

El Derecho de la competencia *

Las uniones y asociaciones de empresas. Las prácticas concertadas. Abuso de posesión. Las ayudas estatales. Las empresas públicas y los monopolios estatales

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Concepto comunitario de competencia.*—3. *Disposiciones en materia de competencia en la CECA.*—4. *Disposiciones en materia de competencia en la CEE.*—5. *El artículo 85 del Tratado CEE:* 5.1. Origen de los actos perturbadores: 5.1.1. Elemento subjetivo: a) Concepto de empresa. b) Asociaciones de empresas.—5.1.2. Elemento objetivo: a) Acuerdos entre empresas. b) Decisiones de asociaciones de empresas. c) Prácticas concertadas.—5.2. Efectos: 5.2.1. Impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.—5.2.2. Afectar al comercio entre los Estados miembros.—5.2.3. Dentro del Mercado Común.—5.2.4. Concepto de «Relevant Market».—5.3. Ambito material de aplicación: 5.3.1. Sector bancario.—5.3.2. Sector de los transportes.—5.3.3. Productos agrícolas.—5.4. Acuerdos de importancia menor.—5.5. Acuerdos expresamente prohibidos.—5.6. Supuestos de exención.—6. *El artículo 86 del Tratado CEE, abuso de posición dominante:* 6.1. Elemento subjetivo.—6.2. Concepto de posición dominante.—6.3. Abuso de posición dominante.—6.4. Supuestos de abuso de posición dominante.—6.5. Prácticas abusivas expresamente prohibidas.—7. *La aplicabilidad de las disposiciones en materia de competencia a las empresas públicas.*—8. *Las ayudas estatales.*

1. INTRODUCCION

Conforme a las razones justificadoras del Tratado de Roma que crea la Comunidad Económica Europea expuestas en su preámbulo, los Estados signatarios, alentados por un espíritu de colaboración y solidaridad,

(*) Este trabajo corresponde a la conferencia pronunciada en el Curso de Derecho Comunitario Europeo, celebrado en Madrid durante los días 9 al 12 de abril de 1985 por iniciativa del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

animados por ideales de paz y justicia y movidos por una serie de necesidades e intereses comunes, tales como conseguir mediante una acción común el progreso económico y social, el mejoramiento constante de las condiciones de vida y empleo, la estabilidad dentro de la expansión, el equilibrio en los intercambios y la lealtad en la competencia, el reforzamiento de la unidad de sus economías y del desarrollo armónico reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas y la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales, adoptan solemnemente la decisión de crear una Comunidad Económica Europea.

Tales declaraciones encuentran su traducción y concreción positiva en el artículo 2 del Tratado CEE, en el que se formulan los objetivos económicos fundamentales de la CEE: «Promover un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen».

Para la consecución de tales objetivos fundamentales este precepto establece dos cauces o medios fundamentales: «El establecimiento de un mercado común y el acercamiento progresivo de las políticas económicas de los Estados miembros». El establecimiento de un mercado común supone la creación de un espacio económico supranacional, común a varios Estados, regido por un sistema de economía de mercado. Y, como se sabe, una economía basada en el mercado (nacional o supranacional) es, básicamente, una economía competitiva asentada sobre el principio fundamental de la libre competencia.

Ahora bien, la aplicación efectiva de este principio de libre competencia a un ámbito de mercado supranacional exige previamente la actuación, por parte de cada uno de los Estados miembros, de una serie de medidas tendentes a la eliminación de las barreras aduaneras y la supresión de toda clase de obstáculos a la libertad de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales en el ámbito del mercado comunitario.

La aplicación del principio de libre competencia a un ámbito de mercado supranacional no se limita a exigir, como requisito previo, la desaparición de las barreras aduaneras y la consiguiente ruptura de la tabicación de los mercados interiores de los países miembros de la Comunidad, sino que impone también a todos los empresarios que operen en ésta la prohibición de eliminar, restringir o desvirtuar la libre competencia por medio de acuerdos privados o prácticas concertadas para-

lelas, así como la prohibición de abusar de posiciones de dominio alcanzadas en el mercado.

Así pues, mercado y libre competencia constituyen los elementos fundamentales del modelo económico establecido por el Tratado CEE para la consecución de sus objetivos fundamentales.

Desde el punto de vista económico, la consecuencia lógica y obligada del establecimiento de un mercado común en régimen de libre competencia es el incremento de los intercambios económicos entre los Estados miembros de la CEE; intercambios que al tener que realizarse bajo las mismas condiciones de libertad e igualdad entre los sujetos económicos de los distintos países comunitarios, quedan sometidos a una competencia económica particularmente intensa y eficaz, una vez rotas las barreras proteccionistas con las que las respectivas legislaciones nacionales intentaban salvaguardar los intereses económicos de sus empresarios nacionales frente a la competencia económica, actual o potencial, de los empresarios extranjeros. De aquí que los futuros Estados miembros deban aceptar que las empresas virtualmente sostenidas por medidas proteccionistas ofrecidas por las legislaciones nacionales están llamadas a desaparecer al producirse la adhesión a la Comunidad.

En otras palabras: la política de competencia en la CEE persigue la formación de unidades económicas fuertes y capaces de afrontar la competencia de las empresas extrañas a la CEE. De aquí que si bien, por un lado, se prohíben todos los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común (art. 85, 1, T. CEE), por otro, en cambio, se admite, dentro de unos límites razonables, la formación de grandes unidades económicas mediante la técnica de la concentración de empresas de los Estados miembros, a fin de dotar a éstas de una mayor competitividad en el mercado mundial y de incrementar, también, la cooperación dentro de la CEE a través de técnicas de apoyo o colaboración mutua y de mayor racionalización del proceso de producción. Pero adviértase que estas técnicas no pueden implicar, en ningún caso, la implantación de obstáculos o frenos a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales entre los Estados miembros de la CEE, más allá de lo que sea razonable y necesario.

Aunque en el Tratado CEE no existe una referencia expresa al modelo económico establecido, hay que reconocer, sobre la base de las normas que señalan los fines u objetivos fundamentales de la Comunidad (artículo 2), los medios para alcanzarlos (art. 3) y las libertades económicas reconocidas en la Parte Segunda del Tratado CEE como fundamentos de la Comunidad, que el modelo económico implícitamente con-

sagrado se inspira en el denominado sistema de economía de mercado. En efecto, el Tratado CEE, al instaurar un mercado común y garantizar y exigir el ejercicio de las libertades económicas, concibe implícitamente un modelo económico corporeizado en el mercado y animado por las libertades económicas.

2. CONCEPTO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Enmarcada la política de competencia dentro del sistema general del Mercado Común, procede determinar el significado que el legislador europeo ha querido atribuir al concepto de competencia, porque, en rigor, la competencia es un concepto polivalente que ni económica ni jurídicamente guarda una uniformidad de significado.

A pesar de que la competencia se configura en el artículo 3, f), Tratado CEE como una de las acciones que la Comunidad ha de llevar a cabo para alcanzar los fines fundamentales previstos en el Tratado, acción que primordialmente se articula como un instrumento programático de política comunitaria, no se establece, sin embargo, en todo el ordenamiento jurídico comunitario un concepto o noción de competencia.

Realmente, el ordenamiento comunitario ha adoptado en este punto el mismo silencio legal que las legislaciones de los Estados miembros, en las que tampoco se define la competencia.

En el Tratado CEE la competencia no se concibe como un fin en sí mismo de la Comunidad, sino como un instrumento programático de política comercial; un instrumento que, atendida su significación jurídica, asume además la función de instrumento de orden normativo: aquel que se deriva del «establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común».

Concebida, pues, la competencia como un instrumento normativo de política comercial, se comprende fácilmente que el legislador europeo no haya querido encorsetar la actuación de las autoridades comunitarias, ni reducir el ámbito de apreciación del juez europeo, con la decantación definitiva de un concepto legal de competencia. Esto nos conduce a apreciar la relatividad del concepto de competencia latente en el Tratado CEE: una relatividad conceptual que, por una parte, permite a las autoridades comunitarias ir programando una política de competencia acorde con las circunstancias de cada momento y que, por otra, legitima al juez para ponderar estas circunstancias en la apreciación de las controversias planteadas. El concepto de competencia latente en el Tratado CEE, desarrollado por la comisión y por el Tribunal de Justicia no se corresponde, en absoluto, con el modelo teórico de la competencia perfecta, pura

o atomista, basada en los postulados de libertad de acceso al mercado, homogeneidad de los productos o servicios, atomismo y transparencia de mercado, ausencia de control sobre los precios, fluidez o movilidad de los factores de producción y finalidad de máximo beneficio, sino antes bien en el modelo realista de la competencia imperfecta, practicable o efectiva (*workable*).

Exige fundamentalmente que el acceso al mercado esté siempre libre, que las alteraciones de la oferta y de la demanda se traduzcan en el precio, que la producción y la venta no estén limitadas artificialmente y que la libertad de acción y de elección de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro.

Evidentemente, este tipo de competencia únicamente se puede dar si existen empresas económicamente capaces, suficientemente fuertes y bien organizadas, aptas para intensificar la competencia. De aquí que un sistema de competencia practicable o efectiva no esté reñido con una política de concentración de empresas destinada a acrecentar el poder competitivo de las empresas europeas en la lucha económica con las grandes empresas de terceros países.

Realmente la determinación de la idea de la competencia practicable o efectiva para calificar el tipo de competencia operante en el ordenamiento jurídico de la CEE ha sido fruto de la labor del Tribunal de Justicia, el cual mantiene en la sentencia dictada en el asunto 13/60 Comptoir de vente de la Ruhr el 18 de mayo de 1962 (Rec. 1.962, página 165) que: «de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 del Tratado CEE resulta que no existe oposición a la existencia o a la formación de grandes unidades de producción o venta características del mercado del acero, a condición de que el régimen de competencia imperfecta que se deriva sirva a los fines del Tratado y salvaguarde plenamente en este mercado la dosis de competencia indispensable para que sea respetada la exigencia del artículo 2». Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha insistido en que para que puedan aplicarse los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, en la medida en que sancionan conductas contrarias a la libre competencia, es necesario que exista previamente una competencia eficaz (*workable competition*). Así, en el asunto 26/76 Metro contra Comisión, Sentencia de 25 de octubre de 1977 (Rec. 1977, página 1.875) el Tribunal declaró que «la competencia no falseada a la que se refieren los artículos 3 y 85 del Tratado CEE implica la existencia sobre el mercado de una competencia eficaz (*workable competition*), es decir, la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado y,

en particular, la formación de un mercado común único que cumpla las condiciones propias de un mercado interior».

Ahora bien, para que no se consideren aplicables las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE es necesaria una ausencia absoluta y completa de competencia. Si, por el contrario, subsistiese una competencia residual las autoridades comunitarias deben mostrarse especialmente atentas para sancionar aquellas prácticas que atenten contra ella. Tal es el caso del AS. 209/78 Fedetab, Sentencia de 19 de octubre de 1980 (Rec. 1980, pág. 3.125) en el que el Tribunal confirmó la Decisión de la Comisión constatando la existencia de un margen de competencia residual suficiente a pesar de las limitaciones del mercado belga. El Tribunal admitió que los productores no podían hacerse la competencia en cuanto a los precios de venta al detalle, dadas las características del mercado belga, pero sí podían competir en los niveles de los márgenes concedidos a los negocios por los derechos reguladores sobre la parte del precio de venta al detalle que les correspondiese. También debe tenerse en cuenta el concepto de competencia potencial que es especialmente utilizado en el examen de los acuerdos de investigación y de desarrollo en común concluidos entre dos empresas que no fabrican ni comercializan el producto en cuestión y que, por tanto, no limitan la competencia, pero pueden llegar a limitarla. Así, la Comisión en su Decisión de 20 de noviembre de 1974 Rank Sopelem relativa a un acuerdo de colaboración en materia de investigación, desarrollo, fabricación industrial y distribución de productos de alta tecnología, consideró que existía una competencia potencial, dada la amplitud y calidad de los trabajos y la capacidad de producción de dichas empresas.

3. DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA EN LA CECA

Las disposiciones que dentro del Tratado CECA regulan la política de la competencia son el artículo 4, *d*), y los artículos 65 y 66. A ellos hay que añadir el artículo 60, que dentro de la reglamentación de precios prohíbe las prácticas desleales y discriminatorias en materia de competencia.

El artículo 65, 1, dice: «Se prohíben todos 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 juego normal de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar o determinar los precios;
- b) limitar o controlar la producción, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados, los productos, los clientes o las fuentes de abastecimiento.

Las empresas a las que afecta esta prohibición son las definidas en el artículo 80, quien, al lado de las que ejercen una actividad de producción en el campo del carbón y del acero sobre el territorio de la Comunidad, menciona especialmente a efectos de la aplicación de los artículos 65 y 66: «Las empresas y organismos que ejercen habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores particulares o a los artesanos».

Pero después de haber declarado la prohibición de los acuerdos, el artículo 65, 2, prevé que: «La Alta Autoridad autorizará para productos determinados acuerdos de especialización o acuerdos de compra o de venta en común si reconociere:

- a) que esta especialización, estas compras o estas ventas en común contribuirán a una notable mejora en la producción o distribución de tales productos;
- b) que el acuerdo de que se trate es esencial para lograr estos efectos sin que tenga un carácter más restrictivo del que exija su objeto;
- c) que tal acuerdo es incapaz de conferir a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción o el mercado de una parte sustancial de estos productos en el Mercado Común o de sustraerlas a la competencia efectiva de otras empresas dentro del Mercado Común».

Esta autorización debe ser suficientemente motivada y publicada. Puede ser condicional y normalmente será temporal. Es renovable, modificable y revocable en función de las circunstancias y de los efectos reales del acuerdo autorizado.

Como se deduce del artículo mencionado, la autorización se encuentra subordinada a tres condiciones:

1. La especialización, compra o venta en común deben contribuir a una mejora notable en la producción o disminución de los productos de que se trate.
2. El acuerdo debe ser esencial para obtener tales efectos, sin tener un carácter más restrictivo del que exija su objeto.

3. Debe no otorgar a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción, ni sustraer a una competencia efectiva a otras empresas dentro de ese mercado.

Los acuerdos y decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 65 son nulos de pleno derecho y no pueden ser invocados ante ningún órgano jurisdiccional de los Estados miembros.

La Alta Autoridad puede imponer a las empresas que hubiesen celebrado un acuerdo nulo de pleno derecho o hubiesen intentado aplicarlo multas que equivalgan, como máximo, al doble del volumen de negocios realizado con los productos objeto del acuerdo. Si el acuerdo tuviese por objeto restringir la producción, el desarrollo técnico o las inversiones, el máximo de las multas se ve aumentado en un 10 por 100 o un 20 por 100, según los casos.

Por su lado, el artículo 66, 1, establece: «Requerirá la autorización previa de la Alta Autoridad toda operación que en los territorios a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 79 y como resultado de la acción de una persona o de una empresa, de un grupo de personas o de empresas, tenga por sí misma por efecto directo o indirecto una concentración de empresas, una de las cuales, al menos, quede sujeta a la aplicación del artículo 80, tanto si la operación se refiere a un mismo producto o a productos diferentes, como si se efectúa mediante fusión-adquisición de acciones o de elementos del activo, préstamo, contrato o cualquier otro medio de control».

La autorización se concederá siempre que la operación contemplada no atribuya el poder de determinar precios, controlar o limitar la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común o de sustraerse a las normas sobre la competencia establecidas por el Tratado CECA.

Frente a esta regla general, el número 3 del artículo 66 prevé una excepción, permitiendo que la Alta Autoridad exima de la obligación previa a aquella categorías de operaciones que por la importancia de los activos o de las empresas a que se refieren, considerada en relación con la naturaleza de la concentración, deben reputarse que reúnen las condiciones requeridas para que dicha autorización se conceda.

En el marco actual de la crisis estructural del mercado del carbón y del acero el número de concentraciones que se han autorizado es muy elevado. Del examen de los diferentes casos pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- a) las formas de concentración van desde la fusión *stricto sensu* (Decisión de la Comisión de 30 de junio de 1979, Usinor) al control de grupo (Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 1979, Sacilor-Davum);
- b) la concentración se ha desarrollado de forma horizontal y vertical;
- c) al aplicar el artículo 6 del Tratado CECA la Comisión tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado CEE, que luego examinaremos;
- d) la evolución de los criterios adoptados para definir el concepto de *relevant market* ponen de manifiesto la tendencia a una evaluación amplia de este mercado que tiene como consecuencia restringir el ámbito de aplicación de las prohibiciones y aumentar, en consecuencia, el número de autorizaciones.

4. DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA EN LA CEE

Los preceptos del Tratado CEE que se refieren a la competencia y que forman la normativa básica en esta materia se contienen fundamentalmente en el capítulo I del título I de la Tercera Parte del Tratado CEE (arts. 85 a 94). Este conjunto de preceptos tiene por objeto la tutela directa de la libre competencia; así, los artículos 85 a 90 se ocupan de la defensa de la competencia frente a los clásicos actos perturbadores de su libre y normal funcionamiento (a saber: los acuerdos y prácticas colusorias que eliminan, limitan o falsean la competencia y los abusos de posición dominante); el artículo 91 se dedica a combatir las prácticas de *dumping* y los artículos 92 a 94 regulan las ayudas concedidas a las empresas por los Estados miembros, que pueden afectar al libre intercambio entre éstos y suponer una amenaza de falseamiento de la competencia.

De este conjunto de preceptos destacan, por su importancia, los artículos 85 y 86, que contienen normas sustantivas y constituyen los dos pilares básicos sobre los que se asienta la libre competencia en Derecho europeo.

5. EL ARTICULO 85 DEL TRATADO CEE

El artículo 85, 1, del Tratado CEE contiene una norma sustantiva fundamental del ordenamiento jurídico de la CEE para tutelar la libertad

de competencia frente a todos aquellos actos que la perturben en el interior del Mercado Común.

Dispone este precepto que: «Serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común».

Los elementos constitutivos agrupados en torno al dato del origen de los actos perturbadores de la competencia son, fundamentalmente, dos: uno, de naturaleza subjetiva, relativo a los sujetos jurídicos a quienes va dirigida la prohibición («empresas» y «asociaciones de empresa»), y otro de naturaleza objetiva o material, concerniente a los instrumentos o medios de realización de las limitaciones o de la competencia que, por ser fruto del concurso de la voluntad de los sujetos jurídicos responsables, se identifican por medio de una serie de figuras peculiares, como son: «acuerdos entre empresas», «decisiones de asociaciones de empresas» y «prácticas concertadas».

Por su parte, el dato o criterio del efecto o resultado de los actos restrictivos de la competencia agrupa, a su vez, en torno a sí, otros tres elementos.

El primero, por orden lógico, es el efecto o resultado susceptible de producirse consistente en «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia». El segundo elemento trae causa del anterior: se trata de la verificación real o efectiva del daño producido, esto es, se requiere que los actos restrictivos de la competencia sean susceptibles de ocasionar un perjuicio real al «comercio entre los Estados miembros». Finalmente, el tercero de estos elementos constitutivos se refiere a la localización de tales efectos y supone una de las reglas delimitadoras, *ratione loci*, del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE: el efecto o resultado de la limitación de la competencia se ha de dejar sentir o, al menos, ha de ser susceptible de producirse «dentro del Mercado Común».

Ahora bien, este conjunto de elementos constitutivos, expresamente establecidos en el artículo 85, 1, resulta en la práctica insuficiente para la debida identificación de los supuestos de hecho que deben ser sancionados. De aquí que las autoridades comunitarias hayan elaborado por vía interpretativa una serie de criterios para la aplicación de esta norma, mediante los cuales se concretan o, incluso, corrigen los términos genéricos con los que se han formulado estos elementos constitutivos de la prohibición. Y son fundamentalmente dos:

El primero hace referencia a la necesidad de que los efectos restrictivos y perjudiciales de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas se produzcan, o sean susceptibles de producirse, en un área o sector del mercado determinado, que se denomina «mercado relevante» (*relevant market*).

El segundo elemento exige una mínima incidencia restrictiva y perjudicial de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sobre el libre juego de la competencia comunitaria y, por ende, sobre el comercio entre los Estados miembros: en otras palabras, hay que constatar la existencia de una limitación sensible de la competencia a la que ya hemos hecho referencia.

5.1. ORIGEN DE LOS ACTOS PERTURBADORES

5.1.1. *Elemento subjetivo*

a) *Concepto de empresa*

Conforme al elemento subjetivo o personal delimitador de la esfera de aplicación del Derecho comunitario de la competencia, el Tratado CEE establece dos series de normas, de diversa naturaleza, destinadas a dos sujetos jurídicos distintos: las empresas (arts. 85 a 91) y los Estados miembros (arts. 92 a 94). Con relación a estos últimos huelga todo tipo de precisiones.

En cambio, con relación a los primeros sujetos jurídicos, las empresas, el comentario es ineludible por la originalidad y variedad de la noción de empresas implícitamente concebida por el ordenamiento jurídico comunitario.

En efecto, destinatarios de las normas comunitarias sobre la competencia son las empresas, mas el Tratado CEE, que se refiere expresamente a las empresas en un número considerable de preceptos (artículos 52, 85, 1, 3, 86, 90, 125, 130), no ofrece un concepto legal de empresa. Tampoco los órganos comunitarios han establecido, en el desarrollo y aplicación del Derecho comunitario de la competencia, un concepto general de empresa. En realidad, las normas sustantivas comunitarias sobre la competencia se limitan a establecer, en garantía y tutela de la libre competencia, una serie de prohibiciones a las empresas. Mas he aquí que los órganos comunitarios, en la producción normativa del derecho derivado de la competencia y en aplicación del mismo, consideran como sujetos jurídicos obligados por esta normativa a determinadas personas, entes o instituciones que queden fuera de los

parámetros conceptuales de la empresa comúnmente admitidos en los distintos ordenamientos estatales de los Estados miembros.

En realidad, el significado del término empresa, utilizado en los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, hay que conectarlo inmediatamente con el tema de la imputabilidad de los actos o conductas ilícitas contrarios a las reglas de la competencia. En este sentido, las normas comunitarias sobre la competencia utilizan a la empresa como recurso técnico para operar esta imputabilidad. Esto explica que la noción de empresa tenga en estas normas un sentido eminentemente subjetivo: su función no es otra que la de identificar al sujeto imputable, para lo cual se recurre al titular de una unidad económica organizada denominada a tales efectos «empresa».

La noción de empresa aceptada en el Derecho comunitario de la competencia está formada por elementos de naturaleza económica y jurídica. Generalmente, ni la doctrina, ni la Comisión, ni el Tribunal de Justicia admiten una noción puramente económica de empresa, como organización económica unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, toda vez que organizaciones de esta naturaleza, tales como talleres de montaje, cadenas de distribución, almacenes, filiales o sucursales de ventas... no son empresas en la consideración de las normas comunitarias de la competencia.

Al dato económico hay que añadir el dato jurídico de la personificación, de la capacidad y de la responsabilidad, por la sencilla razón de que la figura comunitaria de «empresa» cumple la función de determinar, desde el punto de vista subjetivo, la imputación de los actos o conductas ilícitas contrarias a las normas que tutelan la libertad de competencia.

En efecto, en el Derecho comunitario de la competencia, la empresa no es simplemente una unidad económica organizada, sino algo más: una entidad económica jurídicamente capaz y económicamente autónoma. En este sentido la empresa se concibe como un sujeto de Derecho, capaz de asumir obligaciones y titular de derechos, con poder autónomo de decisión.

De aquí que sean considerados responsables de los acuerdos prohibidos o prácticas abusivas entes, agrupaciones o asociaciones que, de acuerdo con su Derecho nacional, carecen de personalidad jurídica; así, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria que en algunos ordenamientos, como el alemán, no tienen personalidad jurídica, son consideradas en el Derecho comunitario de la competencia, a los efectos concretos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, como empresas.

Se evidencia, pues, que la personalidad jurídica no es un atributo integrador de la figura de la empresa en el sentido del Tratado CEE y que, por consiguiente, cabe la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a organizaciones económicas dotadas de un mayor o menor grado de personificación.

Obviamente, al ser irrelevante la personalidad jurídica a los efectos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE a las empresas, también lo es la forma tipo que éstas adopten en el mercado. De aquí que la disciplina comunitaria de la competencia se aplique no sólo a las empresas con formas, tipo de sociedades mercantiles, sino también a otras empresas que bajo otros tipos asociativos, de muy diversa naturaleza, persiguen objetivos económicos de forma duradera. Así, por ejemplo, en el As. AOIP/Beyrard, de 2 de diciembre de 1975, la Comisión consideró como empresa al señor Beyrard, «inventor independiente», «dado que al conceder una licencia de sus patentes había comercializado su invención».

También en el As. Reuter/BASF, el señor Reuter se quejaba de la extensión y duración de las cláusulas de no-competencia que había aceptado al ceder un *know-how* y las acciones de una sociedad *holding* de la que era accionista mayoritario y que controlaba un grupo de sociedades que se dedicaban a la fabricación y comercialización de materiales plásticos. En este caso se consideró al señor Reuter como «empresa» porque había conservado ciertos intereses en las sociedades del grupo, al ser consejero de algunas de ellas, y por ser inventor y especialista en la investigación, habiendo explotado el resultado de sus investigaciones en el campo en cuestión.

Igualmente, en una Decisión referente a una solicitud de información de 26 de mayo de 1978 (RAI-Unitel), la Comisión declaró que «los artistas constituyen una empresa en los términos del artículo 85, 1, cuando explotan comercialmente sus prestaciones artísticas».

En esta misma línea se ha reconocido la condición de «empresa» a las sociedades de autores (Sentencia de 21 de marzo de 1974, Sabam), a los organismos de radiotelevisión (Sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi), a los organismos estatales (Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 1978 respecto del Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas), a los sindicatos (Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1974 respecto de la Cámara Sindical de maquinaria de alta precisión)... Sin embargo, los representantes o intermediarios comerciales no tienen la consideración de «empresa», dado que se limitan a seguir las instrucciones de sus mandantes o comitentes en concepto

de auxiliares de la actividad de estos últimos (As. 40 a 48 y 114/73, Suiker Unie, Sentencia de 16 de diciembre de 1975, Rec. 1975, página 1.663).

b) *Asociaciones de empresas*

Al igual que sucede con el concepto de «empresa», el Tratado CEE no contiene tampoco una noción de asociación de empresas.

Por asociación de empresas puede entenderse cualquier tipo de agrupación de empresas, con total indiferencia de la forma jurídica adoptada, del atributo de la personalidad moral y del fin de lucro.

Los grupos de sociedades plantean dos cuestiones importantes. La primera, si el grupo de sociedades como tal puede calificarse como empresa a los efectos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, aunque carezcan de personalidad jurídica. Y la segunda, si a los mismos efectos las distintas sociedades que integran el grupo pueden ser consideradas como empresas en sus relaciones internas. Además, hay que averiguar si las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por sociedades filiales pueden o no ser imputadas a la sociedad madre.

El grupo de sociedades, aun careciendo de personalidad jurídica, es considerado como empresa en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños al grupo; en tanto que las sociedades filiales componentes del grupo, aun dotadas de personalidad moral, no son empresas en sus relaciones con las demás sociedades del grupo o con la sociedad madre (aunque sí en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños al grupo).

Con esto se pone de manifiesto que el dato relevante en el ordenamiento comunitario de la competencia para la calificación de «empresa» no es el de la mera autonomía jurídico-formal del sujeto infractor, sino el de su efectiva autonomía económica y «política»; esto es, el constituir un centro autónomo de decisión. En este sentido se han manifestado reiteradamente la Comisión y el Tribunal de Justicia al estimar que los acuerdos establecidos entre sociedades filiales dependientes y controladas por una misma sociedad madre no pueden ser tomados en consideración a los efectos de la aplicación del artículo 85, 1, del Tratado CEE, en la medida en que las partes de tales acuerdos no pueden ser tenidas por «empresas», en el sentido del artículo 85, 1, del Tratado CEE, lo que determina la imposibilidad de realización del supuesto normativo que exige uno o varios acuerdos entre empresas.

Así, en el As. 15/74, Centrafarm (Rec. 1974, pág. 1.147), el Tribunal declara que el artículo 85 «no se refiere a los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenezcan a un mismo grupo como

sociedades madre y filial, si las empresas forman una unidad económica en cuyo interior la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de actuación sobre el mercado».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en estos casos no se excluye totalmente la aplicación del artículo 85, dado que el Tribunal limita esta regla a los «acuerdos y prácticas» que «tienen por finalidad establecer un reparto interno de las obligaciones entre las empresas». Por tanto, los acuerdos que tengan otra finalidad quedan sometidos al artículo 85. Como dice el Abogado general TRABUCCHI, el artículo 85, 1, puede aplicarse a los acuerdos y prácticas entre sociedades de un mismo grupo cuando «tienen por objeto regular las relaciones internas con la finalidad de introducir restricciones respecto de terceros, estableciendo obstáculos a sus posibilidades de comercio y de competencia».

En cuanto a las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por sociedades filiales en relación con sujetos extraños al grupo, cabe la posibilidad de que sean imputadas o no a la sociedad madre.

El Tribunal de Justicia, al tratar esta cuestión, ha declarado que la personalidad jurídica de la sociedad filial no es suficiente para convertirla en una empresa distinta de la sociedad madre; es en todo caso imprescindible examinar en el plano de los hechos si la sociedad filial goza de verdadera autonomía o independencia para programar y desarrollar una política empresarial. Así, la Sentencia de 14 de julio de 1972 sobre el As. 48/69, ICI/Comisión (asunto, materias colorantes), o Sentencia de 21 de febrero de 1973, Continental Can.

Quiere esto decir, pues, que la personalidad jurídica, como expresión de la autonomía jurídica formal de las empresas, no crea por sí misma, en el Derecho comunitario de la competencia, un efectivo centro de las responsabilidades derivadas de las infracciones de las normas comunitarias sobre la competencia por parte de las sociedades filiales pertenecientes a un mismo grupo.

5.1.2. *Elemento objetivo*

a) *Acuerdos entre empresas*

La Comisión y el Tribunal de Justicia han venido interpretando el término «acuerdo» sobre la base de criterios eminentemente pragmáticos y sin pretensiones conceptualistas de tipo alguno, en sentido amplio y flexible, desbordando la concepción estrictamente contractualista.

De la experiencia forjada por la actuación de los órganos de la CEE, cabe señalar que la noción de «acuerdos» en el sentido del artículo 85

del Tratado CEE no viene delimitada por la forma, estructura externa, naturaleza jurídica o finalidad de los mismos.

Por lo que se refiere al carácter jurídicamente obligatorio o no de los acuerdos entre empresas, las autoridades comunitarias han adoptado una decidida posición en favor de la no necesidad del carácter jurídicamente vinculante de los acuerdos, siendo suficiente que de éstos se derive un mero compromiso moral o social (*gentlemen's agreements*).

La prohibición de los «acuerdos entre empresas» restrictivos de la competencia se extiende tanto en sentido horizontal como vertical, esto es, cualquiera que sea el estadio concreto del proceso económico en el que operen las empresas implicadas en un mismo acuerdo, así, la prohibición afecta no sólo a los acuerdos entre empresas distribuidoras (acuerdos horizontales), sino también a los acuerdos entre empresas productoras y distribuidoras (acuerdos verticales).

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha afirmado que un acuerdo entre empresas en los términos del artículo 85, 1, del Tratado CEE no supone necesariamente que deba constar por escrito. Así, en la Sentencia Tepea, de 20 de junio de 1978, declaró que existían acuerdos verbales de distribución exclusiva y de concesión del derecho exclusivo para utilizar las marcas, a pesar de la inexistencia de documentos escritos que regulasen las relaciones entre las partes, lo que podía explicarse en dicho caso por las antiguas relaciones, la confianza comercial y la ayuda concedida al principio de sus invenciones para su posterior distribución.

Por último, deben mencionarse determinados supuestos que pueden plantear problemas como: las condiciones generales de venta y de precios que pueden imponer las empresas a sus revendedores y que la Comisión considera como «acuerdos»; los acuerdos marco que fijan las bases de funcionamiento de un mercado determinado que tienen también carácter de «acuerdos»; los estatutos de asociaciones de empresas que también se califican de «acuerdos» en los términos del artículo 85. 1.

b) *Decisiones de asociaciones de empresas*

La Comisión califica generalmente de «decisiones de asociaciones de empresas» a las decisiones adoptadas por los órganos de dichas sociedades habilitados al efecto (Decisión Haarden-en Kahelhandel, de 3 de junio de 1975), sin que se requiera el consentimiento directo de los participantes. Así puede tratarse de reglamentaciones generales o reglamentos de régimen interior, a los que se someten los miembros de la asociación (Decisiones Centraal Bureau voor de Rijwielhandel, de 2 de diciembre de 1977; Choux-fleurs, de 2 de diciembre de 1975). El mismo principio se aplica a los reglamentos expositivos adoptados por

las asociaciones de empresas, así como las notas, circulares o recomendaciones que emanen de esas asociaciones (Decisión Pabst y Richarz/BNIA, de 26 de julio de 1976; Decisión Papiers peints de Belgique, de 23 de julio de 1974; Fedetab, Sentencia de 29 de octubre de 1980).

Cuando las decisiones de asociaciones de empresas forman parte de un contrato celebrado entre un miembro del grupo y uno de sus clientes, constituyen igualmente «acuerdos entre empresas».

Esta situación puede igualmente presentarse cuando dos o más asociaciones de empresas adopten disposiciones que regulen las relaciones de los miembros de la asociación entre sí. Así, en el asunto Furbo (Decisión de 25 de julio de 1974), la Comisión consideró que las disposiciones del acuerdo concluido entre dos asociaciones de empresas, concretamente una asociación de importadores y una asociación de mayoristas de agrios frescos y manzanas de origen no europeo, vinculaban, de hecho, directamente, a las empresas que participan en las subastas de Rotterdam y que se trataba, por tanto, de un acuerdo entre empresas. Ante el Tribunal de Justicia, los demandantes alegaron en su defensa que no podía tratarse de un acuerdo entre empresas porque no «creaba realmente obligaciones exigibles entre las empresas afiliadas», dado que en el caso en cuestión solamente las asociaciones partes en el acuerdo podían obligar a sus afiliados a ejecutar las obligaciones que el acuerdo imponía. El Tribunal, en su Sentencia de 15 de mayo de 1975, declaró que el artículo 85, 1, se aplica a las asociaciones en la medida en que su actividad o la de las empresas que se adhieren tienda a producir los efectos que dicho artículo prohíbe. (Igualmente Sentencia de 29 de octubre de 1980, Fedetab.)

Por último, en el caso en que se concluya un acuerdo como consecuencia de las negociaciones en las que participen los propios interesados y sus asociaciones profesionales respectivas y se materialice en un intercambio de cartas entre estas asociaciones que actúan en nombre de sus miembros, la Comisión los considera «acuerdos entre empresas» (Decisión rodamientos de bola japoneses, de 29 de noviembre de 1974).

c) *Prácticas concertadas*

Sobre la base de una cuidadosa observación de la práctica comunitaria sobre este punto cabe entender como «práctica concertada» todo comportamiento o conducta uniforme común a varias empresas, conscientemente coordinada y llevada a cabo con la intención de limitar o falsear la competencia. La diferencia fundamental entre las «prácticas concertadas» y los «acuerdos» o «decisiones» estriba en la ausencia de regulación convencional de esa coordinación de conductas comunes uniformes o paralelas de las empresas implicadas. Las «prácticas concer-

tadas» no nacen, pues, como un hecho fortuito o casual, sino en todo caso como un hecho causado por la efectiva coordinación espontánea, aunque consciente e intencionada de las conductas de dos o más empresas.

La «práctica concertada», prohibida por el Tratado, se caracteriza por tres notas; dos de método: la coordinación y la cooperación, y una de resultado: la alteración sensible de las condiciones de la competencia sobre el mercado en consideración. Las dos primeras notas se recogen en la Sentencia del asunto 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión (Rec. 1972, pág. 619), con la siguiente fórmula: «Es contrario a las normas de competencia del Tratado que un productor coopere con sus concurrentes, de la forma que sea, para determinar una línea de acción coordinada relativa a los movimientos de precios y para asegurar el éxito mediante la eliminación previa de toda incertidumbre en cuanto al comportamiento recíproco relativo a los elementos esenciales de esta acción, tales como tipos, objeto, fecha y lugar de tales movimientos».

Estos dos caracteres se vuelven a encontrar en la jurisprudencia posterior que precisará la naturaleza en un análisis que es conveniente reproducir: «Estos criterios de coordinación y de cooperación, lejos de exigir la elaboración de un verdadero plan, deben comprenderse a la luz de la cooperación inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y según las cuales todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que piensa seguir sobre el Mercado Común incluida la elección de los destinatarios, de sus ofertas y de sus ventas. Si es exacto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento comprobado o a zafarse de sus oponentes, se opone rigurosamente a toda toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores, que tenga por objeto o por efecto bien influenciar el comportamiento sobre el mercado de un concurrente actual o potencial, bien de desvelar a un tal concurrente el comportamiento que se ha decidido o que se piensa adoptar sobre el mismo mercado» (As. 40 a 48, 50, 54 a 56, 111 a 113 y 114/73, Suiker Unie, Rec. 1976, pág. 1.663).

Como dice esta misma sentencia, «la práctica concertada constituye una forma de coordinación entre empresas que sin haber llegado a la realización de una convención propiamente dicha constituye una operación práctica entre ellas, poniendo en peligro la libre competencia y desembocando en condiciones de competencia que no se corresponden a las normales del mercado».

5.2. EFECTOS

5.2.1. *Impedir, restringir o falsear el juego de la competencia*

Los acuerdos deben tener por objeto «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» para que puedan considerarse prohibidos en base al artículo 85 del Tratado CEE. No basta que exista el acuerdo, es necesario que el mismo produzca como efecto el impedir, restringir o falsear la competencia.

Tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión han determinado el alcance de esta afirmación, estableciendo los siguientes principios:

1. No es necesario que estos acuerdos se apliquen, basta con que tengan por objeto una restricción de la competencia para que se consideren prohibidos (As. Aluminium brut, Decisión de 15 de julio de 1975).
2. Un acuerdo no pierde su carácter restrictivo por el hecho de que haya sido incumplido reiteradamente por una o varias de las partes (As. Céruse, Decisión de 12 de diciembre de 1978).
3. El mero hecho de participar en las discusiones que tengan por objeto lograr acuerdos sobre fijación de precios, aunque éstos no se lleguen a aplicar, constituye una infracción del artículo 85, 1 (As. Parchemin vegetal, Decisión de 23 de diciembre de 1977).
4. Un acuerdo puede tener un objeto real y sinceramente querido por las partes y totalmente ajeno a los problemas de la libre competencia, pero puede también significar una restricción de dicha competencia (As. Anseau-Navewa, Decisión de 17 de diciembre de 1981).

5.2.2. *Afectar al comercio entre los Estados miembros*

Para que la prohibición se imponga no basta con apreciar que los «acuerdos» o «prácticas» persiguen un objetivo o producen realmente un efecto contrario a la libre competencia, sino que, además, es imprescindible constatar que tales actos o prácticas ponen en peligro el juego natural de las relaciones económicas en el seno del Mercado Común, en perjuicio de los intereses comerciales e industriales de los Estados miembros afectados y en detrimento del normal funcionamiento del sistema adoptado.

Si las perturbaciones de la competencia sólo afectan desfavorablemente al libre y normal desarrollo de los intercambios comerciales internos del mercado nacional de uno de los Estados miembros, sin reper-

cusiones de tipo alguno sobre los intereses intracomunitarios, la única legislación aplicable será la propia del país miembro en cuestión, al tratarse de una cuestión exclusivamente de Derecho interno.

Se trata, por tanto, de una norma de reparto de competencia entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros. Esta interpretación, recogida por el Tribunal de Justicia en su Sentencia Grundig-Costen, de 13 de julio de 1966, ha sido confirmada en la Sentencia Hugin, de 31 de mayo de 1979, al declarar que: «La interpretación y aplicación de la condición relativa a los efectos sobre el comercio entre Estados miembros que figura en los artículos 85 y 86 del Tratado, debe tomar como punto de partida la finalidad de esta condición que es determinar, en materia de regulación de la competencia, el ámbito del Derecho comunitario en relación con el de los Estados miembros. De esta forma se encuentran sometidos al Derecho comunitario cualquier acuerdo y cualquier práctica susceptible de poner en tela de juicio la libertad de comercio entre Estados miembros en un sentido que podría impedir la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros, especialmente cerrando los mercados nacionales o modificando la estructura de la competencia en el Mercado Común. Por el contrario, los comportamientos cuyos efectos se localicen en el interior de un solo Estado miembro son competencia del orden jurídico nacional».

Ahora bien, ¿cuándo se puede afirmar que este efecto perjudicial se produce de hecho o es al menos susceptible de producirse? ¿Basta con constatar una reducción en el volumen o ritmo de la circulación de bienes y servicios entre los Estados miembros, o la crisis económica de las empresas afectadas por los «acuerdos» o «decisiones» contrarias a la libre competencia?

En una primera aproximación puede parecer razonable estimar que este perjuicio al comercio intracomunitario es susceptible de producirse cuando los actos o prácticas perturbadores de la libre competencia produzcan o puedan producir una reducción en el volumen o en el ritmo de la circulación de bienes y servicios entre los Estados miembros. Sin embargo, no es este criterio cuantitativo el que debe conducirnos a la solución del problema planteado.

En efecto, como ha mantenido reiteradamente el Tribunal de Justicia, la circunstancia de que a consecuencia de un acuerdo, decisión o práctica concertada contraria al libre juego de la competencia se incremente el intercambio de bienes y servicios entre países miembros, no es suficiente para descartar la existencia de un perjuicio al comercio intracomunitario (As. Grundig-Costen, Sentencia de 13 de julio de 1966; Decisio-

nes de la Comisión de 20 de julio de 1978, As. CSV y de 17 de diciembre de 1980, As. Verre Coulé en Italia).

El único criterio válido para apreciar la existencia de un perjuicio directo o indirecto, actual o potencial al comercio entre los Estados miembros es de orden cualitativo y no cuantativo, sólo cuando un acuerdo o decisión o práctica restrictiva que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, se proponga o consiga alterar las condiciones, volumen y ritmo normales o naturales de los intercambios económicos intracomunitarios, resulta posible afirmar la verificación del elemento perjudicial al comercio interestatal y, en consecuencia, actuar el mecanismo de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE.

Ello explica que las prácticas de *dumping* y las ayudas estatales que pueden coadyuvar directa o indirectamente a una intensificación de la circulación de bienes y servicios dentro de los países de la CEE estén prohibidas; la razón estriba en el hecho de que tal incremento de los intercambios económicos intracomunitarios se produce de modo artificial o falseado y no como fruto del juego libre y natural de la competencia.

Por otro lado, la localización económica de las relaciones comerciales perjudicadas es totalmente independiente de la localización de la sede o establecimiento de las empresas responsables de tal perjuicio.

El acuerdo o decisión por los que varias empresas radicadas en un mismo país miembro se comprometan a respetar el precio fijado de común acuerdo en las transacciones comerciales que se realicen en el mercado interior pueden llegar a producir un perjuicio al comercio entre los Estados miembros y, por ende, ser sancionados por el artículo 85.

Un acuerdo que se extiende a todo el territorio de un solo Estado miembro tiene por su propia naturaleza el efecto de consolidar tabicaciones de carácter nacional, obstaculizando así la interpretación económica querida por el Tratado y asegurando ilícitamente una protección a la producción nacional.

En este sentido parece obvio que un acuerdo o decisión que sólo vinculen a empresas de un mismo país miembro y que tengan por contenido fijar un precio determinado para las transacciones en el mercado interior puede inducir a las empresas de este país a reducir el nivel de exportación si el precio prefijado para el mercado interno es suficientemente favorable para ellas.

Esta situación ha sido especialmente clarificada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Brasserie de Haecht, de 12 de diciembre de 1967. En este asunto un fabricante belga de cerveza había concluido con un expendedor de cerveza, también belga, un contrato en el que el primero se comprometía a conceder un crédito especial al segundo, a cambio de

que éste sólo se abasteciera de los productos del fabricante. Es evidente que, en principio, este acuerdo afecta al mercado interior belga, siendo en este caso únicamente aplicable el Derecho interno belga. Sin embargo, el Tribunal, al enjuiciar este asunto, tomó en consideración la situación global creada en el mercado belga a consecuencia de la existencia de una multiplicidad de acuerdos idénticos o semejantes al enjuiciado y consideró que en tales circunstancias el comercio entre los Estados miembros podía resultar perjudicado, en la medida en que se impedía a las empresas cerveceras de los demás países miembros exportar a Bélgica.

Por último, tenemos el caso de un acuerdo que abarque a la totalidad del mercado común. Tal es el supuesto del asunto Duro-Dyne-Europair, que se trataba de una exclusiva de venta otorgada por un productor americano a un único distribuidor para todo el mercado común. La Comisión decidió, el 19 de diciembre de 1974, que los intercambios de los productos en cuestión se desarrollaban a través de circuitos diferentes de los que hubieran existido sin las restricciones que se derivaban del acuerdo, dado que, de ahora en adelante, los productos sólo podían importarse a la CEE para revenderlos en otros Estados miembros, bien directamente por el concesionario exclusivo y sus propios distribuidores, bien indirectamente por un distribuidor establecido fuera de la CEE.

5.2.3. Dentro del mercado común

El inciso final del artículo 85, 1, contiene una regla delimitadora, *ratione loci*. Según esta regla, los efectos perturbadores del libre juego de la competencia perjudiciales al comercio intracomunitario se han de dejar sentir «dentro del mercado común».

No se trata de exigir que los actos prohibidos en la norma hayan sido realizados dentro del ámbito espacial de la CEE o que las empresas perjudicadas tengan su sede en territorio comunitario, sino más bien en constatar o apreciar la naturaleza específicamente comunitaria tanto del bien jurídico dañado como de los intereses perjudicados o susceptibles de serlo. En otras palabras, lo que la regla del artículo 85, 1, exige como elemento constitutivo de la prohibición y, por tanto, como factor determinante de la aplicación de ésta, es que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas alteren o mediaten, actual o potencialmente, la estructura y la dinámica del sistema económico establecido en el Tratado para organizar el mercado común.

En este sentido, y según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia y de la propia Comisión, las disposiciones de los artículos 85 y 86 pueden aplicarse a empresas cuya sede se encuentre fuera de la

Comunidad (por ejemplo: As. 27/76, United Brands, Sentencia de 14 de febrero de 1978; As. 102/77, Hoffman-Laroche, Sentencia de 13 de febrero de 1979).

Varias son las causas que pueden dar lugar a la aplicación de las disposiciones del Tratado a las empresas extranjeras. Así, se puede condenar a una empresa extranjera porque ella misma haya cometido dentro del territorio de la Comunidad infracciones al Tratado. También porque su comportamiento haya producido sus efectos dentro del territorio de la Comunidad. Y, por último, una empresa extranjera puede ser condenada por el comportamiento de sus sociedades filiales cuando dichos comportamientos pueden imputársele en virtud de la teoría comunitaria de los grupos o sociedades (*entity theory*).

Ahora bien, si las autoridades comunitarias son competentes para reprimir las infracciones cometidas contra las disposiciones del Tratado por empresas extranjeras cuando sus efectos se han producido dentro del territorio de la Comunidad es necesario, sin embargo, determinar qué medidas puede adoptar al respecto de estas empresas extranjeras. Pues bien, el Tribunal de Justicia y la Comisión han admitido que se impongan multas a empresas extranjeras para sancionar un comportamiento contrario a la libre competencia (ver Sentencia de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical; Sentencia de 6 de marzo de 1974, CSC/ICI; Sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-Laroche; Decisión de la Comisión de 30 de enero de 1978, Cêruse).

5.2.4. *Concepto de «relevant market»*

Mantiene la doctrina que la cuestión de saber si una limitación de la competencia incurre en la prohibición del artículo 85 debe analizarse en función del mercado concreto en que se producen los efectos restrictivos que se denomina «mercado relevante».

El «mercado relevante» se determina por medio de dos elementos: su delimitación geográfica y la identificación de los productos que lo componen.

Desde un punto de vista geográfico no es posible una definición unitaria del mercado. En efecto, los distintos precedentes indican que, en ciertos casos, se ha asimilado al mercado común en su conjunto y, en otros casos, al mercado mundial. Por el contrario, en determinados supuestos los mercados se han identificado sobre una base más limitada, correspondiendo con el territorio de los Estados nacionales o con partes sustanciales o importantes de la Comunidad.

En cuanto a los productos, la práctica comunitaria manifiesta una gran amplitud de interpretación. Baste mencionar algunos ejemplos de la

terminología utilizada: «productos a los que se refiere el contrato», «productos idénticos o considerados como similares por el usuario en base a sus propiedades, su precio o su uso», «productos similares en el mismo estadio de la distribución a los del concesionario en exclusiva», «productos cubiertos por la misma marca»...

Por tanto, para decidir si un acuerdo, decisión o práctica concertada limita la competencia ha de examinarse si los bienes o servicios ofrecidos por las empresas colusionadas, a los que se refieren los actos o prácticas colusorias, quedan o no sustraídos a las condiciones normales o naturales de competitividad del mercado en cuestión.

Basta añadir, finalmente, que la intercambiabilidad de los bienes y servicios pertenecientes a un mismo mercado puede venir determinada por una serie de factores diversos: el precio, propiedades del producto, las garantías, la publicidad, las prestaciones gratuitas, los servicios de post-venta, etc.

5.3. AMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Existen determinados sectores dentro de la Comunidad respecto de los que aparece como problemática o por lo menos discutida la aplicabilidad de las normas de la competencia.

5.3.1. *Sector bancario*

Por su Sentencia de 14 de julio de 1981, *Züchner contra Bayerische Vereinsbank* (comisiones bancarias), el Tribunal se pronunció, dentro de un procedimiento prejudicial, sobre si los artículos 85 y 86 del Tratado CEE eran aplicables a los bancos. Siendo parte en el procedimiento ante los Tribunales nacionales un banco, mantenía que los artículos 85 y 86 no se aplicaban a estas instituciones, por lo menos a la mayoría de sus actividades, dado el papel que jugaban en la transferencia de capitales que hacía que se les considerase como encargados de la gestión de servicios públicos de interés económico en los términos del artículo 90, apartado 2 del Tratado. El Tribunal rechazó esta interpretación en la medida que no quedaba probado que los bancos estuviesen encargados de las transferencias internacionales de capitales en virtud de un acto del poder público y con misión de gestionar un servicio de interés económico general.

Con ello se confirma la postura adoptada por la Comisión, para quien el sector bancario se encuentra sometido a las normas comunitarias de la competencia, aun cuando en diversos Estados miembros se encuentren sustraídos a la aplicación del derecho interno de la competencia.

5.3.2. *Sector de los transportes*

La aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de competencia ha planteado especiales problemas respecto del transporte aéreo.

Resulta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión contra Francia, que en principio las disposiciones del Tratado se aplican a los transportes aéreos y marítimos. Estos solamente se encuentran excluidos de la aplicación de las disposiciones del Título IV, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84, apartado 2, mientras que el Consejo no haya adoptado las medidas de aplicación previstas por esta disposición. Por el contrario, mantiene el Tribunal, teniendo en cuenta los objetivos del Tratado, el resto de sus disposiciones le son plenamente aplicables al transporte aéreo, incluidas, por tanto, las disposiciones sobre competencia.

Sin embargo, el Reglamento número 17, básico en esta materia de competencia, no le es de aplicación, y el Reglamento 1.017/68, que contiene las normas de procedimiento y de derecho material, afecta exclusivamente al transporte por ferrocarril, por carretera y por navegación interior.

Una tentativa de someter plenamente el transporte a las normas sobre competencia se realizó por Lord BETHELL como representante de una asociación de consumidores, tratando de provocar una investigación por parte de la Comisión en esta materia. La Comisión le respondió poniéndole de manifiesto las dificultades existentes y que el artículo 85 no tenía aplicación en materia de fijación de las tarifas del transporte aéreo, dado que ello es, en la mayoría de los casos, competencia de los Estados miembros. Lord BETHELL, considerando la respuesta insuficiente, interpuso un recurso de anulación contra esa comunicación y otro de inacción. Ambos fueron desestimados por falta de legitimación activa (Sentencia de 10 de junio de 1982).

Otro caso lo tenemos en la denuncia presentada por la empresa de navegación aérea Sterling Airways contra la compañía escandinava SAS por abuso de posición dominante, caracterizada, por un lado, por el establecimiento de precios excesivos en la línea Londres-Copenhague y, de otro, por el cierre del acceso a los mercados de vuelos regulares internacionales y a ciertos vuelos *charter* en base al monopolio concedido a SAS. La Comisión enfocó el asunto en base el artículo 89 del Tratado, considerando que la situación abusiva había desaparecido por la reducción de precios y en cuanto al monopolio de acceso a las líneas internacionales pensó que no debía intervenir, teniendo en cuenta el

artículo 90, apartado 1, del Tratado, las convenciones internacionales en materia de navegación aérea y el poder soberano de los Estados sobre el espacio aéreo que se encuentra encima de sus territorios.

Ante esta situación se ha elaborado un proyecto de Reglamento referente a la aplicación de los artículos 85 y 86 al transporte aéreo (JOC, número 291, de 12 de noviembre de 1981), que se encuentra aún pendiente de aprobación por el Consejo. Se trata, básicamente, de un Reglamento de procedimiento que se refiere a las compañías aéreas en la medida en que éstas asumen sus obligaciones en tanto que empresas y que no afecta a las cuestiones que son de la exclusiva responsabilidad de los Estados miembros, así como a las obligaciones impuestas a estas compañías por dichos Estados.

5.3.3. *Productos agrícolas*

En los términos del artículo 1 del Reglamento 26, de 4 de abril de 1962, son aplicables las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y sus reglamentos de aplicación cuando estén en causa la producción o el comercio de productos agrícolas enumerados en el anexo II del Tratado, con una doble reserva. Por un lado, el artículo 85, 1, es aplicable a los acuerdos que «forman parte integrante de una organización nacional de mercado». Por otro, este texto es igualmente inaplicable a los acuerdos que sean necesarios para la realización de un objetivo de política agrícola común enumerados en el artículo 39 del Tratado.

Entre los acuerdos de esta última categoría figuran los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones que agrupen a dichas asociaciones y que pertenezcan a un solo Estado miembro, en la medida en que afecten a la producción o venta de productos agrícolas o a la utilización de instalaciones comunes de almacenaje, de tratamiento o de transformación de productos agrícolas, sin que ello conlleve el establecimiento de precios obligatorios. Se trata, por tanto, de ciertas formas de cooperación entre empresas agrícolas y en todo caso la Comisión puede declarar inaplicable esta exención cuando compruebe que estos acuerdos excluyen la competencia o que los objetivos del artículo 39 del Tratado se encuentran en peligro.

5.4. ACUERDOS DE IMPORTANCIA MENOR

La Comisión ha ido elaborando, en la consideración de los diversos casos que se le han presentado, una serie de criterios para apreciar si el

efecto restrictivo y el perjuicio consiguiente merecen el grado de importancia mínima necesaria para la aplicación del artículo 85.

Sobre la base de la experiencia acumulada, la Comisión ha publicado una Comunicación sobre los acuerdos de importancia menor, de 27 de mayo de 1970, en la que se establecen o recogen con carácter general los criterios básicos para decidir cuándo un acuerdo, decisión o práctica concertada, aun reuniendo todos los elementos constitutivos explicitados en el artículo 85, queda fuera del ámbito de su aplicación en razón a la débil e inapreciable incidencia de los efectos restrictivos de aquellos actos o prácticas sobre los intereses comunitarios.

La Comisión considera que los acuerdos entre empresas de producción o distribución de productos no caen bajo la prohibición del artículo 85, 1....:

Quando los productos a que se refiere el acuerdo no representan, en la parte del mercado común en la que el acuerdo produce su efecto, más del 5 por 100 del volumen de negocios realizados con productos idénticos o considerados similares por el consumidor en razón a sus propiedades, precio, uso y...

Quando la cifra de negocios anual global de las empresas que participan en el acuerdo no supere 15 millones de unidades de cuenta, o cuando se trate de acuerdos entre empresas comerciales de 20 millones de unidades de cuenta.

Tales acuerdos tampoco caen bajo la prohibición del artículo 85, «en el caso en que la cuota de mercado y la cifra de negocios antes indicada sea sobrepasada, en el curso de dos ejercicios consecutivos, en una medida no superior al 10 por 100». Señala igualmente la Comisión que para el cálculo de la cifra global resultante de la suma de las cifras de negocios del último ejercicio no sólo hay que tener en cuenta las cifras de negocios de las empresas colusionadas, sino también las de las empresas controladas por éstas o las de las empresas que controlan a las participantes en el acuerdo o decisión.

Para la verificación de la existencia de este poder de control la Comisión formula cuatro criterios: participación, como mínimo, del 25 por 100 en el capital de la sociedad controlada; disposición, como mínimo, de la mitad de los votos de la sociedad controlada; poder de designación de la mitad de los miembros de los órganos de gestión y vigilancia de la sociedad controlada, y derecho de administrar los asuntos de la empresa controlada.

La comunicación no tiene carácter de norma jurídica de obligado cumplimiento; su valor es meramente indicativo u orientador. Y hay

también que reconocer que a pesar de las críticas fundadas que la doctrina ha formulado a esta comunicación, el Tribunal de Justicia ha seguido en muchas ocasiones sus orientaciones.

5.5. ACUERDOS EXPRESAMENTE PROHIBIDOS

El artículo 85, 1, tras la formulación en su primer párrafo de la prohibición general de los actos o prácticas contrarios a la competencia, recoge en el párrafo segundo una lista, de carácter meramente indicativo, de cinco posibles tipos o categorías concretas de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas incursos en la prohibición:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartir los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar, a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Resulta indiferente que estos acuerdos, decisiones o prácticas de fijación de precios o condiciones de transacción operen en el plano horizontal (entre empresas pertenecientes a un mismo estadio del proceso económico) o en el plano vertical (entre empresas pertenecientes a estadios diferentes del proceso económico).

5.6. SUPUESTOS DE EXENCIÓN

El artículo 85 en su apartado 3 establece:

«No obstante las disposiciones del apartado 1 podrán ser declarados inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

En base a este artículo, la Comisión, bajo el control del Tribunal de Justicia, ha seguido una política de exenciones, bien individuales, bien por categorías de acuerdos.

Las aplicaciones más frecuentes de esta disposición se han realizado en el ámbito de los acuerdos de especialización, de investigación y de desarrollo en común, así como en el campo de los sistemas de distribución selectiva de licencias de marcas y patentes. Por otro lado, los acuerdos de división del mercado, de intercambio de información, de precios o de exclusivas no pueden de forma alguna beneficiarse de esta exención. Como dice el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro: «Las competencias conferidas a la Comisión por el artículo 85, apartado 3, demuestran que la necesidad del mantenimiento de una competencia eficaz puede conciliarse con la salvaguardia de los objetivos de otra naturaleza y que, con este fin, son admisibles ciertas restricciones de la competencia cuando sean indispensables para la realización de estos objetivos y no desemboquen en la eliminación de la competencia para una parte importante del mercado común».

Estos objetivos «de otra naturaleza» pueden ser muy variados: el mantenimiento del nivel de empleo (Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro); la necesidad de asegurar el abastecimiento de energía (Decisión de 23 de diciembre de 1975, United Reprocessor); objetivos culturales, como el desarrollo de los conocimientos lingüísticos (Decisión de 17 de noviembre de 1981, Langenscheidt-Hachette...). El beneficio de la exención sólo puede reconocerse a los acuerdos que son notificados en forma a la Comisión, siendo los requisitos de forma muy estrictos y viniendo recogidos en el Reglamento 17/62.

La Comisión es la única competente, bajo el control del Tribunal en su caso, para declarar la inaplicabilidad del artículo 85, 1, en base al artículo 85, 3. La declaración de inaplicabilidad del artículo 85, 1, tiene

un carácter excepcional y es la Comisión quien debe determinar si las ventajas que se derivan del acuerdo examinado son superiores a los inconvenientes que se derivan respecto de la competencia. En este sentido, las condiciones para la aplicabilidad del artículo 85, 3, deben apreciarse en base a los efectos objetivos del acuerdo en cuestión y no a las ventajas económicas o comerciales que las partes obtengan en su exclusivo beneficio.

Dado este carácter excepcional, la Comisión, de acuerdo con el Reglamento 17/62, somete sistemáticamente sus decisiones a condiciones que le permiten controlar en todo momento si la exención sigue estando justificada (As. Transocean Marine Paint, Sentencia de 23 de octubre de 1974). Además, la exención sólo se concede por un tiempo determinado.

En cuanto a los requisitos para que dichas exenciones se concedan, de acuerdo con el propio artículo 85, 1, son los siguientes:

1. La mejora de la producción o de los productos, o el fomento del progreso técnico o económico, entendida dicha mejora desde un punto de vista objetivo en relación con la situación anteriormente existente o que existiría si no mediasen los acuerdos, así como definida en función de las circunstancias concretas de las empresas en cuestión.
2. Que se deriven ciertos beneficios para los usuarios, entendiéndose por tales «cualquier competidor comercial directo de las empresas que participen en la restricción de la competencia» (As. Triesing Schröter, Hochbaum).
3. Que las restricciones a la competencia sean indispensables para lograr los objetivos de mejora de la producción, distribución o fomento del progreso técnico o económico.
4. Que no se elimine la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate.

Dentro de estos supuestos de exención tiene especial importancia los acuerdos de cooperación entre empresas no suficientemente desarrolladas, a fin de incrementar su eficacia empresarial y dotarlas de un grado superior de competitividad. La Comisión ha hecho pública, el 29 de julio de 1968, una Comunicación sobre acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas.

Esta Comunicación recoge hasta ocho categorías de actos o prácticas de cooperación admitidas por la Comisión:

1. Acuerdos que tienen por objeto:
 - el intercambio de opiniones y experiencias;
 - el estudio común de los mercados;
 - la realización en común de estudios comparados sobre empresas y sectores económicos;
 - la elaboración en común de estadísticas y sistemas de cálculo.
2. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la cooperación en materia contable;
 - la cooperación en materia financiera;
 - la cooperación en materia de organización de empresas y en materia de asesoramiento fiscal, por medio de la creación de organismos comunes de consulta.
3. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la ejecución en común de proyectos de investigación y desarrollo para la aplicación de los resultados obtenidos por tales empresas;
 - la formulación en común de mandatos o encargos de investigación y desarrollo a terceras personas para la aplicación en común de los resultados de la investigación;
 - la distribución de sectores de investigación y de planes de desarrollo entre las partes del acuerdo.
4. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la utilización en común de instalaciones de producción y de medios de almacenamiento y transporte.
5. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la constitución de asociaciones temporales de trabajo para la ejecución en común de encargos o pedidos, siempre que las empresas participantes en el acuerdo no estén en sí, con relación a las prestaciones que deben realizarse a los terceros, en situación de competencia, o aún cuando siendo en este terreno competidores no sean capaces de ejecutar individualmente el encargo objeto del contrato con los terceros.
5. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la venta en común y los servicios postventa y de reparaciones en común, siempre que las empresas participantes no estén, en relación a los productos o servicios a los que se refiere el acuerdo, en situación de competencia.

7. Acuerdos que tienen por objeto:
 - hacer publicidad en común.
8. Acuerdos que tienen por objeto:
 - la utilización de una marca común para designar productos de una determinada calidad, accesible a todo competidor en las mismas condiciones.

6. EL ARTICULO 86 DEL TRATADO CEE. ABUSO DE POSICION DOMINANTE

Como sabemos, el artículo 86 del Tratado CEE constituye, junto con el artículo 85, el segundo pilar básico que sostiene el armazón sobre el que se vertebra el derecho de la competencia en la CEE.

Establece que: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

Mientras que el artículo 85, 1, acorde con el interés de impedir toda limitación de la competencia concertada entre las empresas, consagra un sistema protector de la libre competencia concertada entre las empresas, consagra un sistema protector de la libre competencia eminentemente represivo, el artículo 86 se funda en el principio de tolerancia de ciertas limitaciones estructurales naturales y espontáneas de la competencia, en justa correspondencia con el interés en él reconocido de salvaguardar el ejercicio de actividades económicas en posiciones de dominio en el mercado y, por lo mismo, de preservar la licitud de determinadas situaciones de concentración económica empresarial.

En efecto, la posición de dominio en el mercado conseguida por un empresario a consecuencia del libre juego de la competencia es considerada en el ordenamiento de la CEE perfectamente lícita, a pesar de implicar una situación fáctica en la que la competencia o no existe o si existe carece de toda relevancia económica. Efectivamente, la situación de dominio en el mercado se traduce en la práctica en una cierta concentración económica, siempre beneficiosa y deseable para incrementar la capacidad de competencia de la CEE frente a otras organizaciones económicas internacionales o supranacionales.

Lo único que perjudica injustamente a los competidores y a los consumidores, y que, además, lesiona gravemente los intereses de la CEE, es el abuso de una posición de dominio en el mercado.

6.1. ELEMENTO SUBJETIVO

El artículo 86, al igual que el artículo 85, tiene como sujetos jurídicos destinatarios a las empresas, siendo la noción de éstas idéntica en uno y otro supuesto. Cabe, no obstante, apreciar que el artículo 86, al contrario del 85, no hace referencia alguna a las asociaciones de empresas.

Mientras el artículo 85 predica siempre una pluralidad de empresas concertadas por medio de un concurso de voluntades, el artículo 86 ni exige ni excluye esta pluralidad de empresas concertadas como requisito de aplicación del mismo. En efecto, en este precepto se prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado por parte de «una o varias empresas».

Mas, como se advierte, el artículo 86 no excluye la prohibición que en él se establece, el abuso colectivo de una posición dominante, cometido por varias empresas, bien actúen éstas de forma independiente y autónoma, o de forma conjunta o concertada. Precisamente, en este último caso, esto es, cuando el abuso viene precedido, acompañado o confundido con un acuerdo, decisión o práctica concertada causante bien de la posición dominante bien de la explotación abusiva de esta posición, se plantea la cuestión de saber qué norma es la aplicable, toda vez que, en principio, hay que estimar realizados los elementos constitutivos tanto del artículo 85 como del artículo 86.

La aplicación de una u otra norma comporta una diferencia trascendental: mientras que el acto o práctica prohibida en virtud del artículo 85, 1, puede ser, no obstante, autorizado *a posteriori* por la autoridad de control, tal posibilidad no existe, en cambio, cuando el acto venga sancionado por la vía del artículo 86. La doctrina se ha pronunciado sobre esta cuestión manteniendo tesis contrapuestas; así, mientras que para GOLDMAN el artículo 85 debe ser exclusivamente aplicado en este supuesto, otro sector doctrinal, que se afianza cada vez con más fuerza, niega toda primacía del artículo 85 sobre el artículo 86, o de éste sobre aquél, y admite la posibilidad de la aplicación simultánea de ambos preceptos.

El pretendido conflicto se presenta del siguiente modo: un acuerdo restrictivo de la competencia, incurso en la prohibición del artículo 85, 1, obtiene, no obstante, la exención prevista en el artículo 85, 3, al reunir todos los requisitos exigidos en éste. Como consecuencia de este acuerdo autorizado, una, varias o todas las empresas implicadas en el mismo consiguen en el mercado una posición dominante, de la que se aprovechan para imponer en el tráfico condiciones de contratación abusivas.

Así, mientras el artículo 85, 3, contempla la posibilidad de autorizar acuerdos restrictivos de la competencia que constituyen o desembocan en situaciones fácticas de dominio en el mercado, el artículo 86 no juzga la licitud de estas situaciones, sino que, asumiéndolas, se limita, a partir de ese momento, a regularlas, prohibiendo todo acto o comportamiento abusivo realizado al amparo de estas situaciones fácticas autorizadas.

Esta reducción al absurdo de la hipótesis ahora contemplada nos lleva, siguiendo a esta doctrina, a mantener que cuando a un supuesto acuerdo de posición dominante le resulten aplicables tanto el artículo 85, 1, como el artículo 86, el número 3 del artículo 85 no podrán lógicamente ser aplicados. Así pues, la opción entre el artículo 85, 1, y el artículo 86 no tiene relevancia alguna, puesto que basta que el artículo 86 sea aplicable para descartar radicalmente el beneficio de la exención previsto en el artículo 85, 3.

6.2. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE

La Comisión formula, por primera vez, en su Memorándum de 1 de diciembre de 1965, una definición de posición dominante en los siguientes términos: «El dominio del mercado no puede ser únicamente definido a partir de la parte de mercado dominada por una empresa o de otros elementos cuantitativos de una determinada estructura de mercado. Se trata, en primer lugar, de un poder económico, es decir, la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y sobre las decisiones económicas de otras empresas, sean o no utilizadas en un determinado sentido. Una empresa que puede desplazar cuando lo desee a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas, incluso si la parte de mercado que domina es relativamente poco importante».

En la misma línea, pero con mayor precisión, se pronuncia la Comisión en la importante Decisión de 9 de diciembre de 1971, sobre el asunto Continental Can, según la cual: «Las empresas están en posición dominante cuando tienen la posibilidad de adoptar comportamientos independientes que les permiten actuar sin tener en cuenta a los competidores, compradores o proveedores...; que esta posibilidad no debe necesariamente derivar de un dominio absoluto, permitiendo a las empresas que lo ostentan eliminar toda voluntad por parte de los com-

petidores, sino que basta con que tales empresas sean lo suficientemente fuertes como para asegurarse una independencia global de comportamiento». Concretamente, esta situación se produce cuando en razón a la parte del mercado dominada o de ésta con conexión con la disposición de conocimientos técnicos, materias primas y capitales, tales empresas tienen la posibilidad de determinar los precios o de controlar la producción o la distribución en relación a una parte significativa de los productos en cuestión.

Siguiendo al Tribunal en el asunto Suiker Unie, Sentencia de 16 de diciembre de 1975, la posición dominante se define como aquella que permite a la empresa en cuestión «obstaculizar la competencia efectiva sobre el mercado en cuestión». Basta, por tanto, con una simple posibilidad, sin que sea necesario investigar si la empresa ha hecho o no uso de dicha posición.

El acento se pone sobre la posibilidad que tiene la empresa en situación de posición dominante de determinar sus comportamientos sin deber tener en cuenta las actitudes de otros operadores económicos, bien de forma absoluta, bien en todo caso de una forma casi total. Esta fórmula la encontramos en la Decisión de la Comisión en el asunto Hoffmann-La Roche, de 9 de junio de 1976, al decir que esta empresa dispone «de un grado de independencia global de comportamiento que la pone en posición de obstaculizar una competencia efectiva en el interior del mercado común, confiéndole, por tanto, una posición dominante en este mercado». Igualmente en la Decisión Chiquita, referente al asunto United Brands, de 17 de diciembre de 1975, se define la posición dominante como la posibilidad de «comportamientos que permitan a la empresa actuar sin tener especialmente en cuenta a sus competidores, a los compradores o a los suministradores».

En realidad, para la determinación de la existencia de posiciones dominantes en el mercado, ni existen criterios fijos universales, ni su aplicación puede ser homogénea y monolítica. Para decidir si una empresa goza de una posición dominante es absolutamente esencial delimitar el mercado en el que la empresa ejerce su actividad y explota su posición. Es imprescindible examinar las circunstancias concretas que cada caso particular presenta: estructurales, cuantitativas y de comportamiento.

6.3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Para que nos encontremos en presencia de una conducta prohibida por el artículo 86 del Tratado CEE no basta que una empresa o grupo de empresas se hallen en una posición dominante en el mercado con arre-

glo a los criterios que hemos examinado anteriormente, es necesario, además, que exista abuso de dicha posición dominante. El concepto de abuso de posición dominante fue elaborado por la Comisión y el Tribunal de Justicia en el asunto Continental Can, Sentencia de 21 de febrero de 1973, habiendo sido confirmado por la jurisprudencia posterior. La Comisión y el Tribunal consideraron que el abuso de posición dominante resulta no sólo de los comportamientos que las empresas en posición dominante puedan tener sobre el mercado, sino también en las modificaciones estructurales que puedan reducir o eliminar una competencia que ya está en peligro por la posición dominante.

Esta concepción se basa en la interpretación teleológica del Tratado: el artículo 86 debe ser interpretado en función de los objetivos fijados por el Tratado y muy especialmente del artículo 3, f). Por ello el Tribunal declara que: «Al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante sobre el mercado, en la medida en que puede afectarse el comercio entre los Estados miembros, el artículo 86 se refiere no sólo a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, sino igualmente a las que les causan un perjuicio indirecto, atentando contra una estructura de competencia efectiva, tal y como se prevé por el artículo 3, f), del Tratado» (As. Hoffmann-La Roche, Sentencia de 13 de febrero de 1979).

El comportamiento abusivo ciertamente debe afectar a la competencia, para que sea sancionable, pero esta afectación puede ser indirecta y resultar de las modificaciones estructurales sufridas por la competencia.

Son constitutivos de abuso de posición dominante todos los comportamientos que falseen o restrinjan el juego de la competencia tal y como se desarrollaría normalmente en un mercado en el que se respetase dicha competencia, de manera que se puede encontrar un cierto paralelismo entre las condiciones de aplicabilidad del artículo 85, 1, y el concepto de abuso de posición dominante.

Por otro lado, la jurisprudencia ha declarado la no necesidad de una relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante. Así, en el asunto Hoffmann-La Roche la demandante mantenía que el abuso de posición dominante implicaba necesariamente que el abuso procediese de la utilización del poder económico atribuido por la posición dominante y que éste fuera el medio a través del cual se produce el abuso. Sin embargo, el Tribunal, siguiendo a su Abogado general, REISCHL, desestimó esa argumentación declarando que «el concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a los comportamientos de una empresa en situación de posición dominante que son de tal naturaleza que

pueden influir en la estructura del mercado en que, como consecuencia concretamente de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se ha delibitado y tienen por efecto obstaculizar, recurriendo a medios distintos de los que gobiernan, una competencia normal de productos o servicios sobre la base de prestaciones de operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia existente todavía sobre el mercado o el desarrollo de esta competencia».

Como se deduce de esta definición, el abuso de posición dominante no implica ninguna idea de falta o incumplimiento a la deontología de los negocios, sino el análisis objetivo de un comportamiento, sin que sea necesario demostrar que este comportamiento se deriva del uso del poder económico que caracteriza a la posición dominante.

Por último, recordar que el abuso de posición dominante debe examinarse exclusivamente a la luz del Derecho europeo, no pudiendo una empresa alegar su legislación nacional para justificar un comportamiento abusivo bien porque dicha legislación imponga ciertas situaciones o reglas que den origen a posiciones dominantes, bien porque las autorice.

6.4. SUPUESTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los diferentes casos analizados por la Comisión se deduce una multiplicidad de supuestos distintos en los que los organismos comunitarios han apreciado la existencia de abuso de posición dominante. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar como más corrientes los siguientes:

6.4.1. *La prohibición a los intermediarios de representar o vender los productos de la competencia o la obligación de utilizar un determinado intermediario*

Un ejemplo lo tenemos en el asunto «Sucre», Decisión de 2 de enero de 1973, en el que se consideró que existía abuso de posición dominante al haber prohibido la sociedad cooperativa SZV a sus 17 distribuidores principales el representar a los productos de la competencia en la zona en la que ejercía su actividad esta sociedad, es decir, en el sur de Alemania.

6.4.2. *Negativa de venta*

Así, en el asunto ICI y CSC-Zoja, Sentencia de 6 de marzo de 1974, el Tribunal consideró que existía abuso de posición dominante dado que la firma CSC había decidido cesar totalmente el suministro de ma-

terias primas a terceros para facilitar su propio acceso al mercado derivado, con ello una empresa en posición dominante se reservaba los productos de su propia fabricación para incorporarlos a un producto derivado que iba a fabricar, a fin de eliminar a los competidores que fabricaban el mismo producto derivado a partir de esas materias primas.

6.4.3. *Restricciones al derecho de disponer de un producto*

Tal es el caso del asunto United Brands, Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el que el Tribunal, desestimando la demanda, declaró la existencia de abuso de posición dominante por no suministrar la empresa United Brands a los maduradores todos los plátanos que éstos solicitaban, controlando el mercado e impidiendo la creación de un mercado de plátanos verdes en el que pudieran abastecerse libremente los maduradores.

6.4.4. *Compromiso de abastecimiento exclusivo. Cláusula inglesa*

Son muy frecuentes los intentos de las empresas que se encuentran en posición dominante de imponer obligaciones de fidelidad a sus clientes, prohibiéndoles el que se abastezcan en la competencia o limitando su libertad de abastecimiento.

Así, en el asunto Hoffmann-La Roche, Sentencia de 13 de febrero de 1979, el Tribunal comprobó que los contratos celebrados por la sociedad Hoffmann-La Roche con sus compradores de vitaminas conllevaban, bajo formas muy variadas, el compromiso de abastecimiento exclusivo para la totalidad de las vitaminas o para cierto porcentaje de éstas. Además, estos contratos contenían unas cláusulas de rebaja. Por todo ello declaró la existencia de abuso de posición dominante al tender estas cláusulas «a suprimir o restringir la posibilidad de elección en cuanto a las fuentes de suministro y a impedir el acceso al mercado a otros productores».

6.4.5. *Condiciones discriminatorias*

El artículo 86 prohíbe aplicar a los clientes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, imponiéndoles de esta manera un perjuicio en el sistema normal de competencia.

Un ejemplo lo tenemos en la sociedad GVL (Sentencia de 2 de marzo de 1983), encargada, de acuerdo con la legislación alemana, de la gestión de los derechos de los artistas. Esta sociedad aseguraba la protección de los artistas de nacionalidad alemana o domiciliados en Alemania,

negando sus servicios a los artistas extranjeros no domiciliados en Alemania.

El Tribunal consideró que existía un trato discriminatorio basado en la nacionalidad y el domicilio que no podía admitirse.

6.4.6. *Obstáculos al acceso al mercado de otros operadores económicos de la competencia*

Es el caso del asunto SAS, al que ya hemos hecho mención anteriormente. Esta compañía aérea, en base al monopolio concedido por el Gobierno danés, impedía el acceso al mercado de vuelos regulares internacionales en general y en particular a la línea Copenhague-Londres, a otras empresas. Sin embargo, en este supuesto la Comisión no consideró que existía un caso de abuso de posición dominante, dada la materia (transporte aéreo) y la falta de regulación comunitaria en este sector.

6.5. PRÁCTICAS ABUSIVAS EXPRESAMENTE PROHIBIDAS

Al igual que el artículo 85, 1, párrafo segundo, el artículo 86 recoge en su segundo párrafo una lista o catálogo de prácticas abusivas expresamente prohibidas cuando se reúnen las condiciones de aplicación de la norma contenida en el primer párrafo de este precepto.

El artículo 86, en su segundo párrafo, establece:

«Tales prácticas abusivas podrán consistir en particular en:

- a) fijar, directa o indirectamente, precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza, o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

Todo acto, práctica o conducta de explotación abusiva de una posición dominante está directamente prohibida por el artículo 86 del Tra-

tado CEE. La prohibición recae, pues, *ope legis*, sobre tales abusos, sin necesidad de una previa declaración de la Comisión al respecto.

Ahora bien, si la intervención de la Comisión no es necesaria para declarar la ilicitud y la consiguiente prohibición de las prácticas abusivas, la imposición de las sanciones que en cada caso correspondan únicamente puede ser decidida y ordenada por los órganos comunitarios (la Comisión y el Tribunal de Justicia). En cualquier caso, sin embargo, la Comisión puede constatar, a instancia de parte o de oficio, la existencia de una violación del artículo 86 por medio de una Decisión.

7. LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA A LAS EMPRESAS PUBLICAS

El artículo 90 del Tratado CEE establece:

«1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de aquellas empresas públicas y empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.

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

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

Como podemos ver, el artículo 90 del Tratado CEE establece el principio de igualdad de trato para todas las empresas que ejercen su actividad dentro del mercado común y, en consecuencia, los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a las normas del Tratado y especialmente a los artículos 7 (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) y 85 a 94 (prohibición de falsear la competencia).

La consagración expresa de este principio fue necesaria en razón de la existencia en la economía de ciertos Estados miembros de un sector público a veces muy importante.

Esta regla general admite, sin embargo, dos excepciones; por un lado las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general y por otro las que tengan el carácter de monopolio fiscal. En estos dos supuestos las disposiciones del Tratado en materia de competencia sólo son aplicables en la medida en que no impida el cumplimiento, de hecho o de derecho, de la misión particular que le ha sido encomendada. En todo caso debe tenerse presente que en forma alguna pueden verse afectados los intercambios intracomunitarios de tal manera que se atente contra los intereses de la Comunidad.

En relación con estas dos excepciones hay que tener en cuenta que el concepto de empresa debe ser interpretado de una forma autónoma, es decir, en base al Tratado, rechazando una vez más la tentación de recurrir a las teorías de inspiración nacional. En consecuencia, por lo que respecta a la primera excepción, el carácter público o privado de la empresa importa poco, lo que es determinante, por el contrario, es que estén encargadas de la gestión de la clase de servicios ya mencionados y, en consecuencia, de la realización de una misión especial.

La interpretación del concepto de monopolio fiscal, por su lado, parece más sencilla. En efecto, a pesar de la diversidad de fórmulas aplicadas a nivel nacional, el monopolio fiscal presenta dos constantes: el carácter exclusivo propio del concepto de monopolio y la finalidad que consiste en ingresar dinero en el tesoro.

Entre los monopolios fiscales y no fiscales existen, sin embargo, ciertas zonas intermedias, en las que se sitúan los monopolios que tienen por objeto no solamente recaudar dinero para la Administración, sino también asegurar una mejor rentabilidad del servicio, lo que plantea ciertos problemas de calificación.

Por último, es necesario referirse a la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y las empresas.

Tal es el objetivo que se propone la Directiva de la Comisión de 25 de junio de 1980. Esta Directiva se basa directamente en el artículo 90, 3: sin embargo, precisa en sus considerandos que no modifica otras disposiciones del Tratado y especialmente los artículos 90, 2, 93 y 223.

La preocupación que ha inspirado la Directiva tiene su fundamento en la influencia que las autoridades públicas pueden ejercer sobre el comportamiento de las empresas públicas.

La competencia entre las empresas puede verse falseada por la atribución de fondos públicos a las empresas públicas. Estos comportamien-

tos pueden llegar a constituir una violación de las disposiciones del Tratado o, por el contrario, inspirarse en objetivos que justifiquen posibles derogaciones en base al artículo 90, 2; de ahí la necesidad de una vigilancia por parte de la Comisión en materia de concesión de fondos públicos a empresas públicas.

Del texto de esta Directiva debe destacarse:

- a) la adopción de una definición más amplia de empresa pública que la que se basa en la forma jurídica, poniendo el acento en todos los medios de control;
- b) la definición muy amplia del concepto de recursos que incluye la cobertura de las pérdidas;
- c) la notificación a la Comisión de los datos por ella solicitados de forma directa, y
- d) la exención de la obligación relativa al suministro de información dentro de ciertos límites.

8. LAS AYUDAS ESTATALES

El régimen de las ayudas estatales en el Tratado CEE está recogido en los artículos 92 a 94.

El principio general contenido en el artículo 92 es el de la incompatibilidad de las ayudas concedidas por los Estados miembros con el mercado común.

El concepto de ayuda, no definido en el artículo 92, posee un contenido muy amplio y consiste en una ventaja o un beneficio para la empresa que lo recibe. Así, la Comisión ha declarado que la noción de ayuda engloba subvenciones, créditos, en condiciones especiales, exenciones tributarias, bonificaciones de interés, cesiones de terrenos o edificios gratuitamente o en condiciones especiales, cobertura de pérdidas de explotación, prestaciones preferenciales de bienes o servicios, tipos de descuento preferenciales, etc.

Para ser tomadas en consideración estas ayudas deben ser concedidas por los Estados o por medio de recursos estatales.

El mecanismo de concesión de la ayuda no está vinculado a ninguna fórmula jurídica determinada y puede realizarse por vía legal, reglamentaria o administrativa.

Para que estas ayudas incurran en la prohibición del artículo 92 deben reunir ciertas condiciones:

- a) favorecer ciertas empresas o ciertas producciones;
- b) falsear o amenazar con falsear la competencia, bastando con que

exista una amenaza seria y debiéndose tener en cuenta tanto la competencia actual como la potencial;

- c) afectar a los intercambios entre los Estados miembros.

Estas tres condiciones no tienen carácter alternativo, sino acumulativo.

Ahora bien, si esta es la regla general, el propio artículo 92, en su apartado 2, establece ciertas excepciones. Así declara que «serán compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división».

Junto a estas excepciones, el tercer apartado del artículo 92 contiene ciertos casos de ayudas que pueden ser consideradas compatibles con el mercado común. Tales son:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.

Son las instituciones comunitarias, fundamentalmente la Comisión, quienes tienen poderes atribuidos para la aplicación de las normas comu-

nitarias contenidas en los artículos 92 a 94. La Comisión realiza un análisis y control permanente de las ayudas existentes para determinar su compatibilidad con el mercado común. En este análisis participan el Estado interesado y los demás Estados miembros, si se analizan no sólo los regímenes generales y particulares de las ayudas, sino también las medidas individuales de ejecución.

Realizado este análisis, la Comisión, en su caso, propone al Estado en cuestión las medidas útiles y necesarias. Si el Estado no acepta las observaciones de la Comisión, ésta inicia un procedimiento de análisis de las ayudas en litigio, que comienza con la apertura de un período de información en el que los interesados formulan sus observaciones.

Si, recibidas las observaciones la Comisión llega a la conclusión de que la ayuda no es compatible con el mercado común, decide que el Estado debe suprimirla en un plazo determinado.

Si el Estado no acepta la decisión de la Comisión, puede impugnarla mediante un recurso de anulación del artículo 173 ante el Tribunal de Justicia.

Además, la Comisión posee un control preventivo de las nuevas ayudas. Los proyectos de nuevas ayudas deben ser notificados a la Comisión, quien iniciará el proceso anteriormente analizado, no pudiéndose hacer efectivas dichas ayudas hasta que la Comisión se haya pronunciado favorablemente.

El Consejo, por otro lado, puede, a propuesta de la Comisión, definir categorías o de ayudas que pueden ser declaradas compatibles y, por unanimidad, y a propuesta de un Estado miembro, declarar compatible una ayuda concreta concedida o en proyecto.

Dentro de este sector de las ayudas de Estado, la Comisión considera que las ayudas deben autorizarse cuando sean necesarias para paliar desequilibrios regionales o para facilitar la adaptación y o el desarrollo de determinados sectores industriales, pero teniendo presente que, dados los efectos económicos y sociales, no pueden definirse unos criterios estrictos *a priori*, sino que es necesario un análisis pormenorizado, caso por caso, de las ayudas.

ROSARIO SILVA DE LAPUERTA
Abogado del Estado