de competencia y libertad de circulación no excluye, sino que refuerza, la noción de que la política de defensa de la competencia encuentra su fundamento último en la concepción del mercado -v de la competencia misma, en cuanto forma de manifestación dinámica del libre funcionamiento del primerocomo instrumento idóneo de asignación de los recursos económicos, y como contexto de actuación y desarrollo de la libre iniciativa privada, al menos en aquella zona que socialmente le hava sido reservada. Como ha señalado Waelbroeck, el papel de las reglas de competencia no consiste únicamente en impedir el restablecimiento de las fronteras nacionales mediante acuerdos privados, sino que es más amplio, consistiendo en «salvaguardar la competencia en el mercado común y asegurar condiciones de igualdad a todos los participantes en dicho mercado» (2). De modo semejante, por tanto, a lo que sucede en el interior de una comunidad nacional; y ello es lógico, teniendo en cuenta que un mercado como el europeo no presenta más peculiaridad respecto al de cualquier país aislado. en lo esencial y en último término, que la dificultad de su propia construcción.

En la práctica, los objetivos inmediatos de la política comunitaria de competencia podrían agruparse en tres grandes apartados:

a) la represión de concertaciones anticompetitivas de las empresas, tanto privadas como públicas, con incidencia restrictiva o falseadora de la libertad de circulación intracomunitaria (el restablecimiento de barreras de eficacia material compartimentadora del mercado común...);

b) la represión de determinadas manifestaciones indeseables de la posición de dominio en el mercado, mediante el control del comportamiento de las empresas que la ostentan, y, quizás en forma aún incipiente, la prevención de concentraciones excesivas de dicho poder de mercado;

c) el control de las ayudas concedidas por los Estados miembros, en evitación de discriminaciones falseadoras de la competencia —y de la libertad de intercambios—, así como del despilfarro de recursos que habría de derivarse de la neutralización de los efectos de las ayudas otorgadas en un país, por medidas compensatorias adoptadas en otro u otros países en respuesta a las primeras.

A la persecución de tales objetivos sirven los «instrumentos» de la política de competencia, y entre ellos, esencialmente, las normas contenidas en los tratados y los poderes de las instituciones (3).

Del hecho incuestionable de la existencia de una política «comunitaria» de competencia no cabe deducir, sin embargo, que ésta sea un reflejo exacto del ámbito material y del tipo de actuaciones propios de una política de competencia nacional—del mismo modo que las competencias comunitarias no son estrictamente copia de las nacionales—, precisamente porque una y otra actúan sobre realidades distintas, aunque sus efec-

tos y, al menos parcialmente, sus objetivos, como hemos visto, puedan ser en ocasiones coincidentes. Las reglas de competencia en los tratados reflejan esa diversidad, pues al lado de las que se refieren a la conducta de las empresas, que podrían presentar un alto grado de paralelismo formal con las establecidas por una comunidad nacional - lo que precisamente sucede con el Derecho español de prácticas restrictivas—, aparecen otras disposiciones, como las relativas a la disciplina de la actuación de los Estados, que son únicamente concebibles desde una perspectiva comunitaria (4), v que, por otro lado, zanjan la vieia cuestión de si los poderes de la Comunidad son los «transferidos» o los «atribuidos» por los Estados miembros, pues mal podrían éstos delegar unas facultades, como el control de las ayudas públicas, que nunca ejercieron antes de su incorporación a la Comunidad. Los derechos y facultades de ésta son, en única instancia, los atribuidos por los Estados miembros, tal y como figuran en las disposiciones de los tratados.

2. Los datos del Derecho positivo

El Tratado CEE, en su parte tercera, relativa a «La política de la Comunidad» se ocupa, en el capítulo I del título I — «reglas comunes» —, de las reglas de competencia, a su vez desarrolladas en tres secciones: «reglas aplicables a las empresas» (artículos 85 a 90), «prácticas de dumping» (artículo 91), y «ayudas acordadas por los Estados» (artículos 92 a 94).

Se observa inmediatamente que el ámbito de aplicación de

estas normas, aun siendo el más general, no es exhaustivo, ya que quedan fuera de su alcance las materias que resultan ser obieto de otros tratados fundamentales, esto es, las materias CECA v EURATOM. En efecto, el artículo 232 del Tratado CEE establece expresamente que las disposiciones de este último no modifican las del Tratado CECA (párrafo 1) ni derogan las del Tratado EURATOM (párrafo 2). Parece deducirse, pues, que la política de competencia en el mercado del carbón y del acero será la derivada de las normas del propio Tratado CECA, esto es, de los artículos 60 a 67, en lo que se refiere a publicidad, discriminaciones, prácticas restrictivas, concentraciones.... v del artículo 95 en relación con las «ayudas». Surge un problema, no obstante, al intentar aplicar el mismo principio - de exclusión de determinada materia del ámbito del Tratado CEE, por ser aquélla objeto de regulación específica en otro Tratado- al mercado nuclear, ya que nos encontramos con que en el Tratado EURATOM no existe tal regulación, a excepción de la prohibición de discriminaciones prevista en su artículo 62, lo que ha dado lugar a una cierta discusión doctrinal acerca de si, en este caso, sería o no aplicable el Tratado CEE como derecho supletorio, discusión que parece hoy ya zanjada en favor de la afirmativa, desde el momento en que se constata cómo la Comisión no ha manifestado la más mínima duda sobre tal aplicabilidad, con ocasión de decisiones recientes, y al menos en relación con algunos de los productos o actividades objeto del Tratado EURATOM (5).

Si las anteriores normas de los tratados configuran el nú-

cleo del derecho primario en materia de competencia, no cabe olvidar el conjunto de actos -funcionales, como distintos de los de organización y alcance internos - adoptados por las instituciones comunitarias para dar cumplimiento a los obietivos previstos por los textos fundamentales. Entre ellos figuran, bajo la denominación genérica de «derecho derivado». las «decisiones», «recomendaciones» y «dictámenes» CECA, iunto a los «reglamentos» - el verdadero poder «europeo», según Savary, al suponer para la Comunidad la posibilidad de legislar directamente para las poblaciones de los Estados miembros, sin mediación de las instancias nacionales-, y las «directivas» (6), «decisiones», «recomendaciones» y «dictámenes» u «opiniones» CEE (7).

Frente al anterior compleio sistema de normas y actos, contrasta la parquedad de las disposiciones españolas en materia de competencia, constituidas, en lo sustantivo, por los artículos 1.° a 5.° de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de «Represión de prácticas restrictivas de la competencia», cuyo desarrollo ha sido nulo salvo en lo que se refiere a los reglamentos de procedimiento del Tribunal y del servicio de defensa de la competencia, órganos de resolución e instrucción de los expedientes. respectivamente. Tales normas son un fiel reflejo de los artículos 85 y 86 CEE, conteniendo, al igual que éstos, una cláusula general de prohibición, acompañada de una enumeración ejemplificadora, y una previsión de concesión de excepciones a determinadas prácticas, junto con otra categoría específica de «prácticas excluidas» que, en cuanto tal, no tiene parangón

en el derecho comunitario —salvo lo dispuesto por el artículo 42 CEE, como luego veremos (8).

3. Coexistencia de derechos y políticas

En cualquier caso, la constatación de la existencia previa de unas «reglas de competencia» en el Derecho español hace surgir en escena cuestiones como las de la relación entre ambos derechos y la relación entre ambas «políticas» — comunitaria y nacional — de competencia.

En cuanto al primer punto relaciones entre derechos—. cabe distinguir diferentes aspectos a considerar. Por un lado, no ya la admitida coexistencia de ambos ordenamientos juridicos de competencia, aplicándose cada uno de ellos en su respectivo ámbito, sino la posibilidad de que los dos sistemas sean aplicados, por sus instancias respectivas, a un mismo supuesto de hecho, posibilidad que ha sido reconocida jurisprudencialmente (9), y que podría conducir a un resultado de cúmulo de sanciones, o al de que una concertación permitida por el Derecho comunitario, y salvo que hubiera sido exceptuada en aplicación «formal» del artículo 85.3, resultara prohibida por efecto del Derecho nacional. por otro lado, tendríamos la posibilidad -con el alcance limitado con que se recoge en el artículo 9.3 del reglamento número 17, y tan escasamente utilizada en la práctica de otros países— de que las «autoridades» españolas apliquen directamente las prohibiciones contenidas en los artículos 85.1 y 86 CEE, facultad que, junto con la denominada «aplicabilidad directa» de ciertas disposiciones del

Derecho comunitario (10), muestra que la eficacia potencial de este último, en cuanto instrumento de organización de las relaciones socioeconómicas españolas, no se agota en su aplicación primaria por los órganos comunitarios (11).

En cuanto al segundo punto - relaciones entre políticas - la misma preexistencia de ciertas reglas de competencia en el Derecho español, con su correspondiente sistema institucional de aplicación, podría inducir la impresión inmediata de que, operando ambas políticas de competencia en la misma dirección. la comunitaria pudiera resultar ineficaz, por reiterativa, al aplicarse, como consecuencia de la adhesión española, a realidades va previamente ordenadas con criterios de competencia.

Tal impresión, no obstante, debe ser rápidamente rechazada. Primero porque, como hemos señalado va, ni el ámbito material ni el tipo de decisiones de las dos políticas coinciden estrictamente, debiendo además observarse que incluso en zonas de «coincidencia», como lo relativo a las prácticas anticompetitivas de las empresas, al sistema comunitario le interesarán únicamente aquellas en que concurra el requisito de afectación -real o potencial- del comercio entre Estados miembros. Segundo, y como argumento definitivo, porque en nuestro país no existe ni ha existido nunca una «política de competencia» propiamente dicha, entendida como conjunto ordenado de objetivos, instrumentos y decisiones. La evolución de la política de competencia en España podría ser representada a corto plazo con la figura de una cuerda floja, tendida entre dos pilares, y constituida por un solo

hilo: la «represión de las prácticas restrictivas (12).

Resulta curioso observar cómo los dos pilares de apoyo, o hitos de evolución, guardan una relación estrecha con compromisos de carácter político-internacional. Si el primero estuvo constituido por la adopción -de conveniencia - de «modos» al uso en los países desarrollados. v se sitúa justamente en el momento del abandono formal del sistema autárquico, el segundo pilar se establecerá en seguida sobre solar comunitario. Entre ambos, más de veintidós años de «política» de competencia languideciente - reducida a una aplicación «a la defensiva» de la Ley 110, caracterizada por notables carencias en medios y voluntades políticas - durante los que han podido adoptarse decisiones aisladas y asistemáticas materialmente propias de una verdadera política de competencia, sin conciencia de tal circunstancia e incluso en sentidos que no habrían sido los prescritos de haberse aplicado criterios de competencia con una perspectiva global y rigurosa (13).

Por todo ello, se podría afirmar que la política comunitaria de competencia tendrá una eficacia organizadora plena en su aplicación a la realidad económica española - al ser ésta un terreno prácticamente virgen-, y que, en tal sentido, tendrá lugar previsiblemente, a corto plazo, un efecto «suplantación» respecto de la política nacional. Por las mismas razones, si de la aplicación de las reglas comunitarias de competencia se derivan para el Estado y las empresas una serie de compromisos «de actuación» de efecto neto inmediato. principalmente como consecuencia o en relación con el propio

acto formal de la adhesión (14), ante todo y sobre todo se derivan compromisos que se refieren al «comportamiento», que son por naturaleza de carácter contínuo, y que suponen la adopción de nuevos modos y actitudes, tanto por parte del sector público como del privado, bajo la forma de auténticas obligaciones de hacer o de no hacer.

Este aspecto de modelización del comportamiento, precisamente porque no se agota en uno o varios actos de impacto inmediato -a modo de saltos estructurales, de «puesta al día», o de parciales reconversiones-, sino que se prolonga y autoalimenta en el tiempo, constituve a nuestro modo de ver la mayor y más trascendente repercusión de la incorporación a las Comunidades: tanto más cuanto que si para el Estado se trata de constatar día a día la realidad de una soberanía en adelante ya limitada, para la empresa el objeto de la modelización es, ni más ni menos, que su propia actuación en el mercado.

Nos referiremos a continuación a este efecto de modelización del comportamiento de la empresa, principalmente en relación con las reglas de competencia contenidas en los tratados, para detenernos luego en la consideración de los compromisos del Estado y finalizar mencionando algunos de los problemas concretos afrontados por la política comunitaria de competencia.

III. LA EMPRESA ANTE LAS REGLAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA

Las reglas de competencia como reglas de conducta

Cuando se habla de «restricciones de competencia», hay que convenir en que la conducta empresarial que se trata de modelizar no es todavía, estrictamente, una conducta «de competencia», sino más bien la propia actividad básica de los agentes económicos, presidida -- en ausencia de regulación— por algún género de principio absoluto de libertad de empresa. Es evidente que un agente cualquiera, precisamente alegando esa libertad, podría escoger no competir, eliminando la rivalidad mediante pactos suscritos con otros agentes, o podría restringir la capacidad de competencia de terceras empresas, privándolas de los medios necesarios para desarrollar su propia libertad de elección y actuación en el mercado. Por ello, toda regulación incide, limitándola, sobre la libertad de empresa. Pero no es menos claro que resultaría inconsecuente que una sociedad -nacional o supranacional optara por el mercado y permitiera luego que el funcionamiento del mismo no tuviese realidad, o resultase desvirtuado por cualquier mecanismo que las empresas - libres - fuesen capaces de imaginar. Por lo tanto, los intereses generales justificarían así una primera modelización del comportamiento empresarial, exigiendo de éste que adopte «formas de competencia», aunque para ello sea precisc introducir limitaciones al principio de libertad de empresa, el cual, por ese mismo hecho y quizá paradójicamente, resultará así mejor protegido (15).

Una vez que las normas del «derecho de la competencia libre» han exigido de la conducta empresarial su configuración como conducta «de competencia». aparece en el plano lógico una segunda posibilidad de juicio de licitud, relativo a la conformidad de aguélla con un modelo de comportamiento empresarial -si se quiere, un segundo modeloque constituye el objeto de atención propio de la disciplina de la «competencia desleal», en cuya consideración no podemos obviamente entrar aqui, si bien las implicaciones para nuestro estudio serían de gran interés (16).

2. El modelo básico: lo prohibido y lo permitido

Acuerdos horizontales y verticales, y prácticas concertadas

El artículo 65 del Tratado de Paris (CECA) prohibe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tiendan, directa o indirectamente, a impedir, restringir o falsear el normal juego de la competencia en el mercado común (17). El apartado segundo del artículo citado permite a la Comisión (18) autorizar acuerdos de especialización, o de compra o venta en común, siempre que reúnan simultáneamente las siguientes condiciones: primera, que contribuyan a una mejora notable de la producción o distribución de los productos: segunda, que sean esenciales y adecuados para conseguir aquel objetivo, y tercera, que no concedan a las empresas partícipes

el poder de determinar el precio, o controlar o limitar la producción o la salida al mercado de una parte sustancial del producto en cuestión.

En el Tratado CEE, el artículo 85.1, con una redacción muy semejante, establece la prohibición de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociación de empresas, y las prácticas concertadas que, cumulativamente, puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, y tengan por objeto o por efecto limitar (impedir, restringir, falsear) el juego de la competencia en el interior del mercado común.

Como hemos apuntado ya, el tenor de esta norma —salvo en lo que se refiere a la prohibición de los «acuerdos», y no de las prácticas surgidas de aquéllos, y salvo el aspecto «afectación del comercio»— coincide básicamente con el del artículo 1.º de nuestra Ley 110/63. Debe interesarnos, no obstante, insistir sobre algunos aspectos conceptuales que han sido desarrollados y precisados en la aplicación de la norma por los órganos comunitarios.

Empresa. Por lo que se refiere a la noción de empresa, la jurisprudencia ha evolucionado desde una consideración de la misma basada en criterios jurídico-formales, a otra más funcional, de raíces germánicas, según la cual se considera «empresa» a toda persona que, participando independientemente en la vida económica, realiza una actividad dirigida al tráfico de bienes y servicios (19).

Un caso especial, que ha dado lugar a amplios desarrollos en la doctrina y la jurisprudencia, es el de los «grupos de empresas» como destinatarios de la prohibición. Después de algunas afirmaciones en sentido contrario, la tesis ya generalmente admitida tanto por la Comisión como por el Tribunal es que matriz y filiales forman «una unidad» a efectos de la aplicación de las reglas de competencia, con la doble consecuencia de que si, por un lado, la prohibición no se aplica a los acuerdos adoptados en el seno de la unidad, por otro, puede declararse a la matriz responsable de la conducta de sus filiales (20).

Concertación. Por lo que se refiere a los supuestos obieto de prohibición, la enumeración efectuada por el artículo 85.1 no difiere sustancialmente de la del artículo 1.º de nuestra Ley 110/ 1963 - siempre con la salvedad de que en éste son las prácticas lo que queda prohibido, y no los convenios-. Sin entrar a delimitar el alcance de las nociones de «acuerdos», «decisiones» v «prácticas concertadas» (21). convendrá no obstante señalar que la mención de estas últimas ha servido para perseguir restricciones que no encontraban encaje en las otras dos figuras, entendiendo que el elemento «concierto de voluntades» -acreditable incluso por los meros resultados materiales restrictivos manifestados en el mercado- es el determinante para incurrir en la prohibición del artículo 85.1.

«Afectación» del comercio. Tal y como ha quedado reseñado más arriba, una de las condiciones necesarias de aplicabilidad del artículo 85 es la de que la colusión sea capaz de afectar al comercio entre los Estados miembros. A este respecto es importante destacar que, de acuerdo con reiterada interpretación del Tribunal y de la Comisión, ni es necesario que los

acuerdos, decisiones o prácticas se refieran al comercio exterior exportación o importación en su sentido material --, ni es preciso que la «afectación» sea efectiva o real, bastando con que se presente como meramente «potencial». Incluso cuando el ámbito de aplicación de las concertaciones se circunscribe al interior de las fronteras de un Estado. pueden caer aquéllas bajo las prohibiciones si tienen consecuencias sobre el comercio en el mercado común (22). Resulta innecesario resaltar la enorme trascendencia práctica de estas interpretaciones, que permiten superar la impresión primaria de que el Derecho comunitario de competencia actuará únicamente sobre los acuerdos o relaciones comerciales de quienes se dedican a traspasar las fronteras físicas del mercado interior (23).

Sensibilidad. Por último, y sobre la segunda condición básica de aplicación del artículo 85.1, es decir, que cualquiera de las formas de concertación tenga por finalidad o efecto restringir la libre competencia en el interior del mercado común, la práctica comunitaria exige que tal restricción sea «sensible». Al objeto de paliar la inseguridad que la falta de definición de este concepto pudiera suponer para las empresas, la Comisión publicó ya en 27-5-1970 una comunicación (comunicación «sobre las bagatelas», sustituida posteriormente por la de 19-12-1977), relativa a los denominados «acuerdos de importancia menor», a los cuales, siempre que reúnan las condiciones previstas, no se les aplicará el artículo 85.1 (24).

Pero donde el sentido pragmático y el deseo de hacer flexible a la norma — ni siguiera la competencia es por sí misma y por sí sola un valor absolutose manifiesta más claramente, incluso en el plano positivo, es en las previsiones del propio artículo 85, párrafo tercero, a tenor del cual la prohibición establecida por el primer párrafo «puede ser declarada inaplicable» a ciertos acuerdos, decisiones o prácticas en que concurran simultáneamente una serie de condiciones «positivas» (que contribuyan a mejorar la producción o la distribución, o a promover el progreso técnico o económico; que reserven a los usuarios una parte equitativa del beneficio resultante) v se verifiquen otra serie de condiciones «negativas» (que no incluyan restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos del acuerdo; que no den a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos en cuestión). Las excepciones, concedidas por la Comisión (25) a título individual, previa notificación de los acuerdos por los interesados, presuponen la anterior concurrencia de prohibición en aquéllos, a diferencia por tanto de las «certificaciones negativas» del artículo 2.º del Reglamento 17, que se refieren a acuerdos que no merecen la intervención de la Comisión por no reunir, tal y como se deduce de su examen a la luz de la información aportada, las condiciones mínimas de aplicación del artículo 85.1.

No obstante, la imposibilidad material de resolver en cada caso sobre el aluvión de acuerdos que trataron de pasar por las estrechas ventanillas de la Comisión en solicitud de autorización o de certificación negativa—a pesar de que el propio Re-

glamento 17 adoptó la cautela de eximir de la obligación de notificación a determinados acuerdos considerados a priori menos trascendentes o nocivos, relacionados en su artículo 4, párrafo 2-, movió al Consejo a facultar a aquélla (26) para que, mediante los oportunos reglamentos dictados al efecto, pudiera declarar la inaplicabilidad del artículo 85.1 a ciertas categorías de acuerdos y prácticas concertadas, que quedarían así excluidos, en bloque, de la prohibición general. Surgen de este modo los denominados «reglamentos de exención por categorías», mediante los cuales la Comisión ha ido definiendo su postura de principio en relación con acuerdos como los de distribución y compra exclusivas, de licencia de patentes, de distribución de vehículos de motor, de especialización, y de investigación y desarrollo (27).

No cabe olvidar el papel jugado en este proceso de «toma de postura» por las instituciones comunitarias - de modelización del comportamiento- por otros actos de derecho derivado y, muy particularmente, por las «comunicaciones» de la Comisión. usualmente consideradas como los instrumentos de interpretación, por parte de aquélla, del alcance de las prohibiciones en relación con determinados tipos de concertaciones. Si bien no puede excluirse que la Comisión llegue a variar su «doctrina» expresada en una comunicación particular, en tanto que no lo haga — «claramente y por la misma vía», como señala Waelbroeck- no podrá proceder contra aquellas empresas que, fiándose de la interpretación «vigente», hubieran actuado en contra de la prohibición del artículo 85.1.

Como consecuencia de todo lo anterior, se podría afirmar, en principio y recurriendo a cierta simplificación, que una concertación entre empresas se hallará prohibida (28) - como contraria a las reglas CEE - cuando, concurriendo en ella los presupuestos de aplicación del artículo 85.1 restricción de la competencia y afectación del comercio, principalmente-, no se den simultáneamente los requisitos exigidos por un reglamento de exención por categorías, o las condiciones que, como presupuestos de permisividad, la Comisión hubiera hecho figurar en una de sus comunicaciones; y siempre, claro está, a reserva del resultado de una eventual contemplación particularizada del caso en busca del beneficio de la excepción prevista por el número 3 del artículo 85.

La Ley española 110/63 contiene, en su artículo 5.º, sobre «prácticas exceptuables», unas previsiones y un mecanismo semejantes a los del artículo 85.3 CEE considerado, si bien con la diferencia esencial de que tal norma prevé únicamente las excepciones «individuales». La doctrina ha señalado las dificultades de aplicación práctica que ello supone (29), así como la incongruencia en que la norma incurre al estar construida en relación con el artículo 1.º de la Ley que únicamente prohíbe «prácticas»-, siendo así que lo que en el artículo 5.º se contempla como exceptuable son los «acuerdos», que, en puridad, nunca habrían estado prohibidos.

 Explotación abusiva de la posición de dominio: el control del poder de mercado en el aspecto «comportamiento»

El artículo 86 del Tratado de Roma prohíbe, «en la medida en que sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo». La prohibición se dirige, pues, no contra la adquisición, sino contra la utilización abusiva de una posición de dominio. En esto se diferencia el ordenamiento comunitario de determinados derechos nacionales, dotados de instrumentos de control de las concentraciones. No obstante, y como se ha señalado por la doctrina, los distintos criterios normalmente utilizados para justificar el sometimiento de la «posición de dominio» a disposiciones legales específicas, se encuentran de uno u otro modo en el espíritu de la norma comunitaria, y deben ser utilizados, en cada caso, para una correcta interpretación y aplicación de la misma (30). Entre ellos figuran, principalmente, la «posición» de la empresa en el mercado (estructura del mercado), los «efectos» del comportamiento empresarial en el mercado (resultados o «performance»), y la «conducta» misma de la empresa en relación con los demás agentes (criterio del comportamiento). En el artículo comentado, por otra parte, aparecen -además de la «afectación» del comercio- tres elementos que conviene analizar breve y separadamente:

a) La posición dominante en el mercado: A falta de una definición legal, la práctica comunitaria ha utilizado diferentes criterios para evaluar la existencia de una posición dominante. De un lado, y siguiendo un punto de vista predominantemente estructuralista, se ha atendido a distintos indicadores, como la cuota de participación en el mercado de la empresa en cuestión, así como a la propia configuración de éste (número y tamaño de las empresas participes, posibilidades de acceso al mismo, etc.). Por otro lado, y atendiendo en este caso al comportamiento, se ha caracterizado la posición dominante por la posibilidad de actuar independientemente en el mercado, eierciendo, por otra parte, una influencia notable en el comportamiento de las demás empresas. No es necesaria, según esta interpretación, la existencia de un monopolio, sino que es posible detentar una posición dominante en un mercado en el que, siguiera parcialmente, subsiste la competencia (31).

b) La delimitación del mercado: La posición dominante se ejerce en un determinado mercado («el mercado común o una parte sustancial del mismo», según la expresión del artículo 86). La delimitación de este concepto («relevant market» en la terminología anglosajona) ha sido también objeto de amplia discusión doctrinal. Básicamente son dos los criterios utilizados: el «criterio geográfico» y el «criterio de los productos». En relación con el primero, se ha discutido si la referencia citada del artículo 86 presupone un ámbito territorial que exceda de las fronteras de un solo Estado. No parece que éste sea el caso, sino que, como ha puesto de relieve la doctrina (32) y la jurisprudencia del TJE, el criterio geográfico de delimitación tiende a confundirse con la afectación del comercio

entre los Estados miembros, de tal modo que, dándose ésta, resulta irrevelante el ámbito geográfico a considerar, si bien, al menos en el caso extremo, sólo si éste tiene cierta entidad se producirá la afectación que exige la norma para su aplicación.

En cuanto al criterio de los productos, la dificultad reside en determinar en cada caso la relación del producto en cuestión con los demás productos de utilidad o aplicaciones similares. En el conocido caso Continental Can (33) el Tribunal de Justicia Europeo consideró que «para poder ser considerados como constitutivos de un mercado distinto, los productos en cuestión deben individualizarse no sólo por el simple hecho de su utilización..., sino además por las características particulares de producción que les hagan específicamente adaptados a determinado uso».

Se trataba, éste último, de un aspecto no considerado por la Comisión en su decisión. En general, cabe decir que los órganos comunitarios han tendido a superar la dificultad teórica de delimitación del mercado relevante considerando en cada caso los aspectos más significativos del mismo, con un enfoque eminentemente práctico. Sin embargo, la dificultad de delimitación de las condiciones de aplicación del supuesto legal puede ser una de las causas de la relativamente reducida utilización del artículo 86, comparada con la del 85. En la doctrina se estima necesaria la consideración combinada de los distintos criterios para una meior delimitación del mercado en cuestión (34).

c) La explotación «abusiva» de la posición dominante: Al igual que sucedía con las nociones anteriores, tampoco ésta se halla definida en el Tratado. Sin embargo, la lista de ejemplos que contiene el mismo artículo 86 supone una importante guía de interpretación. La Comisión ha dejado claro que el abuso se configura «de forma objetiva», existiendo desde el momento en que el comportamiento de las empresas contravenga los fines del Tratado. El criterio generalmente aceptado es el de considerar abusivo el comportamiento de una empresa en posición de dominio que utiliza ésta para obtener ventajas que no lograría en presencia de competencia efectiva (35).

Dejando apuntadas las líneas maestras del sistema normativo básico, en la forma somera en que se ha hecho, convendrá retener la idea rectora de que, como consecuencia de la adhesión. la empresa española se verá sometida a una determinada disciplina comunitaria de conducta, tendente a proteger tanto la presencia efectiva de las unidades económicas en el mercado y en cualquier parte del mismo -la «concurrencia», según el significado estricto de este término en nuestro idioma - . cuanto una específica «forma de presencia», que reviste justamente «formas de competencia» de acuerdo con un modelo interpretado y configurado progresivamente por las instituciones comunitarias.

Si para casi nadie será una sorpresa la represión efectiva de prácticas como la fijación concertada de precios, o el reparto de mercados, por citar sólo algunas de las más clásicas —y al menos en lo que se refiere a sus modalidades más burdas o vergonzantes—, por el contrario, cuando nos encontramos, por ejemplo, en el campo mucho más sutil de la valoración de determinadas cláusulas contractuales en el conjunto de pactos que conforman los distintos sistemas de distribución, no cabe duda de que las novedades van a ser importantes para la empresa española. Con algunas de ellas comenzaremos la parte quinta de este trabajo.

IV. LOS COMPROMISOS DEL ESTADO

Además de las obligaciones genéricas, positivas o negativas, a que todo Estado miembro queda sujeto por su condición de tal -como por ejemplo las del artículo 5 del Tratado CEE, tendentes a asegurar la realización de los obietivos del mismo-, v al lado de otras más específicas, como la de coordinación de políticas, igualmente recogida en el Tratado —artículo 6.1—, o directamente referidas al caso que nos ocupa, como las de colaboración, participación en comités, realización de verificaciones por cuenta de la Comisión..., etcétera, en las que por su carácter predominantemente administrativo no vamos a entrar, las reglas de competencia suponen igualmente para los Estados un instrumento de disciplina de su actuación en relación - más o menos inmediata- con las empresas. Dos grandes grupos de cuestiones pueden distinguirse aquí:

Empresas públicas y monopolios de carácter comercial

El artículo 222 del Tratado CEE establece que éste no prejuzga el régimen de propiedad —pú-

blica o privada— en los Estados miembros. El reverso de esa falta de «prejuicios» es que, por otro lado, en su articulado en general —y en las reglas de competencia, en particular— no distingue entre empresas públicas y privadas, aplicándose indistintamente a todas ellas.

Existen, no obstante, dos artículos referidos especialmente a las empresas públicas: el 37.1. sobre monopolios de carácter comercial, y el 90, incluido en las reglas de competencia. Este último, además de reafirmar que tales reglas se aplican a las «empresas públicas» y a las demás a las que se reconozcan «derechos especiales o exclusivos», impone a los Estados la obligación de no adoptar en relación con estas empresas ninguna medida contraria a las reglas del Tratado, si bien, y tal como se precisa en seguida, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o que tengan carácter de monopolio fiscal, sólo quedarán sujetas a aquellas reglas en la medida en que tal sometimiento no obste al cumplimiento de la misión específica que tengan encomendada, y siempre que el régimen de intercambios no resulte perjudicado en forma contraria a los intereses de la Comunidad. A pesar de los amplios poderes concedidos a la Comisión por el párrafo tercero del mismo artículo 90, en relación con la observancia de las disposiciones mencionadas. la utilización que se ha hecho de los mismos ha sido muy reducida hasta épocas recientes.

Sin embargo, parece detectarse últimamente un cambio de tendencia, cuyo origen puede buscarse en la directiva de 26-6-80 (JO n.º L 195 de 29-7). La directiva tiene por objeto me-

jorar el grado de información de la Comisión respecto a las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas, obligando, al mismo tiempo, a aquéllos a que mejoren la transparencia y claridad de esas relaciones. En definitiva, y como se reconoce en el preámbulo de la directiva, se trata de tener mejor información sobre el grado de cumplimiento. por parte de los Estados en relación con las empresas públicas. de la disciplina que imponen los artículos 92 a 94 del Tratado. La directiva fue recurrida ante el Tribunal de Justicia por tres países (Francia, Italia y Reino Unido), confirmando aquél no sólo que la Comisión estaba legalmente capacitada para adoptarla, sino que el contenido propiamente dicho de la misma es conforme con el Tratado (36).

Una vez resueltas las dudas jurídicas planteadas sobre la legalidad de la directiva, la Comisión ha procedido (37) a una primera aplicación de la misma solicitando a los países miembros información sobre la contabilidad anual para los tres últimos ejercicios de las empresas públicas pertenecientes a cinco sectores seleccionados (automóvil. fibras sintéticas, maquinaria textil, astilleros y tabacos). Como ha señalado la Comisión (38), su «acción en materia de empresas públicas no se limita a asegurar que los Estados miembros respeten las disposiciones del Tratado CEE referentes a las ayudas. Vela igualmente por que las disposiciones del Tratado sean respetadas por las empresas públicas, a saber, no sólo las que afectan directamente a todas las empresas, como los artículos 85 y siguientes, sino también las disposiciones que se refieren a los Estados miembros, y especialmente el artículo 30» (prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y toda medida de efecto equivalente).

Si, por lo que se refiere a los monopolios fiscales, el artículo 90 citado configura una situación relativamente flexible — sumisión a las reglas sin perjuicio del cumplimiento de la misión particular que tengan encomendada—, en cuanto a los monopolios comerciales, el artículo 37 implica el compromiso inmediato de adaptar su estructura de modo que desaparezca toda discriminación por razón de la nacionalidad, en las condiciones de aprovisionamiento o suministro.

La consideración conjunta de ambos artículos en su aplicación a los monopolios españoles de tabacos y petróleos (39) supone que, en la forma y con los plazos previstos en el Tratado de adhesión (art. 48), los monopolios actuales podrán subsistir, adaptando su estructura para garantizar la libre circulación de productos entre los Estados miembros (libertad de importación y exportación, y de comercialización al por mayor) y la no discriminación entre productos o personas por razón de la nacionalidad (igualdad en las condiciones de acceso al mercado).

Los problemas que tales procesos de adaptación pueden tener han quedado de manifiesto en los casos francés, italiano o griego, donde las negociaciones entre Comisión y Estados afectados han progresado siempre con grandes dificultades y con intervención en varias ocasiones del Tribunal de Justicia (40). Por ello, resulta difícil hacer predicciones sobre el caso español. Las medidas ya adoptadas (41) o en curso de aprobación (42) deberán completarse a nivel reglamentario para asegurar el respeto a los principios del Tratado mencionados.

2. Las ayudas de Estado

A diferencia del Tratado CECA. cuyo artículo 4 c) prohíbe sin reservas las subvenciones o ayudadas acordadas por los Estados, el Tratado CEE prevé, en sus artículos 92 y 94, un sistema de control de las ayudas estatales más flexible, dirigido a evitar o suprimir las ayudas que puedan falsear las condiciones de competencia en el mercado común y perjudiquen los intercambios entre los Estados miembros. Si bien, pues, se prescinde de la prohibición de principio, por otro lado se establece un sistema de control permanente por parte de la Comisión de todo tipo de ayudas, concediendo a ésta amplios poderes para conseguir la supresión de las que se juzguen «incompatibles» de acuerdo con el artículo 92.1.

Como es sabido, junto a la clasificación «legal» de las ayudas de Estado (las incompatibles con el mercado común, las compatibles de pleno derecho, y las que pueden ser consideradas compatibles) contenida en el artículo 92 CEE, está la que ha venido utilizándose tradicionalmente, que distingue entre: a) las «avudas regionales», respecto a las que la Comisión ha tratado de establecer unos principios de coordinación que permitan evaluar su compatibilidad con las reglas del Tratado (43); b) las «ayudas sectoriales», a las que nos referiremos en otro lugar, al considerar el problema de las relaciones entre la política de competencia y la crisis económica, v c) las «ayudas generales», entre las que se cuentan las ayudas a la exportación, a empresas en dificultades, al empleo, a las pequeñas y medianas empresas, a la preservación del medio ambiente..., entre otras. Nos limitaremos en este trabajo a referir algunos puntos sobre los que la Comisión ha llamado recientemente la atención, y que podrían resultar de especial interés para nuestro país:

- En primer lugar, los riesgos inherentes a las cada vez más frecuentes intervenciones de los Estados para salvar a empresas en dificultades. Se trata no sólo de analizar críticamente la oportunidad de cada intervención, sino de clarificar cuál debe ser el grado de reestructuración exigible para poder considerar justificada la ayuda.
- En segundo lugar, el incumplimiento por parte de los Estados de su obligación de notificar (y, además, en tiempo útil) a la Comisión la concesión de cualquier tipo de ayuda a las empresas. Este problema ha sido obieto de dos comunicaciones recientes (44), en la segunda de las cuales se previene que la concesión de una ayuda sin la notificación previa a la Comisión puede dar lugar a que por ésta se exija su devolución. En la práctica, la Comisión ha actuado va en este sentido en varios casos en los dos últimos años.
- Por último, la diversificación de los poderes públicos con capacidad de intervención activa en materia de ayudas, lo que dificulta la posibilidad de conocer y valorar el abanico de ayudas existentes. En relación con este punto, y por lo que se refiere a nuestro país, la próxima entrada en vigor de la Ley de incentivos regionales supondrá un importante paso en orden a la clarificación, siquiera parcial, de la situación en España.

V. POLITICA DE COMPETENCIA EN RELACION CON PROBLEMAS O SECTORES DETERMINADOS

No siéndonos posible acometer en este trabajo la tarea de considerar ordenadamente el alcance y límites prácticos de las prohibiciones y demás normas y obligaciones derivadas del sistema comunitario de defensa de la competencia, hemos optado por centrar la atención en la política seguida en relación con determinados fenómenos cuva contemplación, a la luz de los principios expuestos hasta ahora, juzgamos más interesante o trascendente. Como se verá, cada uno de ellos requeriría, en puridad, un estudio invidualizado y elaborado por especialistas en la materia (45).

Política de competencia y distribución.
 La «competencia externa»

Una primera conclusión a destacar en este punto, de la mayor importancia y trascendencia práctica para nuestras empresas, es que los acuerdos a que se refiere el artículo 85.1 son tanto los de carácter horizontal como los de carácter «vertical».

Las dudas iniciales sobre si estos últimos sólo serían objeto de prohibición cuando constituyeran una conducta abusiva de empresas con posición de dominio en el mercado (perseguible por tanto con base en el artículo 86 CEE), se disiparon pronto, cuando el Tribunal de

Justicia rechazó el recurso del gobierno italiano contra el reglamento del Consejo n.º 19/65, el cual presuponía la aplicación del artículo 85 a los contratos de distribución exclusiva (46). La conclusión básica que se puede extraer es que la prohibición del artículo 85.1 no se refiere únicamente a aquellos acuerdos por los que empresas «competidoras» limitan su recíproca competencia - el típico acuerdo horizontal-, sino también a aquellos otros que se concluyen entre empresas que se encuentran en distintos escalones de la producción o la distribución, y por efecto de los cuales se restringe la competencia entre una de las firmantes y empresas terceras acuerdos de aprovisionamiento exclusivo, distribución exclusiva, precios de reventa impuestos, prestaciones vinculadas..., etcétera. Puede suceder, por tanto, que quede prohibido un acuerdo que, no restringiendo la competencia entre las partes. ejerza no obstante sus efectos restrictivos sobre la capacidad de competencia - la libertad de acción v de elección - de terceros que no han tomado parte en aquél (47).

Decimos que el enfoque comentado es muy importante para la empresa española, pues la práctica del servicio de defensa de la competencia -y las subsiguientes resoluciones del Tribunal - han venido presentando un «vicio» de interpretación muy semejante al del gobierno italiano que queda reseñado, por virtud del cual se ha considerado que no podían ser atacadas aquellas prácticas como selección de revendedores. o imposición de precios de reventa, si no surgían de una posición de dominio en el mercado, lo que, junto con la estrecha

interpretación que de la concurrencia de este requisito ha hecho siempre el Tribunal, ha originado que acuerdos «tipo» en la Comunidad —especialmente las modalidades de distribución selectiva o exclusiva— hayan quedado sistemáticamente fuera de control en nuestro país (48).

Nos referiremos aquí a las modalidades de distribución «selectiva» y «exclusiva», en la práctica comunitaria, para comentar a continuación algunos rasgos de la «discriminación» y los sistemas de «precios impuestos».

a) Distribución selectiva. El núcleo del problema es la determinación de los criterios con que un fabricante -o mayorista, normalmente siguiendo instrucciones del anterior - podrá legítimamente efectuar una selección entre todos los revendedores potenciales del producto en cuestión, escogiendo solamente a algunos de entre todos ellos y rechazando al resto. Tal selección se presenta con generalidad en la distribución de productos de marca, con precio relativamente alto, para cuya venta o reparación se requieren o aconseian conocimientos específicos -automóviles, electrodomésticos, productos fotográficos, artículos de alta perfumería...

La política seguida por la Comisión frente a este sistema de selección de distribuidores es variable, dependiendo precisamente de los criterios empleados por los fabricantes, que marcan a su vez la intensidad de la restricción impuesta en cada caso a la libertad de competencia. Así, la adopción de criterios «cualitativos» de selección, como niveles mínimos de cualificación profesional o idoneidad de los establecimientos de venta, se entenderá que no cae bajo

la prohibición del artículo 85.1 siempre que el acceso a la red de venta permanezca potencialmente abierto, esto es, cuando los requisitos exigidos adopten la forma de condiciones «objetivas v uniformes» - se establezcan frente a todos los posibles revendedores, y se apliquen de manera no discriminatoria-, según el principio sentado por la Comisión en decisiones como la «Kodak» (JO n.º L 147, de 7-7-70), la «Omega» (JO número L 242, de 5-11-70) o la «Junghans» (JO n.º L 30, de 2-2-77), y que ha sido además confirmado por el Tribunal de Justicia en el caso «Metro» (asunto 26-1976).

Sí caerían bajo la prohibición del artículo 85.1, por el contrario, otros sistemas de selección en que se emplearan criterios más restrictivos, como el de supeditar la concesión de la categoría de distribuidor, o «vendedor autorizado», a la asunción, por quienes hubieran superado la prueba de la cualificación, de otras obligaciones suplementarias, como promoción de ventas, compromisos de compras mínimas en fechas determinadas mantenimiento de un stock dado, logro de un mínimo volumen de venta, etc. O aún otro criterio consistente en, sobre una base meramente «cuantitativa», escoger únicamente a algunos de los distribuidores que hubieran pasado la prueba de la selección cualitativa y estuvieran además dispuestos a aceptar aquellas obligaciones suplementarias. En cualquiera de estos casos el obstáculo de la prohibición de principio habrá de ser superado por la vía de solicitud de la excepción del artículo 85.3 por parte de la Comisión, la cual considerará tal posibilidad únicamente cuando existan indicios

de que los fines perseguidos con la imposisión de las obligaciones adicionales no serían alcanzables sin éstas. En el caso Saba, en particular, la Comisión indicó los «límites máximos» de restricción tolerables para poder conceder la excepción del artículo 85.3, suponiendo consiguientemente esta decisión (JO número L 28, 3-2-76) una importante guía para que otras empresas del sector establezcan sus propios sistemas de distribución, ahora ya «modelizados».

b) Distribución y compra exclusivas. Haciendo uso de la autorización conferida por el reglamento del Consejo n,º 19/65, la Comisión elaboró el reglamento N.º 67/67, de 22 de marzo, que, tras quince años de vigencia, ha sido sustituido por los reglamentos n.º 1.983/83 y número 1.984/83, sobre distribución y compra exclusivas, respectivamente.

Con relación al reglamento anterior ha desaparecido la expresa exclusión de la exención, contenida en el artículo 1.2 del reglamento 67/67 y criticada por la doctrina (49), de aquellos acuerdos en que participen empresas de un solo Estado miembro y que se refieran a la reventa de un producto en ese mismo Estado. Quiere esto decir que este tipo de acuerdos, en el caso de que caigan dentro de la prohibición del artículo 85.1 (afectación del comercio entre los Estados miembros, restricción sensible de la competencia), son susceptibles de exención por los reglamentos 1.983/83 y 1.984/ 83, respectivamente.

La idea que preside la política de la Comisión en materia de distribución exclusiva es la de incluir en el ámbito de la inaplicabilidad de la prohibición del artículo 85.1 las denominadas «exclusivas abiertas», por contraposición a las «exclusivas cerradas», es decir, aquellas que otorgan al revendedor una protección territorial absoluta, que siempre han sido decididamente combatidas por los órganos comunitarios.

En esta línea se encuentran las disposiciones del reglamento que excluyen de la exención los acuerdos que conducen a la compartimentación del Mercado Común: acuerdos recíprocos entre fabricantes, acuerdos no recíprocos entre fabricantes de gran dimensión (en ambos reglamentos); o se dan, en el caso de la distribución, circunstancias o conductas que surten el mismo efecto: no existencia en la zona de fuentes de aprovisionamiento distintas del concesionario: utilización, por los participes en el acuerdo, de derechos de propiedad industrial o de otro tipo o adopción de medidas (por ejemplo, iniciación de procedimientos de competencia desleal) exclusivamente dirigidos a dificultar las importaciones paralelas.

La Comisión se reserva, en todo caso, la posibilidad de retirar el beneficio de la exención si en la práctica el contrato de exclusiva conduce a una monopolización de la actividad, dificulta el acceso de competidores o deriva en un abuso, por parte del concesionario exclusivo o del fabricante, en su caso, en el ejercicio de su actividad frente a otros distribuidores o a los consumidores.

El reglamento 1.984/83 contiene disposiciones específicas referentes a la exclusiva de compra en el sector cervecero y de distribución de gasolinas. Por lo que se refiere a este último, la

aplicación en España se enmarca en el proceso de adaptación del monopolio de petróleos, actualmente en marcha. El distinto régimen de propiedad de las gasolineras existentes condicionará la posibilidad de acogerse a los diferentes plazos previstos en el reglamento. En todo caso, la posibilidad de inclusión en el régimen de excepción por categorías dependerá de la configuración que presente el nuevo sistema y del cumplimiento de las condiciones previstas en el reglamento.

c) La discriminación. Respecto a la discriminación en precios, existe una prohibición en el artículo 60.1 del Tratado CECA. Tal norma tiene un carácter distinto a la contenida en el artículo 85 de la CEE, por cuanto aquélla va dirigida a cualquier vendedor individual, mientras que en el marco del artículo 85 presupone la existencia de un acuerdo, si bien éste puede ser de carácter horizontal o vertical. Sin embargo, la aplicación que la Comisión viene haciendo de este artículo hace coincidir parcialmente el sentido de ambas normas al prohibir las discriminaciones (incluso las practicadas por una sola empresa) no sólo basadas en la nacionalidad (en virtud del artículo 7 del Tratado), sino las que se basan en el lugar del establecimiento del partner comercial (50).

Si bien es cierto que la prohibición se aplica solamente en el caso de que la discriminación se produzca en presencia de prestaciones equivalentes, la Comisión tiende a interpretar este último término de forma congruente con el fin último de las reglas de competencia, es decir, la defensa de la libre circulación de mercancías. Así, los numerosos casos en que empresas

que, argumentando la existencia de condiciones de mercado diferentes o distintos costes de distribución, pretendían distinguir entre precios interiores y precios a la exportación, fueron resueltos por la Comisión en favor de la prohibición (51). Puede resultar asimismo de interés que constatemos cómo la práctica comunitaria de interdicción de la discriminación espacial en precios parece no ser congruente con determinados resultados de investigaciones recientes, que muestran cómo no es la uniformidad en los precios «francofábrica», sino en los precios de adquisición por el consumidor - que supone justamente la presencia de discriminación espacial-, la que procura un mayor nivel de producción, menores precios de adquisición, máximos beneficios empresariales y, en definitiva, mayores grados de bienestar, siendo precisamente la política seguida por las empresas en ausencia de legislación prohibiendo las prácticas discriminatorias (52).

Por lo que se refiere a la discriminación en el suministro (53), la Comisión ha condenado prácticas como las negativas de venta colusorias o «boicots». Se trata de una forma de discriminación extrema, también reprimida en nuestro país por el Tribunal de Defensa de la Competencia, utilizando el tipo legal provisto por el apartado b) del artículo 3.º de la Ley 110—acuerdos de limitación de la producción o de la distribución (54).

d) Precios de reventa impuestos. La imposición por el fabricante o distribuidor mayorista de límites — normalmente mínimos— a los precios practicados por el revendedor del producto en cuestión recorta la ca-

pacidad de competencia de éste, al privarle de la posibilidad de actuar sobre la variable «precio» con plena libertad v en función únicamente de su propia eficiencia. Existen, sin embargo, otras consideraciones, y entre ellas la que entiende que la fijación de algún tipo de norma o condición sobre los precios de reventa es una práctica legítima desde la perspectiva de la «defensa de la imagen de marca», que han conducido a que determinados países la admitan en sus legislaciones (55). La postura comunitaria al respecto podría sintetizarse diciendo que tolera la mencionada práctica, siempre que los acuerdos correspondientes - verticales u horizontales - no se refieran a los precios de productos similares importados, ni la im-, posición de los precios extienda sus efectos más allá de las fronteras del país considerado, condiciones ambas que han conducido en la práctica a la desaparición «de facto» del sistema, por efecto de las importaciones efectuadas a precios inferiores a los «mínimos» impuestos.

2. Política de competencia y propiedad industrial: las patentes

El reglamento n.º 2.349/84, de la Comisión, declara inaplicable la prohibición del artículo 85.1 a ciertas categorías de «acuerdos de licencia de patentes».

En primer lugar, conviene resaltar que el reglamento sólo se refiere a los acuerdos de licencias de patentes (o mixtos de patentes y *know-how* o marcas), y no a los referentes a cesión de otros derechos de propiedad industrial, ni a los específicos de marca (56) o knowhow, no acompañados de patentes. Por otro lado, se aplica sólo al campo de la fabricación y no al de la distribución (al que se refiere el reglamento 1.983/ 83 va mencionado).

El reglamento distingue entre:

- Obligaciones que no son normalmente restrictivas de la competencia (por tanto, acuerdos que no caen normalmente en el ámbito de prohibición del artículo 85.1) (artículo 2.º).
- Obligaciones que, siendo restrictivas, pueden acogerse al beneficio de la exención (art. 1.º).
- Obligaciones cuya existencia excluye el beneficio de la exención por categoría.

El criterio básico que los órganos comunitarios aplican para resolver el difícil problema de las relaciones entre los derechos de propiedad industrial (cuva legitimidad en el contexto de la libre circulación de mercancías se reconoce expresamente en el artículo 36 del Tratado) y el respeto de las reglas de competencia, es el de delimitar el objeto específico (57) y la función especial de ese derecho. prohibiendo el «ejercicio» del mismo que vaya más allá de tal función esencial o no se corresponda con ese objeto específico.

En el caso del reglamento que comentamos, las restricciones no susceptibles de exención lo son precisamente porque se considera que exceden del objeto específico de la patente. Destaquemos entre ellas las limitaciones que una parte pueda imponer a la otra en materia de precios o de cantidades a fabricar o comercializar.

Por último, debe señalarse que este reglamento, a diferencia de los que antes hemos considerado, prevé una posibilidad de exención por silencio positivo para aquellos acuerdos que se notifiquen y no cumplan las condiciones que para la exención por categoría contiene el reglamento.

La aplicación en España de este reglamento precisará de dos tipos de adaptaciones. La primera se refiere al cómputo del plazo contenido en el reglamento (cinco años) durante el cual se considera lícita la prohibición de exportación impuesta por el licenciante al licenciatario: plazo que en el caso normal cuenta a partir de la primera puesta en circulación del producto en el interior del mercado común. Al no existir en España la patentabilidad de determinados productos (químicos, farmacéuticos), el Tratado de Adhesión contiene una cláusula (art. 47) según la cual la prohibición de exportar desde España durará hasta tres años a partir de la fecha en que en España sea posible esa patente.

La segunda adaptación se refiere a los plazos de que dispondrán los participantes en un acuerdo de licencia que entre en el ámbito de aplicación del artículo 85 como consecuencia de la adhesión de España. Los efectos de la exención entrarán en vigor a partir de cuando el acuerdo cumpla las condiciones precisas para la exención, pero la retroactividad que se previó para los demás miembros, según la fecha de su adhesión, deberá también adoptarse para los acuerdos que se notifiquen y hasta tanto se cumplan las condiciones de la exención.

3. Política de competencia y concentraciones de empresas. El control del poder de mercado en el aspecto «estructura»

El Tratado CECA incorpora una norma que tiene su origen, sin duda, en el combinado de factores políticos y económicos resultantes de la II Guerra Mundial, y que supuso una importante novedad para el Derecho europeo. En efecto, el artículo 66 CECA establece un sistema de autorización previa para toda concentración de empresas en los sectores del carbón y del acero. La autorización se supedita a que la operación proyectada no otorque a los interesados el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en relación con una parte importante de los productos afectados, ni de eludir las reglas de competencia resultantes del Tratado. La Comisión no solamente ha venido autorizando por vía individual casi todas las operaciones que le han sido propuestas formalmente, sino que ha hecho uso además de la facultad de «exención por categorías» prevista en el apartado 3 del mismo artículo 66. La decisión número 2.495, de 20-10-1978, hoy vigente, que modificó la n.º 25/ 67 anterior (58), exceptúa de la obligación de autorización previa a un conjunto de operaciones de concentración particulares.

Por el contrario, y como es bien sabido, no existe entre las reglas del Tratado CEE una disposición paralela a la que hemos visto en el Tratado CECA. Sin embargo, la discusión teórica y de *lege ferenda* que se ha producido sobre la necesidad del control de las concentraciones a nivel comunitario ha sido muy amplia y rica en argumentaciones de uno y otro signo (59).

La Comisión mantuvo al principio una posición favorable al fenómeno de la concentración de empresas. Con el paso del tiempo, sin embargo, y ante la indudable importancia adquirida por los procesos de concentración en los distintos sectores de la economía, ha surgido la preocupación de los órganos comunitarios por la falta de idoneidad de los instrumentos jurídicos disponibles en el marco de la aplicación de las normas de competencia del Tratado.

Descartada desde el principio la idoneidad del artículo 85 como instrumento de control (60), los órganos comunitarios han considerado la utilidad limitada del artículo 86 a tales efectos. Así, en el caso Continental Can va aludido (61), Comisión y Tribunal de Justicia estimaron que constituía una «explotación abusiva» de posición dominante el hecho de que una empresa, que disfrutara ya de la misma, la reforzara hasta el punto de que el grado de poder de mercado obtenido restringiera sustancialmente la competencia.

No prohibiéndose en el Tratado CEE la posición dominante,
ni la constitución de ésta por
crecimiento interno, el empleo
del artículo 86 — control del
comportamiento — como instrumento de control de las estructuras, ha sido fuertemente criticado (62) y presenta, en todo
caso, graves limitaciones, como
es singularmente la de que se
requiera que la empresa cuyo
«abuso» se hace objeto de juicio,
disfrutara ya previamente de una
posición dominante. Se trata,

pues, de un control efectuado a posteriori sobre comportamientos cuyas deficiencias como instrumento del mantenimiento de la competencia efectiva, por medio de la supervivencia de unas estructuras competitivas, son manifiestas.

Por todo ello, la propuesta de reglamento del Consejo sobre el control de la concentración, presentada por la Comisión el 16-12-81 (JOCE n.º C 36, de 12-2-82) y posteriormente modificada (JO n.º C 51, de 23-2-84), toma como fundamentación, aparte del artículo 87 (facultades de desarrollo de los artículos 85 y 86), el artículo 235, referente a la adopción de las medidas necesarias para la realización de los objetivos esenciales del Mercado Común (en este caso, el indicado por el artículo 3 f) del Tratado: el mantenimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común).

La propuesta contiene un sistema distinto del previsto en el artículo 66 del Tratado CECA: no se establece la autorización previa de toda concentración. Más bien se propone declarar incompatible con el mercado común aquella concentración por la que una o varias empresas adquieran o refuercen, en el mercado común o en una parte sustancial de él, el poder de obstaculizar la competencia, y siempre que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. No se incluven en esta incompatibilidad las concentraciones en que las empresas partícipes no superen un determinado volumen de negocio, presumiéndose la compatibilidad si el volumen de productos o servicios en cuestión es inferior a un determinado porcentaje del total en la Comunidad. Se prevé igualmente un sistema de consultas con los Estados miembros, previo a cualquier toma de decisión.

Como se ha indicado, el debate sobre la necesidad del control previo de las concentraciones a nivel comunitario, que dura ya más de veinte años, no se puede dar por concluso.

Reconduciendo el problema al caso español, debemos decir, de entrada, que la Ley 110/63 no es una ley antimonopolio. La exposición de motivos de la misma explica así las razones de no pretender combatir a los monopolios, sino sólo vigilar sus actuaciones por si pudieran ser abusivas. «No se atenta contra la concentración económica, deseable por tantos conceptos en España, donde más del 90 por 100 de las empresas cuentan con cinco o menos empleados. debiendo el Estado favorecer los procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas». La Ley respondía, con esta postura, no sólo a las características estructurales de la economía española. donde predomina la mediana, pero, sobre todo, la pequeña industria, sino también a la tendencia predominante entonces en el Derecho comparado, en el que, a excepción del ya tradicional ejemplo americano, el principio de control ex ante de las concentraciones de poder económico era prácticamente desconocido.

La situación ha evolucionado a este respecto. En el Derecho comparado son varios los países que han introducido algún tipo de control previo de las concentraciones (Francia, Reino Unido, R. F. Alemana, Suecia, entre otros). Pero también en nuestro

derecho interno se han producido algunas novedades. Si la legislación más reciente en materia de fusiones de empresas (Lev 76/80, de 26 de diciembre) continúa en la línea de favorecer fiscalmente tales operaciones, siempre que no supongan restricción de la competencia y representen un beneficio para la economía nacional, las posibilidades administrativas de control previo, vía legislación de inversiones extranjeras, de las operaciones con participación de empresas no españolas (y que, dada la creciente internacionalización de la economía española, constituyen una parte cualitativamente importante del total de operaciones de concentración), se han ido reduciendo, hasta casi desaparecer en muchos sectores en el marco del proceso de liberalización a que se ha sometido a la economía española en los últimos años.

En resumen, si a nivel comunitario no se ha concretado aún el cómo v cuándo del control a priori de las concentraciones, en varios de los países miembros sí se han introducido los instrumentos legales necesarios para ese control. En España está por abrir el debate político y jurídico pertinente sobre si el sistema legal vigente responde a las necesidades actuales de nuestro país, o si, por el contrario, será preciso modificarlo en la línea seguida por los países europeos citados.

Política de competencia y recesión: los «cárteles de crisis»

La recesión económica, y todos los problemas que ésta lleva aparejados, podrían ser contemplados a la luz de la política

de competencia desde una perspectiva múltiple: En primer lugar está la cuestión genérica de las relaciones entre el fenómeno real de la crisis y aquella política que trata de desarrollar las condiciones que permitan una actuación plena del mercado. Como éste no opera a corto plazo únicamente en el sentido de favorecer la expansión y el pleno empleo, puede aparecer la tentación de hacer de la de competencia una política «de sentido único», a desarrollar en condiciones favorables de actividad, pero que hay que congelar en períodos de recesión, mitigando los efectos de ésta mediante intervenciones estatales de todo tipo. o permitiendo a las unidades económicas privadas la administración concertada de sus problemas -los llamados «cárteles de crisis». Con ello se privaría a los mecanismos de ajuste del propio mercado - sin duda riqurosos- de la posibilidad de actuar, y se convertiría a la «opción por el mercado» de la colectividad en cuestión en una decisión estrictamente hipócrita.

Las soluciones de compromiso que han hallado reflejo en ciertas legislaciones, o en las recomendaciones de algunos foros internacionales (63), reposan sobre las ideas de proporcionalidad y necesidad intrínseca de las medidas a adoptar, y temporalidad y carácter instrumental de la suavización -- en su casodel rigor en la aplicación de las leves contra las restricciones de la competencia, de modo que, acompañándose de algún tipo de plan de reconversión o ajuste, sirvan todas aquellas medidas, a modo de puente o paréntesis de respiro, para situar a empresas o sectores en posiciones estructurales más saneadas y competitivas.

En segundo lugar, y en cuanto a las específicas previsiones legales, así como en el Tratado CEE se observa únicamente una mención indirecta relativa a las ayudas «destinadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades», que pueden ser consideradas «compatibles» de acuerdo con el artículo 92.3 c), el Tratado CECA, por el contrario, contiene una serie de previsiones particulares sobre los «períodos de crisis manifesta» [artículos 58 y 61.1 b)].

En último lugar, por lo que se refiere a la práctica de la Comisión, habrá que distinguir entre la aplicación de las reglas de competencia a los «cárteles de crisis», y la política seguida en relación con las denominadas «ayudas sectoriales». Los cárteles de crisis podrían eventualmente ser autorizados en virtud del artículo 85.3, siempre que tengan por objeto la reducción de excesos de capacidad de naturaleza estructural, y a condición de que no contemplen fijaciones de precios ni de cuotas (64). En el ámbito CECA la política comunitaria se traduce en mantener el rigor en la aplicación de las prohibiciones de los artículos 65 y 66, abriendo no obstante la puerta de una relativa flexibilidad por la vía de la puesta en práctica, vigilada y condicionada por la Comisión, de las «medidas de crisis» a que nos hemos referido más arriba.

En cuanto a las «ayudas sectoriales», la Comisión remitió al Consejo el 28-5-1978 una comunicación en la que explicaba los criterios en que se inspiraría su política en la materia, y que podríamos resumir como sigue: a) las ayudas sectoriales deben limitarse a los casos en que la situación de las empresas afectadas las haga estrictamente ne-

cesarias; b) deben reponer la viabilidad a largo plazo de la industria afectada, resolviendo sus problemas estructurales en vez de tender a preservar el statu quo o a diferir cambios inevitables; c) sin embargo, y dado que lleva tiempo proceder a tales ajustes, es normal que se utilicen recursos para aliviar los costes sociales y económicos del cambio, en ciertas circunstancias y bajo condiciones estrictas; d) salvo que las ayudas se concedan para períodos relativamente cortos, deberán ser degresivas y claramente ligadas a la reestructuración del sector afectado; e) la intensidad de las mismas será proporcionada a la gravedad de los problemas, reduciéndose al mínimo las distorsiones en el juego de la competencia, v f) los problemas industriales y de paro no deben ser transferidos de un Estado miembro a otro. La Comisión se reserva, en cualquier caso, la facultad de emitir un juicio específico en cada supuesto concreto que se presente, sobre la base de los criterios expuestos. No obstante, en atención a la grave situación por la que atraviesan determinados sectores, el Conseio, o la Comisión, han elaborado orientaciones generales para algunos de aquéllos: construcción naval (5.ª directiva del Consejo, de 28-4-81, JO n.º L 137, de 23-5-81); textil (decisión de 1-1-77, JO n.º C 317, de 25-1-77); fibras sintéticas (65); siderurgia (resolución del Consejo 26/27, de 1981, y decisión del Consejo 2.320/81 CECA, JO n.º L 228, de 13-8-81)..., etcétera. Apoyándose en las respectivas orientaciones, la Comisión ha analizado en los últimos años los planes de ayudas de los distintos países, y adoptado las decisiones pertinentes.

Modalidades de aplicación. Los sectores excluidos

Cuestión distinta de las condiciones -los requisitos o presupuestos- de aplicación del Derecho comunitario de la competencia, es la de las modalidades de aplicación del mismo. En primer lugar, y respecto al sector agrícola, un artículo del propio Tratado, el 42, señala que «las disposiciones del capítulo relativo a las reglas de competencia no son aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas más que en la medida determinada por el Consejo...». De acuerdo con esta previsión, el Consejo dictó el reglamento n.º 26, de 4 de abril de 1962, que establece, en su primer artículo, la aplicabilidad de los artículos 85 a 90 (reglas aplicables a las empresas), y de las disposiciones dictadas en desarrollo de los mismos, a la producción y comercio de dichos productos agrícolas. Tal es la norma general, respecto a la cual, sin embargo, el artículo segundo establece inmediatamente una reserva: el artículo 85.1 CEE no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas, a) que formen parte de una organización nacional de mercado, o, b) que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado (esto es, los objetivos de la política agrícola común). A continuación se recoge en el mismo artículo segundo una inaplicabilidad específica del 85.1 a los acuerdos y prácticas que se refieran a la producción v venta de productos agrícolas, o al uso de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de los mismos, siempre que los sujetos pertenezcan a un solo Estado miembro, no se pongan en peligro —a juicio de la Comisión— los objetivos del artículo 39, y no se excluya la competencia.

En lo que se refiere al sector transportes, se observa que aunque el mismo es -al igual que el agrícola - objeto de una política común, no existe en el Tratado ninguna disposición que le excluya del ámbito de aplicación de las reglas de competencia. Tan sólo el artículo 75 contiene un mandato dirigido al Consejo para que éste, teniendo en cuenta las especiales características del sector, establezca reglas comunes sobre determinados transportes internacionales. En noviembre de 1962, el Consejo dictó el reglamento n.º 141 por el que, en virtud de las peculiaridades del sector, que podían aconsejar una reglamentación distinta de la establecida para otros sectores económicos en materia de competencia, se declaraba no aplicable el reglamento n.º 17 al mercado del transporte. A esta inaplicabilidad, sin embargo, se la sometía a un plazo (junio de 1968) en el subsector del transporte por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, al término del cual se dictó efectivamente el reglamento n.º 1.017/68, de aplicación de las reglas de competencia al mencionado subsector.

En cambio, como no se podía prever si se tomarían, y cuando, disposiciones apropiadas para regular el resto de las modalidades de transporte, o sea, la navegación marítima y la aérea, en estos casos la inaplicabilidad del reglamento n.º 17 —el reglamento de ámbito general— resultaba ilimitada. Que estos dos subsectores sean actualmente los únicos para los que el Con-

sejo no ha adoptado los pertinentes reglamentos de procedimiento (66) no significa, sin embargo, que por ese solo hecho escapen de la aplicación de las reglas de competencia directamente contenidas en el Tratado, aunque sí explica, quizás, el reducidísimo recurso que a esta posibilidad se ha hecho en la práctica.

Por lo que se refiere a la situación en nuestro país, habíamos dejado apuntado ya que, junto a las prácticas prohibidas y exceptuables, aparecían en la Ley 110/63 las prácticas «excluidas», como categoría genérica, y que podríamos ahora clasificar en tres apartados: a) las anteriores a la misma Ley 110 («situaciones» de restricción de la competencia expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal, según el artículo 4.º.1); b) las prácticas excluidas «por remisión» (aquéllas que establezca la Ley, de acuerdo con el artículo 4.º.3), y c/ los acuerdos, decisiones y prácticas de empresarios y asociaciones agrícolas, siempre que, según el artículo 4.º.4 (67), no incluyan la obligación de aplicar «un precio determinado».

Respecto a los dos primeros tipos de prácticas excluidas, cabe decir que la posición comunitaria de principio ante las prácticas de empresas que, suponiendo restricciones de la competencia, no tienen su origen en un acuerdo, sino que vienen impuestas o amparadas de algún modo por la autoridad pública lo que sería el supuesto recogido en los números 1 y 3 citados del artículo 4.º de nuestra Ley, salvando todas las dificultades de interpretación de esta oscura norma-, consiste en considerar que no caen bajo las

prohibiciones del artículo 85.1. debiendo ser contempladas, en su caso, a la luz de otras normas del Tratado, como los artículos 30 y siguientes, o 90, a su vez en relación con el artículo 5 del mismo texto (68). Convendría guizás añadir a estos artículos mencionados aquellos otros que se refieren a la disciplina de la actuación pública en relación con las empresas - esto es, los artículos 92 y siguientes sobre «avudas de Estado»-, después de observar determinados fenómenos recientes en el panorama legislativo español. Nos referimos a la utilización que se ha hecho de aquella facultad genérica de exclusión «indirecta» contenida en el artículo 4.º. 3 de nuestra Lev 110, con ocasión de la Lev 27/84, de 26 de julio, «sobre reconversión y reindustrialización». En efecto, su artículo 14 sitúa fuera del alcance de la prohibición contenida en el artículo 1.º del texto legal mencionado en primer término a «aquellas prácticas que, sin dar a los partícipes las posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la reconversión que se proyecta, y su duración no exceda de la fijada para la ejecución de esta última» (69).

Como se ve, pues, las prácticas que surjan en el seno de los «cárteles de crisis» en nuestro país merecen, en los términos del artículo citado, no el beneficio de la «excepción», sino lisa y llanamente el de la «exclusión», sin que se prevea intervención alguna de los órganos encargados de la defensa de la competencia para un estudio pormenorizado de cada supuesto individual que pudiera plantearse (70). A partir de la fecha de la adhesión, no obstante,

prácticas restrictivas como las que comentamos, en la medida en que han de enmarcarse en un proceso «oficial» de reconversión —pues de otro modo no actuaría el mecanismo de la exención previsto— quedarán sujetas a la disciplina comunitaria diseñada en relación con las denominadas «ayudas sectoriales» a que más arriba nos hemos referido.

Por último, señalemos que los estudiosos de la materia han denunciado la existencia, iunto a los sectores excluidos «formalmente», de otros sectores que parecen gozar de algún tipo de exclusión «de hecho», entre ellos, principalmente, los sectores bancarios y de seguros, de tal suerte que el servicio de defensa de la competencia aplica la Ley 110 «como si» en ésta se contuviera -- al igual que en las legislaciones de algunos otros Estados miembros - una exclusión de aquellos sectores que en la realidad de la norma no existe (71). Por su lado, la Comisión se mantiene firme en el principio de aplicabilidad general de las reglas de competencia del Tratado y de los reglamentos de ejecución, en tanto que no existan disposiciones particulares para los referidos sectores, u otros igualmente dotados de alguna peculiaridad notable (72), si bien no deja de reconocer la presencia de características diferenciales en ciertos acuerdos como aquellos surgidos en el sector bancario susceptibles de ser considerados «instrumentos de política monetaria» de los Estados, o que, de algún modo, sean significativos desde el punto de vista de tal política-, que les haría merecedores de una «atención especial».

VI. CONCLUSIONES

Por lo que se refiere a las empresas españolas, las consideraciones que anteceden podrían reducirse a una conclusión de carácter sintético: la adhesión a las Comunidades significará no solamente la entrada en un mercado único de superior ámbito geográfico - y por tanto la rivalidad de las empresas europeas, concurrentes ahora en el espacio económico en que ha de desarrollarse la actividad de captación y mantenimiento de la clientela-, sino asimismo, v de manera esencial, el sometimiento a un determinado modelo de conducta, diseñado normativa y jurisprudencialmente, de cuya contemplación reflexiva podríamos extraer una idea bastante fiel de lo que en Europa se piensa que debe ser el contenido, el alcance real de la libertad de competencia formalmente reconocida en las economías de mercado.

Tal «sometimiento», no obstante, no actuará únicamente en el sentido de imponer deberes determinados - genéricos o específicos-, sino también, y muy significativamente, en el de ofrecer instrumentos idóneos de defensa a las empresas perjudicadas por agresiones - principalmente horizontales, en el plano ciudadano-ciudadano- a su capacidad de competir, constituvendo en consecuencia una garantía real de libertad. Si el aspecto «modelización de la conducta» será previsiblemente el efecto predominante en relación con las empresas de tamaño relativamente grande -- con tecnología comercial avanzada, capaces de planear restricciones de competencia en busca de mayores márgenes de beneficio o en garantía del mantenimiento de sus mercados-, así como con las empresas «competenciaignorantes» - las más numerosas en nuestro país, donde el término «competencia» continúa teniendo un sentido vulgar peyoritario, y donde con frecuencia la competencia se restringe sin ser consciente de ello-, será por el contrario el efecto de garantía real el que con mayor intensidad se deie sentir sobre aquellas empresas que, privadas del disfrute de su plena capacidad de competencia, carecen actualmente de los medios formales v materiales de defensa efectiva.

- 2. En cuanto al sector público, y además de la disciplina ya comentada de determinadas modalidades de intervención administrativa de «fomento», donde el resultado genérico más destacable es la introducción de limitaciones - en función de intereses predominantemente comunitarios y de carácter público - sobre facultades hasta ahora autónomas y soberanas, merece la pena subrayar otro efecto de la mayor importancia cual es el de la aplicación de las normas de competencia a las empresas públicas, habiéndose señalado por la doctrina cómo, en aquellos sistemas donde rige algún tipo de «principio de coiniciativa económica», la legislación de defensa de la competencia, y en particular las reglas de los Tratados que hemos considerado en este trabajo, constituyen el más útil instrumento técnico de que se puede disponer para asegurar la protección de la iniciativa económica privada en cuanto resulte concurrente con la iniciativa pública.
- 3. Otros efectos previsibles, con carácter quizás más inmediato, son: a) un efecto «disuasión», que acompaña normal-

mente a toda puesta en práctica o reforzamiento de las legislaciones represivas, sobre la base de que la inclinación a coludir depende negativamente de la importancia de las multas v de la probabilidad de que la colusión resultante sea descubierta. En sentido contrario a este efecto mencionado operará, previsiblemente, algún tipo de tentación para la puesta en práctica de concertaciones tendentes a mantener el statu quo sobre el mercado nacional y frente a la potencial competencia extranjera; b) un efecto «ruptura» sobre situaciones anticompetitivas «de equilibrio», esto es, aquellas en que, participando todas las empresas relevantes, no existe un sujeto pasivo perjudicado que pudiera denunciar el cártel. El descubrimiento de éste podría tener lugar ahora tanto por la irrupción de nuevas empresas «terceras» —las europeas— como por la investigación de oficio llevada a cabo por la Comisión, o por el propio servicio de defensa de la competencia si la actividad de éste, e incluso sus medios, resultan potenciados, como cabe igualmente prever dadas sus nuevas responsabilidades y facultades, todo ello sin olvidar la existencia de otro efecto. c) el efecto «imitación», que podría conducir tanto al inmediato recurso práctico al fondo jurisprudencial comunitario en materia de prácticas restrictivas. como a un inicio de deseables actuaciones legislativas. Y sobre todo, y para todos, hemos de contar —a otro nivel puramente general, pero no por ello menos relevante en la realidad de cada día- con los efectos derivados de una libertad real de intercambios, a cuya garantía contribuye de forma esencial la política de competencia.

NOTAS

- P. SCHMITT, Comisión de las Comunidades (Jornadas de Estudio, IRESCO, noviembre de 1978).
- (2) M. WAELBROECK, «Les Règles de Concurrence», en J. MEGRET y otros, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Vol. 4, Ediciones de la Universidad de Bruselas, 1972, p. 95.
- (3) Los «originarios» del Consejo, de acuerdo con el artículo 87 CEE, y los de la Comisión, actualmente casi absolutos en la práctica, en virtud de las habilitaciones efectuadas a su favor por el primero.
- (4) Si donde dice «Estados» leyéramos «Administraciones públicas con competencias normativas y ejecutivas en materia de fomento del desarrollo económico», encontraríamos el interesante resultado, al menos como punto de reflexión, de que el problema de la coordinación de las «ayudas» podría darse con toda su vigencia en el interior de un Estado como el español, en relación con las facultades de las comunidades autónomas en materia económica. Un esbozo de disciplina de éstas, en el sentido comentado, se apunta en el borrador de Ley General de Comercio Interior elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- (5) Véase Goldman y Lyon-Caen, Derecho Comercial Europeo (Dalloz, 1983), página 662 de la edición en español, realizada por el Banco Hispano Americano y el Consejo Superior de Cámaras. Walleroeck, por su parte, distingue entre aplicabilidad práctica y teórica, en Mègret y otros, cit., página 108.
- (6) La importación del ordenamiento jurídico europeo presenta en ocasiones problemas terminológicos. Nos inclinamos, sin demasiada convicción, por la expresión «directiva» en lugar de «directriz».
- (7) Son normas de obligada consulta al respecto los artículos 189 a 192 del Tratado CEE, que ofrecen la definición legal y otras características de estos actos. Sobre su naturaleza y efectos, puede verse Jean-Victor Louis, El ordenamiento jurídico comunitario,

Colección Perspectivas Europeas, Comisión de las CCEE, Bruselas, 1980, págs. 46 y ss.

- (8) Las comparaciones entre ambos grupos de normas serán hechas en este trabajo únicamente de manera incidental. Para un estudio detallado de sus similitudes y diferencias, véase E. Galan Corona, Aduerdos restrictivos de la competencia, Ed. Montecorvo, 1977, y Blanca Villa Costa, «El abuso de posición dominante en la CEE», Cuadernos de Administración Pública, n.º 9, 1979.
- (9) Sentencia «Walt-Wilhelm contra Bundeskartellamt», de 13-2-69. Ello será así bajo la condición de que la aplicación por una autoridad nacional de su propio Derecho no perjudique la aplicación uniforme en el mercado común de las reglas comunitarias.
- (10) Entre ellas, y además de los «reglamentos» --por imperativo expreso del artículo 189 CEE-, precisamente los artículos 85.1 y 86, y otras normas de competencia, como la obligación impuesta por el articulo 37.1 sobre monopolios comerciales, e incluso parte (art. 93.3, in fine) de las disposiciones tendentes a disciplinar las «ayudas» de Estado. En esencia, el reconocimiento del «efecto directo», principalmente a partir de la Sentencia «Van Gend & Loos», de 5-2-63, implica aceptar que existen disposiciones de Derecho comunitario que poseen un inmediato efecto interno, integrándose en el Derecho del país miembro, sin que su eficacia quede subordinada a un acto positivo de legislación «traslativa» por parte de este último -véase aquí el artículo 96.1 de la Constitución española. Se concluve así que el ordenamiento jurídico comunitario crea no solamente obligaciones de carácter internacional para los Estados, sino también deberes para los particulares y, sobre todo, derechos individuales que los ciudadanos pueden invocar ante las jurisdicciones nacionales, y que éstas están obligadas a salvaguardar.
- (11) En el párrafo se han suscitado, con una consideración estrictamente superficial, problemas jurídicos de enorme importancia y muy ricos en matices. Remitimos al lector interesado en precisar conceptos y casuística a Jean Victor Louis, op. cit., Cap. III.

- (12) Aspecto parcial al que hemos denominado «política de la competencia». Sobre un apunte de sus relaciones con la política de competencia, ver *Información Comercial Española*, enero de 1982, páginas 54 y ss.
- (13) Por ejemplo, liberalizaciones de precios en sectores con estructura fuertemente oligárquica, sin disponer de los medios de control del comportamiento que garantizaran que la suprimida intervención pública no fuera sustituida por la intervención —concertada privada.
- (14) Comunicación por el Estado de las ayudas existentes, compromisos relativos a los monopolios comerciales, etc.; notificación por las empresas de los acuerdos existentes para su análisis por la Comisión... Ver, sobre este último aspecto y otras cuestiones prácticas, el interesante trabajo de FERNANDEZ LERGA en *Documentación Administrativa*, Presidencia del Gobierno, n.º 202, octubre-diciembre 1984.
- (15) La libertad económica sólo puede funcionar «en el marco de un determinado ordenamiento garantizado jurídicamente por el Estado, esto es, por el ordenamiento de la competencia». Tal sería el principal resultado de las investigaciones de la denominada «Escuela de Friburgo» que se desarrolló en Alemania a partir de los años treinta—, de acuerdo con W. FIRENTSCHER en «Las tres funciones del control de la economía», Revista de Derecho Mercantil, abril-agosto 1984.
- (16) Al menos para quienes pensamos que el derecho de la competencia es único, y que el «deber de competir lealmente» no es más que un complemento necesario del «derecho a competir libremente», siendo uno y otro socialmente exigibles o tutelables, respectivamente, con base en argumentos de idéntica naturaleza. Quizá sea legitimo ver en la reciente directiva sobre «publicidad engañosa» (JO n.º L 250, de 19-9-84) un primer intento de aproximación comunitaria a los problemas de la «deslealtada en la competencia. No obstante, la reducción del ámbito de la directiva, respecto del primitivamente contemplado en sus proyectos (publicidad engañosa «y desleal»), sugiere la existencia de dificultades que, al

menos por el momento, debieron resultar insalvables.

Para una interesante aportación doctrinal sobre la convergencia teleológica del derecho de prácticas restrictivas y del derecho de la competencia desleal, véase la disertación de E. ULMER, en Wettbewerbskongress, München, 1977.

- (17) Un matiz interesante de esta norma es que la prohibición no requiere que esté afectado el comercio entre los Estados, a diferencia del artículo 85 CEE.
- (18) La «Alta Autoridad» hasta 1967, fecha en que se produjo la fusión de los Ejecutivos.
- (19) Véase E. GALÁN CORONA, op. cit., páginas 140 y ss.
- (20) Véase la sentencia de 14-7-1972 en el asunto 49/69, sobre «colorantes». Por otro lado, y sobre la interpretación comunitaria de la nota de «independencia» consustancial a la noción de empresa en relación con aquellos agentes que no actúan «por sí mismos» en el tráfico negocial, véase la Comunicación de la Comisión en JO de 24-12-62.
- (21) Para una amplia descripción de esos conceptos en el Derecho español y comparado, ver E. Galan Corona, op. cit.
- (22) Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión de 22-12-72, en el asunto GISA (mayoristas de artículos para instalaciones sanitarias). JO N.º L 303, de 31-12-72.
- (23) Según la sentencia de 6-5-1971, en el asunto «Cadillon v. H. Maschinenbau K. G.», un acuerdo es capaz de afectar al comercio entre Estados si, sobre la base de un conjunto de elementos de derecho o de hecho, permite prever, con un grado suficiente de probabilidad, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre las corrientes de intercambio entre los Estados miembros, en un sentido capaz de perjudicar la realización de los objetivos de un mercado único... Para un estudio detallado de esta cuestión, véase WAEL-BROECK, op. cit., págs. 32 a 39, o GOLDMAN y Lyon-Caen, op. cit., págs. 576 a 585, entre otros.
- (24) Las empresas no deben sobrepasar el 5 por 100 del mercado; la suma de sus

volúmenes de venta no debe exceder de 50 millones de unidades de cuenta

- (25) Desde la entrada en vigor del reglamento n.º 17. Para un estudio pormenorizado de las mencionadas condiciones de inaplicabilidad en casos individuales, véase especialmente GOLDMAN y LYON-CAEN, op. cit.
- (26) Reglamento n.º 19/65 (*JO* 36/533, de 6-3-65), completado luego por el número 2.821/71 (*JO* n.º L 285/46, de 20-12-71).
- (27) Todo ello otorga al sistema de desarrollo normativo seguido en la Comunidad —y a la consecuente configuración «jurídicoobjetiva» del mismo— su carácter peculiar, consistente en que el objeto de la reglamentación son las excepciones a la prohibición, y no las prohibiciones mismas.
- (28) Quizá fuera más correcto decir «podrá ser perseguida», si el sistema comunitario de competencia evoluciona, como parece, desde un sistema de «prohibición a reserva de autorización» a otro en que las concertaciones serían lícitas en tanto que la Comisión no hubiera intervenido «decidiendo» su prohibición. Ver WAELBROECK, op. cit., páginas 97 a 99. No obstante, esta última interpretación parece haber recibido un duro golpe a raíz de la sentencia recaída el 6-2-1973 en el asunto «Brasserie de Haecht II».
- (29) Véase E. GALAN CORONA, op. cit., página 131. Sin embargo, la resolución de la sección 1.ª del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2-12-83 (Boletín de ICE número 1.918, de 5-1-84), al tiempo que concede la excepción a las prácticas a que el expediente se refiere, declara con carácter general que «son exceptuables las prácticas derivadas de los acuerdos de las conferencias marítimas de fletes en que participen compañías navieras españolas.
- (30) Véase Mestmacker, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 1974; en la literatura española, B. VILA COSTA, op. cit., páginas 173 y ss.
- (31) Ver en Frignani y Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Jovene Editore Napoli, 1983, págs. 100 y ss.
- (32) J. P. Dubois, La position dominante et son abus, Paris, 1968, págs. 184 y ss.

- (33) Decisión de la Comisión de 9-12-71 (JO n.º 7, de 8-1-72). Sentencia del TJE de 21-2-73 en el asunto 6/72, «Societé Europemballage Corporation et Societé Continental Can Company Inc. / Comision». Ver comentario a ambas por L. FOCSANEANU, «L'abus de position dominante aprés l'arrêt "Continental Can"» (21 février 1973), en Revue du Marché Commun, 1973, páginas 145 a 159.
- (34) Véase, por ejemplo, B. VILA COSTA, op. cít., págs. 157 y ss.
- (35) Ver Le problème de la concentration dans le marché commun. Colección «Etudes», serie «Concurrence», n.º 3, Bruselas, 1966.
- (36) Para una exposición sucinta de los argumentos utilizados por los países recurrentes y por el TJE, v. A. C. Evans, «Public undertakings in EEC Law: Commission Directive on Transparency of Financial Relations», Journal of World Trade Law, 1983, páginas 445 y ss.
- (37) V. Comisión de las Comunidades Europeas, *Treizième Rapport sur la politique de concurrence*. Bruselas, 1984, n.° 283 y siguientes.
- (38) V. Comisión de las Comunidades Europeas, *Douzième Rapport sur la politique de concurrence*. Bruselas, 1983, n.º 224.
- (39) Para una clara exposición, anterior a la firma del Tratado, de los problemas de adaptación de los monopolios españoles, ver M. Ogea, «La adaptación de los monopolios españoles de petróleos y tabacos en el marco de la política de competencia de la CEE», Boletín de ICE, n.º 1.902, páginas 2719 y ss.
- (40) V. Sentencia de TJE de 7-6-83 en el asunto 78/82. Comisión vs. República Italiana.
- (41) R.D.L. 7/84, de 13 de junio, sobre importación de productos objeto del monopolio de petróleos, y Ley 45/84, de 17 de diciembre, de reordenación del sector petrolero.
- (42) Proyecto de Ley de Impuestos Especiales, en relación con el monopolio fiscal del tabaco elaborado.
 - (43) Tales principios han sido reelabora-

dos en varias ocasiones, siendo su versión actual la comunicada el 21-12-78, en vigor desde el 1.º de enero de 1979 — ver JO número C 31, de 3-2-79, págs. 9 a 15, y el octavo Rapport, números 151 a 155. Los principios contemplan cinco aspectos: techos de intensidad diferenciados según la gravedad de los problemas y su naturaleza; transparencia, especificidad regional; repercusiones sectoriales y sistemas de vigilancia.

- (44) Comunicaciones de la Comisión publicadas en los *JO* números C 252, de 30-9-80, y C 318, de 24-11-83, pág. 2 y páginas 3 y 4, respectivamente.
- (45) Quedarán sin comentario los clásicos acuerdos horizontales de fijación de precios, el reparto de mercados, las «prestaciones vinculadas», la fijación de cuotas de venta, la limitación de inversiones, e incluso acuerdos como los de investigación y especialización, que han sido objeto de reglamentos específicos. Remitimos al lector a los interesantes informes anuales sobre competencia que elabora la Comisión.
 - (46) Mestmäcker, op. cit., pág. 190.
- (47) FRIGNANI Y WAELBROECK, op. cit., páginas 62 a 64 especialmente.
- (48) Véase, como muy significativa, la sentencia del TDC (Sección 2.ª), de 30 de marzo de 1974, en el «caso Rochas». El denunciante, a quien se le negaba el suministro de productos de esa marca, alegó que la privación —a que se le sometía— de vender tales productos, constituía una conducta abusiva de las prohibidas por el artículo 2.º de la Ley 110. El TDC consideró que no había resultado acreditada la existencia de «alguna de las prácticas prohibidas» a que se refiere dicho texto...
- (49) V. FRIGNANI-WAELBROECK, op. cit., página 300.
- (50) V. Mestmäcker, op. cit., págs. 187 y 188, Y Frignani-Waelbroeck, op. cit., páginas 281 y ss.
- (51) Certificación negativa de 30-6-70 a petición de la empresa Kodak (JO n.º L 147, de 7-7-70) o decisión de 20-12-77 en el asunto Distillers (JO n.º L 50, de 22-2-78).
- (52) Lecea, Huerta, Lafuente, Salas, Documentos e Informes, n.º 10, Ministerio

de Industria y Energía, Secretaría General Técnica, págs. 61 y ss.

- (53) Para un estudio teórico de esta figura, ver G. Sena, Il boicotaggio, Milán, 1970.
- (54) Entre otras, la resolución de la sección 1.ª, de 27-6-84 (*Boletin de ICE*, número 1.953, de 6-9-84).
- (55) Nuestro país presenta al respecto una evolución (¿consciente?) sumamente peculiar, que va desde la consideración de la práctica de venta a precio inferior al mínimo fijado por el fabricante como un supuesto de «competencia ilícita» —real orden de 28 de noviembre de 1925—, hasta la prohibición de la imposición que se contiene en el artículo 3.2.3 del Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio.
- (56) Para un completo estudio del tratamiento de uso del derecho de marca en relación con el derecho de competencia comunitario, v. Fernandez Novoa, *Fundamen*tos de Derecho de marcas, Madrid, 1984, especialmente págs. 515 y ss.
- (57) En materia de «patentes», «el objeto específico de la propiedad industrial que se reconoce es garantizar al titular, para recompensar el esfuerzo creativo del inventor, el derecho exclusivo de utilizar el invento para la fabricación y la primera puesta en circulación de los productos industriales, sea directamente, sea mediante la concesión de licencia a terceros, así como el derecho de oponerse a cualquier contravención». Sentencia del TJE de 31-10-74 en el asunto 15/74 «Centrafarm BV y A. de Peijper contra Sterling Drug Inc.».

Para un comentario a esta sentencia, además de a la aplicación en España del derecho de patentes europeo, véase el estudio de E, GALAN CORONA en A. BERCOVITZ y otros, Derecho de patentes: España y la CEE, Barcelona, 1985.

En materia de «marcas», «el objeto específico de la propiedad comercial es, en particular, el garantizar al titular el derecho exclusivo de utilizar la marca para la primera puesta en circulación del producto, y así, protegerlo frente a los competidores que quisieran abusar de la posición y la reputación de la marca, vendiendo productos a los que aquélla se haya aplicado de modo ilegítimo». Sentencia de 31-10-74, en el asunto 16/74, «Centrafarm B. V. y A. de Peijper, contra Winthrop B. V.».

- (58) V. el texto refundido de ambas en JO n.º C 225, de 27-10-78.
- (59) Para un análisis reciente de toda la problemática relacionada con esta materia en el Tratado CEE, incluyendo comentarios a la última propuesta de la Comisión, v. A. CERRAI, Concentrazioni di emprese e concorrenza nella normativa del Tratado CEE, Milán, 1983.
- (60) Partiendo de la definición de la concentración contenida en el Memorandum de 1965, que implica una «modificación de la estructura interna de las empresas, renunciando a la independencia económica y pasando, de forma permanente, a someterse a una única dirección», el artículo 85 sólo resultaría aplicable en los casos en que tales notas no se dieran.
 - (61) V. nota 33.
 - (62) Vid. L. FOCSANEANU, op. cit.
- (63) Véase el interesantísimo informe del «Comité de expertos en prácticas comerciales restrictivas», de la OCDE, Rôle de la politique de concurrence en période de récession, Paris, 1981.
- (64) En un conocido caso relativo a los más importantes fabricantes de fibras sintéticas, la Comisión exigió la eliminación, en el acuerdo que le había sido notificado, de toda previsión de sistemas de fijación de cuotas de producción o de cesión de parcelas de mercado, sobre la base del principio de que no puede dejarse a la voluntad de las empresas la determinación, por convenio o práctica concertada, de la evolución de sus producciones o de su distribución.

Para un estudio de este caso y, en general, de la evolución de la postura de la Comisión en relación con los «cárteles de crisis», véase L. Focsaneanu y P. Elsen, «Les droits de la concurrence face à la crise», en Revue du Marché Commun, mayo 1985, páginas 271 y ss.

- (65) Ver el séptimo Rapport, Bruselas, 1978, números 203 y ss.
- (66) La Comisión continúa reelaborando sus proyectos de reglamentos sobre proce-

dimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 a los transportes aéreos (JO n.º C 291, de 12-11-81) y marítimos (JO n.º C 282, de 5-11-81). Véase el Rapport n.º 14, párrafos 44 y 45.

- (67) Resulta cuando menos curioso comprobar que el texto completo de ese párrafo legal es traducción fiel del artículo 2.1 del mencionado reglamento n.º 26, a excepción de que mientras en éste se exime de la aplicación del artículo 85.1, nuestro artículo 4.º.4 contempla la exclusión de toda la Ley, esto es, también de las prácticas abusivas realizadas desde una posición de dominio.
- (68) WAELBROECK, en MEGRET y otros, op. cit., pág. 10. Señalemos, por otro lado, que la Comisión ha declarado expresamente su objetivo de mantener el máximo de competencia posible —la «competencia residual»— en todo sector para el que las legislaciones nacionales prevean algún tipo de exclusión o de reglamentación administrativa (véase el asunto sobre precios de venta de cigarrillos que se refiere en el octavo Rapport, especialmente el número 113).
- (69) El juicio sobre la «necesidad» de las prácticas ha de ser emitido conjuntamente por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Industria y Energia.
- (70) Sin duda por una desconfianza mal disimulada en su capacidad resolutiva (falta de medios y rigidez y lentitud procedimental, principalmente).
- (71) A. Rojo Fernandez-Rio, en el Seminario sobre Derecho de la Competencia organizado por Management Forum España, S. A., Madrid, 7 de mayo de 1985. Convendría matizar señalando que el Servicio está reglamentariamente obligado a instruir expediente cuando se presenta una denuncia de parte interesada —lo que no ha sucedido hasta la fecha en relación con sectores como el bancario—, y que, por tanto, aquella afirmación resulta válida únicamente en cuanto a la facultad del Servicio para actuar «de oficio».
- (72) Deuxième Rapport, 1973, números 50 a 57. Ver también los Rapports octavo (32 a 37), decimotercero (67 a 69) y decimocularto (74 a 79).