

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 38/2008



Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España

J. Berasategi Torices, L. Berenguer Fuster, J. L. Crucelegui Gárate,
Ll. Franco i Sala, F. García Cachafeiro, J. A. Rodríguez Miguez,
J. A. Varela González

Instituto de
Estudios Europeos

.....

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 38/2008

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)
Secretario: José Ramón Canedo (U. Deusto, Bilbao)
Administrador: Francisco Rodríguez (U. Deusto, Bilbao)
Consejo de redacción: Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)
Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)
M.ª Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)
Félix Echevarría (Bufete Echevarría Portell, Barakaldo)
J. Carlos García Gallego (Tribunal Económico Administrativo Regional del País Vasco, Bilbao)
Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)
Beatriz Iñárritu (U. Deusto, Bilbao)
José Martín y Pérez de Nanclares (U. La Rioja, Logroño)
José Palacio (TJCE, Luxemburgo)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 284 Fax: 944 139 284 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

2 números año:
Zona euro 32 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 43 dólares

Número suelto:
Zona euro 18 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 26,50 dólares

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria, tanto por la mayoría de sus autores y lectores como por su estilo, especializada en el estudio de temas jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos relativos al proceso de integración europea.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Servicios, del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en la base de datos ISOC.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Revista

Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea o en euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en papel al Instituto de Estudios Europeos (a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico) a la dirección: *estudios.europeos@deusto.es*.
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá un sumario, dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) Bibliografía
 - MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.
 - ROJO SALGADO, A., «La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, pp. 119-142.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) Legislación
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) Jurisprudencia
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership. Rec. 2004, p. 175.

5. **Proceso de publicación.** La Dirección de la Revista, con la participación y asesoramiento del Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos basándose en un doble dictamen. Los trabajos serán publicados como «Estudios» debiendo tener una extensión entre 7.000 y 15.000 palabras. Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de las pruebas de imprenta, si así lo solicitan, y, si en el plazo de una semana natural no se recibe su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los trabajos inéditos publicados en esta Revista podrán ser reproducidos en otro lugar con la debida referencia a su publicación original en *Cuadernos Europeos de Deusto*.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 38/2008

Sumario

Presentación, J. L. CRUCELEGUI	11
Estudios	
J. BERASATEGI TORICES, El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España	21
L. BERENGUER FUSTER, La reforma de la Política de Competencia en la UE y su incidencia en el sistema español	51
J. L. CRUCELEGUI GÁRATE, Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado español	81
LL. FRANCO I SALA, La unidad de mercado en el sistema español y comunitario de defensa de la competencia	131
F. GARCÍA CACHAFEIRO, Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea	155
J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general	177
J. A. VARELA GONZÁLEZ, Características y situación actual de la política de clemencia	203
Jurisprudencia	
C. GIMENO VERDEJO y M. I. ROFES I PUJOL, Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	251
Crónica	
B. INARRITU, Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea	301

Presentación

El análisis económico nos demuestra que vivimos en un mundo en el que los recursos son escasos, y que, por tanto, es necesario gestionarlos, de tal manera que se obtenga de ellos el máximo resultado. Esta gestión de los recursos es imprescindible llevarla a efecto en cada hogar, en cada empresa, en cada ciudad y en cada Estado u organización internacional.

Existen dos mecanismos concebibles para gestionar los escasos recursos de la colectividad. Uno es el centralismo planificador, el otro, el dispositivo descentralizado basado en la libertad de los actores económicos en un universo competitivo. La teoría económica del bienestar y la realidad han demostrado que el mecanismo descentralizado o de mercado da lugar a lo que los economistas llaman una asignación eficiente de los recursos. Ahora bien, si escogemos esta opción, es necesario asegurarse de que el juego de la competencia prevalece en todos los sectores en los que efectivamente puede desarrollarse porque de lo contrario se producirán fenómenos de concentración, de monopolización o de cárteles, que conducirán a un aprovechamiento ineficaz de los recursos colectivos.

La competencia implica la existencia de rivalidad entre empresas competidoras que lleva a cada una de ellas a reducir sus costes y a mejorar la relación calidad precio de su oferta (bajando el precio o mejorando su calidad con un precio constante), o a dirigirse hacia mercados que ofrezcan mayores oportunidades de negocio, es decir mercados en los que el valor (para los consumidores) de los bienes o servicios producidos es, a costes parecidos, más importante.

Sin embargo, para que el sistema de libre mercado funcione es imprescindible, por un lado, que la competencia exista en cada mercado, es decir, que haya en cada uno de ellos una cantidad suficiente de oferentes para que la competencia sea lo más viva posible y, por otro lado, también es fundamental que estas empresas no se alíen o concierten entre sí para eludir el juego de la competencia mediante la fijación de precios abusivos y la restricción de la oferta.

El derecho de la competencia es un instrumento dirigido a optimizar la asignación y el uso de los recursos escasos a fin de que el consumidor pueda disponer del mayor abanico posible de opciones y para que la competencia entre empresas pueda redundar en su beneficio con una relación calidad precio inmejorable.

Adam Smith fue uno de los primeros en señalar que los mercados por sí solos no alcanzarán un funcionamiento competitivo correcto, pues las empresas tienen claros incentivos para convertirse en monopolistas o para llegar a acuerdos con otras empresas para alterar los precios o los niveles de producción.

Las prácticas anticompetitivas se encuentran no sólo en ámbito internacional sino también pueden afectar a la esfera estatal e incluso al plano local afectando tanto a la competitividad de las industrias locales, como a los consumidores, que lo percibirán como una disminución de sus ingresos reales.

En los últimos años se viene asistiendo a una creciente importancia de la política de defensa de la competencia, con un reconocimiento cada vez mayor de su trascendencia y de la necesidad de dotar a esta política con medios institucionales, humanos y materiales de la mayor calidad y alcance. Así, hoy en día más de ciento cincuenta países han puesto en marcha sistemas de defensa de la competencia y no pasa mucho tiempo sin que se escuche que un nuevo país desea incorporarse a esa larga lista y crear sus propios órganos y normas de defensa de la competencia.

Las normas jurídicas dirigidas al mantenimiento de una libre competencia en los mercados tienen su origen en la Sherman Act norteamericana de 1890. El modelo de protección de la competencia surgido y desarrollado en los Estados Unidos ha tenido una influencia decisiva en la mayoría de los Estados que se han dotado de instrumentos jurídicos para establecer políticas de defensa de la competencia.

En la Unión Europea la influencia del Derecho americano antitrust fue determinante tanto en el diseño de las reglas del Tratado CECA como del Tratado CEE, sin embargo, en su aplicación la Comisión ha buscado de forma preeminente la integración de los mercados nacionales para crear un mercado único, persiguiendo con dureza todas aquellas prácticas empresariales dirigidas a mantener o establecer barreras entre los Estados miembros.

En los últimos años la aplicación del derecho comunitario ha sufrido una transformación tanto desde una perspectiva formal, al descentralizar su aplicación implicando en ello a las autoridades nacionales de competencia y a las jurisdicciones nacionales, como material, en la aplicación del derecho de la competencia en sus diferentes vertientes (reglas antitrust, control de ayudas públicas y control de concentraciones).

En el Estado español, la reciente reforma llevada a cabo en el sistema de defensa de la competencia por la nueva Ley de Defensa de la Competencia responde a la necesidad de adaptación al modelo comunitario y ha supuesto un impulso importante al desarrollo de esta política, en particular, al establecer instrumentos que permitirán a las autoridades de la competencia intervenir en la actividad del sector público.

Los artículos que componen este número de la revista *Cuadernos Europeos de Deusto* reflejan la creciente importancia que está adquiriendo la defensa de la competencia en nuestro entorno y los cambios más relevantes que se están produciendo en Europa y en España, dirigidos a potenciar la eficacia de esta política.

Los tres primeros artículos abordan diferentes aspectos relativos a la interrelación existente entre el sistema comunitario y el sistema español de defensa de la competencia. Seguidamente se presentan cuatro estudios en los que se tratan temas de actualidad que evidencian la importancia de las reformas emprendidas en la Unión Europea. En su composición han colaborado autoridades, profesores universitarios y prestigiosos expertos en el ámbito del Derecho y de la Economía de la competencia.

Luis Berenguer Fuster (Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia), adalid de la reforma del sistema español de defensa de la competencia, en su artículo sobre «la reforma de la política de competencia en la UE y su incidencia en el sistema español» pone de manifiesto la trascendencia de la reforma del sistema europeo de defensa de la competencia y su repercusión en los Estados miembros. En particular, la reforma de la política antitrust europea se ha caracterizado ante todo por la descentralización de su aplicación, implicando en la misma a las autoridades nacionales de la competencia y a las jurisdicciones nacionales junto a la Comisión. Los Estados miembros han debido adaptar sus propios sistemas de defensa de la competencia a las vicisitudes de la reforma europea para hacer frente a los nuevos retos que se plantean. El autor realiza un análisis detallado de las reformas derivadas de la reforma europea, que se han materializado en el sistema español de defensa de la competencia a través de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio). No obstante, la reforma en España ha sido más ambiciosa ya que se ha complementado con una modificación institucional que afecta a la propia estructura de la autoridad estatal de competencia, mediante la creación de la Comisión Nacional de la Competencia, autoridad que asume las funciones realizadas por los ya extintos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia.

La unidad de mercado constituye un principio básico que se debe garantizar en los sistemas descentralizados. **Lluis Franco i Sala** (Presidente del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia) realiza un análisis comparado de los sistemas de aplicación del derecho de la competencia español y europeo y una valoración de los mecanismos que figuran en ambas normativas tendentes a garantizar el principio fundamental de unidad de mercado. Refiere el autor que la existencia de una unidad de mercado real representa importantes beneficios económicos y sociales para los ciudadanos y las empresas, así como para el conjunto de la economía pues un auténtico mercado único permitirá la existencia de economías de escala y de otros beneficios

para la economía. Uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea es la consecución de un mercado único formado por la integración de los mercados nacionales de los Estados miembros. Para la consecución de dicho objetivo, la política de competencia trata de evitar las prácticas colusorias y abusivas realizadas por empresas, que pueden obstaculizar el comercio intracomunitario. En el ámbito estatal, la unidad de mercado se configura como un principio fundamental que debe ser respetado. La ley de coordinación lo establece como criterio delimitador en la atribución de competencias ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El autor considera que, a pesar de los temores que subyacen de la Ley 1/2002, el sistema de aplicación descentralizada impulsa la defensa de la competencia y promueve el sano funcionamiento de los mercados, favoreciendo de esta manera la unidad de mercado.

La aplicación descentralizada del derecho de la competencia ha caracterizado desde siempre a algunos sistemas de defensa de la competencia como es el caso de Estados Unidos o Alemania. Sin embargo, en estos últimos años, la aplicación descentralizada de este derecho se ha impuesto en nuestro entorno más cercano. **Juan Luis Crucelegui Gárate** (Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia) describe las peculiaridades que caracterizan a los modelos de aplicación descentralizada, establecidos recientemente en la Unión Europea y en España, que rompen con la tradición de los sistemas de aplicación centralizada imperante en ambos sistemas desde sus inicios. El autor realiza un análisis comparado de ambos modelos de aplicación descentralizada tomando en consideración sus orígenes, sus causas y los principios en que se inspiran. Así mismo, estudia los métodos previstos para el reparto de asuntos y la resolución de conflictos y valora los mecanismos de colaboración y de coordinación establecidos para garantizar la coherencia del sistema. En este sentido, la falta de claridad, el trato asimétrico y la incoherencia de los mecanismos establecidos en el modelo español contrasta con el modelo comunitario. El análisis comparativo entre los dos modelos de aplicación descentralizada del Derecho de la competencia español y comunitario, debe constituir un elemento de reflexión clave para llevar a cabo una reforma de la Ley 1/2002. El autor sugiere tomar en consideración la experiencia comunitaria desarrollada en virtud del Reglamento 1/2003, donde hasta el momento no se han provocado conflictos de competencia, como elemento de reflexión para llevar a cabo la necesaria reforma de la Ley 1/2002.

La reforma del sistema comunitario de defensa de la competencia ha reportado la introducción de nuevos instrumentos jurídicos tendentes a reforzar la eficacia de la política antitrust. En particular, la inclusión de los programas de clemencia (*leniency*) ha servido para mejorar la lucha contra los cárteles, que figuran entre los casos más graves de violación del artículo 81 del Tratado CE. **José Antonio Varela González** (Presidente del Tribunal Gallego de

Defensa de la Competencia) realiza un análisis detallado de las causas que generaron la adopción de los programas de clemencia en los Estados Unidos y de su desarrollo y expansión a la Unión Europea. En la génesis se encuentran los acuerdos colusorios entre empresas competidoras que perjudican los intereses económicos de los consumidores y tienen consecuencias negativas sobre la eficiencia económica. La práctica ha demostrado que las normas que prohíben y sancionan la formación de cárteles y el esfuerzo de las autoridades de defensa de la competencia no son suficientes para erradicar los acuerdos colusorios entre empresas rivales, ya que existe evidencia empírica de que, al menos en las dos últimas décadas, un número significativo de cárteles ha funcionado en el mundo. El autor presenta un estudio detallado sobre los cárteles, su duración, tamaño y perjuicios que causan a la economía y la dificultad de recabar pruebas sobre su existencia. Analiza la política de clemencia consistente básicamente en eximir o en reducir la sanción que le correspondería a una empresa participante en un cártel cuando ésta la denuncia y proporciona a las autoridades de competencia pruebas de la existencia. Asimismo nos desvela los factores que determinan el éxito en su aplicación. Describe la evolución que han sufrido estos programas en la Unión Europea desde 1996, año en que la Comisión los incluyó dentro de su política y las posteriores modificaciones que han mejorado su funcionamiento. Finalmente, explica de forma pormenorizada la regulación sobre los programas de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia, que han sido recientemente introducidos a través de la nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y de su Reglamento de aplicación.

El proceso de reforma en la política comunitaria pretende mejorar la eficacia en su aplicación, en particular incluyendo nuevos mecanismos que faciliten a los consumidores la presentación de reclamaciones de daños y perjuicios contra las empresas que restringen la competencia en el mercado. **Fernando García Cachafeiro** nos aporta un análisis muy interesante y pormenorizado sobre un tema que se encuentra en fase de análisis y discusión en el ámbito comunitario, desde que la Comisión, en 2005, hiciese pública una Comunicación sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a los acuerdos de exclusión (*Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*). El autor defiende que, desde un punto de vista sustantivo, el bienestar de los consumidores constituye hoy el principal bien jurídico protegido por el artículo 82 TCE, que prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común tanto en relación con los denominados abusos «explotativos» que inciden directamente sobre los clientes de la empresa dominante, como en el caso de los abusos «excluyentes» que perjudican directamente a sus competidores. Esta inquietud por satisfacer al consumidor perjudicado también se ha puesto de manifiesto en el Libro Verde sobre las acciones de daños por violación de las normas anti-

trust (*Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*) publicado por la Comisión, en el que se proponen medidas para favorecer la presentación de reclamaciones de daños y perjuicios contra las empresas que restringen la competencia en el mercado. El consumidor es el receptor final de los perjuicios que resultan de las actuaciones abusivas, sin embargo en pocas ocasiones recibe compensación alguna por ello. La Comisión ofrece diversas alternativas para facilitar el acceso de los consumidores a la justicia a fin de que sean compensados por el daño sufrido. Para ello es preciso impulsar las reclamaciones colectivas de daños y perjuicios a través de asociaciones de consumidores y usuarios. El autor analiza con detalle las distintas opciones que se avanzan en el documento de la Comisión, poniendo de manifiesto los problemas que puede plantear su puesta en práctica, en razón a las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que deben implementarlas. Subraya la importancia de las reclamaciones individuales y analiza su compatibilidad con la presentación de acciones colectivas paralelas. Por otra parte, pone en relieve la cuestión de la legitimidad de las asociaciones competentes para otorgar un cauce específico a las reclamaciones colectivas de los consumidores. Finalmente, el autor nos introduce en una de las cuestiones más controvertidas del documento de la Comisión, cual es el reparto de la indemnización. En este apartado el autor describe con detalle los problemas que se plantean en el reparto de las indemnizaciones por la dificultad de identificar a los perjudicados y de establecer un método adecuado de compensación sobre todo cuando afecta a una pluralidad de personas.

Javier Berasategi Torices (Vicepresidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia) presenta un trabajo de gran interés y actualidad sobre la situación jurídica y la evolución que está atravesando una de las actividades más relevantes en las economías de los Estados miembros: la contratación pública. En efecto, el autor nos aporta datos relevantes sobre la importancia de esta actividad económica en el seno de la UE que ascendió a € 1,5 billones, equivalente a un 16,3 % del Producto Interior Bruto (PIB), porcentaje que ha permanecido estable en los últimos años. Mejorar el funcionamiento de los mercados públicos es una asignatura pendiente que afecta tanto al ámbito estatal como al europeo e internacional. En la década de los años ochenta, tras la entrada en vigor del Acta Única Europea (1987), las instituciones europeas pusieron los cimientos para iniciar la creación de un mercado único europeo de la contratación pública, pero hoy en día los resultados siguen siendo decepcionantes. En este trabajo se exponen los pasos que se han seguido para modernizar el funcionamiento de los mercados públicos y posibilitar una mayor integración de estos mercados a través del fomento de la libre competencia. Cita las actuaciones que se han llevado a cabo por la Unión Europea en el ámbito internacional, en el seno de la OMC,

y describe el panorama actual en el proceso de la liberalización, haciendo especial hincapié en los procedimientos que los Estados miembros deben o pueden establecer para encauzar y permitir que prosperen las denuncias de las empresas perjudicadas, como es el caso de las agencias de control independientes que se configuran como organismos ajenos a los procesos de adjudicación y gestión de la contratación pública que actúan ante las infracciones que se puedan producir en el funcionamiento de estos mercados. El autor es proclive a la creación de este tipo de organismos independientes y basándose en experiencias existentes en otros Estados miembros propugna la atribución de esta facultad a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia. En el caso de España, que ha optado por no incorporar este tipo de organismos independientes en el control de la contratación pública, el hecho de poseer un sistema descentralizado para la defensa de la competencia constituye un argumento suplementario para defender esta tesis. Como prueba de ello, describe una actuación llevada a cabo por la autoridad vasca de la competencia (TVDC) ante el Ayuntamiento de Bilbao, por la realización de una práctica contraria a la normativa de contratación pública que permitió resolver el problema y modificar la actuación de esta institución.

El último artículo de este compendio sobre la política de competencia trata una de sus vertientes más notable y más versátil desde la perspectiva de la evolución jurisprudencial comunitaria. **José Antonio Rodríguez Miguez** (Secretario General del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia) realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia comunitaria relativa a la financiación pública de los llamados servicios económicos de interés general (SIEG) y a su compatibilidad con los artículos 86 y 87 del Tratado CE. El control de las ayudas de Estado se encuentra inmerso en un proceso de reforma que afecta a las diferentes modalidades de intervención pública que afectan al mercado. El concepto de ayuda de Estado se encuentra en el núcleo de esta reforma y plantea incógnitas en aquellas actividades de interés general cuya gestión se encomienda a determinadas empresas públicas o privadas que reciben fondos públicos para su financiación. El autor realiza un estudio detallado del recorrido jurisprudencial en torno a la financiación de los servicios económicos de interés general en relación a la aplicación del artículo 87.1 TCE y del artículo 86. A este respecto pone de manifiesto, a través del comentario de las sentencias más relevantes en la materia, que nos encontramos en un terreno resbaladizo debido a las diferentes concepciones que tienen los Estados miembros sobre la noción de servicio de interés general. La importante sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Almark, ha aportado criterios claros sobre la aplicación de la normativa de ayudas a este tipo de financiación, permitiendo a la Comisión delimitar con mayor claridad la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado. Finalmente, el autor explica con esmero las medidas adoptadas por la Comisión para aplicar los

principios derivados de la jurisprudencia comunitaria, a fin de conseguir una mayor transparencia en los sectores que perciben una importante financiación pública (hospitales, transporte urbano, etc.) y de establecer con la máxima claridad los límites que se deben respetar para la libre competencia.

Como conclusión a esta breve presentación, quiero agradecer con toda sinceridad al Instituto de Estudios Europeos y en particular a Nicolás Mariscal, Director de esta prestigiosa revista, la oportunidad concedida y la confianza depositada para que coordine este número monográfico dedicado a un tema de especial y creciente interés no sólo en nuestro país sino también en todos los foros que tratan de mejorar e impulsar el desarrollo económico. Quiero asimismo dejar patente este agradecimiento a todos los especialistas que han aceptado contribuir en este número, cuyo interés queda reflejado en la diversidad de temas de plena actualidad que en él han sido abordados desde una perspectiva que aúna rigor científico y sentido crítico.

JUAN LUIS CRUCELEGUI GÁRATE

Presidente del TVDC

Estudios

El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España

Javier Berasategi Torices
Vicepresidente

Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia¹

Sumario: —1. La Importancia Económica de la Contratación Pública: Cifras.—2. Normativa de la contratación pública. 2.1. Relaciones internacionales de la UE. 2.2. Tratado UE. 2.3. Directivas. 2.4. España.—3. Protección de Derechos: Recursos y Control Independiente. 3.1. Acuerdo sobre Contratación Pública (OMC). 3.2. Unión Europea. 3.3. Cooperación entre Estados miembros. 3.4. España.—4. Conclusión.

Resumen: Las Directivas de recursos obligan a los Estados miembros a establecer un sistema de recursos eficaz en materia de contratación pública. Asimismo, la Directiva 2004/18 y la Comisión Europea han invitado a los Estados miembros a establecer autoridades de la contratación pública.

España ha introducido un recurso especial y un sistema de medidas provisionales en la fase precontractual pero lo ha limitado a los contratos sujetos a las directivas comunitarias y ha atribuido su resolución al propio órgano contratante. Tampoco ha establecido una agencia de control de la contratación pública, a diferencia de una mayoría de Estados miembros.

Sin embargo, la nueva Ley de Defensa de la Competencia permite a las autoridades de la competencia, centrales y autonómicas, controlar la contratación de las Administraciones Públicas mediante recomendaciones y recursos ante las instancias contencioso-administrativas. El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha sido la primera autoridad en aplicar estas disposiciones: ha logrado que se saque a concurso un contrato público adjudicado directamente a una empresa y ha emitido un informe con recomendaciones sustanciales al borrador de pliego de condiciones técnicas para garantizar la máxima competencia.

Palabras clave: Contratación pública, Directivas, Recursos, Agencia independiente, Control administrativo, Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

Abstract: *Member States must establish efficient review procedures for public contracts under the Directives on remedies. Furthermore, Directive 2004/18 and the Commission have invited Member States to set up public procurement agencies.*

¹ Las opiniones vertidas en este artículo se expresan a título personal y no representan la posición del TVDC ni deben ser atribuidas a este organismo.

Spain has introduced a special review procedure and provisional measures at the precontractual stage but limited to contracts falling under the European Directives and under the authority of the awarding body. Spain has not established a public procurement agency either, unlike many other Member States.

However, the new Spanish Competition Law enables central and regional competition authorities to control public procurement through recommendations and complaints before the administrative courts. The Basque Competition Court has been the first authority to enforce these provisions: it has secured the tendering of a public contract directly awarded to a company and has published a report with substantial recommendations to the draft tender documents.

Keywords: *Public procurement, Directives, Review procedures, Independent Agency, Administrative enforcement, Competition Commission of the Basque Country.*

1. La Importancia Económica de la Contratación Pública: Cifras

La demanda de bienes y servicios por parte del sector público, canalizada a través de los correspondientes procesos de licitación, constituye una importante actividad económica. Según las estimaciones de la Comisión Europea², en 2002 la contratación pública (administraciones públicas y entidades asimiladas) en la Unión Europea (UE) ascendió a € 1,5 billones, equivalente a un 16,3 % del Producto Interior Bruto (PIB) de la UE. Este porcentaje ha permanecido estable en los últimos años si bien la importancia de la contratación pública con respecto al PIB nacional varía entre el 11,9% en Italia y el 21,5% en Holanda.

La contratación pública en España ha permanecido estabilizada en torno al 13% del PIB durante los años analizados por la Comisión Europea (1995-2002).

En la misma línea, el *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, citando datos aportados por la Intervención General del Estado, indica que el total de adquisiciones, tanto corrientes como de capital, realizadas por las administraciones públicas españolas ascendió a € 71.290 millones en el año 2000, equivalente a un 10,2% del PIB en aquel año. En particular, el desembolso por obras ligadas a la construcción acaparó € 22.474 millones para el conjunto de las Administraciones Públicas.³

² «A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future», *Comisión Europea*, 03.02.2004, p.4.http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf

³ Esta Comisión, creada el 10 de junio de 2003 para analizar la contratación pública y sugerir mejoras normativas, estaba formada por expertos de la Administración, del mundo académico y del sector privado.

<http://documentacion.meh.es/doc/C4/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>

Tabla 1
Contratación pública española en relación al PIB nacional

Año	%
1995	13,84
1996	12,81
1997	12,76
1998	12,97
1999	12,94
2000	12,73
2001	12,75
2002	13,02

Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior

2. Normativa de la contratación pública

La importancia económica de la contratación pública tiene una vertiente nacional e internacional. En el plano nacional, la contratación de bienes y servicios proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas. Los sistemas de contratación pública aspiran a garantizar el uso eficiente de los fondos públicos y, en última instancia, reforzar el buen gobierno y la confianza pública en la función pública, pilares esenciales de una democracia.

En el plano internacional, la contratación pública de bienes y servicios representa una parte importante del mercado de un país para los proveedores extranjeros y, por lo tanto, la contratación pública es también de gran importancia para las corrientes comerciales internacionales. Por ello, una contratación pública eficiente y respetuosa con los principios de transparencia y libre competencia es un motor del comercio internacional.

Por ello, resulta comprensible que la contratación pública haya sido objeto de atención en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la UE.

2.1. Relaciones internacionales de la UE

En el plano internacional, la UE y sus Estados miembros forman parte del Acuerdo sobre Contratación Pública auspiciado por la OMC. Asimismo, la UE ha firmado acuerdos bilaterales con otros países que tienen como fina-

lidad, exclusiva o no, la apertura recíproca de sus mercados de contratación pública.

2.1.1. ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (OMC)

En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio («GATT»), negociado inicialmente en 1947, la contratación pública se excluyó explícitamente de la obligación fundamental de trato nacional, con arreglo al artículo III.8 y el artículo XVII.2 del GATT⁴.

No obstante, «el creciente reconocimiento de los efectos restrictivos para el comercio de las políticas de contratación pública discriminatorias y de la conveniencia de colmar esa laguna del sistema de comercio» motivó la firma del Acuerdo sobre Compras del Sector Público («ACSP»), que entró en vigor en 1981.

Coincidiendo con la Ronda Uruguay, las Partes del ACSP celebraron negociaciones para ampliar su alcance y aplicación, fructificando en el Acuerdo sobre Contratación Pública («ACP»), acuerdo firmado en 1994 (al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC) y que entró en vigor en 1996. El ACP es uno de los acuerdos «plurilaterales» que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC y está administrado por un Comité de Contratación Pública, que está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, tienen derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo⁵. En relación al ACSP, el ACP extendió su ámbito de aplicación a los servicios, a la contratación realizada por las administraciones no centrales, y a la contratación realizada por empresas de servicios públicos.

En diciembre de 2006, las Partes llegaron a un acuerdo provisional («Acuerdo Provisional») de modificación del ACP sujeto (i) a un control legal; y (ii) a un resultado mutuamente satisfactorio de las negociaciones

⁴ Más recientemente, la contratación pública también ha quedado fuera de los principales compromisos de acceso a los mercados del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios («GATS»). La página web de la OMC dedicada a la contratación pública es la siguiente:

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

⁵ En la actualidad, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC abarca a 40 Miembros de la OMC: Canadá; las Comunidades Europeas, incluidos sus 27 Estados miembros; Corea; los Estados Unidos; Hong Kong (China); Islandia; Israel; Japón; Liechtenstein; Noruega; Araba (Países Bajos); Singapur y Suiza. Otros 19 Miembros de la OMC tienen la condición de observador en el marco del Acuerdo: Albania, Argentina, Armenia, Australia, Camerún, Chile, China, Colombia, Croacia, Georgia, Jordania, Moldova, Mongolia, Omán, Panamá, la República Kirguisa, Sri Lanka, Taipei Chino y Turquía. Se han iniciado negociaciones sobre adhesión con ocho Miembros de la OMC (Albania, Georgia, Jordania, la República Kirguisa, Moldova, Omán, Panamá y el Taipei Chino). China ha indicado también su intención de comenzar las negociaciones para su adhesión al ACP.

relativas a la ampliación de su cobertura (es decir, las esferas de actividad comercial de los gobiernos abiertas a la competencia internacional)⁶. El acuerdo provisional entraña una revisión a fondo de las disposiciones del ACP a fin de que sean más fáciles de utilizar. También se han actualizado las disposiciones para tener en cuenta la evolución de las prácticas actuales de contratación pública, en particular el papel de los instrumentos electrónicos en el proceso de contratación. Se ha añadido flexibilidad adicional en algunos puntos, por ejemplo períodos de tiempo más breves para la contratación de bienes y servicios de un tipo que esté disponible en el mercado comercial. Se ha definido más claramente el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo; de esta manera se espera facilitar las futuras adhesiones de esos países.

2.1.2. ACUERDOS BILATERALES

La ausencia de referencias a la contratación pública en los acuerdos GATT y GATS, así como el alcance limitado del ACP y las dificultades para avanzar en su modificación, han empujado a la Comisión Europea a incluir la contratación pública entre las prioridades de su política comercial bilateral. La UE ha firmado acuerdos bilaterales en materia de contratación pública⁷ o ha incluido esta materia en otros acuerdos de contenido más amplio⁸. Estos acuerdos tienen como finalidad facilitar el acceso de empresas europeas a la contratación pública de Estados que no han firmado el ACP o incrementar los derechos y obligaciones previstos en el ACP. La proliferación de acuerdos bilaterales plantea el tradicional dilema, presente en otras áreas de las relaciones internacionales, entre multilateralismo y bilateralismo⁹.

2.2. *Tratado UE*

La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en

⁶ Revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública al 8 de diciembre de 2006, Comité de Contratación Pública, GPA/W/297, 11 de diciembre de 2006.

<http://docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/pluri/gpa/w297.doc>

⁷ *Vid.*, por ejemplo, «Acuerdo en forma de canje de notas entre la Comunidad Europea y Estados Unidos de América sobre contratación pública», *Diario Oficial* L 134, 20.06.1995.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, «Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Chile» (2002), Anexos XI a XIII.

⁹ *Vid.*, «Acuerdos bilaterales en la política comercial de la UE», conferencia del Comisario de comercio Mandelson, en la London School of Economics (2006), Speech 06/574.

particular, los principios de la libre circulación de mercancías (artículo 28 del Tratado UE), la libertad de establecimiento (artículo 43) y la libre prestación de servicios (artículo 49), así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. Estas libertades y principios «constitucionales» guían la interpretación de las directivas de coordinación adoptadas en relación a los contratos públicos que superan un determinado umbral.

Ante la dificultad para delimitar la aplicación de las libertades y principios constitucionales a la contratación pública, la Comisión Europea ha publicado una Comunicación interpretativa clarificando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») en esta materia¹⁰.

En relación a su alcance, la Comunicación abarca dos tipos de contratos. Por un lado, los contratos cuyo importe no supera los umbrales fijados en las directivas clásica y de sectores especiales. Por otro lado, los contratos de servicios que superan el umbral de € 211.000 pero para los que las directivas sólo regulan algunos aspectos (servicios mencionados en el Anexo B). En relación a los contratos de poco valor, la aplicación del Tratado de la UE sólo entra en juego cuando tienen una dimensión comunitaria, es decir, afectan a los intercambios comunitarios o tienen potencial para hacerlo.

Asimismo, esta Comunicación no cubre las concesiones de servicios, también excluidas del ámbito de las directivas, objeto de una Comunicación separada referida a las *Las Concesiones bajo el Derecho Comunitario*¹¹. En la actualidad, la Comisión Europea ha planteado la posibilidad de legislar sobre las concesiones¹².

En relación a los principios aplicables, la Comunicación establece con carácter general que los poderes adjudicadores de los Estados miembros deben cumplir las normas y principios del Tratado UE en todas las adjudicaciones de contratos públicos que entren en el ámbito de aplicación del mismo. Estos principios incluyen la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo.

En el caso de contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta

¹⁰ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, *Diario Oficial C 179*, 1.8.2006.

¹¹ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario, *Diario Oficial C 121*, 29.4.2000.

¹² Comunicación de la Comisión sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, *COM (2005) 569*, 15.11.2005.

que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.

En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión¹³.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)¹⁴.

2.3. *Directivas*

Si bien la adjudicación de contratos públicos debe respetar las libertades del Tratado de la UE y los principios que de estas libertades se derivan, esta protección no es suficiente para garantizar un mercado único de la contratación pública. Por ello, se han adoptado directivas de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación, de forma que estos principios queden garantizados en la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad.

Si bien las primeras directivas sobre contratos públicos se remontan a los años setenta, la importancia de la contratación pública no se puso de manifiesto hasta muchos años más tarde. El Libro Blanco de la Comisión Europea, «Completando el Mercado Interior»¹⁵ (1985) señaló el comienzo de una intensa actuación normativa para erradicar las barreras al comercio entre los Estados miembros y alcanzar un mercado único. El Acta Única Europea (1987) fijó un programa legislativo de 300 directivas encaminadas a suprimir las barreras físicas, técnicas y fiscales al comercio. Posteriormente,

¹³ Véase el asunto 222/86 *Heylens* [1987] RTJ 4097, considerando 15.

¹⁴ Véanse para este principio los asuntos C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] REC I -1029, considerando 83, y C-327/00 *Santex* [2003] REC I -1877, considerando 55.

¹⁵ *COM* (85) 310, 14.6.1985.

la estrategia del mercado único europeo se concretó en 282 directivas que tendrían como misión crear una política de estandarización comunitaria, un mercado común de servicios, las condiciones favorecedoras de una cooperación industrial, controles de sanidad animal y vegetal y, en lo que aquí interesa, un mercado único de la contratación pública.

En este periodo se adoptaron diversas directivas en materia de contratación pública¹⁶ y, en particular, las directivas que fijan los remedios en este campo¹⁷.

Posteriormente, la evaluación de los resultados del mercado único también dedicó una atención especial a la contratación pública. En su Comunicación sobre el *Impacto y Eficacia del Mercado Único* (1996), la Comisión Europea constató que la cifra global del 10% como tasa de penetración de las importaciones en los mercados de contratación pública es decepcionante y afirmó de manera general que los resultados alcanzados estaban aún muy lejos de los beneficios potenciales¹⁸. Preocupada por la falta de transposición de las directivas de la contratación pública por parte de los Estados miembros y la falta de aplicación efectiva de la normativa por parte de las entidades contratantes, la Comisión Europea publicó el Libro Verde *La Contratación Pública en la UE: Reflexiones para el Futuro*¹⁹ (1996) y lo sometió a consulta de todos los agentes institucionales y económicos. El fruto de esta consulta se reflejó en la Comunicación de la Comisión Europea *La Contratación Pública en la Unión Europea*²⁰, en la que se constataba la falta de aplicación efectiva de la normativa de contratación pública y se presentaban diversas propuestas para mejorar y simplificar su contenido, así como facilitar su efectividad.

La necesidad de una modernización y simplificación de los textos de las directivas, teniendo en cuenta además la jurisprudencia de los tribunales europeos, desembocó en la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del

¹⁶ Directiva 92/50 del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios *Diario Oficial* L 209, 24/07/1992; Directiva 93/36 del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, *Diario Oficial* L 199, 9.8.1993; Directiva 93/37 del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, *Diario Oficial* L 199, 9.8.1993; Directiva 93/38 del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, *Diario Oficial* L 199, 9.8.1993.

¹⁷ *Vid.*, *infra* Sección 3.2.

¹⁸ COM (96) 520, 30.10.1996.

¹⁹ COM (96) 583, 27.11.1996. *Vid.*, asimismo, «The Single Market Review. Dismantling of Barriers. Public Procurement. The Single Market Review», Subseries III, Volume 2, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

²⁰ COM (98) 143, 11.3.1998.

Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*Directiva 2004/18* o *Directiva Clásica*²¹) y la Directiva 2004/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*Directiva 2004/17* o *Directiva de sectores especiales*).²²

Los «objetivos fundamentales» de la normativa europea de la contratación pública fueron enunciados en el Libro Verde *La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro*:

«Crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación, conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la mejor oferta, facilitar a las empresas el acceso a un mercado único que ofrezca extensas zonas de ventas, y reforzar la competitividad de las empresas europeas como resultado de todo el proceso. Una eficaz política europea de contratación pública es esencial para que el mercado único genere un crecimiento sostenido a largo plazo y cree empleo, fomente el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales, y permita al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor coste... Dada la gran dimensión de la contratación pública en Europa, el establecimiento de sistemas de compra eficaces puede representar ahorros considerables para los gobiernos, y con ello para los contribuyentes. Este tipo de consideraciones cobra especial significación dentro de las políticas de reducción de déficit

²¹ *Diario Oficial* L 134, 30.04.2004. El primer Considerando de su Exposición de Motivos justifica la adopción de la directiva en estos términos: Con ocasión de nuevas modificaciones de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, necesarias para responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2.

²² *Diario Oficial* L 134, 30.04.2004.

presupuestarios dictadas por los criterios de convergencia de Maastricht. Naturalmente, una política más abierta en materia de contratación pública presenta muchas otras ventajas, quizá menos evidentes. Una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y corrupción en las administraciones. Si la transparencia no basta por sí sola para erradicar totalmente el fraude y la corrupción, un mecanismo de seguimiento y control de los procedimientos con capacidad sancionadora proporcionada, efectiva y disuasiva ayuda a prevenir el riesgo de perjudicar el interés público.»²³

2.4. España

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público²⁴ transpone en derecho nacional la Directiva Clásica y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales²⁵, hace lo propio con la Directiva de Sectores Especiales. Ambas leyes entrarán en vigor a los seis meses de su publicación en el *BOE*.

La Ley 30/2007, en su Exposición de motivos afirma que las principales novedades afectan a 1) la delimitación de su ámbito de aplicación, 2) la singularización de las normas que derivan directamente del derecho comunitario, 3) la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18, 4) la simplificación y mejora de la gestión contractual, y 5) la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

3. Protección de Derechos: Recursos y Control Independiente

La utilidad de toda norma jurídica reside en su aplicación práctica y para ello es necesario dotarla de mecanismos de recurso y control eficaces. En el ámbito internacional y europeo se han adoptado disposiciones específicas en este campo.

²³ La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro, Comunicación de la Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996, pp. 4-5.

²⁴ *Boletín Oficial del Estado* 261, 31 de octubre de 2007. El 30 de mayo de 2007 la Comisión Europea interpuso un recurso contra España por falta de transposición de la Directiva Clásica, Asunto C-255/07 *Comisión c. España*. El plazo de transposición de la Directiva finalizó el 31 de enero de 2006.

²⁵ *Boletín Oficial del Estado* 261, 31 de octubre de 2007.

3.1. *Acuerdo sobre Contratación Pública (OMC)*

Una de las novedades más importantes del ACP en relación al ACSP fue la introducción de un nuevo artículo (artículo XX) obligando a las Partes a establecer procedimientos internos que permitan a los licitadores privados que se consideren perjudicados impugnar ante un tribunal independiente las decisiones adoptadas en relación con las contrataciones y obtener una reparación en caso de que esas decisiones se hayan adoptado de manera incompatible con las disposiciones del ACP.

El artículo XX.1 prevé la posibilidad de presentar una reclamación ante la entidad contratante, que deberá ser examinada de forma imparcial y en tiempo oportuno, de forma que ese examen no afecte a la posibilidad de obtener medidas correctivas de conformidad con el sistema de impugnación.

El sistema de impugnación deberá ser no discriminatorio, oportuno, transparente y eficaz (XX.2), además de constar por escrito y ser público (XX.3). No obstante, podrá exigirse al interesado que inicie el procedimiento de impugnación y notifique la impugnación a la entidad contratante dentro de un plazo determinado a partir de la fecha en que se conocieran o debieran haberse razonablemente conocido los hechos, plazo que en ningún caso será inferior a 10 días (XX.5).

A los efectos de facilitar a los interesados la impugnación de un contrato, los artículos XVIII, XIX y XX imponen a las entidades contratantes ciertas obligaciones: deberán facilitar información sobre la decisión de adjudicación, en forma de anuncio en el que se facilite información sobre cuestiones como la naturaleza y cantidad de los productos y servicios objeto de las adjudicaciones, el nombre y dirección del adjudicatario, y el valor de la oferta ganadora o de las ofertas más alta y más baja tomadas en cuenta para la adjudicación del contrato (artículo XVIII.1). Además, previa petición, la entidad contratante facilitará sin tardanza información pertinente y no confidencial sobre: sus prácticas de contratación; las razones por las que se desestimó la solicitud de una empresa de ser incluida en la lista de empresas calificadas; las razones por las que se le excluyó de dicha lista; y las características y las ventajas relativas de la oferta elegida (XVIII.2). Esta obligación de información al interesado viene reforzada por la obligación de conservar durante tres años la documentación referente a todos los aspectos de los procedimientos que afecten a contratos a los que sea aplicable el ACP (XX.4). Por último, también se permite al gobierno de un licitador cuya oferta no haya sido elegida, que sea Parte en el Acuerdo, pedir toda la información adicional sobre la adjudicación del contrato que sea necesaria para cerciorarse de que la contratación se hizo justa e imparcialmente (XIX.2).

En relación al procedimiento de impugnación, las Partes podrán conferir a tribunales nacionales o a un órgano de examen imparcial e indepen-

diente la facultad de entender de las impugnaciones de los proveedores (artículo XX.6). Cuando un órgano de examen que no tenga la categoría de tribunal de justicia entienda de la impugnación de una licitación, sus actuaciones estarán sometidas a revisión judicial o se ajustarán al procedimiento o los criterios que el ACP enumera pormenorizadamente (XX.6, apartados a) a g)). El órgano que entiende de la impugnación deberá estar facultado para ordenar la rectificación de la infracción del ACP o una compensación por los daños o perjuicios sufridos por el proveedor, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o de la reclamación. En tanto no se haya resuelto la impugnación, tendrá que poder ordenar medidas provisionales rápidas, incluida la suspensión del proceso de contratación, con el fin de corregir las infracciones del Acuerdo y preservar las oportunidades comerciales (XX.7, apartados a) a c)).

Asimismo, el ACP incorporó un nuevo artículo XXIV.7 b) y c) que prevé la celebración de nuevas negociaciones para (1) mejorar y actualizar su contenido a la luz, entre otras cosas, de las novedades que se hayan producido en la tecnología de la información y en los métodos de contratación; (2) ampliar su ámbito de aplicación; y (3) eliminar las medidas discriminatorias que sigan aplicándose.

El Acuerdo Provisional de 2006 no contiene modificaciones sustantivas del régimen de recursos. El nuevo artículo XVIII regula los procedimientos nacionales de recurso, mientras que el artículo XVI abarca la transparencia de la información sobre la contratación y el artículo XVII dispone la divulgación de información.

El nuevo artículo XVIII, en línea con el texto vigente, obliga a establecer un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio. Sin embargo, con carácter novedoso, se prevé que la empresa puede alegar alternativamente «a) una infracción del ACP; o, b) cuando el proveedor no tiene derecho a alegar directamente una infracción del ACP con arreglo a la legislación nacional de una Parte, la falta de cumplimiento de las medidas de aplicación del presente Acuerdo adoptadas por una Parte».

En ambos casos se prevé la posibilidad de consultas entre la empresa y la entidad contratante y se obliga a esta última a examinar de forma imparcial y en tiempo oportuno las reclamaciones de ese tipo de forma que no afecte a la participación del proveedor en contrataciones en curso o futuras, ni a los derechos del proveedor de solicitar medidas correctivas de conformidad con el procedimiento de revisión administrativa o judicial.

Si bien se mantiene el plazo mínimo de 10 días para impugnar, se clarifica que empezará a contar «a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debió haber tenido conocimiento».

En relación al órgano competente para recibir y revisar las impugnaciones, se exige que sea «una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes». Cuando un órgano distinto revise inicialmente una impugnación, su decisión inicial será recurrible ante una autoridad administrativa o judicial imparcial que sea independiente de la entidad contratante cuya contratación es objeto de la impugnación. El procedimiento ante la autoridad administrativa deberá ofrecer unas garantías procesales (análogas a los requisitos actuales del artículo XX.6, apartados a) a g)) o permitir un recurso judicial posterior.

El tratamiento de las medidas provisionales, correctivas o indemnizatorias es sustancialmente idéntico a la formulación actual del artículo XX del ACP.

3.2. Unión Europea

En el ámbito de la UE, la protección de derechos en materia de la contratación pública se articula a través del mecanismo de infracción contra los Estados miembros previsto en el Tratado de la UE²⁶ y las directivas específicas adoptadas en este campo: la Directiva 89/665 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras («Directiva 89/665²⁷») y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de las normas comunitarias relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones («Directiva 92/13»)²⁸. Asimismo, la Directiva 2007/66²⁹ ha introducido modificaciones sustanciales en las directivas anteriores, que deberán ser traspuestas en el derecho nacional a más tardar el 20 de diciembre de 2009.

²⁶ Por motivos de simplicidad, en este artículo no se hace distinción entre el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea.

²⁷ *Diario Oficial* L 395, 30.12.1989.

²⁸ *Diario Oficial* L 76, 23.3.1992.

²⁹ Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos *Diario Oficial* L 335 de 20/12/2007.

3.2.1. PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA EL ESTADO MIEMBRO

Si bien, el procedimiento de infracción se prevé en el artículo 226 del Tratado de la UE, la Directiva 89/665 prevé que la Comisión podrá notificar sus argumentos al Estado miembro y al poder adjudicador correspondientes, y solicitarles la corrección cuando, antes de la celebración del contrato, considere que se ha cometido una violación clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos. El Estado miembro deberá comunicar en un plazo de veintidós días a la Comisión Europea: a) la confirmación de que se ha corregido la infracción; b) una respuesta motivada que explique por qué no se ha realizado ninguna corrección; o c) una notificación que indique que el procedimiento de adjudicación del contrato se ha suspendido.

La respuesta motivada de conformidad con la letra b) podrá basarse, en particular, en el hecho de que la presunta infracción sea ya objeto de un recurso. En este caso, el Estado miembro informará a la Comisión del resultado de dichos procedimientos en cuanto tenga conocimiento de ello.

En el caso de una notificación que indique que un procedimiento de adjudicación de contratos se ha suspendido en las condiciones previstas en la letra c), el Estado miembro notificará a la Comisión el levantamiento de la suspensión o el inicio de otro procedimiento de adjudicación de contrato vinculado, total o parcialmente, al procedimiento precedente. Dicha nueva notificación deberá confirmar que la presunta infracción se ha corregido o incluirá una respuesta motivada que explique por qué no se ha realizado ninguna corrección.

En la mayor parte de los casos, la intervención de la Comisión Europea se produce como consecuencia de las denuncias de los operadores que se consideran perjudicados, y hace todo lo posible por solucionar los conflictos. Así, numerosos casos se han resuelto gracias a la intervención de la Comisión, sin que haya sido necesario apelar al TJCE.

Sin embargo, la propia Comisión Europea ha admitido que cuando se ve obligada a recurrir al TJCE, el resultado deja mucho que desear:

«El procedimiento por incumplimiento previsto en el artículo 169 [ahora 226] del Tratado CE no garantiza una resolución rápida y eficaz. Aunque la Comisión se ha comprometido a acelerar sus procedimientos internos, las diferentes fases del procedimiento que desemboca en una sentencia del Tribunal (que comprende, en primer lugar, el envío de una carta de emplazamiento a las autoridades del Estado miembro interesado y, en segundo lugar, la adopción de un dictamen motivado) pueden durar hasta tres años y, en determinados casos, aún más tiempo sobre todo debido a la dificultad de obtener a tiempo la información necesaria. En el ámbito de la contratación

pública, estos procedimientos tan prolongados frecuentemente pueden resultar ineficaces»³⁰.

La Comisión ha sugerido que sería conveniente atribuirle facultades de investigación más eficaces y ha señalado que el «sistema basado en el Reglamento (CEE) 17/62 en materia de competencia puede constituir un ejemplo válido de este enfoque»³¹.

3.2.2. PROCEDIMIENTOS NACIONALES DE REVISIÓN EFICACES E INDEPENDIENTES

Las Directivas 89/665 y 92/13, conocidas como las Directivas de remedios, tienen como finalidad principal imponer a los Estados miembros las condiciones mínimas para garantizar procedimientos de revisión, eficaces e independientes en materia de contratación pública. Los elementos más destacados son los siguientes:

Los procedimientos deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

Las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores que infrinjan el Derecho comunitario de los mercados públicos deben ser objeto de recursos eficaces y rápidos.

Los procedimientos de recurso, en todos los Estados miembros, deberán incluir, en particular, la posibilidad de:

1. Adoptar, mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales (como la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión);
2. Anular las decisiones ilegales, incluidas las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación;
3. Conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

La Directiva 2007/66 ha introducido modificaciones sustanciales en el sistema de recursos nacionales:

En primer lugar, en línea con la sentencia *Alcatel*³², se establece con carácter general un plazo suspensivo mínimo de diez días hábiles (con algu-

³⁰ La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro, Comunicación de la Comisión Europea, 27 de noviembre de 1996, p. 18.

³¹ *Ibid.*, p. 19.

³² Asunto C-81/98 *Alcatel y otros*.

nas excepciones) entre la adjudicación provisional y la firma del contrato, a fin de posibilitar la interposición de un recurso (artículo 2 *bis* 2). Dicho recurso deberá entablarse en un plazo mínimo de 10 días hábiles (artículo 2 *quater*).

Si el recurso se entabla ante el órgano contratante, da lugar a una suspensión automática del procedimiento que no finalizará hasta que expire un plazo mínimo de diez días hábiles desde la respuesta del órgano contratante (artículo 1.5), tiempo que permitirá al recurrente apelar la decisión ante un órgano jurisdiccional o equivalente y solicitar las medidas provisionales oportunas.

Cuando el recurso se presenta ante un órgano de primera instancia independiente del órgano contratante un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, no podrá celebrarse el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso (artículo 2.3).

En segundo lugar, se prevé que un órgano de recurso independiente del órgano contratante pueda declarar «inefectivo» el contrato en tres supuestos (artículo 2 *quinquies* 1): (a) si el órgano contratante ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18; (b) si el procedimiento de adjudicación no ha respetado los plazos suspensivos establecidos en la Directiva 2007/65 y contiene infracciones a las Directivas 2004/17 y 2004/18 que afectan las posibilidades del recurrente de ganar el concurso; o (c) si los Estados se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición, prevista en el artículo 2 *ter* c) de la Directiva 2007/65.

Los efectos de la ineficacia de un contrato serán establecidos por la normativa nacional, que podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, deberán aplicarse las sanciones previstas en el artículo 2 *sexies*, apartado 2: multa al órgano contratante o reducción de la duración del contrato (artículo 2 *quinquies* 2).

Por otra parte, los Estados miembros podrán establecer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador no pueda declarar ineficaz un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente con arreglo a los motivos indicados en el apartado 1, si el órgano de recurso considera, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. En este supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen las sanciones alternativas previstas en artículo 2 *sexies*, apartado 2 (artículo 2 *quinquies* 3). El

órgano de recurso también podrá aplicar alternativamente estas sanciones, una vez valorados todos los aspectos pertinentes, en el caso de la infracción de los plazos suspensivos que no esté cubierta por el artículo 2 *quinquies* 1 b) (artículo 2 *sexies* 1).

Como regla general los plazos para la interposición del recurso de «inefectividad» serán los que determine la legislación nacional, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2 *quater*. Sin embargo, los Estados miembros podrán establecer que la interposición del recurso de «inefectividad» deba realizarse (artículo 2 *septies*): a) antes de que transcurran como mínimo 30 días a partir del día siguiente a la fecha en que: (1) el poder adjudicador haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con la Directiva 2004/18/CE, a condición de que este anuncio incluya la justificación de la decisión del poder adjudicador de adjudicar el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*; o (2) el poder adjudicador haya comunicado motivadamente a los licitadores y candidatos afectados la celebración del contrato; y b) en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.

3.2.3. AGENCIA DE CONTROL INDEPENDIENTE

El artículo 81 de la Directiva 2004/18 contempla la posibilidad de que los Estados miembros creen agencias independientes encargadas de velar por el cumplimiento de la legalidad en materia de contratación pública³³.

La Comisión Europea, por su parte, ha manifestado a lo largo de los años su preferencia por esta solución.

En su Libro Verde (1996) la Comisión invitó por primera vez a los Estados miembros a designar autoridades independientes especializadas en contratación pública:

«Para ser eficaces y reconocidas como tales, estas autoridades deben ser realmente independientes y estar facultadas para obligar a los órganos de contratación a corregir cualesquiera errores en los procedimientos. Sin embargo, su eventual contribución no debería evaluarse, en un principio, en función de la cantidad de errores detectados, sino de las mejoras aportadas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas autoridades pueden tener una función de primerísima magnitud para mejorar los sistemas de adjudicación: ofrecer un asesoramiento útil

³³ Directiva 2004/18, Artículo 81: «De conformidad con la Directiva 89/665, los Estados miembros asegurarán la aplicación de la presente Directiva mediante mecanismos eficaces, accesibles y transparentes. A tal fin podrán designar o establecer, entre otras cosas, una agencia independiente. El artículo 72 de la Directiva 2004/17 reproduce el mismo contenido.

a los órganos de contratación, verificar las prácticas de adjudicación de contratos en pro de la eficacia y velar por que exista un sistema de declaraciones obligatorias que permita a los Estados miembros comunicar a la Comisión todos los datos estadísticos necesarios. Además, puede ser útil prever un intercambio regular de información entre organismos análogos; de esta manera podría crearse una red administrativa permanente entre los Estados miembros.»³⁴

En su Comunicación de 1998, la Comisión ahondó en este asunto:

«Consecuentemente, la Comisión anima a los Estados miembros a crear o designar autoridades independientes, cuya tarea sería identificar problemas de interpretación y debatir el tratamiento de los casos individuales. Estas autoridades serían el punto de referencia para solucionar, de forma rápida e informal, los problemas de acceso a los mercados y podrían colaborar entre ellas y con la Comisión, en este último caso, principalmente con el objeto de obtener datos estadísticos fiables.»³⁵

Asimismo, la Comisión abogaba por asignar la competencia de control a autoridades existentes, como los organismos de cuentas o de defensa de la competencia³⁶.

En su Comunicación sobre el Mercado Interior (2003), la Comisión Europea también mencionó este asunto:

«La Comisión considera que los Estados miembros deben designar una autoridad nacional encargada de vigilar la observancia de la normativa sobre contratación pública por parte de las autoridades contratantes. De hecho, algunos Estados miembros ya la han nombrado. En aras del interés general, tales autoridades deberían tener la posibilidad de recurrir a los tribunales, en el supuesto de que se produzcan infracciones, para solicitar que impongan una reparación eficaz a las entidades contratantes que no

³⁴ *Vid.*, *supra* 19, p. 18.

³⁵ *Vid.*, *supra* 20, p. 14.

³⁶ *Ibid.*, p. 14: «La Comisión no propone crear *ex novo* instituciones, sino más bien utilizar órganos que ya existan, como es el caso, por ejemplo, de los Tribunales de Cuentas o las Autoridades de Defensa de la Competencia. Sin menoscabar la función de guardiana del Tratado que le es propia, la Comisión estima que no podría erigirse en «súper autoridad de control» para todos los litigios en el ámbito de la contratación pública; ni tampoco dispone de los recursos humanos y materiales suficientes para resolver todos los problemas que se plantean. Esta descentralización del tratamiento de los casos a escala nacional tiene por objeto descargar a la Comisión de parte de los litigios que ésta instruye en la actualidad, con lo que podría concentrarse en su función normativa y en el tratamiento de los casos que tengan un impacto a escala europea o que planteen cuestiones de interpretación importantes, mientras que los denunciantes podrán encontrar la solución de sus litigios a escala nacional.»

cumplan la normativa. Las vías de satisfacción deberían complementarse con una mayor cooperación administrativa entre los Estados miembros (en el marco de la recién creada red europea de contratación pública).»³⁷

Por último, en su revisión de la Directiva 89/665, la Comisión Europea ha considerado la posibilidad de imponer o recomendar a los Estados miembros la creación de agencias administrativas independientes, o la atribución de sus funciones a organismos existentes³⁸. En su análisis de impacto la Comisión Europea estimó que la creación de una agencia independiente produciría los siguientes efectos:

1. Un aumento de las denuncias gracias al anonimato, la simplificación del procedimiento y la reducción de costes en relación a los recursos judiciales, si bien algunas denuncias podrían obedecer a motivos espurios;
2. Una pronta solución de las reclamaciones gracias a la flexibilidad del procedimiento;
3. Un posible retraso en la resolución de los litigios si el procedimiento ante la agencia se superpone a los procedimientos judiciales (retraso evitable si la agencia reemplaza el primer escalón de revisión judicial);
4. Unos costes administrativos, legales y financieros derivados de la creación de una autoridad independiente, que serían aún mayores en los Estados descentralizados;
5. Una mayor efectividad, claridad y seguridad jurídica (gracias al personal especializado empleado por la autoridad independiente), lo que redundaría en un proceso de recursos más eficiente y efectivo;
6. Un efecto disuasorio gracias a la presencia de una autoridad específicamente encargada de detectar y declarar actuaciones ilegales, disuasión que aumentaría si se reconociese un poder sancionador (incluyendo la imposición de multas) a dicha autoridad independiente; y,
7. Una contratación pública «abierta y transparente conducente a una mayor competencia.

En suma, frente a los importantes y variados efectos positivos generados por una autoridad independiente, el único efecto negativo realmente identificado era el aumento de los costes administrativos y financieros para el Estado asociados a la creación de una autoridad independiente.

³⁷ «Estrategia para el Mercado Interior: Prioridades del periodo 2003-2006», *Comisión Europea*, COM (2003) 238, 7.5.2003, p. 18.

³⁸ Comisión staff working document-Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Council Directives 89/665 and 92/13 with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts, COM (2006) 195.

A pesar de ello, este fue el argumento al que se aferraron los Estados miembros para rechazar la creación de una autoridad independiente³⁹.

3.2.4. DIRECTIVA DE SECTORES ESPECIALES

La Directiva de Sectores Especiales contiene dos instrumentos encaminados a facilitar la aplicación de la normativa de la contratación pública: la Conciliación y la Certificación. La Directiva 2007/66 ha suprimido ambas figuras.

3.2.5. CONCILIACIÓN

La Directiva 92/13 prevé en sus artículos 9 a 11 un mecanismo de conciliación en relación a los contratos cubiertos por la Directiva de Sectores Especiales.

La empresa perjudicada o que pueda serlo debe enviar una solicitud escrita a la Comisión Europea o a las autoridades nacionales enumeradas en el Anexo de la Directiva, que transmitirán dicha solicitud la Comisión Europea lo antes posible.

Si la Comisión Europea estima, tras un análisis preliminar de la solicitud, que la controversia se refiere a la aplicación correcta del derecho comunitario, invitará a la entidad contratante a que declare si está dispuesta a participar en el procedimiento de conciliación. Si dicha entidad aceptara participar en el mismo, la Comisión Europea propondrá un conciliador de una lista elaborada por la Comisión, previa consulta al Comité consultivo de contratos públicos. Corresponde a las partes aceptar el conciliador propuesto por la Comisión Europea y nombrar un conciliador suplementario. Los conciliadores podrán invitar como máximo a otras dos personas en calidad de expertos para aconsejarles en sus trabajos, que también podrán ser recusados por las partes. Los conciliadores invitarán a participar en el procedimiento de conciliación a cualquier otro candidato o licitador que participe en el procedimiento de formalización del contrato en cuestión. Si, en el curso de un procedimiento de conciliación, otra empresa ha interpuesto un recurso en el sentido de las Directivas de remedios, los conciliadores le invitarán a participar en el procedimiento de conciliación. Si esta empresa rehúsa participar,

³⁹ *Ibid.*, Sección 3.2: «It appears that the suggestion to CONFER new powers on independent authorities or administrative controls is only supported by a minority of Member States because of the uncertain administrative costs which may result from the operation of such independent/administrative bodies in comparison with the benefits they may generate.»

los conciliadores podrán decidir, en su caso por mayoría, la finalización del procedimiento de conciliación cuando estimen que la participación de dicha persona es necesaria para resolver la controversia.

El mecanismo de conciliación ha sido suprimido por la Directiva 2007/66 por su falta de aplicación:

«Del mismo modo, el mecanismo de conciliación previsto en la Directiva 92/13/CEE no ha despertado verdadero interés entre los operadores económicos. Esto se debe, tanto al hecho de que no permite obtener por sí solo medidas provisionales vinculantes capaces de impedir a tiempo la celebración ilegal de un contrato, como a su naturaleza, difícilmente compatible con el respeto de los plazos especialmente breves de los recursos a efectos de medidas provisionales y de anulación de las decisiones ilegales. Además, la eficacia potencial del mecanismo de conciliación se ha visto debilitada por las dificultades encontradas a la hora de elaborar una lista completa y suficientemente amplia de conciliadores independientes en cada Estado miembro, disponibles en todo momento y capaces de abordar las solicitudes de conciliación a muy corto plazo. Por estas razones, conviene suprimir este mecanismo de conciliación.»⁴⁰

3.2.6. CERTIFICACIÓN

La Directiva 92/13 también prevé un sistema voluntario de certificación, en virtud del cual las entidades contratantes tienen la posibilidad de hacer constar la conformidad de sus procedimientos de formalización de contratos por medio de exámenes periódicos. Sin embargo, la Comisión Europea ha constatado que «apenas se ha utilizado» y «la obligación impuesta a los Estados miembros por la Directiva 92/13/CEE de garantizar la disponibilidad permanente de organismos acreditados a tal efecto puede representar un coste administrativo de mantenimiento que ya no se justifica habida cuenta de la falta de demanda real por parte de las entidades contratantes»⁴¹. Por ello, la Directiva 2007/66 ha suprimido el sistema de certificación.

3.3. Cooperación entre Estados miembros

La cooperación intergubernamental entre los Estados miembros ha fructificado en dos instrumentos que facilitan la resolución de disputas transfronterizas relacionadas con la contratación pública.

⁴⁰ Directiva 2007/66, Considerando 30.

⁴¹ Directiva 2007/66, Considerando 29.

3.3.1. RED DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Red de Contratación Pública («RCP») fue establecida en 2003 a iniciativa de la autoridad de defensa de la competencia danesa, sobre la base de un proyecto piloto desarrollado en el periodo 2000-2003 por varios organismos competentes en materia de contratación pública⁴².

Actualmente, la RCP es un foro interestatal que agrupa a 30 autoridades de la contratación pública de la UE y de otros Estados vecinos. Sus miembros han adoptado un protocolo para tramitar denuncias transfronterizas por incumplimientos de la normativa europea de la contratación pública antes de la adjudicación definitiva de un contrato. El procedimiento se desarrolla en tres fases:

1. Las empresas deben presentar un escrito de denuncia ante el organismo de la RCP de su nacionalidad.
2. Si, tras un análisis preliminar, el organismo que ha recibido la denuncia aprecia un posible incumplimiento, contactará a su vez de manera informal con el organismo de la RCP del país de la entidad contratante a fin de clarificar la disputa.
3. El denunciante es informado de las gestiones realizadas y de los resultados obtenidos⁴³.

La denuncia ante la RCP no tiene efectos suspensivos sobre el procedimiento de adjudicación del contrato ni sobre los plazos de recurso. Si este procedimiento no arroja resultados positivos para el denunciante, éste puede utilizar las vías de recurso nacionales o acudir a la red Solvit.

En ausencia de una autoridad española de la contratación pública, el organismo español miembro de la RCP es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

3.3.2. SOLVIT

SOLVIT es una red de resolución de problemas extrajudicial en la que los Estados miembros de la UE trabajan en colaboración para resolver de manera pragmática los problemas que provoca la aplicación incorrecta de la legislación relativa al mercado interior (por ejemplo, la normativa de la contratación pública), por parte de autoridades públicas⁴⁴. En cada Estado

⁴² <http://www.publicprocurementnetwork.org/>

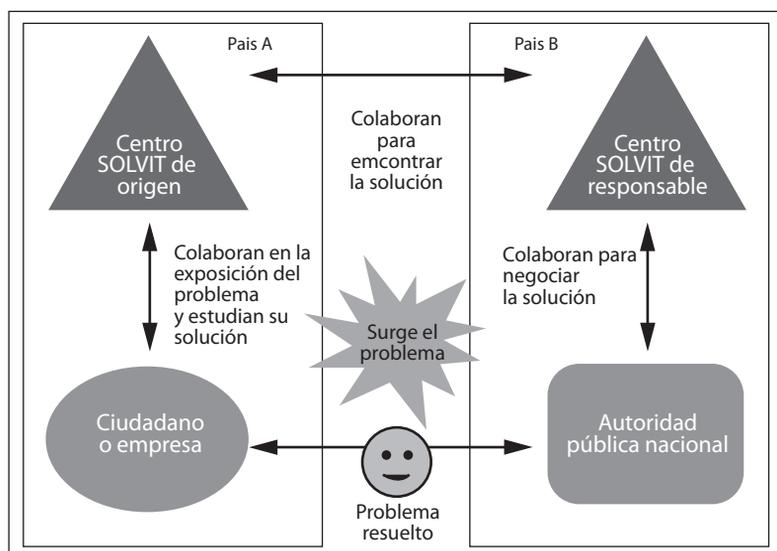
⁴³ «Guidance for companies prevented from competing in foreign markets because of discriminatory public procurement practices», *Public Procurement Network*, 2005.

http://www.publicprocurementnetwork.org/pdf/05_ppn_en.pdf

⁴⁴ *Vid.*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Resolución Eficaz de Problemas en el Mercado

miembro de la Unión Europea (así como en Noruega, Islandia y Liechtenstein) hay un Centro SOLVIT, que forma parte de la administración nacional y presta ayuda gratuita para la tramitación de reclamaciones de ciudadanos y empresas. En España, el Centro SOLVIT está encuadrado en el Ministerio de Asuntos Exteriores⁴⁵.

La Comisión Europea proporciona medios y, en caso necesario, ofrece asistencia para acelerar la resolución de los problemas. También transmite a SOLVIT algunas de las reclamaciones formales que recibe cuando se considera probable que el problema pueda resolverse sin necesidad de una acción judicial.



Fuente: Solvit

Las reclamaciones en la red Solvit se tramitan de esta forma:

Interior («SOLVIT»), COM (2001)702, 27.11.2001; Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2001, sobre los principios para la utilización de «SOLVIT» — Red de Resolución de Problemas en el Mercado Interior, *Diario Oficial* L 331 de 15/12/2001; y Conclusiones del Consejo sobre la red «SOLVIT» de 1.3.2002. La página web de SOLVIT es la siguiente: http://ec.europa.eu/solvit/site/index_es.htm

⁴⁵ <http://ec.europa.eu/solvit/site/centres/addresses/index.htm#spain>

El denunciante debe presentar la reclamación ante el Centro SOLVIT de su país («Centro SOLVIT de origen»). Éste, tras un análisis preliminar para comprobar que se trata de un caso de aplicación incorrecta de las normas del mercado interior, introducirá su caso en un sistema de bases de datos en línea y aquél será enviado automáticamente al Centro SOLVIT del otro Estado miembro en el que se ha producido el problema («Centro SOLVIT responsable»).

El Centro SOLVIT responsable deberá confirmar en el plazo de una semana si se encargará del caso. El sistema Solvit es especialmente indicado para resolver disputas sobre la aplicación de una norma que admiten una solución pragmática. El plazo para hallar una solución al problema es de 10 semanas. Los dos centros SOLVIT trabajan conjuntamente para tratar de solucionar el problema y el Centro SOLVIT de origen mantiene al denunciante informado de la evolución y la solución propuesta. En caso de que no se resuelva un problema o de que considere que es inaceptable la solución propuesta, el denunciante aún puede emprender una acción judicial ante un tribunal nacional o presentar ante la Comisión Europea una reclamación formal.

3.4. España

La Ley 30/2007 ha introducido un recurso administrativo especial (sobre el fondo) y un recurso administrativo cautelar, ambos en fase precontractual, para cumplir con la Directiva 89/665.

3.4.1. RECURSO ESPECIAL Y MEDIDAS PROVISIONALES

En línea con la sentencia del TJCE en el asunto *Alcatel*, los artículos 37 y 38 de la Ley 30/2007, articulan respectivamente un recurso especial y un recurso cautelar (medidas provisionales) previos a la adjudicación definitiva del contrato, para cumplir efectivamente con la Directiva 89/665⁴⁶.

En virtud del recurso especial, pueden recurrirse los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que esta-

⁴⁶ *Vid.*, recurso interpuesto el 26 de octubre de 2006, Asunto C-444/06 *Comisión c. España*, que solicita al TJCE «que se declare que el Reino de España, al no prever un plazo obligatorio para que el poder adjudicador notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras (a) y (b) de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989».

blezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles (7 días si se trata de un procedimiento de adjudicación urgente), contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato.

El procedimiento es acelerado: se concede un plazo de alegaciones a los restantes interesados de 5 días hábiles y el plazo de resolución es de otros 5 días hábiles. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión de la adjudicación provisional.

La resolución del recurso se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental. Asimismo, puede resolver la adjudicación del contrato a otro licitador.

En virtud del recurso cautelar, pueden solicitarse medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición. En este último caso, las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse en un plazo de dos días hábiles entendiéndose denegado el recurso en el caso de no

recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

El sistema de recursos implantado por la Ley adolece de dos defectos fundamentales⁴⁷. En primer lugar, estos recursos están limitados a los contratos sujetos a regulación armonizada, es decir, aquéllos que superan los umbrales previstos en la Directiva Clásica y la Directiva de Sectores Especiales. En segundo lugar, su resolución se atribuye al propio órgano contratante, convirtiéndose así en juez y parte.

Estas opciones legislativas resultan sorprendentes a la vista de las recomendaciones del Consejo de Estado, que señaló la conveniencia de extender el régimen de recursos instaurado a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley y de atribuir su resolución «a un organismo independiente, posibilidad que apunta expresamente el artículo 81 de la Directiva 2004/18»⁴⁸.

Afortunadamente, las Comunidades Autónomas tienen libertad para atribuir la resolución del recurso especial a cualquier órgano administrativo y al menos dos de ellas (Islas Baleares y Navarra) han optado por atribuir esta competencia a las Juntas Consultiva de Contratación Administrativa, ofreciendo así una mayor garantía jurídica a las empresas que deseen contratar en sus regiones⁴⁹. En la doctrina administrativista, FELIU se ha significado por defender esta opción (con las modificaciones legislativas pertinentes para dotarlas de la necesaria independencia)⁵⁰, mientras que en nuestro caso hemos defendido las ventajas de integrar esta competencia en una competencia general para instruir y resolver, de oficio o a instancia de parte, los procedimientos por incumplimiento de la Ley 30/2007 y residenciarla en las autoridades de defensa de la competencia (que podrían integrar el personal e incluso las funciones de las Juntas Consultivas de Contratación)⁵¹.

⁴⁷ Vid., un análisis detallado de este punto en BERASATEGI TORICES, «El control administrativo independiente de la contratación pública», *Diario La Ley* 6650, p 4.

⁴⁸ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, pp. 40-41 y 43-44.

⁴⁹ Vid., Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, artículo 66 y Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, artículo 210.

⁵⁰ GIMENO FELIU, «Las Directivas de contratos públicos y jurisprudencia», *Conferencia del Instituto Europeo de Administración Pública*, Barcelona (2004), p. 14; «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y de reforma», Civitas, 2006, en particular pp. 251-301.

⁵¹ Vid., BERASATEGI TORICES, «El control administrativo independiente de la contratación pública», *Diario La Ley* 6650 (2007), pp. 1-5 y BERASATEGI TORICES, «La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 247 (2007), pp. 35-52.

3.4.2. CONTROL INDEPENDIENTE: ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Ley 30/2007 no prevé una autoridad administrativa independiente encargada de promover la aplicación eficiente de la normativa de contratos públicos y velar por su cumplimiento. Sin embargo, a solicitud de la Comisión de Administraciones Públicas, encargada de tramitar el Proyecto de Ley, el autor de este artículo tuvo la oportunidad de defender ante ella la conveniencia de atribuir la promoción y el control de la contratación pública a las autoridades de la competencia estatales y autonómicas. Esta propuesta fue recogida en dos enmiendas de dos grupos parlamentarios que finalmente no prosperaron⁵².

Sin embargo, y de manera prácticamente casual, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) puede haber puesto los pilares para reforzar el control de la contratación pública y facilitar su modernización.

Una de las novedades más importantes de la nueva LDC es su apuesta decidida por extender los principios de la libre competencia a la normativa y las actuaciones de la Administración. La LDC otorga en este campo un papel relevante a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y, en su ámbito geográfico de actuación, a las autoridades de la competencia autonómicas:

El artículo 11 de la LDC instaura un sistema de seguimiento de las ayudas públicas y permite a las autoridades de la competencia emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales; así como dirigir a la Administración propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.

El artículo 26 de La LDC permite a las autoridades de la competencia realizar de manera general una importante labor de promoción de la competencia en el sector público. En particular, la letra (d) permite a las autoridades de la competencia dirigir a la Administración propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de

⁵² Enmienda 39 del Grupo Parlamentario Vasco a la Disposición Final Décima (bis): «El Gobierno y, en su ámbito, las Comunidades Autónomas, adoptarán disposiciones reglamentarias en el plazo de seis meses para crear Agencias Independientes de Contratación Pública, con poderes para vigilar los procesos de contratación, asegurar que todas las fases de adjudicación del contrato se desarrollan adecuadamente y adoptar resoluciones que garanticen el cumplimiento de esta Ley. Alternativamente, estos poderes podrán ser asignados a la Comisión Nacional de Competencia y, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, a los órganos autonómicos de defensa de la competencia.» Con un contenido y justificación análoga, Enmienda 146 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida a la Disposición Final Décima (bis). Asimismo, la Enmienda 114 al artículo 37.4 de este Grupo proponía atribuir la resolución del recurso especial a la Comisión Nacional de Competencia. Por otra parte, la Enmienda 214 del Grupo Parlamentario Catalán al artículo 37.4 proponía atribuir la resolución del recurso especial a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *BO de las Cortes Generales*, Serie A, 95-22, 29.03.07.

su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados.

Si bien los informes y recomendaciones de las autoridades de la competencia dirigidos a la Administración no tienen carácter vinculante, el artículo 12.3 de la LDC ha conferido a la CNC legitimación procesal para recurrir todas las normas de rango inferior a ley y actos administrativos que restringen la competencia⁵³. El artículo 14.2 confiere igual capacidad procesal a las autoridades de la competencia autonómicas dentro de su ámbito geográfico de actuación⁵⁴.

Estos artículos, posiblemente la innovación de mayor calado en la nueva LDC, confieren a las autoridades de la competencia un papel de fiscalización activa en materias como la contratación pública.

Asimismo, para reforzar la visibilidad y transparencia de la supervisión de la Administración por parte de las autoridades de la competencia, el artículo 27 de la LDC establece que los informes elaborados por la CNC sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público, se harán públicos después de su remisión al Ministerio de Economía y Hacienda y al órgano de la Administración correspondiente.

En virtud de los artículos de la LDC anteriormente mencionados, el control de la contratación pública por parte de la autoridad de la competencia puede realizarse en dos momentos diferentes, mediante recomendaciones al órgano contratante o, en su caso, recursos judiciales de anulación de los actos administrativos:

En primer lugar, la autoridad puede investigar, de oficio o previa denuncia, los contratos públicos adjudicados definitivamente para determinar si han sido adjudicados de conformidad con la normativa comunitaria y nacional de la contratación pública. Si se confirma que en la adjudicación de un contrato público se ha infringido las libertades y los principios generales del Tratado de la UE, las directivas europeas en este campo y la Ley 30/2007, la autoridad de la competencia puede instar su terminación y la adopción de un nuevo concurso público o recurrirlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵³ Artículo 12.3 de la LDC: «La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.»

⁵⁴ Artículo 14.2 de la LDC: «Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.»

En segundo lugar, la autoridad puede controlar el proceso de adjudicación de un contrato público, verificando que las bases y pliegos del concurso son conformes con el Tratado de la UE, las directivas europeas y la legislación nacional. En particular, la autoridad puede recomendar cambios a los borradores sometidos a su consideración o recurrir los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación que lesionen derechos, de forma análoga a lo establecido en el recurso especial en materia de contratación pública.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la LDC permite a las autoridades de la competencia recurrir los actos administrativos que restringen la competencia, pero no les obliga a ello. Teniendo en cuenta que las empresas afectadas por una contratación pública irregular pueden defender sus intereses mediante el recurso especial (durante la fase de adjudicación) o el recurso contencioso-administrativo contra el contrato definitivo, la autoridad de la competencia puede evaluar todos los intereses en juego antes de concluir que el interés público exige su actuación como «fiscal» de la contratación pública.

4. Conclusión

La normativa de la contratación pública tiene como finalidad garantizar la transparencia, la competencia y la eficacia en la contratación pública. Las normas sustantivas deben ir acompañadas de un sistema de recursos y control que faciliten su aplicación. En el ámbito internacional, el Acuerdo sobre Contratación Pública, ha obligado a los Estados miembros a instaurar un procedimiento de recurso eficaz sustanciado ante una instancia independiente. En el ámbito de la UE, las Directivas de recursos han incidido en esta cuestión, en paralelo a la competencia de la Comisión Europea para iniciar procedimientos de infracción contra los Estados miembros que vulneren el Tratado de la UE y las directivas en este campo. Asimismo, los Estados miembros han auspiciado una Red de Contratación Pública que, junto al sistema SOLVIT, ofrece una sistema informal de resolución de disputas transfronterizas en materia de contratación pública.

En España, la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha introducido un recurso especial y un sistema de medidas provisionales en materia de contratación pública pero lo ha limitado a los contratos sujetos a las directivas comunitarias y ha atribuido su resolución al propio órgano contratante. Asimismo, no ha creado una agencia independiente de control de la contratación pública ni ha atribuido sus funciones a un organismo existente, a diferencia de una mayoría de Estados miembros.

Al atribuir la resolución del recurso especial y del recurso cautelar al propio órgano contratante y descartar la creación de una agencia de la contratación pública o sus atribuciones a un organismo existente, el legislador ha dejado pasar una oportunidad histórica para modernizar la contratación pública y situar a España al mismo nivel que una gran mayoría de Estados miembros.

Sin embargo, la nueva Ley de Defensa de la Competencia permite a la CNC y a sus homólogos autonómicos investigar y controlar la contratación de las Administraciones Públicas mediante recomendaciones y recursos ante las instancias contencioso-administrativas. Está por ver si las autoridades de la competencia querrán y podrán posicionarse como agencias de control de la contratación pública. Para ello necesitarán independencia, determinación y medios. Por de pronto, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha comprobado los beneficios para la buena administración, la economía y la sociedad de este control. En el curso de una investigación, iniciada a raíz de una reclamación informal, sobre el contrato del Ayuntamiento de Bilbao con una empresa para el aseguramiento privado de sus funcionarios, el TVDC ha logrado convencer al Ayuntamiento para que cumpla con la legalidad y saque dicho contrato a concurso y ha emitido un informe con recomendaciones sustanciales al borrador de pliego de condiciones técnicas para garantizar la máxima competencia⁵⁵. Este asunto es un hito en el control independiente de la contratación pública y esperamos que sea el principio de una intervención activa de las autoridades de la competencia en este campo.

⁵⁵ El informe del TVDC puede ser consultado en su página web: www.tvdc.es

La reforma de la Política de Competencia en la UE y su incidencia en el sistema español

Luis Berenguer Fuster

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Sumario: 1. Introducción: la «Modernización» de la normativa europea de competencia y la reforma de la legislación española.—2. El nuevo sistema de exención legal y la supresión del régimen de autorización.—3. Novedades relativas al control de concentraciones económicas.—4. El procedimiento sancionador por conductas restrictivas. a) Procedimiento y derechos de defensa. b) Nuevos poderes de investigación de la Comisión. c) Decisiones con compromisos. d) Imposición y recaudación de multas. e) Medidas estructurales. f) Programa de clemencia. —5. La colaboración entre autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales en la aplicación de la normativa de competencia.—6. Conclusiones.

Resumen: Durante los últimos años el proceso de reforma de la Política de Competencia en la UE (conocido como «Modernización») ha sido muy intenso, logrando su máxima expresión en 2004 con la entrada en vigor de los nuevos Reglamentos 1/2003, de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, y 139/2004, de control de concentraciones económicas. Este proceso ha tenido una clara incidencia en la reforma de la legislación española de competencia culminada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, que, sin embargo, responde también a otros objetivos específicos de la situación española. Este artículo examina las principales características de la reforma de la Política de Competencia comunitaria y su recepción en la nueva Ley española.

Palabras clave: Defensa de la competencia; Modernización; Reglamento 1/2003; Ley 15/2007; Unión Europea; España

Abstract: *During the last years the review of the EU Competition Policy (known as «Modernization») has been really intense, reaching its maximum in May 2004, when the new Regulation 1/2003 and 139/2004 entered into force. This European reform has influenced in the review of the Spanish Competition Law finished in the Competition Act 15/2007 of 3rd July. Besides this influence the Spanish review had its own and different goals. This article studies the main characteristics of the EU competition review and its influence in the new Spanish Competition Act.*

Keywords: *Antitrust; Modernization; Regulation 1/2003; Law 15/2007; European Union; Spain*

1. Introducción: la «Modernización» de la normativa europea de competencia y la reforma de la legislación española

Desde la aprobación del Tratado de Roma en 1957 la política de competencia ha sido uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea. Partiendo de preceptos incluidos en el propio Tratado (los famosos artículos 85 y 86 —hoy 81 y 82— y siguientes) durante el último medio siglo el derecho europeo de la competencia ha ido evolucionando y ampliando su corpus normativo. En 1962 se promulgó el primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82; a partir de 1965 la Comisión comenzó a dictar Reglamentos de Exención por categorías, imprescindibles para un desarrollo ágil del derecho de la competencia; ya en 1989, vio la luz el primer Reglamento sobre concentraciones empresariales.

Si el desarrollo de la normativa comunitaria nunca se detuvo, el cambio de siglo pareció acelerar y multiplicar los cambios. La Comisión, de la mano del Comisario Monti, emprendió un ambicioso proyecto de reforma de su Política de Competencia. Habitualmente se alude a esta reforma como «Modernización», debido seguramente a la aparición en 1999 del «Libro Blanco sobre la Modernización» referido a las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. Sin embargo la «Modernización», entendida en un sentido amplio, no se limitó a este apartado sino que supuso un nuevo planteamiento para toda la política de competencia de la UE, con un enfoque más económico y menos formalista, a través de una revisión conjunta y coherente de la práctica totalidad de la normativa de competencia comunitaria.

La reforma se inició con la revisión de los Reglamentos de exención por categorías. En 1999 se aprobó un nuevo Reglamento de restricciones verticales y en los años siguientes fueron objeto de nueva regulación los acuerdos de investigación y desarrollo (2000), los acuerdos de especialización (2000), los vehículos de motor (2002), el sector de seguros (2003) y los acuerdos de transferencia de tecnología (2004). Además la Comisión procuró acompañar cada nuevo Reglamento con unas «Guidelines» o directrices, donde exponía su punto de vista sobre la aplicación de las reglas de la competencia a cada uno de los sectores. Así aparecieron las Directrices sobre restricciones verticales (2000), sobre acuerdos de cooperación horizontal (2001), sobre acuerdos de transferencia de tecnología (2004), etc.

Pero además de esta revisión «sectorial» del derecho de la competencia la «Modernización» supuso también, y en mayor medida, una revisión de carácter «general» de los dos grandes ámbitos de la política de competencia: el control de concentraciones y la persecución de conductas anticompetitivas. Tras varios años de intensas negociaciones en el seno del Consejo la «Modernización» culminó con la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 de los nuevos Reglamentos Comunitarios de prácticas prohibidas (Reglamento 1/2003) y de concentraciones económicas (Reglamento 139/2004).

En lo que respecta al control de concentraciones el Reglamento n.º 139/2004, de 20 de enero de 2004, introdujo novedades en cuestiones sustantivas (por ejemplo, un nuevo test para el análisis de las concentraciones), jurisdiccionales (se simplificaron los procedimientos de reenvío de expedientes entre los Estados miembros y la Comisión) y procedimentales (reforzando los poderes de investigación de la Comisión y aumentando la flexibilidad de los plazos para investigaciones más complejas).

Pero es el Reglamento n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el que ha sido considerado el máximo exponente de la «Modernización» al realizar una revisión completa de la práctica de la Comisión nacida en 1962, con el famoso Reglamento 17. Su modificación más relevante fue, sin duda, la sustitución del sistema de autorización previa centralizado en la Comisión Europea por un sistema de verificación *ex post* y descentralizado, en la que tanto la Comisión como las autoridades nacionales y los jueces ordinarios pueden aplicar el artículo 81 en su conjunto, es decir, examinando los acuerdos a la luz de las prohibiciones del apartado 1 de las condiciones de exención del apartado 3.

Evidentemente un proceso de reforma tan importante no podía dejar de tener repercusiones en el derecho español de defensa de la competencia. Un examen de la evolución de la normativa española permite observar que ésta siempre ha caminado en paralelo a la europea. Incluso en un año tan lejano ya como 1963, cuando se elaboró y aprobó la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC). Esta ley, primera regulación española en materia de defensa de la competencia, ya era totalmente compatible con un Derecho europeo que estaba iniciando su andadura, y en un momento en el que pensar en nuestra adhesión a la Comunidad Económica Europea era poco menos que una quimera.

Más de treinta años después, tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, se aprueba la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, totalmente adaptada a la normativa europea vigente en aquellos momentos. Es cierto que, desde entonces, una sucesión continuada de modificaciones parciales de la Ley de defensa de la competencia¹ pareció dejar atrás la introducción de las modificaciones necesarias para adaptar el Derecho espa-

¹ Las sucesivas modificaciones afectaron a aspectos puntuales, de mayor o menor calado, pero en casi ningún caso afectaron las bases del modelo de 1989. Entre ellas destacan las llevadas a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre; el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio; la Ley 9/2001, de 4 de junio; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Quizás la introducción de la notificación obligatoria de las operaciones de concentración empresarial que cumplan los requisitos establecidos por el artículo 14 de la Ley de 1989, puede considerarse la reforma con mayores efectos sustanciales sobre el modelo español.

ñol a los principios que inspiraban la reforma del Derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, algunas modificaciones puntuales trataron de solventar estas discrepancias, sin demasiado éxito. Así, aprovechando la reforma concursal² se modificó el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para atribuir a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de los procedimientos de aplicación civil de los artículos 81 y 82 del Tratado. También la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo algunas modificaciones en las Leyes 16/1989 y 1/2002. Y el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, trató de acomodar la legislación española a la reforma comunitaria.

No obstante, a mediados de 2004, una vez en vigor los principales elementos de la reforma comunitaria, se hizo evidente la necesidad de acometer una revisión más profunda. Desde el Ministerio de Economía y Hacienda se puso en marcha el proceso para la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia. El 20 de enero de 2005 el Ministerio de Economía y Hacienda hizo público el «Libro Blanco para la reforma de la del Sistema Español de Defensa de la Competencia», diagnóstico sobre las fortalezas y debilidades del sistema español. Dicho Libro Blanco agrupaba en varios capítulos las principales cuestiones sometidas a debate y sobre las que iba a versar la reforma: el esquema institucional, la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, el control de concentraciones, las ayudas públicas y la proyección social de la defensa de la competencia. Para cada una de ellas el Libro Blanco realizaba diversas propuestas, a veces con varias alternativas. El Libro Blanco se presentó a consulta pública, con una excelente respuesta por parte de la comunidad jurídico-empresarial plasmada en numerosos comentarios, al tiempo que la celebración de un buen número de seminarios y jornadas permitió un amplio debate sobre las distintas alternativas.

Con las aportaciones de este debate sobre las propuestas del Libro Blanco, el Ministerio de Economía y Hacienda procedió a la elaboración del Anteproyecto de Ley que, tras los correspondientes informes y dictámenes preceptivos³, fue elevado a las Cortes Generales por el Consejo de Ministros

² Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC) y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

³ Se puede destacar el Dictamen emitido por el Consejo de Estado el 20 de julio de 2006 en el que se señala que «el anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia sometido a consulta..., en líneas generales, merece una valoración positiva tanto desde la perspectiva de la óptica comunitaria —la Comisión Europea alaba la reforma proyectada en la medida en que aproxima notablemente el sistema español de defensa de la competencia a las disposiciones comunitarias, tanto en materia de conductas prohibidas como en lo que se refiere al control de concentraciones—, como desde el punto de vista de la introducción de mejoras y de la flexibilización de los procedimientos».

el 25 de agosto de 2006. La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se caracterizó por el apoyo generalizado de la práctica totalidad de los parlamentarios, lo cual se tradujo en un amplio consenso obtenido tanto en la introducción de enmiendas que mejoraron el texto, como en la aprobación final de la Ley. Casi un año después de su entrada en las Cortes el Congreso de los Diputados aprobaba la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Una lectura rápida del Libro Blanco y el resto de la documentación que ha acompañado la elaboración de la nueva Ley permite descubrir que la reforma europea (la «Modernización») no fue la causa fundamental de la reforma de la Ley española. Ésta apuntaba sobre todo a un cambio institucional con la creación de una autoridad de competencia única que agrupase los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia y dotase de mayor eficacia al conjunto del sistema, con mejor aprovechamiento de sus recursos y mayor autonomía de sus decisiones. No obstante la convergencia con el modelo comunitario no deja de ocupar un lugar esencial en la reforma española. En ello no nos diferenciamos de algunos de nuestros vecinos europeos, que modificaron también sus leyes para adaptarlas a la evolución comunitaria. Así, cabe citar la modificación del Código de Comercio francés de noviembre de 2004, la séptima modificación de la Ley alemana de competencia promulgada en julio de 2005, o la reforma de la legislación italiana de agosto de 2006 (el llamado decreto «Bersini» convertido posteriormente en Ley).

Durante la elaboración de la Ley 15/2007 la reciente reforma de la normativa europea no dejó de estar presente en la mente del legislador. La propia exposición de motivos de la Ley lo expresa claramente en varias ocasiones. Así, entre los motivos para reformar el marco legislativo español, alude directamente a la «importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia» que fructificó con la aprobación de los nuevos Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, y n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Más adelante añade que la nueva ley «tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario». Más tarde al explicar el contenido y la estructura de la Ley, la exposición de motivos alude nuevamente al modelo comunitario en cuatro ocasiones: 1) el paso al sistema de exención legal, 2) las novedades relativas al control de concentraciones económicas, 3) el procedimiento sancionador por conductas restrictivas y 4) la colaboración entre autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales en la aplicación de la normativa de competencia. Siguiendo este esquema propuesto por la exposición de motivos a continuación trata-

remos de analizar cuál ha sido la verdadera incidencia de la reforma de la normativa comunitaria en la nueva ley española⁴.

2. El nuevo sistema de exención legal y la supresión del régimen de autorización

Sin duda, la innovación más importante incluida en el Reglamento 1/2003 fue la eliminación del procedimiento de notificación que databa de 1962. Esta innovación fue objeto en su momento de una oposición radical por diversos sectores. El propio *Bundeskartellamt* llegó a aducir la necesidad de modificar el Tratado para establecer el cambio de sistema de aplicación del art. 81.3, además de las habituales críticas referidas a la falta de seguridad jurídica del nuevo sistema que proponía la Comisión.

En realidad, en el momento de aprobación del Tratado de Roma, la redacción del art. 81.3 constituyó un compromiso entre los partidarios de un régimen de autorización (fundamentalmente Alemania) y los partidarios de un régimen de excepción legal (Francia). La fórmula elegida admitía ambos sistemas y permitió la superación del problema. Pero el debate continuó en el año 1962, a la hora de elaborar el Reglamento 17, ya que era necesario optar por una de las dos alternativas. La delegación alemana defendió el régimen de autorización como el más adecuado para ofrecer seguridad jurídica a las empresas, mientras que los franceses argumentaron que los acuerdos entre empresas no eran, en principio, ni buenos ni malos y, en cualquier caso, deberían ser enjuiciados según sus efectos en el mercado; esto implicaba, naturalmente, un juicio *a posteriori*, descartándose la autorización previa. En un momento determinado del debate, la delegación francesa recibió instrucciones de plegarse a la postura alemana, y, en consecuencia, el Reglamento 17 reflejó el sistema de autorización defendido por Alemania.

El sistema de autorización funcionó durante más de cuarenta años, no sin dificultades. Un escollo importante fue la incapacidad de la Comisión de dar respuesta al ingente número de notificaciones que enviaban las empresas⁵,

⁴ La exposición de motivos también alude al modelo comunitario al mencionar las nuevas modalidades de control de ayudas públicas que introduce el artículo 11 de la Ley 15/2007, pero únicamente para anunciar que estas nuevas formas de control (informe anual de la CNC y demás) no interfieren en el control comunitario previsto en los artículos 87 a 89 del Tratado y regulado en el Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999.

⁵ Según los datos proporcionados por la Comisión en los informes anuales sobre la política de competencia, en el año 1999 del conjunto de expedientes relativos a los artículos 81 y 82, 68 terminaron en una decisión formal y 514 en decisiones informales. En el año 2000 fueron 36 decisiones formales y 343 informales. En 1999 se presentaron 162 notificaciones; en el año 2000, 101.

lo que generó primero la necesidad de contar con Reglamentos de exención por categorías como puertos francos para determinadas clases de acuerdos y la más anómala práctica de las denominadas «cartas administrativas» o confort letters. En dichas cartas la Comisión manifestaba que, de los datos que obraban en su poder, no se deducía que el acuerdo notificado constituyera una infracción del art. 81.1, o bien no pudiera acogerse a lo previsto en el art. 81.3. El problema de estas cartas administrativas consistía en su falta de fuerza jurídica, ya que no vinculaban ni a las autoridades nacionales, ni, por supuesto, a los jueces y tribunales de los Estados miembros, por lo que el efecto de la seguridad jurídica del sistema no aparecía por ninguna parte. Por otra parte, el tiempo empleado por la Comisión en otorgar una autorización genuina, cuando se decidía a ello, era tan prolongado que cuando, finalmente, recaía una Decisión formal, podía darse el caso de que las empresas ya no estuvieran interesadas en poner en marcha el acuerdo.

El art. 1 del Reglamento 1/2003 materializó el nuevo sistema de excepción legal. En este precepto, junto a los apartados en los que se declaran prohibidos los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1 (art. 1.1) y las conductas abusivas (art. 1.3) —equivalentes a lo establecido en el art. 1 del Reglamento 17— un nuevo apartado (art. 1.2) dispone expresamente que los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1, que reúnan las condiciones del art. 81.3, «no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto».

Como se ha señalado anteriormente el cambio de sistema y la supresión del procedimiento de notificación fue objeto de numerosas críticas. Pero a la hora de enjuiciar el nuevo sistema, no puede olvidarse que la aprobación del Reglamento 1/2003 formaba parte del proceso de reforma global del Derecho comunitario de la competencia que hemos señalado. Dicha reforma estaba presidida por principios tales como la utilización del análisis económico para analizar los efectos de las conductas, sustituyendo criterios formalistas, por lo que era coherente la eliminación del procedimiento de notificación, y su sustitución por un sistema en el que la evaluación de los efectos sobre la competencia se realiza a posterior. La publicación de la Comunicación sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado⁶ sirvió para confirmar este enfoque económico.

Una consecuencia adicional de la desaparición del sistema de autorización fue la regulación en el artículo 10 del Reglamento 1/2003 de las declaraciones de inaplicabilidad. En dicho precepto se establece que la Comisión podrá declarar, de oficio, que determinado acuerdo, decisión o práctica, no infringe el art. 81.1, o bien que reúne las condiciones para aplicar el art. 81.3,

⁶ *DOCE*, n.º C 101/04, de 27 de abril de 2004

declaración que también puede realizarse respecto del art. 82 del Tratado. Este precepto, aunque indudablemente relacionado con el cambio de sistema, no implica que la declaración en él prevista vaya a constituir, de forma indirecta, un regreso al sistema de notificación. Para evitarlo, el propio Reglamento 1/2003 introdujo una serie de cautelas y significativas diferencias respecto del sistema de autorización. En primer lugar la declaración de inaplicabilidad puede afectar no sólo al art. 81, sino que se extiende al art. 82; en segundo término, esta declaración siempre debe realizarse de oficio, y cuando concurren razones de interés público comunitario. En consecuencia queda descartado que las empresas puedan acudir a solicitar una declaración de inaplicabilidad, ya que carecen del derecho a instar tal pronunciamiento. Finalmente también debe destacarse la naturaleza meramente declarativa⁷ de estas decisiones de no infracción, que no crean derechos *erga omnes*, por lo que pueden ser ignoradas por los órganos jurisdiccionales, y aun por las autoridades nacionales. En consecuencia, en cuanto respecta a la seguridad jurídica y los efectos de la decisión, estas declaraciones podrían mostrar más similitudes con las cartas administrativas que con las decisiones de autorización. En cualquier caso debería huirse de buscar ningún tipo de similitud. Las decisiones en las que se realice una declaración de inaplicabilidad están reservadas, por voluntad de la propia Comisión, para «los nuevos tipos de acuerdos o prácticas o cuestiones que no se han fijado definitivamente en la jurisprudencia y en la práctica decisoria existentes»⁸.

Desaparecido el sistema de autorización del Derecho comunitario desde el 1 de mayo de 2004, su continuación en el modelo español (arts. 3 y 4 Ley 16/1989) no dejaba de generar problemas. El sistema español, con sus supuestos de autorización (art. 3) y su procedimiento para conceder las autorizaciones singulares por el antiguo TDC (art. 4) mantenía todas las características de rigorismo y formalismo que motivaban las críticas al procedimiento de notificación contenido en el Reglamento comunitario n.º 17 de 1962. No obstante, a diferencia de cuanto ocurría en el procedimiento comunitario, en España nunca se produjo una acumulación de notificaciones⁹ como la argumentada por la Comisión. Los expedientes de autorización españoles se resolvieron siempre dentro del breve plazo establecido por el Real Decreto 157/1992. Esto se explica parcialmente teniendo en cuenta que

⁷ Considerando 14 del Reglamento 1/2003.

⁸ Exposición de Motivos de la propuesta de la Comisión.

⁹ Según las Memorias del TDC en 2005, de un total de 97 resoluciones del Tribunal, 26 fueron expedientes de autorizaciones (de los que 11 correspondían a nuevas solicitudes y 15 a prórroga o revocación de las ya concedidas). En 2006 las autorizaciones singulares fueron 12 (7 nuevas solicitudes y 5 prórrogas o revocaciones de las ya concedidas) para un total de 81 resoluciones del TDC.

la mayor parte de las solicitudes de autorización singular que se tramitaron ante los órganos de competencia españoles, fueron registros de morosos. El formalismo de la Ley 16/1989 obligaba a efectuar el balance concurrencial en el expediente de autorización, en cuya resolución se establecía la fecha a partir de la cual será efectiva, sin que dicha fecha pudiera ser anterior a la de la solicitud (art. 3.2 Ley 16/1989). En definitiva, el sistema consideraba el acuerdo como prohibido y de las consecuencias de esa prohibición sólo podía eximirle una autorización específica.

En los últimos años, sin embargo, algunas resoluciones del TDC se abrieron a una corriente interpretativa encaminada a posibilitar, en ciertos casos, un balance concurrencial en el momento de aplicar el art. 1 LDC, en lugar de residenciarlo exclusivamente en los expedientes de autorización, rompiendo de esta forma el excesivo formalismo de la Ley 16/1989. En esa línea, el TDC declaró que determinados sistemas de distribución selectiva que no vulneraran ciertos principios (principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación) no constituían una infracción del art. 1 de la Ley 16/1989, aunque carecieran de autorización singular o bien que determinadas conductas, ya fuera por su escasa trascendencia o por sus escasos efectos anticompetitivos, no eran susceptibles de afectar a la competencia, y, por lo tanto, no infringían el art. 1 LDC, siguiendo la jurisprudencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998, según la cual determinadas conductas que carecían de «aptitud» para afectar a la competencia no deberían considerarse prohibidas por el art. 1 LDC. Esta corriente pudo alcanzar de cierta forma al texto de la Ley 16/1989, si se tiene en cuenta la redacción de su art. 1.3, que permitía no perseguir acuerdos de escasa importancia, mientras que en el texto original de la Ley de 1989, el hecho de que los acuerdos fueran de escasa importancia, era uno de los supuestos que permitían una resolución de autorización, naturalmente tras la tramitación del correspondiente expediente.

En todo caso el criterio sobre la necesidad de la autorización continuó presente en otras resoluciones del Tribunal que optaron por asumir una posición de mayor formalismo. En consecuencia, persistía —con la fuerza adicional de ser la postura que seguía con mayor rigor el texto de la Ley 16/1989— la interpretación según la cual todas las conductas que puedan estar incluidas en la tipificación del art. 1, deben ser calificadas como conductas prohibidas mientras no sean objeto de autorización por el TDC. Para conseguir la concordancia entre el esquema del Derecho comunitario contenido en el Reglamento 1/2003 y la legislación española era necesario, en cualquier caso, derogar los arts. 3 y 4 de la Ley 16/1989 y sustituir el régimen de autorización por uno de excepción legal.

La eliminación del sistema de autorizaciones singulares era particularmente urgente al cesar también con el Reglamento 1/2003 el monopolio de la

Comisión en la aplicación del art. 81.3. La posible aplicación de este precepto por las autoridades nacionales podía conducir, en el caso español, a situaciones cuando menos curiosas mientras no se modificase la Ley 16/1989, ya que una conducta podía, en principio, vulnerar tanto el art. 81.1 del Tratado como el art. 1 LDC. El art. 3.1 del Reglamento 1/2003 obliga a que, cuando un acuerdo, decisión o práctica sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, la autoridad nacional debe aplicar el Derecho comunitario, junto al nacional. En el caso español esto resultaba difícil o caótico cuando las conductas evaluadas podían acogerse a la excepción del art. 81.3, pues no podían ser ya objeto de autorización (ni por la Comisión ni por la Autoridad Nacional) mientras que el expediente de autorización sí resultaba necesario para conseguir que la misma conducta no se considerase incluida en la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989. Mayor complicación podía plantearse al enjuiciar en un expediente sancionador una conducta susceptible de infringir, al mismo tiempo, los arts. 1 de la Ley 16/1989 y 81 del Tratado que no hubiera obtenido autorización. La más estricta aplicación del derecho vigente podía haber obligado en tal caso a algo tan absurdo como condenar dicha conducta como una infracción del art. 1 de la Ley 16/1989, por cuanto que, aun siendo merecedora de exención, no se había acogido al formalismo de solicitar autorización, y, al mismo tiempo, no sancionar por la infracción del art. 81.1 del Tratado si de tal evaluación resulta que tal conducta puede acogerse al art. 81.3.

A pesar de todas estas contradicciones todavía durante el debate previo a la aprobación de la Ley 15/2007 varias voces se alzaron a favor de mantener el sistema de autorización singular dentro de la normativa española. Otros prefirieron proponer su mantenimiento como un expediente de carácter voluntario. Todos ellos argumentaban que la eliminación de la autorización de las legislaciones nacionales no era una exigencia del Reglamento 1/2003 y que la acumulación de expedientes ante la autoridad española no era tanta como la misma ante la Comisión Europea. Por ello no se producían en España los considerables retrasos a que nos tenía acostumbrados la Comisión en este tipo de expedientes. Frente a estos argumentos, el legislador optó, creo que con excelente criterio, por una solución más ortodoxa que acentuaba el paralelismo con la regulación comunitaria y evitaba todas las posibles contradicciones que se han expuesto y que durante tres años evitaron con habilidad y buen sentido las autoridades españolas de competencia.

De la misma forma la Ley 15/2007 incorpora al ordenamiento jurídico español las declaraciones de inaplicabilidad reguladas en el artículo 10 del Reglamento 1/2003. Así el art. 6 de la Ley 15/2007 sigue fielmente el precedente comunitario y declara que por razones de interés público «la Comisión Nacional de la Competencia, mediante decisión adoptada de oficio, podrá declarar, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia, que el

artículo 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al artículo 2 de esta Ley». De esta forma la nueva Ley española estructura estas declaraciones de inaplicabilidad bajo el mismo molde que su modelo comunitario: decisiones de oficio adoptadas por interés público y válidas también para los casos de abuso de posición dominante, tratando sin duda de evitar que su regulación permita la entrada del régimen de autorización por una puerta falsa. Según el dictamen del Consejo de Estado la Comisión Europea reclamaba la posible incompatibilidad entre la declaración de inaplicabilidad prevista en el artículo 10 del Reglamento 1/2003 y la prevista en el art. 6 de la Ley 15/2007. El Consejo de Estado no las consideró incompatibles ya que cada una de ellas tenía un ámbito de aplicación diferente pero subrayó la conveniencia de delimitar al máximo los supuestos en que procedería la declaración de inaplicabilidad y la necesidad de que estuviera debidamente motivada.

Por último cabe preguntarse en qué situación han quedado las autorizaciones concedidas en el marco de la Ley 16/1989 y aún vigentes a 1 de septiembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2007. A la vista de la redacción del apartado 2 de la Disposición derogatoria de dicha Ley 15/2007 podría deducirse que, al menos hasta la publicación del Reglamento que desarrolle la Ley, estas autorizaciones siguen vigentes. En todo caso, para evitar cualquier riesgo, desde la publicación la Ley 15/2007 las autorizaciones concedidas por el TDC limitaron su vigencia exclusivamente hasta el 1 de septiembre de 2007¹⁰. Además el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, prevé expresamente en su disposición transitoria tercera que las autorizaciones singulares concedidas al amparo de la Ley 16/1989, cuyo plazo no hubiera vencido a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, quedarán extinguidas, sin perjuicio de que los acuerdos no se consideren prohibidos mientras cumplan las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 1 de la Ley 15/2007, sin necesidad de ninguna decisión administrativa expresa al respecto y bajo la evaluación de las propias empresas.

3. Novedades relativas al control de concentraciones económicas

La regulación de las concentraciones económicas es quizás, junto con el aspecto institucional, el capítulo en el que las innovaciones introducidas por

¹⁰ *Vid.* Resoluciones del Tribunal A 368/07 Telebanco 4B, de 3 de agosto; A 363/07 Tasas de Intercambio/Euro 6.000, de 2 de agosto; A 364/07 Tasa de Intercambio/Sistema 4B, de 2 de agosto.

la Ley 15/2007 en el sistema español de defensa de la competencia son más significativas. Dichas innovaciones tocan a aspectos sustantivos y también, sobre todo, a aspectos procesales, pero no siempre vienen motivadas por la reforma del régimen comunitario de control de concentraciones que quedó plasmado en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004.

Con todo se puede afirmar que buena parte de las modificaciones del sistema español acentúan el paralelismo con la regulación comunitaria. Esto se pone de manifiesto en la propia regulación del concepto de concentración, que gira en torno a la existencia de un cambio estable en el control e incluye las empresas en participación con plenas funciones. Lo mismo cabe decir de la posibilidad de levantar la suspensión de la ejecución de la operación notificada en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, o del tratamiento de los supuestos en los que una operación de concentración se lleva a efecto a través de una oferta pública de adquisición de acciones (OPA), que suprime la disposición de la Ley 16/1989, en la redacción que se le dio en el año 2000, que establecía que la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre la OPA quedaría suspendida hasta que se aprobara la operación de concentración.

El artículo 56 de la Ley 15/2007 contiene otra de las innovaciones introducidas por la nueva Ley en esta materia. Se trata de la posibilidad de presentar un formulario abreviado de notificación en cuatro supuestos: cuando no existan solapamientos entre las partes intervinientes en la operación, cuando la participación de las partes en los mercados sea de escasa importancia, cuando se adquiera el control exclusivo sobre una empresa de la que ya se tenía el control conjunto, y cuando se trate de una empresa en participación que no tenga previsto realizar actividad en España, o bien ésta sea marginal.

En el marco del procedimiento de control de concentraciones, la Ley 15/2007 también sigue el modelo comunitario. La nueva Ley diferencia entre dos fases, como antes, pero ahora se regula una resolución del Consejo de la CNC tanto en la primera como en la segunda fase, con independencia de que la instrucción del expediente corresponda a la Dirección de Investigación. Sólo pasan a segunda fase del procedimiento aquellas operaciones que pueden obstaculizar el mantenimiento de la competencia en todo o en parte del territorio nacional.

El plazo establecido para la tramitación de la primera fase es de un mes, el mismo establecido en la legislación anterior para la tramitación de la primera fase ante el Servicio de Defensa de la Competencia, si bien, al igual que ocurría con anterioridad, el plazo puede ser objeto de suspensión en determinados supuestos. Durante esta primera fase las partes pueden presentar compromisos tendentes a solucionar los problemas de competencia planteados por la operación. La primera fase concluye con una propuesta de

la Dirección de Investigación que se somete al Consejo, el cual dictará una resolución que podrá consistir en autorizar la concentración, en su caso, con los compromisos presentados por los notificantes, o bien iniciar la segunda fase del procedimiento.

La segunda fase del expediente de control de concentraciones tiene una duración de dos meses, similar a la prevista en la legislación anterior para la emisión de informe por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien, a diferencia de lo que ocurría antes, también este plazo puede suspenderse si concurren una serie de circunstancias que se hallan tasadas en la Ley. La Dirección de Investigación elabora una nota sucinta que es hecha pública, y, posteriormente, un pliego de concreción de hechos.

Como puede observarse una de las principales novedades de la Ley 15/2007 en materia de control de concentraciones consiste en haber introducido, siguiendo el modelo comunitario, la posibilidad de que las partes presenten compromisos. Esto no estaba expresamente previsto en la Ley 16/1989 que, en cambio, sí preveía la posibilidad de aprobar la operación con condiciones. Ahora los compromisos pueden presentarse, como se ha indicado, tanto en primera como en segunda fase. En primera fase deben, lógicamente, presentarse con la notificación y únicamente son admisibles cuando los problemas de competencia están claramente identificados y pueden resolverse fácilmente con los compromisos presentados. Los compromisos presentados en segunda fase presentarán, sin duda, mayor complejidad y podrán ser inducidos por la propia CNC y sometidos a *market test*.

La posibilidad de presentar compromisos no priva a la CNC de su capacidad de imponer condiciones, entendiéndolas como remedios no propuestos por las partes. La letra b) del artículo 58.4 de la Ley 15/2007 prevé que el Consejo de la CNC puede subordinar la autorización al cumplimiento de determinados «compromisos propuestos por las partes o condiciones», y puede ocasionar ciertas disfunciones en la medida en que si el Consejo aprueba condiciones que las partes no aceptan (pues, de aceptarlas, las hubieran presentado como compromisos), éstas probablemente desistan de la operación. Aunque también es posible que durante la negociación de los compromisos las partes no alcancen los máximos que, en realidad, están dispuestas a aceptar, pensando que la CNC, bien puede imponer unas condiciones algo más duras que los compromisos presentados por ellas —sería éste un riesgo que pueden aceptar—, pero que también puede optar por aprobar sus compromisos tal cual.

La alternativa sería que no pudiera la CNC imponer condiciones. En esta situación, lo lógico sería que las partes presentaran como compromisos los máximos que estuvieran dispuestas a aceptar, ante la perspectiva de que, de

no ser considerados éstos suficientes por la autoridad, la operación podría resultar prohibida.

A pesar de todos estos acercamientos al modelo comunitario, un punto bastante controvertido durante los debates previos a la aprobación de la Ley ha mantenido una clara divergencia con la regulación comunitaria. Se trata de los umbrales de notificación. La Ley 15/2007 mantiene la obligación de notificar, tanto si se supera determinada cifra de volumen de negocios (que se aumenta hasta los 240 millones de euros, siempre que al menos dos de las partes realicen en España un volumen de negocios superior a los 60 millones de euros), como si se supera determinada cuota de mercado (que se aumenta hasta el 30%). La existencia de un umbral de notificación determinado por una cuota de mercado supone una especificidad del sistema español sobre la que no han faltado críticas¹¹.

4. El procedimiento sancionador por conductas restrictivas

En relación con la regulación del procedimiento el Reglamento 1/2003 supuso una mejora sustancial sobre la anterior regulación comunitaria contenida en el Reglamento 17 de 1962. El nuevo Reglamento incorporó al texto normativo ciertas normas de procedimiento que ya eran práctica habitual de la Comisión, con una especial preocupación por los derechos de defensa. Además también introdujo importantes novedades en otras materias como los poderes de investigación de la Comisión, las decisiones con compromisos, la imposición y recaudación de las multas y la posibilidad de establecer soluciones estructurales como respuesta a un problema de competencia.

La incidencia de todas estas novedades en la nueva Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 ha sido desigual: mientras en los aspectos relacionados con el derecho de defensa y la regulación estricta del procedimiento (fases, plazos de resolución, etc.) podemos afirmar sin presunción que la normativa española se encontraba más desarrollada que su homóloga europea, en otros apartados (poderes de investigación, compromisos, soluciones estructurales, etc.) la normativa contenida en el Reglamento 1/2003 ha sido un claro precedente de las novedades incluidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

¹¹ La propia Red Internacional de Competencia (*International Competition Network - ICN*) recomienda el establecimiento de umbrales de notificación objetivos y directos, como el volumen de negocio, y rechaza umbrales del tipo de la cuota de mercado. En su Sexta Conferencia Anual, celebrada en Moscú entre mayo y junio de 2007, la cuestión fue objeto de un nuevo debate.

a) *Procedimiento y derechos de defensa*

El Reglamento 1/2003, en su art. 27, reguló las audiencias de los implicados, de los denunciantes y de los terceros, y recogió principios básicos en Derecho administrativo sancionador, tales como aquel según el cual nadie podrá ser condenado sino en virtud de cargos previamente formulados y sobre los que haya podido formular alegaciones. Entre las normas de procedimiento, el art. 8 del nuevo Reglamento reguló la posibilidad de la Comisión para adoptar medidas cautelares, posibilidad que, si bien no estaba contemplada entre las previsiones del Reglamento 17, formaba parte de las prácticas de la Comisión, que habían sido refrendadas por la Jurisprudencia.

Las normas relativas al procedimiento fueron completadas posteriormente por el Reglamento 773/2004, ya anunciado en el art. 33 del Reglamento, que reguló el ámbito de aplicación del procedimiento, las investigaciones, las denuncias, el ejercicio del derecho a ser oído (alegaciones y audiencias) y el acceso al expediente y el tratamiento de la información confidencial. En suma puede afirmarse que la «Modernización» ha mantenido la división del procedimiento en diferentes fases (instrucción, comunicación de cargos, audiencia de los interesados, dictamen del Comité Consultivo y, finalmente, decisión), aun cuando éstas no aparezcan claramente diferenciadas en el texto del Reglamento.

Como advertíamos no cabe duda que este aspecto de la reforma comunitaria es uno de los que menos influencia ha tenido en la nueva regulación española, lo que no deja de ser lógico, habida cuenta del fuerte desarrollo del derecho administrativo sancionador en España que, al estar constitucionalmente casi asimilado al derecho penal, garantiza un alto grado de protección a los administrados.

b) *Nuevos poderes de investigación de la Comisión*

Por el contrario la regulación de los poderes de investigación es una materia en donde la Ley española no puede esconder la influencia de la regulación comunitaria. El Reglamento 1/2003, en su capítulo V y bajo la denominación «poderes de investigación», reguló una serie de poderes para la Comisión que en ciertos aspectos suponían el mantenimiento de las reglas precedentes, mientras que en otros introducían importantes novedades. Entre los primeros merecen citarse la posibilidad de realizar investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdos (art. 17), las solicitudes de información (art. 18) y la inspección de libros y documentos (art. 20.2.b) y c).

Entre las novedades destacaba la posibilidad de proceder al precinto de locales, libros y documentos durante el tiempo y en la medida necesaria para

la inspección [art. 20.2.d)], contemplada con recelo por los posibles problemas que podía ocasionar si se alargaba la inspección, pero al mismo tiempo como una medida necesaria para investigaciones de cierta complejidad y poco problemática si era utilizada con mesura.

Pero sin duda las dos novedades del Reglamento 1/2003 en el ámbito de la investigación que causaron mayor polémica fueron las relativas a la toma de declaraciones y a los registros de los domicilios, extendiéndose la posibilidad de registro domiciliario, no sólo a los locales de la empresa, sino a los domicilios particulares del empresario, los administradores y los miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas.

En cuanto a la toma de declaraciones, se debatió sobre el reconocimiento a los implicados del derecho a no declarar contra uno mismo, recogido entre las garantías constitucionales en los Estados miembros. La Comisión se acogía al argumento según el cual el derecho a la no autoinculpación sólo se aplica a las personas físicas y en los procesos penales, tal y como reconoció el TJCE en el asunto Orkem¹², por lo que tal derecho no asistía a los implicados en los procedimientos en materia de competencia, y en ningún caso a las personas jurídicas. Desde un principio me pareció que esta visión sobre el derecho a no declarar contra uno mismo no podía considerarse definitiva. Por una parte, en algunos Estados miembros, entre ellos España, los principios que rigen el Derecho penal son aplicables a todos los procedimientos sancionadores, incluido el procedimiento en materia de competencia. Por lo tanto, a los implicados les asiste el derecho a no declarar contra sí mismos, y, además, tanto para las personas físicas como para las jurídicas. Por otra parte, con posterioridad a la Sentencia Orkem, la Unión Europea aprobó una Carta de Derechos Fundamentales, que, aunque no podía reclamarse ante los Tribunales, supondría un impulso hacia el incremento de las garantías de los particulares. Por todo ello, hace unos años no dudé en señalar¹³ que resultaba posible que, en el futuro, la jurisprudencia del TJCE se encaminara en favor del reconocimiento del principio de no declarar contra uno mismo en los procedimientos en materia de competencia, y tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.

En cuanto a los registros domiciliarios, el Reglamento 1/2003 diferenció la necesidad de solicitud de autorización judicial, según se tratase de ins-

¹² Sentencia de 18 de octubre de 1989 (Rep. 1989, Asunto 374/87, p. 3283). En la misma fecha se dictó la sentencia Solvay, en la que aparecen más matizadas las declaraciones contrarias a admitir el principio de no autoincriminación en procedimientos en materia de defensa de la competencia. Ver L. BERENGUER FUSTER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia, derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-27, marzo 1997, pp. 100-101.

¹³ L. BERENGUER FUSTER, «Réquiem por el Reglamento 17», *Anuario de la Competencia 2002*, Marcial Pons-Fundación ICO, 2003, pp. 93-131.

pecciones llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa (art. 20) o de inspecciones efectuadas en otros locales (art. 21). Mientras en las segundas se precisaba en cualquier caso la autorización judicial, en las primeras sólo se requería mandamiento judicial cuando lo exigiera la legislación nacional. Esta última salvedad, introducida en el texto elaborado por el Consejo, supuso un avance considerable respecto de la propuesta de la Comisión, que no incluía tal previsión, y no contemplaba, por ello, la situación de países como España, en los que se equipara, a efectos de garantías, el domicilio e instalaciones de las empresas, al domicilio de las personas físicas, y en los que se exige mandamiento judicial, tanto para un supuesto como para el otro.

La Ley 15/2007 ha ampliado los poderes de inspección e investigación de la Comisión Nacional de la Competencia en comparación con los que la Ley 16/1989 disponía para el SDC. La ampliación de los poderes de investigación se ha realizado en línea con la normativa comunitaria incluida en el Reglamento 1/2003. Así el artículo 40 de la nueva Ley otorga derecho al personal habilitado de la CNC para «acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas» (art. 40.2 a), «precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección» (art. 40.2 e) y «solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas» (art. 40.2 f). La Ley 15/2007 prevé expresamente la necesidad de acudir a la correspondiente autorización judicial para ejercer las facultades de registro domiciliario y precinto si no existe consentimiento expreso del afectado. En lo que concierne al registro domiciliario la legislación española se aparta, como no podía ser de otra forma, del modelo comunitario que hemos descrito que sólo requería en todo caso el mandamiento judicial para la inspección de domicilios privados («otros locales», según el art. 21 del Reglamento 1/2003).

c) *Decisiones con compromisos*

La regulación de los compromisos contenida en el Reglamento 1/2003 supuso la incorporación a un texto normativo de cuanto, con anterioridad, llevaba a cabo en la práctica la Comisión Europea. Por su parte, el ordenamiento jurídico español incorporó en una de las últimas reformas de la Ley 16/1989 el supuesto de terminación convencional (art. 36 bis), trasladando a la legislación de competencia esa forma de terminación de los expedientes, ya previsto en la legislación general de procedimiento administrativo.

El procedimiento establecido en la Ley española para los supuestos de terminación convencional contenía indudables mejoras respecto del establecido en el Reglamento comunitario, por cuanto disponía la participación en su tramitación, no sólo de los inculpados y la autoridad (SDC), sino de cualquier interesado, y concedía, a quienes no hubieran participado en el mismo, la posibilidad de interponer recurso. No obstante en el procedimiento español, a diferencia del comunitario, intervenían dos órganos (SDC y TDC), y la terminación convencional se llevaba a cabo en la fase de instrucción, ante el Servicio, sin más intervención del Tribunal que la posible Resolución, en el supuesto de que se interpusiera recurso, lo cual fue interpretado como un reforzamiento de las facultades del órgano de investigación, dependiente del Ministerio correspondiente, en detrimento de la autoridad de decisión. No obstante el sistema regulado por el artículo 36 bis de la Ley 16/1989 suponía la terminación del procedimiento en el momento de instrucción, y con ello un ahorro de recursos e incremento de la seguridad jurídica. En 2003 ya propuse como solución a esta problemática la unificación del SDC y del TDC en una única autoridad de competencia independiente, con la debida separación entre la instrucción y la resolución¹⁴. Éste ha sido finalmente el modelo adoptado por la Ley 15/2007, que en su artículo 52 retoma lo dispuesto en el artículo 36 bis de la Ley 16/1989, adaptándolo a las nuevas circunstancias. Así actualmente el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, puede resolver, siempre a propuesta de la Dirección de Investigación, la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

En cualquier caso, en materia de compromisos puede afirmarse que la regulación española, tanto en su redacción actual como en su antecedente en el artículo 36 bis de la Ley 16/1989, ha ido por delante de la normativa comunitaria equivalente e incluso ha influido de alguna forma en la misma. Las palabras contenidas en el considerando 13 del Reglamento 1/2003 («no procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa») no dejan de ser un eco lejano y poco claro de la prohibición española de adoptar este tipo de decisiones cuando la autoridad de competencia (antes el SDC, hoy la Dirección de Investigación) emitan un pliego de cargos u hoy el informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007.

¹⁴ L. BERENGUER FUSTER, «Réquiem por el Reglamento 17», *Anuario de la Competencia* 2002, Marcial Pons-Fundación ICO, 2003, pp. 93-131.

d) *Imposición y recaudación de multas*

En materia de multas, el Reglamento 1/2003 incorporó importantes novedades como la supresión del doble límite (cifra monetaria y porcentaje de cifra de negocios) y la responsabilidad subsidiaria de las empresas miembros de una asociación, cuando hubiera imposibilidad de cobrar la multa a ésta (art. 23.4), a través de proceso de cierta complejidad que requiere diversos pasos graduales para acceder al cobro de la multa a una empresa miembro de una asociación.

El art. 61 de la Ley 15/2007 ha seguido este modelo comunitario para regular el cobro de las multas a asociaciones empresariales que se declaraban insolventes. Como en el Reglamento 1/2003 la asociación está, en primer lugar, obligada a recabar contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. Si no se cubre el pago, la CNC puede exigir el pago de la multa a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate. Si tampoco así se cubre el pago de la sanción la CNC puede exigir el pago de la misma a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en que se produjo la infracción. La Ley establece dos límites para la exigencia de estos pagos por las empresas miembros de las asociaciones: en primer lugar no se exigirá este pago a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso. En segundo término la responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa tiene como límite el 10 por ciento de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior.

La Ley 15/2007 adopta, por tanto, el modelo comunitario de responsabilidad subsidiaria para miembros de asociaciones para evitar una realidad que se da con mucha frecuencia: la imposibilidad de cobrar multas a asociaciones de empresas que son insolventes. Sin embargo también conviene señalar que la Ley 16/989 tuvo cierta influencia en la configuración de este modelo que ahora adopta la ley 15/2007. La previsión contenida en el art. 10.3 de la anterior LDC sobre la exclusión de las sanciones personales de aquellas personas que, formando parte de órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto, fue uno de los antecedentes normativos que maneja el Consejo de la UE para alcanzar la redacción definitiva del artículo 23.4 del Reglamento 1/2003.

Por otro lado, la nueva Ley española determina (art. 63) que «el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus

miembros» pero mantiene al mismo tiempo unas cifras de referencia para la imposición de multas cuando no sea posible delimitar un volumen de negocios (art. 63.3). Ello es especialmente útil cuando el inculpado no tenga cifra de negocios o no pueda determinarse fácilmente. Téngase en cuenta que, el TDC ha impuesto también multas a organismos de las Administraciones Públicas, que carecen de cifra de negocios, y, por lo tanto, la supresión de la cifra monetaria podría conducir a un callejón sin salida.

e) *Medidas estructurales*

Una de las mayores novedades incluidas en el Reglamento 1/2003, consiste en la potestad concedida a la Comisión de adoptar las medidas estructurales que sean necesarias para poner fin a las conductas que infrinjan los arts. 81 y 82 del Tratado. El art. 7 del Reglamento establece que cuando la Comisión constate la infracción de los arts. 81 y 82 podrá ordenar a las empresas que pongan fin a la misma, pudiendo imponerles cualquier remedio, sea estructural o de comportamiento. A continuación específica que las medidas estructurales sólo podrán imponerse cuando no existan otros remedios menos gravosos para las empresas.

En el proceso de elaboración del Reglamento se introdujeron considerables modificaciones respecto de la propuesta de la Comisión, que no contenía ninguna limitación a la facultad de imponer medidas estructurales. Algunos países formularon objeciones a la posibilidad de adopción de remedios estructurales, y el Parlamento Europeo también se pronunció a favor de la excepcionalidad de tal medida¹⁵. Finalmente el Reglamento incluyó la facultad de adopción de medidas estructurales, respetando en cualquier caso los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad. La introducción de esta serie de salvedades, tales como la exigencia de que las medidas estructurales sean proporcionadas a la infracción, o bien que sólo sean impuestas cuando no existan otras que puedan alcanzar una eficacia equivalente, en realidad no añadía, según mi criterio, nada significativo a la propuesta de la Comisión y que no pudiera obtenerse por la aplicación de los principios generales que han de estar presentes en el Derecho sancionador. Aunque la adopción de medidas estructurales no se configura claramente en el texto del Reglamento como una medida sancionadora, no puede excluir la aplicación de los principios que rigen en el Derecho sancionador, entre ellos los principios de proporcionalidad y necesidad. Además, en la medida en la

¹⁵ Dictamen del Parlamento Europeo aprobado en sesión plenaria de 6 de septiembre de 2001, en el que se aprobó una enmienda al art. 7 del Reglamento que proponía que se pudieran adoptar medidas estructurales siempre que fueran «proporcionales y necesarias».

que las medidas estructurales pueden afectar al derecho de propiedad de las empresas, se trata de una limitación a tal derecho, y, como tal limitación, ha de ser interpretada restrictivamente.

La Comisión manifestó reiteradamente, a lo largo del proceso de elaboración del Reglamento 1/2003, que la medida no suponía ninguna novedad sobre la realidad existente, pero esta argumentación no puede ser aceptada sin matices, ya que las decisiones que citaba como apoyo la Comisión (Continental Can, Philip Morris) fueron adoptadas antes de la aprobación del Reglamento de control de concentraciones de 1989. En cualquier caso, no puede obviarse la importancia de la posible adopción de medidas estructurales como nueva arma de la Comisión en su lucha contra los cárteles y las conductas abusivas de una posición dominante, y en favor del reestablecimiento del orden concurrencial

Aprobado el Reglamento 1/2003 era necesario dilucidar si la posibilidad de aplicar medidas estructurales se extendía a las autoridades nacionales. Desde mi punto de vista la respuesta debía ser afirmativa, por cuanto que así se desprendía de los arts. 5.7 y 11.2 del propio Reglamento 1/2003. Es cierto que, del contenido del art. 5 podría pensarse que se trataba de una potestad que no podía ser ejercitada por las autoridades nacionales, ya que, en ese precepto no se mencionaban las medidas estructurales entre las posibles decisiones que podía adoptar una autoridad nacional (relativas a la cesación de la infracción, medidas cautelares, aceptación de compromisos e imposición de multas). Pero, según mi criterio, esa interpretación resultaría errónea, ya que la adopción de medidas estructurales, tal y como queda configurada en el art. 7 del Reglamento, no es una medida independiente, sino simplemente un medio para conseguir el cese de la infracción y forma parte de la correspondiente decisión.

Como consecuencia de esta atribución de competencias, la reforma de la legislación española era obligada, y ello por dos razones. En primer lugar, al igual que en otros apartados, para establecer un paralelismo entre el Derecho español y el Derecho comunitario cuando lo aplican las autoridades españolas. En segundo término, para establecer los límites —y al tiempo revestir de garantías— de la aplicación de una medida de tanta importancia para la vida de las empresas como la adopción de medidas estructurales, que el propio texto del Reglamento 1/2003 reserva para circunstancias excepcionales. La Ley 15/2007 siguió este criterio al regular en su art. 53 las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. En el apartado 2 de dicho artículo establece, en su letra b), que las resoluciones del Consejo de la CNC podrán contener (además de la orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado) «la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de com-

portamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural». El paralelismo con la legislación comunitaria es en este caso muy señalado.

f) *Programa de clemencia*

La aprobación de un Programa de Clemencia por la Comisión Europea en 1996 antecedió en unos años a lo que suele considerarse el proceso de «Modernización» de la normativa comunitaria. No obstante, no por ello deja de estar relacionado con él. Incluso podría ser considerado su causa fundamental. El éxito del programa en la detección de acuerdos de cártel de escala comunitaria y mundial obligó a la Comisión a una reconsideración de sus prioridades de acción y la convenció de la necesidad de acabar con el sistema de notificación y autorización previa de acuerdos que detraía recursos de la investigación de los cárteles duros que el programa de clemencia sacaba a la luz. Todo ello forma parte de la base teórica del «Libro Blanco sobre la Modernización» referido a las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado publicado en 1999.

Por tanto la adopción de un programa de clemencia en la normativa española no partía directamente de la «Modernización» representada por el Reglamento 1/2003 pero la existencia un programa de este tipo en el seno de la Comisión Europea y su creciente difusión en las autoridades de competencia de los Estados Miembros hacían altamente recomendable su puesta en marcha en España. La Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia¹⁶, publicada dentro del «Paquete de Modernización» que acompañó a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, destacó la importancia de los programas de clemencia para una adecuada cooperación en el seno de la Red Europea de Competencia auspiciada por el Reglamento 1/2003 (apartados 37 a 42 de la Comunicación). Todo ello descontando la propia conveniencia de las autoridades españolas para disponer del programa como una herramienta de reconocida efectividad en la lucha eficaz contra los cárteles.

Por todo ello la Ley 15/2007 incorpora por primera vez en una norma española de la competencia un programa de clemencia, o de exención o reducción del importe de la multa para quienes, aun habiendo formado parte de un cártel, colaboren en la investigación que permita su detección y persecución (artículos 65 y 66 de la Ley). La inclusión de este programa en la

¹⁶ *DOCE*, n.º C 101/04, de 27 de abril de 2004.

Ley 15/2007, aunque habitual en las legislaciones anglosajonas y vigente en la Comisión Europea desde 1996, no ha dejado de ser objeto de polémica. El legislador prefirió retrasar la implantación definitiva del programa de clemencia hasta la aprobación del Reglamento de Defensa de la Competencia, lo que permitió prolongar la discusión sobre el mismo durante unos meses. Con la publicación del Real Decreto 261/2008 en el *BOE* el pasado 27 de febrero el programa de clemencia pasó aplicarse en toda su extensión, de acuerdo con las especificidades previstas en los artículos correspondientes de dicho Reglamento (Sección 7.^a, artículo 46-53).

5. La colaboración entre autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales en la aplicación de la normativa de competencia

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales de los Estados miembros es una consecuencia del efecto directo de las normas comunitarias pero, sobre todo, ha sido posible gracias a la labor de la jurisprudencia de los tribunales europeos. La Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*) fue el punto de partida a una reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal de Primera Instancia¹⁷, que admitió desde un principio que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podían aplicar las normas de la competencia, aun de forma simultánea a la Comisión. En consecuencia, la jurisprudencia abrió la posibilidad de la existencia de procedimientos simultáneos y paralelos, tales como un procedimiento en el que se persiga por parte de la Comisión (o una autoridad nacional) determinada conducta por ser contraria a los arts. 81 u 82 del Tratado mientras un litigio entre particulares persigue la nulidad de un acuerdo por ser contrario al art. 81, o una indemnización de los perjuicios causados por una conducta anticompetitiva. Cuando existen procedimientos simultáneos por los mismos hechos, tramitados por Órganos diferentes, caben resoluciones contradictorias, por lo que la seguridad jurídica puede resultar afectada. Para tratar de resolver los problemas relacionados con la seguridad jurídica, la Comisión publicó el 13 de febrero de 1993 una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del

¹⁷ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*); 3 de enero de 1974 (*BRT-1*); de 3 de febrero de 1976 (*Founderies Roubaix/Roux*); de 10 de julio de 1980 (*Anne Marty/Estée Lauder*); de 30 de abril de 1986 (*Lucas Asjes*); de 28 de febrero de 1981 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*). En el TPI cabe destacar la sentencia de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*).

Tratado CEE¹⁸, en la que sistematizaron los criterios jurisprudenciales, para los supuestos en los que puedan recaer decisiones contradictorias.

El Reglamento 1/2003 trató de clarificar esta situación a través de diversas normas (art. 15 y 16). En su art. 15 estableció algunas normas de carácter procesal para la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales. En primer lugar (apartado 1) permitió a los órganos jurisdiccionales solicitar a la Comisión la remisión de la información que obre en su poder, o la emisión de dictámenes, lo que no suponía ninguna innovación respecto a la Comunicación de 1993, que recogía la posible remisión de «información de tipo procesal»¹⁹ o de datos concretos relativos a estadísticas, estudios de mercado y análisis económicos²⁰. En cuanto a la emisión de dictámenes, la Comunicación de 1993 ya admitía la emisión de consultas jurídicas²¹.

El apartado 2 del mismo art. 15 estableció como obligación de los Estados miembros la remisión de una copia de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. Pero fue en su apartado 3 de su artículo 15 donde el Reglamento realizó su aportación más novedosa al establecer la posibilidad de la Comisión y de las autoridades nacionales para intervenir como *amicus curiae* en los procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. Como *amicus curiae* las autoridades nacionales o la Comisión pueden presentar observaciones, verbales o por escrito, dependiendo de las normas procesales de los correspondientes Estados, y por propia, iniciativa. El objetivo de esta intervención es buscar una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 «de Tallín a Lisboa, y de Cork a Lárnaca»²². Aunque la propuesta inicial de la Comisión tan sólo preveía su intervención en los procedimientos, pero el texto final del Reglamento 1/2003 amplió esta posibilidad a las autoridades nacionales, lo que obligaba a la introducción de reformas en las normas procesales nacionales ya que la institución del *amicus curiae* resultaba desconocida en la mayor parte de los ordenamientos procesales de los Estados miembros, excepto en Alemania, que contaba con una tradición importante al respecto.

Las reglas incluidas en el art. 15 del Reglamento 1/2003 constituían un intento para lograr la máxima coherencia en la aplicación descentralizada de las normas de la competencia comunitarias por unos órganos jurisdiccionales no jerarquizados y cuyas resoluciones no pueden estar sometidas a

¹⁸ DOCE, n.º C-39, de 13 de febrero de 1993.

¹⁹ Apartado 37 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

²⁰ Apartado 40 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

²¹ Apartado 38 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

²² David EDWARD, «The Modernization of EC Antitrust Policy. Issues for Courts and Judges», en Instituto Universitario de Florencia.

un recurso unificador. Con este mismo propósito la Comisión publicó poco antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento una nueva Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros²³, en la que reiteraba que, en virtud de la prevalencia del Derecho comunitario, los Estados miembros debían adoptar las normas procesales necesarias o prescindir de las normas que impidieran la aplicación del Reglamento. Adicionalmente la Comunicación planteaba dos grupos de problemas diferentes: por un lado, los supuestos de aplicación concurrente o posterior de las normas comunitarias de la competencia, tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales, y, en segundo lugar, las modalidades de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales.

En España la aplicación judicial del derecho de la competencia no ha tenido un camino fácil. La Ley 16/1989 no facilitaba esta vertiente de aplicación. La aprobación del Reglamento 1/2003 no sólo acentuó la necesidad de una reforma al respecto de la propia Ley de Defensa de la Competencia, sino que puso de manifiesto la necesidad de modificar también las normas procesales. Si con anterioridad a la vigencia del Reglamento 1/2003 la posibilidad de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia venía impuesta por la jurisprudencia comunitaria y por la Comunicación de 1993, tras la aprobación del Reglamento, no cabía duda alguna respecto a tal aplicación, y resultaba paradójico que existieran reglas diferentes para aplicar las normas de la competencia, según fueran normas nacionales o comunitarias. La aprobación del Reglamento 1/2003 constituía un argumento definitivo para modificar la normativa española a favor de la aplicación judicial.

Como decíamos desde momentos relativamente tempranos, la Jurisprudencia, tanto del TJCE²⁴ como del TPI²⁵, reconoció que las normas de competencia contenidas en el Tratado tenían efecto directo y, por lo tanto, podían ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, en España la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia contó con dos escollos fundamentales. En primer lugar, la jurisprudencia contenida en la Sentencia CAMPSA, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1993, y en segundo término, por el art. 13.2 Ley 16/1989, que posponía el ejercicio de la acción de daños y perjuicios basada en conductas anticompetitivas a la existencia de una declaración de ilicitud de tales conductas firme, que debía ser realizada por el TDC.

²³ *DOCE*, n.º C 101/04, de 27 de abril de 2004.

²⁴ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*); 3 de enero de 1974 (*BRT-1*); de 3 de febrero de 1976 (*Founderies Roubaix/Roux*); de 10 de julio de 1980 (*Anne Marty/Estée Lauder*); de 30 de abril de 1986 (*Lucas Asjes*); de 28 de febrero de 1981 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*).

²⁵ Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*).

Ciertamente los efectos nocivos de la Sentencia CAMPSA no provenían tanto del texto de la misma sentencia, sino de la interpretación que se realizó del mismo, tanto por los órganos jurisdiccionales como por el propio TDC, interpretación según la cual era imposible la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales, sin una decisión previa del TDC. Esa línea jurisprudencial fue superada por la Sentencia DISA²⁶, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que admitió el ejercicio de acciones derivadas de la infracción de los arts. 81.1 y 82 del Tratado ante los Tribunales civiles, incluso formulando reclamaciones de daños y perjuicios, sin necesidad de exigir una declaración administrativa previa acerca de la ilicitud de tales conductas, lo que suponía una línea jurisprudencial a favor de la posibilidad de que los jueces y tribunales españoles pudiesen aplicar el Derecho comunitario de la competencia, en línea con lo establecido en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y en el Reglamento 1/2003.

La aprobación en 2004 de la una nueva legislación concursal²⁷ ofreció al legislador español la primera oportunidad para adaptar el ordenamiento interno a los nuevos requerimientos comunitarios. Dada la complejidad técnica de la materia concursal, la nueva normativa optó por crear unos nuevos órganos jurisdiccionales, denominados juzgados de lo mercantil, para conocer del concurso. Aprovechando la preparación especializada en materias económicas que debían tener los titulares de los nuevos juzgados de lo mercantil la reforma concursal abrió el conocimiento de los nuevos órganos jurisdiccionales a otras disciplinas jurídicas de carácter económico empresarial. Según el nuevo art. 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadido en la reforma) los Juzgados de lo Mercantil conocen, además del concurso, en aquellas cuestiones de competencia del orden jurisdiccional civil en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, sociedades mercantiles y cooperativas, transportes, derecho marítimo y condiciones generales de contratación. Junto a estas materias, en la letra f) del mencionado artículo 86 *ter* de la Ley, el legislador añadió «la aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE y de su derecho derivado».

La reserva a los Juzgados Mercantiles de la aplicación del derecho europeo de competencia, sin dotarles de capacidad para aplicar la legislación nacional, que continuaba en manos de los jueces civiles ordinarios, fue objeto de críticas

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000. Véase Cani FERNÁNDEZ VICIEN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, pp. 193 ss.

²⁷ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC) y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

inmediatas²⁸ por su carácter ilógico. La reforma necesaria era de mayor calado y debía acometerse de inmediato. El Libro Blanco fue consciente de esta necesidad y catalogó como una de las debilidades del sistema español de competencia la «inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial» proponiendo como una de sus líneas de reforma la adecuada integración de ambos planos (apartados 88 y 89 del Libro Blanco). Entre las reformas que proponía el Libro Blanco se encontraban la derogación del artículo 13.2 de la Ley 16/1989 y la atribución de la competencia para la aplicación en el ámbito civil de las normas nacionales de competencia a los juzgados de lo mercantil.

La Ley 15/2007 no se ha limitado a derogar el problemático artículo 13.2 de la Ley 16/1989, sino que ha previsto los mecanismos de cooperación entre las autoridades de competencia y los jueces civiles (artículo 16), asignando a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley en el orden jurisdiccional civil (Disposición adicional primera)²⁹. Además la Ley 15/2007 ha conseguido un logro más importante. Reconociendo las dificultades de encaje que surgen en los procedimientos del ámbito jurisdiccional civil tanto si se trata de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, como si se trata de la aplicación de las nacionales, ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta en siete de sus artículos. Estas modificaciones se contienen en siete apartados contenidos en la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2007. En ellos se describen las diversas formas de cooperación y colaboración de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos jurisdiccionales del orden civil. También se incluye la intervención, sumamente novedosa en nuestro derecho procesal, de la CNC en los procedimientos civiles, tanto como *amicus curiae* como limitándose a presentar informes u observaciones. Todo ello facilitará si duda la intervención de las autoridades de competencia, tanto la CNC como las autoridades autonómicas como de la propia Comisión Europea.

²⁸ MARTÍNEZ LAGE, Santiago: «La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004». *Gaceta Jurídica y de la Unión Europea* n.º 231. Mayo/junio 2004, páginas 4-11.

²⁹ No se incluye la posibilidad de aplicar el artículo 3 porque es obvio que los supuestos de competencia desleal, aunque afecten al interés público por falsear la libre competencia, pueden ser del conocimiento de los Jueces de lo Mercantil en los procedimientos regulados en la Ley de Competencia Desleal. Durante el período de elaboración de la Ley 15/2007 hubo alguna opinión que advirtió del peligro de no incluir el artículo 3, ya que podría pensarse que no podía ejercitarse ninguna acción basada en una conducta desleal que afectara al interés público. En realidad este argumento supondría aceptar que existen dos clases de conductas desleales: las que afectan y las que no afectan al interés público y que sólo las segundas pueden ser perseguidas por los mecanismos de la Ley de Competencia Desleal. Eso no es así, ya que, en realidad, el precepto del artículo 3, al igual que el del artículo 7 de la derogada Ley 16/1989, contempla una modalidad específica de conducta desleal pero se engloba en las genéricas conductas desleales de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Hasta la aprobación de la Ley 15/2007 estas intervenciones no habían sido fáciles por la falta de disposiciones procesales que así lo previeran³⁰.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil por parte de la Ley 15/2007 puede considerarse todo un éxito. Además de la dificultad intrínseca de modificar una ley de tal envergadura y además de reciente factura, la falta de previsiones procesales podía haber arruinado los mejores propósitos para incrementar la aplicación judicial que tuviera la Ley 15/2007 o la propia Comisión Europea, a través del Reglamento 1/2003 o sus más recientes iniciativas al respecto. Por ejemplo la primera norma contenida en el art. 15.1 del Reglamento 1/2003, se refería a la solicitud, por parte de los órganos jurisdiccionales, de información y de elaboración de dictámenes a la Comisión. Según la legislación procesal española vigente en mayo de 2004 esta petición de información podía ejecutarse a través de una prueba documental pero si se consideraba como elaboración de dictámenes debía integrarse en la prueba pericial. La cuestión radicaba en que, tratándose de procedimientos civiles, correspondía a las partes la solicitud de la práctica de estos medios de prueba, si bien, excepcionalmente, el juez podría solicitar tales documentos o pruebas, como sugerencia en la audiencia previa, o bien como diligencias finales. Un problema adicional podía plantearse respecto a la emisión de dictámenes considerada como una solicitud de prueba pericial, ya que este tipo de pruebas no puede extenderse a extremos que sean jurídicos, y, en consecuencia, no podría solicitarse la opinión de la Comisión sobre si determinada conducta está incluida en el art. 81.1, o bien puede acogerse a una exención del art. 81.3, pues ello son cuestiones jurídicas. La introducción de un artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la redacción prevista en la Disposición Adicional segunda de la Ley 15/2007, solventa estos problemas, al prever expresamente la intervención en el proceso mediante la aportación de información o la presentación de observaciones de la Comisión Europea, la CNC (y también los órganos de defensa de la competencia autonómicos), por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial.

La reforma de la LEC aclara igualmente a quién corresponde la obligación de comunicar copia de las sentencias en las que se apliquen los arts. 81 y 82, prevista en el art. 15.2 del Reglamento 1/2003 como una obligación de los Estados miembros. El artículo 212 de la LEC establece tras la reforma

³⁰ Evidentemente antes de la Ley 15/2007, los jueces de lo mercantil podían aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE en aplicación del Reglamento (CE) 1/2003 y de acuerdo con lo previsto en la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevada a cabo por la Ley Concursal, y era posible la intervención en los correspondientes procedimientos, tanto de las autoridades nacionales de la competencia como de la Comisión Europea por así haberlo previsto el citado Reglamento Comunitario. Sin embargo, la intervención del Tribunal nunca tuvo lugar, sin duda por la ausencia de una norma procesal que regulara tal mecanismo de intervención.

que los Secretarios Judiciales deberán comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia las sentencias que se dicten en los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado y los arts. 1 y 2 de la Ley 15/2007. Esta obligación de transmisión de copia de las sentencias se extiende por ley a los autos de admisión de la demanda y los escritos de interposición de recurso en la misma materia (arts. 404 y 461 de la LEC).

Esta comunicación constante entre órganos judiciales y la Comisión Nacional de la Competencia facilitará el ejercicio de la facultad de *amicus curiae* prevista en el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 para la Comisión Europea y las autoridades nacionales y para la propia CNC en la Ley 15/2007.

6. Conclusiones

A lo largo de este artículo hemos visto que el proceso de reforma de la Política de Competencia en la Unión Europea en los últimos años ha sido intenso y de destacada importancia. Este proceso, a veces denominado genéricamente como «Modernización», tuvo su máxima expresión en los nuevos Reglamentos 1/2003 y 139/2004, de conductas y concentraciones pero abarca un abanico de propuestas más amplio, iniciado a finales de los años noventa con una revisión de los Reglamentos de exención por categorías. Incluso puede decirse que el proceso de reforma se prolonga todavía hasta hoy con nuevas iniciativas como la revisión de la aplicación del artículo 82, anunciada por la Comisaria Kroes en septiembre de 2005 ante el Instituto Fordham, o los Libros Verde (sometido a consulta pública también en septiembre de 2005) y Blanco (anunciado para 2008) sobre las acciones de daños por infracciones del derecho de defensa de la competencia en Europa.

Es lógico que un proceso de tal envergadura, que ha sacudido los cimientos de la aplicación del derecho de la competencia europeo, haya tenido una honda repercusión en el proceso de reforma normativa acaecido en España en los últimos dos años. Estas páginas han descrito como varias de las novedades contenidas en la Ley 15/2007 tenían su origen en ese propósito de convergencia con la normativa comunitaria, lógico dada nuestra plena integración en la Unión Europea y, en consecuencia, en la política de competencia comunitaria, articulada hoy en día a través de la Red Europea de Competencia donde las autoridades españolas han estado integradas desde su creación.

No obstante la reforma de la legislación de competencia española que acabamos de experimentar no tiene como única causa esta adecuación al proceso de «modernización» comunitario. A pesar de la amplitud de las novedades que hemos visto para ello tal vez hubiera bastando una serie de reformas parciales. La reforma española tenía otros objetivos, además de la armonización con la regulación comunitaria. La aprobación de la Ley 15/2007 supone

la culminación de un proceso comenzado hacia la mitad de la década de los noventa del pasado siglo, y su objetivo fundamental es el fortalecimiento de la independencia del sistema institucional de la defensa de la competencia español. Analizando el contenido de la Ley 15/2007 se puede afirmar, sin ninguna duda, que este objetivo de independencia se ha materializado mediante la creación de una autoridad única independiente. Además, el reforzamiento de la independencia resulta especialmente significativo en materia de control de concentraciones, donde el papel del Gobierno queda limitado a una competencia residual. También ha resultado reforzada la responsabilidad social de la autoridad de competencia y asegurada la transparencia de sus actuaciones. Finalmente, se han ampliado las posibilidades de la CNC de realizar tareas de promoción de la competencia. Todas estas modificaciones, fundamentales en la reforma, no eran requeridas expresamente por la «Modernización» comunitaria.

Es cierto que el objetivo de mejorar la coordinación de la autoridad de competencia española con la Comisión Europea y una mayor armonización con el sistema comunitario eran puntos esenciales de la reforma. Pero no los únicos como expone claramente la exposición de motivos de la Ley. Otro objetivo fundamental de la reforma pretendía mejorar la eficacia del sistema. Dentro del mismo se han otorgado a la autoridad de competencia mayores poderes para la persecución de las conductas prohibidas, se ha establecido un programa de clemencia para la detección de cárteles, se han fortalecido los instrumentos alternativos para la finalización de los expedientes sancionadores (terminación convencional) o se ha habilitado un formulario abreviado de notificación para las operaciones de concentración, admitiendo la presentación de compromisos. En la adopción de estas medidas el ejemplo comunitario ha sido clave, pero no cabe descartar que varias de las mismas se hubieran adoptado también sin dicho ejemplo, por puras razones de búsqueda de una mayor eficacia.

La existencia de dos ordenamientos paralelos, uno nacional otro comunitario, sobre una misma materia obliga a una atención permanente para evitar contradicciones e incoherencias. Con la Ley 15/2007 creo que el ordenamiento jurídico español ha conseguido su objetivo de una adecuada coordinación con la normativa comunitaria. No obstante, el proceso de armonización no se detiene. La dinámica de los mercados obliga a las legislaciones de competencia a un continuo proceso de actualización para cumplir los fines que tienen encomendados. La Comisión Europea, como hemos visto, continúa sus reformas. La Comisión Nacional de la Competencia participa en este proceso a través de su integración en la Red Europea de Competencia y estará atenta a cualquier nuevo cambio que se haga necesario.

Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado español

Juan Luis Crucelegui Garate

Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
Profesor del IEE y del Master de Derecho de la Empresa de la Universidad de Deusto

Sumario: 1. Consideraciones previas.—2. Origen y principios básicos de funcionamiento.—2.1. El modelo de aplicación descentralizada en la Unión Europea.—2.2. El modelo de aplicación descentralizada en el Estado español.—3. Reglas para la asignación de competencias ejecutivas y la resolución de conflictos.—3.1. Los criterios de asignación de competencias ejecutivas en el sistema comunitario de aplicación descentralizada.—3.2. Los criterios para la asignación de competencias ejecutivas en el sistema español.—4. La cooperación entre autoridades y los métodos de coordinación.—4.1. Los mecanismos de coordinación en la aplicación del derecho comunitario.—4.2. Los mecanismos de coordinación y de cooperación entre el Estado y las CCAA en el sistema español.—5. Consideraciones finales.

Resumen: Ante la incipiente puesta en funcionamiento de sistemas de aplicación descentralizada para la defensa de la competencia en los ámbitos de la Unión Europea y del Estado español, conviene hacer una reflexión, tanto sobre causas que han generado estos procesos, como sobre los principios que rigen en su funcionamiento. En ambos casos, el objetivo que se pretende es lograr una defensa efectiva de la libre competencia en los mercados, sin embargo, los modelos establecidos divergen de forma sensible. En el sistema comunitario se ha optado por establecer un modelo práctico y eficaz basado en el impulso a la cooperación entre las autoridades nacionales de la Competencia y la Comisión europea. Por el contrario, en el modelo español de defensa de la competencia, la aplicación descentralizada gira en torno al sistema de reparto de asuntos entre el Estado y las CCAA, mientras las relaciones entre la autoridad estatal y las autoridades autonómicas de competencia se encuentran en un segundo plano.

Palabras clave: defensa de la competencia, aplicación descentralizada, puntos de conexión, cooperación, coordinación, eficacia, red de autoridades.

***Abstract:** Before the incipient launch of decentralised application systems for the defence of competition in the spheres of the European Union and the Spanish state, it is convenient to reflect upon not only the causes giving rise to these processes, but also upon the principles governing their performance. In both cases, the intended aim is to achieve the effective defence of free competition in markets; how-*

ever, the models established differ significantly. Within the European Union system, it was decided to establish a practical and efficient model based on boosting co-operation between the member's authorities for Competition and the European Commission. On the other hand, in the Spanish model for the defence of competition, the decentralised application revolves around a shared distribution of matters between the state and autonomous regions, while relations between the state and regional authorities for competition take their seat in the background.

Key words: *defence of competition, decentralised application, points of connection, co-operation, co-ordination, efficiency, network of authorities.*

1. Introducción

Los sistemas de aplicación del Derecho de la Competencia están siendo objeto de una importante transformación durante estos últimos años en nuestro entorno más cercano. En efecto, tanto en el ámbito de la Unión Europea (UE) como en el del Estado español estamos asistiendo a procesos de descentralización en la aplicación de este Derecho, originados por causas dispares.

En lo que respecta al Derecho comunitario de la competencia, el proceso de descentralización en su aplicación se puso en marcha el 1 de mayo de 2004, en virtud de una decisión política del Consejo de Ministros adoptada para dar solución a una situación de saturación administrativa y de incapacidad práctica en el seno de la Comisión europea para afrontar con solvencia la carga administrativa que se estaba generando en los diferentes ámbitos de actuación de esta política (conductas antitrust, control de las ayudas públicas y control de las concentraciones) y, que quedaría agravada aún más con la adhesión de doce nuevos Estados miembros.

Originariamente, el sistema comunitario de defensa de la competencia establecido en los Tratados fundacionales y regulado por el Reglamento n.º 17 otorgaba a la Comisión europea una posición preeminente para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. El Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, modificó de forma importante el modelo de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, instaurando un nuevo sistema de competencias concurrentes entre la Comisión y las ANC para la aplicación plena de ambas disposiciones. La nueva normativa fue complementada por un conjunto de comunicaciones y de textos jurídicos, denominado «paquete modernizador», con el objeto de facilitar la aplicación coherente y uniforme de las normas comunitarias

En el sistema jurídico de defensa de la competencia español, a diferencia del europeo, el proceso de descentralización no se inició como consecuencia de una iniciativa política y legislativa, sino que el cambio de modelo vino forzado por una resolución judicial adoptada por el Tribunal Constitucional.

En su origen, la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), que estableció las bases para el desarrollo de un sistema de defensa de la competencia en el Estado español, atribuyó a órganos dependientes de la Administración General del Estado (Servicio y Tribunal), con carácter exclusivo, la potestad de intervenir administrativamente ante las infracciones previstas en sus disposiciones. Disconformes con esta atribución de competencias, el Gobierno Vasco y la Generalitat de Cataluña interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la LDC, que fueron estimados parcialmente por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 208/1999, de 11 de noviembre que supuso el punto de partida del proceso de descentralización.

Para dar cumplimiento a esta resolución del alto Tribunal se aprobó la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia. La adopción de esta norma jurídica ha permitido a las Comunidades Autónomas crear órganos propios para la defensa de la competencia¹.

Por otra parte, el 1 de septiembre de 2007 tuvo lugar la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 4 de julio), que introduce una reforma sustancial del régimen jurídico anterior y afecta tanto al plano institucional, con la creación de una nueva autoridad, la Comisión Nacional de Competencia, como a los ámbitos material y procesal. Sin embargo, el nuevo texto legal no ha incluido en su parte dispositiva la regulación relativa a la coordinación entre la autoridad estatal y las autoridades autonómicas de la competencia.

En este artículo se realiza una recapitulación sobre los principios y las reglas de funcionamiento que definen a ambos sistemas administrativos de aplicación descentralizada. En primer lugar, se detalla el origen y los principios básicos que rigen en los dos sistemas de aplicación de las normas de competencia. Así mismo, se analizan los criterios que se aplican en la atribución de competencias ejecutivas para la instrucción y resolución de expedientes sancionadores y los procedimientos establecidos para resolver los conflictos de competencia que puedan surgir en el reparto de asuntos. Finalmente, se estudian los mecanismos de coordinación establecidos para asegurar una aplicación coherente y uniforme de las normas de competencia.

Se incluyen algunas reflexiones comparativas acerca de los principios que informan el modelo de aplicación descentralizada en el Estado alemán, en vigor desde 1958.

Habida cuenta de que en el ámbito estatal la descentralización no afecta a otras vertientes del Derecho de la Competencia, como es el control de las

¹ Hasta el momento se han creado autoridades de la competencia en Cataluña, Madrid CA, Galicia, Euskadi, Castilla y León, Aragón, Extremadura y Andalucía.

concentraciones de empresas (cuya ejecución corresponde al órgano estatal en exclusiva), no se introducen reflexiones relativas a este ámbito de la política de competencia².

2. Origen y principios básicos de funcionamiento

Las causas que dieron lugar al actual proceso de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y en el Estado español divergen sensiblemente.

En la UE el cambio de modelo respondió a una necesidad imperiosa de implicar a las autoridades nacionales de la competencia en la aplicación de la normativa de competencia, junto a la Comisión europea que desempeñaba el papel central en la aplicación y desarrollo de la normativa comunitaria, para poder hacer frente con solvencia a la creciente carga administrativa generada en su seno.

En el Estado español, por el contrario, la descentralización tiene su origen en una resolución judicial del Tribunal Constitucional. Se trata, por tanto, de un cambio que no se encuentra respaldado por una voluntad decidida de los agentes políticos, pero que debe encontrar acomodo en el sistema de reparto competencial instaurado por la Constitución española y desarrollado por los Estatutos de autonomía, para que el sistema de defensa de la competencia sea coherente y efectivo.

2.1. *El modelo de aplicación descentralizada en la Unión Europea*

2.1.1. ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL SISTEMA

Inicialmente la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (actuales artículos 81 y 82 del Tratado CE) requería de la adopción de un texto reglamentario que estableciese los procedimientos más adecuados ante la Comisión. El Tratado preveía dicha posibilidad en el artículo 87 (actual artículo 83). El Consejo desarrolló la regulación del procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia por medio del conocido y ya extinto Reglamento n.º 17, primero que desarrolló la normativa material y permitió la

² Otro aspecto digno de mención que no será objeto de análisis comparativo es el relativo a los programas de *leniency* o programas de clemencia, en base a los cuales se exonerará total o parcialmente del pago de la sanción a las empresas que formen parte de un cártel y delatan su existencia. Ello se debe a que en el momento actual, hasta la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo de la Ley 15/2007, estos programas no son de aplicación en el Estado.

puesta en funcionamiento efectiva de la política comunitaria de defensa de la libre competencia³.

Los principios inspiradores del Reglamento 17 eran, fundamentalmente, la centralización de su aplicación por la Comisión y la implantación de un modelo de notificación previa de los acuerdos tanto para obtener una declaración de no aplicación de la prohibición (art. 81.1 TCE), como una declaración de aplicación de la exención (art. 81.3 TCE). Esta declaración confería a las empresas destinatarias seguridad jurídica sobre la licitud de las prácticas que llevaban o pretendían llevar a efecto.

La prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 81 TCE y la del artículo 82, en su totalidad, podía ser declarada, tanto por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales internas de los Estados miembros como por la Comisión, si bien se daba el principio de preferencia de la actuación de la Comisión, en la medida en que reconocía que, incluso en los casos en que las autoridades de los Estados miembros pudieran declararse competentes, dejaban de serlo para aplicar el Derecho Comunitario en el momento en que la Comisión iniciara un procedimiento (competencia concurrente).

Por el contrario, la aplicación del artículo 81.3 TCE exigía necesariamente la intervención de la Comisión (competencia exclusiva). Ésta tenía encomendada la tarea de establecer las exenciones, tanto individuales como por categorías, previa presentación por parte de las empresas de una «solicitud de exención» respecto de los acuerdos para los que se pretendía la exención.

El aumento considerable de las notificaciones unido a la entrada de más Estados miembros en la Comunidad provocó la necesidad de establecer un sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 menos centralizado, mas rápido y eficaz. Por otra parte, la Comisión debía concentrarse en los asuntos restrictivos de la competencia más perniciosos para el funcionamiento del mercado único (los cárteles y los abusos de empresas en posición de dominio).

La propuesta de modificar el sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE se hizo pública a través del Libro blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, en el que se ponía de manifiesto la utilidad del Reglamento 17 por haber sido un instrumento jurídico esencial que permitió propagar una cultura de competencia en los mercados⁴. Preveía el establecimiento de un sistema basado en la aplicabilidad directa del artículo 81 (en su conjunto) y 82 y el reparto de las tareas de aplicación entre la Comisión, las ANC y los tribunales nacionales.

La propuesta de la Comisión se materializó con la adopción del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 26 de noviembre de 2002 relativo a la aplica-

³ Reglamento n.º 17 de 6 de febrero de 1962, *JOCE* n.º 204/62 de 21 de febrero de 1962.

⁴ El Libro blanco de la Comisión de 28 de abril de 1999 (sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado).

ción de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Reglamento 1/2003).

2.1.2. EL REGLAMENTO 1/2003

El 26 de noviembre de 2002, el Consejo de ministros adoptó el nuevo Reglamento 1/2003 que regula el procedimiento para la aplicación de los artículos 81 y 82⁵. El Reglamento establece un sistema novedoso en la aplicación de la política de competencia, más descentralizado y menos burocrático, que supone un cambio fundamental en los principios inspiradores del procedimiento comunitario en la medida en que opta por un sistema denominado de «excepción legal directamente aplicable» que implica la ausencia de toda notificación previa.

La responsabilidad en la aplicación de las normas de competencia recae en las propias empresas que, en adelante, deberán autoevaluar sus conductas para no infringir las normas del Tratado. Los acuerdos restrictivos que cumplan las cuatro condiciones recogidas en el párrafo tercero del artículo 81 TCE se considerarán válidos⁶. Las ANC y las jurisdicciones nacionales serán los principales garantes de su aplicación.

El nuevo sistema supone la abolición del procedimiento de exención y no una mera pérdida del monopolio reconocido a la Comisión para acordarlas. De este modo se pretende que tanto la Comisión como las ANC puedan asegurar una vigilancia eficaz de los mercados y puedan centrar sus esfuerzos en las denuncias y los procedimientos de oficio. La Comisión concentrará su acción en los asuntos más importantes, aunque asimismo deberá ejercitar un papel de órgano coordinador de criterios para evitar una aplicación anárquica del derecho europeo de la competencia.

Este proceso generó ciertas reticencias en empresas y asesores jurídicos, que fueron puestas de manifiesto en el debate previo a la adopción del Reglamento 1/2003. En las observaciones que se presentaron dentro de la consulta pública abierta por la Comisión, se incidía en el riesgo que se podía correr en un sistema de aplicación descentralizada, si ello daba lugar a la adopción de resoluciones divergentes en relación a un mismo asunto. Por ello, pusieron de relieve la necesidad de establecer un sistema de cooperación entre las ANC y la Comisión, así como ciertos mecanismos de supervisión por parte de esta última, que garantizaran la coherencia de las decisiones adoptadas en aplicación de la normativa de competencia⁷.

⁵ DOCE de 4 de enero de 2003.

⁶ Artículo 1 Rto. 1/2003.

⁷ Ver página web de la Comisión (<http://europa.eu.int/comm/competition>).

La creación de una red de autoridades (REC) permitiría a la Comisión y a las ANC trabajar en estrecha colaboración en la aplicación de la normativa comunitaria, constituyendo uno de los pilares básicos del nuevo sistema, tal y como se señalaba expresamente en la Declaración Común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la REC⁸.

La REC está formada por la Comisión y las ANC designadas de conformidad con el artículo 35 del Reglamento 1/2003. Ya en 2003 se empezó a cooperar en el marco de la REC: se crearon grupos de trabajo para abordar ciertos aspectos esenciales de la comunicación sobre la cooperación en la Red, en los que se analizaron cuestiones generales relacionadas con la transición al nuevo sistema; además, se crearon 14 subgrupos con el fin de tratar problemas sectoriales. El 2004 fue el primer año en que la REC pasó a ser plenamente operativa y a tratar asuntos concretos de aplicación de las normas de competencia de la UE. Antes del 1 de mayo se puso en marcha un sistema de apoyo telemático para dar a todos los miembros la posibilidad de seguir los asuntos tratados en la Red y de intercambiar información.

Paralelamente, la Comisión adoptó diversos textos complementarios que conformaban el denominado paquete para la modernización (*modernisation package*) cuyo objetivo era coadyuvar a la coherencia y a la aplicación uniforme de los artículos 81 y 82 en todos los Estados miembros⁹.

Con el nuevo modelo se pretende garantizar la aplicación de un mismo *corpus jurídico* a todas las transacciones con consecuencias transfronterizas, mediante una asignación eficiente de los asuntos dentro de la red de autoridades de competencia, de manera que cada caso sea tramitado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo (la autoridad mejor situada).

⁸ Declaración 167/02, de 10 de diciembre de 2002. Documento 15435/02, ADD 1. Disponible en la página web <http://register.consilium.eu.int>.

⁹ En particular, los siguientes:

Reglamento 773/2004 de la Comisión relativo al desarrollo de los **procedimientos de la Comisión** con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado. *DOUE* L 123, 27.04.2004, páginas 18-24.

Comunicación de la Comisión sobre la **tramitación de denuncias** por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del tratado. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 65-77.

Comunicación de la Comisión relativa a las **orientaciones informales** sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del tratado CE que surjan en asuntos concretos. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 78-80.

Comunicación relativa al **concepto de efecto sobre el comercio** contenido en los artículos 81 y 82 del tratado. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 81-96.

Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la **red de autoridades de competencia (REC)**. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 43-53.

Comunicación de la Comisión relativa a la **cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales** de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 43-53.

Comunicación sobre la **aplicación del artículo 81.3 del Tratado**. *DOUE* C 101, 27.04.2004, páginas 97-118.

2.2. *El modelo de aplicación descentralizada en el Estado español*

2.2.1. ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL SISTEMA

Tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, en 1986, el Estado español debía dotarse de un sistema de defensa de la competencia estatal, coherente con el sistema comunitario, para poder prevenir y sancionar aquellas conductas restrictivas que produjeran efectos en el comercio interior¹⁰. La Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia dispuso un sistema centralizado para la aplicación las normas de competencia en el conjunto del Estado. El modelo establecido había optado por una intervención gubernamental directa en la aplicación de la normativa, en detrimento de una autoridad fuerte e independiente, acercándose con ello al sistema francés¹¹.

Además, el Estado se adjudicaba la competencia para la aplicación de esta norma de forma exclusiva, sin tener en cuenta la distribución competencial prevista en la Constitución de 1978 y desarrollada a través de los Estatutos de Autonomía. La Defensa de la Competencia no figuraba entre las competencias asignadas al Estado en la Carta Magna y consecuentemente la atribución realizada por el texto legal a favor de la autoridad estatal debía ampararse en alguno de los principios fundamentales proclamados en la Constitución.

No conformes con esta asignación de competencias, el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LDC, en octubre de 1989. Diez años más tarde, la Sentencia 208/99 de 11 de noviembre declaró inconstitucional la cláusula «en todo o parte del mercado

¹⁰ La adhesión de España a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986 motivó la necesidad de renovar el Derecho español de defensa de la competencia que se encontraba regulado por la Ley Represiva de las Prácticas Restrictivas de la Competencia (LRPRC) de 1963. En la propia Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, se hacía mención expresa de la LRPRC como uno de los ámbitos donde se requería una profunda adaptación.

¹¹ El Ministro de Economía, aunque no considerado por la LDC como órgano de defensa de la competencia propiamente dicho, mantenía, en especial después de las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 6/1999 (BOE n.º 108, de 6 de mayo) y Real Decreto-Ley 6/2000 (BOE n.º 151, de 24 de junio), un papel decisivo en el control de las operaciones de concentración, mientras el TDC cumplía una función meramente consultiva. Por otro lado, a diferencia de la mayoría de Estados miembros que mantenían una estructura de órgano único, esta Ley instituyó para su aplicación dos órganos adscritos a la administración estatal: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) con funciones instructoras, dependiente del Ministerio de Economía, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) con funciones resolutorias e independencia jerárquica y funcional.

nacional», contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25 a) y c) de la LDC en la medida en que desconocía las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

El Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que la competencia autonómica en materia de defensa de la competencia se basa en el título competencial «comercio interior» y la competencia estatal en la materia se basa en los títulos «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (artículo 149.1.13^a) de la CE. Debido a las consecuencias que conllevaba la aplicación del fallo, la nulidad de la mencionada cláusula fue deferida hasta el momento en que mediante ley se establecieran los criterios de conexión pertinentes para que las CCAA pudieran ejecutar sus competencias ejecutivas¹².

2.2.2. LA STC 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE

La STC 208/1999 resolvió los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, estimándolos parcialmente¹³. No obstante, el TC señaló que tal atribución de poderes a las autonomías se realizaba tan sólo dentro del ámbito ejecutivo, ya que de la lectura de los propios Estatutos de Autonomía se deducía que las CCAA sólo podían tener la competencia ejecutiva y no la legislativa, al venir expresamente fijada como límite sobre el comercio interior.

Los argumentos jurídicos empleados por las partes recurrentes se englobaron alrededor de un aspecto básico: la reserva a favor del Estado de todas las funciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Cabe reconocer que no se discutía la normativa estatal sobre la materia pero si se rebatía que la LDC ignorase las competencias ejecutivas autonómicas. Por otra parte, el segundo argumento invocado por las partes hacía referencia a la naturaleza de la defensa de la competencia como una submateria encuadrada dentro de la materia comercio interior¹⁴.

¹² Fundamento Jurídico octavo de la STC 208/1999.

¹³ El Gobierno Vasco interpuso recurso contra los artículos 4,7,9,10.1 y 4,11, 12.2,20,25a) y c), 31a) y b), 33.1, 34.2 y3, Título III, arts. 36 a 48 y Disposición transitoria primera de la LDC. Por su parte el ejecutivo catalán interpuso recurso contra los mismos preceptos y además contra los artículos 30, 31, 32.1, 49 y 53.

¹⁴ El Abogado del Estado rebatió ambos argumentos alegando que el Estado detentaba la competencia exclusiva tanto normativa como ejecutiva en base al artículo 149.3 de la CE, pues los Estatutos de Autonomía no contienen atribución expresa alguna de la competencia ejecutiva en esta materia.

Para hacer valer sus pretensiones era preciso delimitar claramente la materia comprendida dentro de la defensa de la competencia, y con tal fin, como elemento referencial, recurrieron al Derecho Comunitario¹⁵. La argumentación fue recogida en los fundamentos jurídicos de la sentencia aceptando la idea según la cual, si en el ámbito de la Comunidad Europea se permite la aplicación descentralizada de una misma normativa sobre competencia, sin que por ello se quiebre el principio de unidad del mercado comunitario, *mutatis mutandi* se podría trasladar dicho sistema al ordenamiento jurídico interno.

La adopción de esta sentencia acarrea un cambio de orientación en la aplicación administrativa de la defensa de la competencia en el Estado que significaba pasar de un régimen centralizado hacia uno descentralizado que demandaba la adopción de medidas de articulación del sistema, para evitar que se produjera un menoscabo en el principio de unidad de mercado¹⁶.

El TC admitió de forma expresa la existencia de una competencia compartida en el ejercicio de las funciones ejecutivas, haciendo residir la inconstitucionalidad de la norma en el total desconocimiento de la posibilidad de funciones ejecutivas autonómicas. En consecuencia, de acuerdo con el fallo, las disposiciones de la LDC impugnados resultaban inconstitucionales por desconocer las competencias de ejecución de la legislación de defensa de la competencia estatutariamente atribuidas a las Comunidades Autónomas en el ámbito del comercio interior¹⁷.

La sentencia instaba a establecer un sistema articulado sobre la base de tres principios:

¹⁵ En este sentido manifestaban que «el objetivo de alcanzar un mercado común europeo tenía presente, desde el propio Tratado de Roma, en su artículo 3f) que la competencia no podía ser falseada. Este principio se concretó en los artículos 85 y 86 (en la actualidad 81 y 82) del propio Tratado que prohíben determinadas conductas de los agentes económicos así como la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». A continuación subrayaban que «la aplicación de la normativa comunitaria se materializa de forma concurrente entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia».

¹⁶ Este fallo suscitó un amplio debate en la doctrina en torno a los argumentos de las partes recurrentes y sobre la interpretación que el Alto Tribunal llevó a cabo.

¹⁷ En el fundamento jurídico séptimo el TC admite lo siguiente: «la Ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre la legislación en defensa de la competencia y en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de las prácticas restrictivas de la competencia que teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios». Acto seguido señala que «su incompatibilidad, en cambio, habrá de declararse en la medida en que atribuya al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva, invadiendo de este modo, las competencias de tal índole que, a tenor de cuanto se ha dicho, han de reconocerse a las Comunidades Autónomas recurrentes».

- la definición del contenido material de las normas de competencia es una competencia estatal;
- la competencia para la aplicación de la LDC corresponde a las CCAA que hallan asumido estatutariamente competencias ejecutivas en materia de comercio interior; y
- la Administración General del Estado podrá intervenir en la aplicación de la LDC cuando la conducta objeto del expediente administrativo afecte al mercado supraautonómico¹⁸.

No obstante, las medidas que debían ser adoptadas para posibilitar la atribución de competencias a las CCAA requerían cierto tiempo, por ello la STC defirió la nulidad de la cláusula declarada anticonstitucional hasta el momento en que el legislador estableciera por ley estatal un marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y de las CCAA previstas en la Ley 16/1989 y su desarrollo reglamentario con el establecimiento de los puntos de conexión pertinentes¹⁹.

En el momento de la publicación de la sentencia, se hallaba en trámite de discusión en sede parlamentaria una importante reforma de la LDC, sin embargo, para no precipitarse en la toma de una decisión de tan hondo calado, el Gobierno y su mayoría parlamentaria decidieron ampliar el plazo de reflexión sobre lo ordenado por el TC. En efecto, se estaba tramitando la Ley 52/1999 que contenía aspectos muy relevantes para mejorar e impulsar la defensa de la competencia, y se continuó adelante con la misma sin tomar en consideración el mandato judicial²⁰.

Así, la Ley 52/1999 fue adoptada sin establecer los puntos de conexión necesarios para permitir a las CCAA crear los órganos competentes y aplicar

¹⁸ Véase artículo de Lluís Cases Pallarés en - VV.AA., *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Curso de iniciación, Volumen V, dirigido por Luis Ortiz Blanco y Rosa Guirado Galiana, Madrid, 2004.

¹⁹ En opinión de Guillén Caramés se trata del punto más polémico de la sentencia ya que al diferir la nulidad de la cláusula el TC se inclina por una de las modalidades de fallos que más debate ha despertado no sólo en nuestro ordenamiento sino también en los de nuestro entorno. Sin embargo la adopción de esta decisión se justificaba de forma diáfana ya que la inmediata expulsión del ordenamiento de los preceptos contrarios al orden constitucional de competencias produciría un vacío no conforme con la Constitución, ya que el TDC perdería sus atribuciones frente a las prácticas restrictivas que sólo afectan al ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.

²⁰ Algunos autores de la doctrina criticaron esta circunstancia. J. Tornos (*Vid. J. TORNOS MAS*, Comentario a la STC 208/1999) escribió que la Ley 52/1999 «reincide en su contenido en una inconstitucionalidad ya declarada. La técnica de constitucionalidad con efectos diferidos permite que siga produciendo efectos la norma inconstitucional hasta tanto se derogue por Ley conforme a la Constitución, pero difícilmente puede amparar la inconstitucionalidad de una Ley dictada con posterioridad a la Sentencia del TC durante el periodo en que se da cumplimiento al fallo».

la LDC a aquellas conductas cuyos efectos se desplegasen en sus respectivos territorios. Tan sólo en el último instante, se incluyó la doctrina del TC en una disposición final que estableció un plazo —el 1 de octubre de 2000— para que el Gobierno presentase un nuevo proyecto de ley sobre los criterios de conexión determinantes en la atribución de competencias al Estado y a las CCAA.

Finalmente, en junio de 2001, fuera del plazo legalmente establecido, se presentó el proyecto de ley sobre coordinación de competencias en materia de defensa de la competencia. Tras el debate parlamentario, el 21 de febrero de 2002, las Cortes aprobaron la Ley 1/2002 de Coordinación de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Defensa de la Competencia, dando cumplimiento el mandato del Tribunal Constitucional.

2.2.3. LA LEY 1/2002 DE COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA

La STC 208/1999 reconoció a las CCAA competencias ejecutivas limitadas en la aplicación de la LDC. En particular, las competencias se limitaban a la aplicación del artículo 1 (acuerdos prohibidos), el artículo 6 (abusos de posición dominante) y artículo 7 (prácticas desleales), en relación a las prácticas cuyos efectos se limitaran al ámbito territorial de una determinada CA. El Estado mantenía sus competencias ejecutivas en estas materias cuando los efectos de las prácticas superasen el ámbito autonómico o afectasen al ámbito estatal. Por otra parte se le asignaba la competencia exclusiva para legislar en materia de defensa de la competencia, para aplicar en España la normativa relativa al control de concentraciones, controlar ayudas públicas y aplicar los artículos 81 y 82 del TCE.

El mayor desafío que se planteó para el legislador fue marcar la línea divisoria que delimitase el ámbito competencial estatal y el autonómico. La tarea era compleja debido, por un lado, a la propia complicación que conlleva la aplicación de esta normativa y, por otro, a la indefinición de los límites establecidos por el TC para acotar las respectivas competencias. Por otra parte, el proceso que se iniciaba en España no podía obviar el movimiento descentralizador que se estaba gestando en Europa y que desembocaría poco después en la adopción del Reglamento 1/2003. Desde el punto de vista del derecho comparado, Alemania ofrecía un modelo descentralizado implantado en 1958, que podía servir de inspiración al legislador español para diseñar su propio sistema²¹.

²¹ La Ley de Defensa de la Competencia alemana (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB-) entró en vigor el 1 de enero de 1958. La última modificación introducida en la GWB intervino el 30 de junio de 2005, como consecuencia de la reforma del sistema de defensa de la competencia que tuvo lugar en la UE a través del Reglamento 1/2003.

La norma de coordinación debía abordar cuatro temas esenciales:

- precisar las materias cuya aplicación quedaba descentralizada;
- definir el criterio o criterios (puntos de conexión) para la asignación de las competencias ejecutivas;
- establecer un método para la resolución de los conflictos que pudieran acontecer entre las distintas autoridades en el reparto de asuntos; y
- crear mecanismos de colaboración entre la autoridad estatal y las autoridades autonómicas para favorecer una aplicación coherente y uniforme de la LDC.

La Ley 1/2002 fue adoptada sin mayores incidencias en el trámite parlamentario, si bien se dejaron patentes algunas críticas al texto por resultar excesivamente conservador y protector de los intereses del Estado²².

La adopción de la Ley 1/2002 ha permitido a las Comunidades Autónomas crear sus propios órganos para la defensa de la competencia, sin embargo, es una ley imprecisa e incompleta, tanto en la regulación de los criterios de asignación de asuntos, como en los mecanismos que establece para fomentar un clima de colaboración entre las distintas autoridades. Todo ello unido a la complejidad que conlleva la aplicación de la normativa de defensa de la competencia hace que esta ley no constituya el instrumento más adecuado para garantizar una estructura interinstitucional eficiente²³.

En lo que respecta a las autoridades autonómicas creadas hasta el momento, éstas se estructuran conforme al principio de autoorganización consagrado por la Constitución. Las primeras autoridades de ámbito autonómico se adecuaron al modelo de doble órgano (órgano de instrucción y órgano de resolución) previsto en la Ley 16/1989²⁴. No obstante, la nueva Ley 15/2007 ha roto con el sistema de doble órgano creando una única institución, la Comisión Nacional de Competencia (CNC) que en adelante

²² Así, en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley fue objeto de tres enmiendas a la totalidad (de Izquierda Unida, Grupo mixto y Grupo Parlamentario Vasco) y en el Senado también se interpusieron otros tantos vetos (Grupo mixto, Senadores Nacionalistas Vascos y Bloque Nacionalista Gallego). *BOCG*. Congreso de Diputados, serie A, núm. 40, de 8 de noviembre de 2001.

²³ Su verdadero mérito se encuentra en el hecho de haber permitido a las CCAA crear autoridades propias para promover la defensa de la competencia en sus territorios y, consecuentemente, de haber desencadenado el proceso de descentralización en el que nos encontramos inmersos.

²⁴ Se trata de un modelo poco práctico pero muy enraizado en nuestro sistema jurídico sancionador. Este modelo es excepcional en el ámbito de la defensa de la competencia, ya que en la Unión Europea tan sólo Francia y Bélgica continúan separando orgánicamente la instrucción y la resolución, si bien ambos Estados miembros están estudiando la posibilidad de incorporarse al sistema de órgano único que prevalece en la mayor parte de los Estados, también a nivel mundial.

será quien lleve a cabo tanto la función de instruir expedientes (a través de la Dirección de Investigación) como la de resolverlos (a través del Consejo). Los efectos de este cambio institucional no se han hecho esperar en el ámbito autonómico, puesto que las autoridades de nueva creación ya se han adaptado al modelo de órgano único y las demás están estudiando la conveniencia de reestructurar su modelo institucional para adecuarlo al nuevo modelo ²⁵.

2.2.4. LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA LEY 15/2007

La reciente reforma aprobada por las Cortes Generales y materializada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia no ha abordado la parte relativa a la descentralización del sistema de aplicación y a la coordinación entre el Estado y las CCAA. El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia justificaba esta omisión invocando el incipiente momento del proceso y la inexistencia de problemas en la práctica, en cuanto a la asignación de casos o la coherencia de las decisiones adoptadas.

²⁵ Actualmente se encuentran en funcionamiento las autoridades autonómicas de la competencia siguientes:

Con estructura de doble órgano:

Cataluña (2003): Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalidad de Cataluña. (*DOGC* n.º 3711, de 2/9/2002).

Galicia (2004): Decreto 20/2005, de 3 de febrero, de desarrollo de la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG* n.º 32, de 16/2/2005).

Euskadi (2006): Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi (*BOPV* n.º 84/2005).

Castilla y León (2006): Decreto 36/2006, de 25 de mayo, por el que se atribuye la competencia en materia de defensa de la competencia y se crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Comunidad de Castilla y León. (*BOCYL* n.º 104, de 31/5/2006).

Aragón (2006): Decreto 115/2006, de 9 de mayo, del Gobierno de Aragón por el que se nombra a los miembros del Tribunal de Defensa de la competencia en Aragón. (*BOA* n.º 55, de 17/05/2006).

Extremadura (2006): Ley 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura (*DOE* n.º 78, de 7/7/2005).

Con estructura de órgano único:

Madrid CA (2005): Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. Modificada por el art.14 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas.

Andalucía (2008): Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (*BOJA* n.º 131, de 4/7/2007).

Durante el periodo de elaboración de la nueva LDC, que ha durado más de dos años desde la publicación del mencionado Libro Blanco, algunas autoridades autonómicas presentaron observaciones al anteproyecto, solicitando la modificación de la regulación prevista en la Ley 1/2002 y su incorporación en el texto de la nueva LDC²⁶. Así mismo, en sede parlamentaria, los grupos nacionalistas solicitaron la inclusión de las normas de coordinación de competencias dentro del nuevo texto legal, sin embargo, el Gobierno decidió no modificar la regulación prevista en la Ley 1/2002 en el nuevo texto legal, aplazando su posible revisión a un momento ulterior e indeterminado.

Esta omisión realizada conscientemente por el ejecutivo otorga un carácter fragmentario a la nueva Ley. El sistema español de defensa de la competencia es un sistema parcialmente descentralizado y como tal debe aparecer reflejado en el texto legal que lo regula. Más aun, cuando el nuevo texto legal introduce una importante reforma del sistema que ha sido el resultado de un largo proceso de reflexión, en el que han intervenido autoridades, instituciones, profesionales y operadores económicos. No hay duda de que por razones sistemáticas y en aras a la claridad y a la seguridad jurídica, las disposiciones que regulan las relaciones entre la autoridad estatal y las autonómicas deberían haber sido incluidas en la nueva LDC²⁷.

En el plano sustantivo, la nueva LDC introduce nuevas competencias de interés para las autoridades autonómicas que serán objeto de comentario en posteriores apartados. Estas nuevas atribuciones no previstas en los textos previos a la Ley 15/2007 (libro Blanco, anteproyecto de ley y proyecto de ley), fueron negociadas e introducidas en el trámite parlamentario, ampliando sustancialmente el ámbito material de actuación de las autoridades autonómicas²⁸.

En particular, cabe resaltar por su relevancia las nuevas competencias atribuidas tanto a la CNC en el conjunto del territorio estatal, como a las autoridades autonómicas en sus territorios respectivos, para la promoción de la competencia en el sector público.

²⁶ El documento de base que se puso en circulación desde el Ministerio de Economía y Hacienda fue el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (01/2005), posteriormente se hizo público el anteproyecto de ley (03/2006) y finalmente el proyecto de ley (11/2006) que fue tramitado y objeto de debate en las Cortes Generales, siendo aprobado en junio de 2007 y publicado el mes siguiente.

²⁷ Así lo señala, con buen criterio, el Profesor Lluís Franco, en su artículo «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los órganos autonómicos». *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* n.º 248, pág. 97.

²⁸ Estas modificaciones se incluyeron a instancia del Grupo vasco (PNV) y del Grupo catalán (CIU) que consiguieron introducir varias enmiendas al texto del proyecto de ley con el objetivo de avanzar en el proceso de descentralización de forma coherente y de favorecer una mejor asignación y aprovechamiento de los medios disponibles (tanto en el Estado como en las CCAA) para llevar a cabo una defensa de la competencia más eficiente.

El artículo 11.5 LDC otorga a las autoridades autonómicas competencias para realizar informes y emitir propuestas a las administraciones autonómicas o locales sobre los criterios de concesión de las ayudas públicas. Por su parte, el artículo 13.2 legitima a las autoridades de las CCAA para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas Autonómicas o Locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Estas nuevas facultades permiten a las autoridades de la competencia intervenir de forma directa ante cualquier organismo del sector público que mediante sus actuaciones obstaculice el juego de la libre competencia. La función de promoción de la competencia compete tanto al órgano estatal como a los autonómicos y ha sido ejercida también bajo el imperio de la Ley 16/1989, sin embargo, con esta nueva ley se le otorga un impulso importante, ya que estando facultadas para impugnar ante las jurisdicciones actos y normas inferiores a rango legal, los informes o las recomendaciones que dirijan a las Administraciones Públicas deberán ser tomadas en consideración por estas en sus actuaciones²⁹.

3. Reglas para la asignación de competencias ejecutivas y la resolución de conflictos

En los sistemas de aplicación parcialmente descentralizada del derecho de la competencia es esencial fijar las materias cuya aplicación se descentraliza y, así mismo, es necesario definir con la máxima claridad el criterio o criterios que serán de aplicación para asignar la competencia ejecutiva al órgano competente. Finalmente, es preciso dotar al sistema de instrumentos que promuevan la colaboración y el intercambio de información entre las autoridades que lo conforman, a fin de evitar que la política de defensa de la competencia se convierta en objeto de decisiones anárquicas.

En el ámbito de la Unión Europea tan sólo el Estado alemán ha dispuesto de un sistema descentralizado de aplicación del Derecho de la Competencia, que ha permitido a los Gobiernos de los Lander alemanes intervenir en los mercados en contra de las prácticas restrictivas de la competencia con efectos perniciosos en sus respectivos territorios.

En la UE, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 ha supuesto la abolición del sistema de notificación y exención individual y su sustitución por

²⁹ En adelante, las autoridades de competencia podrán actuar en ámbitos como la contratación pública, la regulación autonómica, foral y municipal o la concesión de ayudas públicas, cuando se constate la existencia de obstáculos en la competencia.

un sistema de exención legal que convierte la norma prevista en el artículo 81.3 TCE en directamente aplicable. Como consecuencia de todo ello los artículos 81 y 82 serán aplicados en su totalidad tanto por la Comisión como por las ANC.

En el sistema español se está desarrollando un modelo de aplicación descentralizada inspirado en el modelo alemán para fijar los puntos de conexión en la asignación de casos. Sin embargo, la imprecisión e indeterminación de algunos conceptos incluidos en la Ley 1/2002, relevantes para la asignación de asuntos, hacen más compleja su aplicación.

Los criterios que se aplican en ambos sistemas, español y europeo, para la atribución de casos divergen sustancialmente. El modelo español establece un sistema de competencias exclusivas, en el que los efectos de las conductas constituyen la referencia básica para la atribución de competencias. Por el contrario, el sistema diseñado por el Reglamento 1/2003 establece un modelo de competencias concurrentes en el que, además de los efectos, hay otros factores de relevancia (ubicación de las empresas, lugar de realización del acuerdo, lugar de ejecución del acuerdo, etc.) que deben ser analizados para determinar cuál es la autoridad mejor situada para conocer en cada supuesto.

En este punto analizaremos ambas regulaciones para discernir sus principales características, ventajas e inconvenientes y su eficacia para la buena administración de la defensa de la competencia.

3.1. *Los criterios de asignación de competencias ejecutivas en el sistema comunitario*

El Reglamento 1/2003 fue complementado por la adopción de varios documentos que conformaron el llamado «paquete de modernización»³⁰. En el ámbito de la cooperación entre la Comisión y las ANC destaca la ya citada Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (REC).

Uno de los objetivos clave del Reglamento 1/2003 y del paquete de modernización era lograr una mayor implicación de las autoridades nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Con objeto de garantizar la aplicación coherente de los artículos 81 y 82 en un sistema de competencias concurrentes, se crearon mecanismos de cooperación entre las distintas autoridades actuantes. Los artículos 11 y 12 del Reglamento 1/2003 y la Comunicación sobre la REC constituyen los principales pilares que sostienen el funcionamiento del modelo comunitario.

³⁰ Véanse referencias en nota 9.

Así, resulta esencial la obligación de información en virtud de la cual cada miembro de la REC informará a la Comisión y a los demás miembros de aquellos procedimientos que tenga previsto incoar (bien de oficio, bien como consecuencia de una denuncia) antes de realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de éstas³¹.

El Reglamento no establece normas que regulen con carácter imperativo el reparto de asuntos entre la Comisión y las ANC, sino que opta por que éste se decida de forma consensuada y flexible en el seno de la REC³². La Comunicación establece los criterios de orientación para el reparto de asuntos, basados en dos principios generales: la necesidad de que la autoridad que tramite un asunto se encuentre bien situada para conocerlo y la voluntad de que los asuntos se tramiten por una única autoridad.

3.1.1. CONCEPTO DE AUTORIDAD BIEN SITUADA

La condición de autoridad bien situada constituye el criterio básico para que una ANC pueda incoar un procedimiento contra un acuerdo o práctica, en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE y ello depende del cumplimiento de estos tres requisitos:

- que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales sobre la competencia en su territorio, se ejecute o proceda del mismo;
- que la autoridad nacional tenga capacidad para poner fin a la infracción y sancionarla adecuadamente, y
- que la autoridad nacional tenga capacidad (por sí misma o con la ayuda de otras autoridades), para reunir pruebas suficientes de la infracción.

En la práctica, una autoridad nacional estará bien situada cuando exista un vínculo material relevante entre el lugar en que se produjo la infracción y el territorio del Estado miembro al que pertenezca dicha autoridad.

En ocasiones puede acontecer que la condición de autoridad bien situada sea dudosa. Si el acuerdo o práctica produce efectos en varios Estados miembros nos encontraremos en una zona gris, donde pueden existir varias autoridades bien situadas para incoar un procedimiento. Para estos casos, la Comunicación prevé que su tramitación individual o concurrente por las ANC dependerá de que la actuación de una sola sea suficiente o no para poner fin a la totalidad de la infracción.

³¹ Artículo 11.3 del Reglamento CE 1/2003.

³² En la práctica, el procedimiento de información se instrumenta a través de un formulario normalizado que la ANC remite a la Comisión y que ésta pone a disposición de los demás miembros de la REC a través de la *intranet* creada al efecto.

Por su parte, la Comisión estará particularmente bien situada en tres supuestos:

- cuando un acuerdo o práctica, o redes de éstos, tengan efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros;
- cuando el asunto esté estrechamente ligado a disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a la competencia exclusiva de la Comisión o su tramitación por ésta redunde en una mayor eficacia, y
- cuando el interés comunitario lo requiera, a fin de desarrollar la política de competencia a raíz de un problema nuevo o velar por su observancia efectiva.

La Comisión se centrará en el conocimiento de aquellos acuerdos o prácticas con efectos en más de tres Estados miembros. No obstante, se trata de un parámetro orientativo y no excluyente, en la medida en que los criterios expuestos no son cumulativos. Su carácter genérico permite además que la Comisión pueda considerarse bien situada para instruir asuntos en un amplio número de supuestos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 11.6 del Reglamento 1/2003 habilita a la Comisión para incoar un procedimiento de aplicación de los artículos. 81 u 82 del Tratado CE en cualquier momento del procedimiento, privando con ello de competencia a la autoridad o autoridades nacionales que, en su caso, estuviesen tramitando un asunto e impidiendo a otras ANC iniciar un procedimiento respecto a un asunto idéntico (pese a que puedan ser autoridades bien situadas).

3.1.2. CRITERIOS PARA LA ASIGNACIÓN DE ASUNTOS EN CASO DE CONFLICTO

En el modelo comunitario, no se puede hablar de conflicto de competencias, en sentido estricto, cuando nos referimos al reparto de asuntos entre autoridades, ya que la autoridad nacional que inicia un procedimiento no está obligada a archivarlo por el mero hecho de que el mismo asunto esté siendo tramitado por otra, salvo en el caso de que sea la Comisión quien inicie un procedimiento por la misma causa³³.

El criterio general, aun existiendo varias autoridades potencialmente bien situadas para conocer, es que sea sólo una la responsable de la tramitación y decisión de cada asunto. No obstante, se trata de una regla no vinculante, por lo que su eficacia práctica queda en buena medida a merced de la voluntad negociadora de las ANC.

³³ Haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 11.6 del Reglamento 1/2003.

En el supuesto de que otras ANC hayan incoado o tengan interés en incoar un procedimiento en relación con el mismo asunto, se prevé la negociación en el seno de la REC a fin de que continúe siendo tramitado por una única autoridad, que será preferentemente aquella que ha recibido la denuncia o incoado el procedimiento en primer lugar, si se encuentra bien situada para conocer.

No obstante, cabe la posibilidad de reasignar el asunto a una ANC diferente en aquellos supuestos en que se estime que el acuerdo o práctica presenta una vinculación material más estrecha con otro Estado miembro. Las demás autoridades serán libres para decidir si desean continuar la tramitación del asunto o si consideran oportuno trasladarlo a otra autoridad. En la práctica, las situaciones en las que los asuntos cambian de mano son escasas en relación con el número total de asuntos tramitados por los miembros de la REC³⁴.

El Reglamento 1/2003 establece que la instrucción de un procedimiento o la existencia de una decisión adoptada por una ANC constituye un motivo suficiente para permitir (si bien no para obligar) a las demás autoridades el archivo de un procedimiento en relación con un asunto idéntico o similar, de forma total o parcial. Del mismo modo, tanto las ANC como la propia Comisión podrán desestimar una denuncia por este motivo. El objetivo es facilitar la tramitación de cada asunto por una única ANC, otorgando a las demás una base jurídica que les permita suspender o archivar sus respectivos procedimientos³⁵. La ANC que suspende o archiva el procedimiento puede, si lo estima oportuno, transferir a aquélla que continúe instruyendo el asunto la información de la que disponga.

Finalmente, la Comunicación de la REC establece excepciones a la regla del conocimiento por una sola ANC, al considerar que la acción concurrente de varias autoridades puede resultar adecuada para los acuerdos o prácticas que produzcan efectos en varios Estados miembros, si la acción de una sola ANC no fuese suficiente para poner fin a la infracción. En estos supuestos, la Comunicación prevé que pueda designarse a una autoridad como coordinadora para organizar las tareas de inspección y obtención de información.

3.1.3. PRAXIS DEL REPARTO DE ASUNTOS EN LA REC

Las experiencias de trabajo compartido dentro de la REC han confirmado que el planteamiento flexible y pragmático introducido por el Regla-

³⁴ *Vid.* Informes anuales de la competencia 2004,2005 y 2006 en la página web de la Comisión Europea.

³⁵ Art. 13 del Reglamento 1/2003 y apartados 20 a 25 de la Comunicación.

mento 1/2003 y la Comunicación sobre la cooperación en la Red funciona muy bien en la práctica, a pesar de las críticas recibidas por un sector de la doctrina³⁶.

Durante los primeros meses de funcionamiento, con objeto de asignar los asuntos de manera eficiente, las autoridades miembros de la REC se comunicaron mutuamente todos los asuntos que implicaban la aplicación de los artículos 81 y 82, antes o justo después de adoptar la primera medida de investigación formal.

Así, en 2004 (después del 1 de mayo) se comunicaron a la Red un total de 298 asuntos, 99 comunicados por la Comisión y 199 por las ANC. La reasignación de asuntos notificados a la Red fue muy escasa (menos del 1 % de los asuntos), pues normalmente los asuntos suelen permanecer en la autoridad que empezó a investigarlos. Por otra parte, la Comisión fue informada de 33 asuntos de competencia en los que una ANC tenía la intención de adoptar decisiones con arreglo al artículo 81 o al artículo 82. De ellos, 18 se referían al artículo 81, 13 al artículo 82 y dos a ambos artículos. En algunos de estos asuntos la Dirección General de Competencia hizo observaciones a la ANC³⁷.

El 2005 fue el primer año completo de aplicación del nuevo sistema creado por el Reglamento (CE) n.º 1/2003, y durante el mismo se intensificó la cooperación entre las ANC y la Comisión. Los mecanismos que establece el Reglamento para garantizar la aplicación efectiva de la legislación funcionaron sin problemas a lo largo del año³⁸.

En el año 2006, segundo año completo de aplicación del sistema creado por el Reglamento 1/2003 y el de consolidación de la cooperación entre los miembros de la REC, la Comisión fue informada de unas 150 nuevas investigaciones de asuntos abiertas por las ANC. Un pequeño número de denuncias fueron reasignadas por la Comisión a las autoridades nacionales que mostraron su disposición a ocuparse de los asuntos planteados, mientras que en un número limitado de casos dichas autoridades comunicaron a la Comisión

³⁶ Una de las principales críticas de la doctrina al funcionamiento de la REC radica en que deja desprotegidos a los particulares, que carecen de toda posibilidad de participación en el sistema de reparto de asuntos. Esta regulación resulta insuficiente, en la medida en que la reasignación puede incidir decisivamente en el resultado del procedimiento (ya que cada ANC tramitará el procedimiento e impondrá sanciones o compromisos de conformidad con sus normas procesales nacionales y criterios de valoración e interpretación del Derecho).

³⁷ Vid. Artículo de JAIME FOLGUERA «El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de la competencia», en *La modernización del Derecho de la Competencia*. Fundación Rafael del Pino. 2005.

³⁷ *Informe anual sobre la Política de Competencia*, 2004. Comisión Europea.

³⁸ La Comisión recibió información en virtud del artículo 11, apartado 4, de decisiones previstas en casi 80 asuntos, procedentes de 18 ANC distintas. Estos asuntos se referían a gran variedad de infracciones en diversos sectores de la economía.

asuntos de su competencia que consideraban podrían tener repercusiones en varios Estados miembros³⁹.

3.2. *Los criterios para la asignación competencias ejecutivas y la resolución de conflictos en el sistema español*

La Sentencia del TC 208/1999 implica, de forma muy resumida, establecer un esquema en la materia defensa de la competencia que se articula en base a tres elementos estructurales:

- la función normativa del Derecho de la competencia corresponde al Estado;
- las Comunidades Autónomas que han asumido competencia en la materia son competentes para la ejecución de la indicada norma material dictada por el Estado; y,
- el Estado debe participar también en esta aplicación, en los términos que se citan en la Sentencia⁴⁰.

La interpretación del TC supone que, en principio, la función ejecutiva de la materia «defensa de la competencia» corresponde a las Comunidades Autónomas. Éstas serían primariamente las competentes para la aplicación de las normas de la LDC, como consecuencia de concebirlas esencialmente como parte de la regulación del comercio interior. Esta primera afirmación del TC ha de ser relevante a efectos de interpretar posteriormente las previsiones del artículo 1 de la Ley 1/2002. No obstante, la competencia de las Comunidades Autónomas no alcanza a cubrir todos los supuestos de ejecución de la LDC que puedan plantearse⁴¹ y es necesario atender a los puntos de conexión.

3.2.1. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN DE LA LEY 1/2002

El Estado mantiene la competencia legislativa en exclusiva, en virtud del artículo 149.1.13.º de la Constitución, por ello, el TC encomendó al legislador estatal el establecimiento de los criterios o puntos de conexión para el reparto de asuntos.

El criterio elegido por el legislador estatal para proceder a la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA fue el de los efectos de

³⁹ Informes anuales sobre la Política de Competencia (2004, 2005 y 2006). Comisión Europea.

⁴⁰ Fundamento jurídico 6.º de la STC 208/1999.

⁴¹ TORNOS señala que los propios recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad que origina la Sentencia 208/1999 limitan su propia capacidad de acción.

las conductas, a pesar de que la Sentencia 208/1999 contiene varias imprecisiones sobre el objeto de la competencia autonómica que pueden llevar a confusión⁴².

El artículo 1 de la Ley 1/2002, que regula los puntos de conexión, obliga a determinar dos bloques de análisis: las materias atribuidas al Estado con carácter exclusivo y las materias que son objeto de reparto en aplicación de la teoría de los efectos con la inclusión de conceptos indeterminados cuyo objeto es permitir la extensión de la competencia estatal.

3.2.1.1. Materias asignadas al Estado en exclusiva

El artículo 1.5 de la Ley 1/2002 reserva al Estado determinadas materias en exclusiva. En concreto, el control de las concentraciones económicas; la intervención en materia de ayudas públicas; la competencia para dictar reglamentos de exención por categorías; la representación internacional del Estado en general y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD; y la aplicación en España de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

De este listado, las competencias previstas en las letras b) y c) no plantean problemas de interpretación⁴³. En lo que respecta, a la adopción de reglamentos de exención por categorías de acuerdos, se trata de una competencia de carácter normativo cuya potestad en esta materia corresponde al Estado. En lo concerniente a la representación internacional del Estado de defensa de la competencia, es una potestad que se incardina en materia de relaciones exteriores, competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.3.º CE)⁴⁴.

Por el contrario, resulta más discutible la atribución al Estado en exclusiva de las otras tres materias: las ayudas públicas, el control de las concentraciones y la aplicación del derecho comunitario.

⁴² Tal y como manifiesta el Profesor X. ARZOZ, la sentencia confunde el contenido de la competencia autonómica con su objeto, cuando señala que «la competencia está limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio. Véase Fundamento Jurídico n.º 7 de la STC 208/1999.

⁴³ Art. 1.5 b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a que se refiere el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Art. 1.5 c) La representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos internacionales y, en concreto, ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD.

⁴⁴ En los foros internacionales resulta de gran interés poder compartir conocimiento y experiencia con autoridades de otros Estados u organizaciones internacionales y formar parte de los grupos de trabajo que se organizan en los mismos para optimizar la aplicación de la normativa de forma homogénea.

En materia de control de ayudas públicas, su inclusión dentro del listado resultaba cuestionable. Es difícil de justificar que los órganos autonómicos no puedan emitir informes, de oficio o a petición de parte, sobre regímenes de ayudas, incluso diría con independencia de su origen. No obstante, no hay que olvidar que el único órgano competente para analizar tanto el carácter de las ayudas (ayudas o medidas generales), como su compatibilidad con el derecho de la competencia es la Comisión europea, quien puede ordenar incluso su recuperación.

La nueva LDC 15/2007 ha modificado esta visión restrictiva al ampliar las facultades de intervención de la CNC y también de las CCAA en esta materia, otorgándoles la posibilidad de realizar informes y hacer propuestas a las Administraciones que concedan ayudas. Por otra parte, la CNC deberá elaborar un informe anual sobre las ayudas públicas⁴⁵.

En cuanto al control de concentraciones de empresas, constituye otra vertiente del derecho de la competencia cuya aplicación debiera haber tenido el mismo tratamiento que se ha dado a las normas antitrust, a pesar de que en su día no fuese reclamado por los recurrentes al no impugnar los preceptos que lo regulaban. Es cierto que la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que se trata de un aspecto de la defensa de la competencia que cae dentro de la órbita del mercado estatal, sin embargo, no se puede obviar que algunas operaciones de concentración tienen una incidencia muy relevante (a veces exclusiva) en el ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma. En consecuencia, hubiera sido conveniente prever mecanismos de colaboración (o de delegación) con los órganos autonómicos de la competencia en el análisis de operaciones de concentración de ámbito autonómico.

La nueva LDC ha tratado de enmendar esta situación, concediendo a las autoridades autonómicas la potestad de emitir en la segunda fase del procedimiento, un dictamen preceptivo y no vinculante para aquellas operaciones de concentración que tengan una especial incidencia en sus respectivos ámbitos territoriales⁴⁶.

⁴⁵ Ver artículo 11.2 y.5 de la Ley 15/2007.

⁴⁶ El artículo 58.1, relativo a la *Instrucción y resolución de las operaciones de concentración en la segunda fase*, prevé lo siguiente:

«Una vez iniciada la segunda fase del procedimiento, la Dirección de Investigación elaborará una nota sucinta sobre la concentración que, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, será hecha pública y puesta en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas y del Consejo de Consumidores y Usuarios, para que presenten sus alegaciones en el plazo de 10 días. En el supuesto de que la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, la Dirección de Investigación solicitará informe preceptivo, no vinculante, a la Comunidad Autónoma afectada, a la que remitirá junto con la nota sucinta, copia de la notificación presentada, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, para emitir el informe en el plazo de veinte días.

Finalmente, en la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, la atribución al Estado de la competencia ejecutiva resulta más polémica, ya que como es bien sabido la ejecución de las normas comunitarias en el Estado no implica una alteración del orden de distribución competencial. En consecuencia, la aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia debería ser resuelta conforme a las reglas internas de reparto de competencia. Ciertamente, la Constitución no se pronuncia expresamente respecto a esta cuestión, por lo que es necesario atender al reparto competencial establecido por la STC 208/1999.

Partiendo de este pronunciamiento, las competencias ejecutivas en el ámbito de la defensa de la competencia corresponden a las CCAA, si bien en aquellos supuestos en que las conductas restrictivas afecten al ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional corresponderá al Estado la competencia ejecutiva. Sin embargo, en materia de aplicación del derecho comunitario no se ha respetado este reparto competencial aludiendo a la necesidad de garantizar una aplicación uniforme de este derecho en el conjunto del Estado, o como señala algún autor de la doctrina, para «evitar una quebra de la ordenación general de la economía y de la unidad del mercado»⁴⁷. No compartimos esta visión de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, puesto que la aplicación del derecho en un sistema descentralizado debe ser uniforme en todos los casos, ya sea aplicando el derecho estatal o el comunitario. Lo que hay que analizar es si existen mecanismos que garantizan su aplicación uniforme con independencia de que la conducta restrictiva produzca o no efectos en el comercio intracomunitario.

A este respecto, como veremos en el apartado correspondiente a los mecanismos de coordinación, creemos que el sistema comunitario de aplicación descentralizada ofrece mayores garantías que los previstos en la Ley 1/2002 en el Estado, para que la aplicación del derecho de la competencia sea coherente y uniforme en el conjunto de los veintisiete Estados miembros.

La República Federal Alemana mantiene un sistema de aplicación descentralizada del derecho de la competencia desde el año 1958 que inicialmente reservaba al órgano federal (Bundeskartellamt) la aplicación en exclusiva del derecho comunitario. No obstante, recientemente, tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, ha modificado su normativa, habilitando a los órganos de los Lander alemanes a aplicar la normativa comunitaria de defensa de la competencia a las conductas restrictivas que caen dentro de su jurisdicción según el reparto competencial interno⁴⁸.

⁴⁷ Vid. JULEN GUILLEN CARAMÉS en «Libre Competencia y Estado autonómico», pág. 178.

⁴⁸ La última modificación de la GWB tuvo lugar el 30 de junio de 2005. En ella se adaptó el Derecho alemán a las modificaciones establecidas por el Reglamento 1/2003 y se introdujo una nueva disposición (artículo 50.1 de la GWB) que autoriza a las autoridades de los landers a aplicar el derecho comunitario.

En el sistema español, la nueva LDC no ha recogido esta posibilidad y sigue reservando al Estado, en exclusiva, la aplicación del derecho comunitario, a pesar de las alegaciones realizadas en dicho sentido por las autoridades autonómicas de la competencia y de las enmiendas presentadas por algunos grupos políticos durante el trámite parlamentario⁴⁹.

Cabe significar, no obstante, que el nuevo texto legal ha incluido una modificación del artículo 5.4 de la Ley 1/2002 a través de la cual se incluye la obligación de solicitar informe preceptivo y no vinculante al órgano autonómico competente, en aquellos supuestos en los que sea de aplicación la normativa comunitaria (artículos 81 y 82 TCE) a conductas que tengan una incidencia significativa en su territorio⁵⁰.

3.2.1.2. Puntos de conexión para la asignación de expedientes

Las disposiciones previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002 sirven para delimitar las competencias que detenta el Estado con respecto a las CCAA, en la ejecución de la LDC a conductas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 1,6 y 7 (acuerdos, abusos de posición dominante y actos de competencia desleal) de la Ley 16/1989⁵¹.

Para proceder a la delimitación competencial el legislador estatal recurre a dos principios: la territorialidad de los efectos y la unidad del mercado.

a) *Territorialidad de los efectos*

El legislador introduce un criterio rígido de la territorialidad de los efectos para la atribución de competencias, que vacía de contenido cualquier otro criterio de conexión basado en otros datos o aspectos relevantes para la instrucción de un determinado asunto. Hubiera sido más pertinente, a efectos de ejecutar el mandato del TC, establecer puntos de conexión flexibles y adaptables a las circunstancias particulares de cada asunto, incluyendo la posibilidad de elegir entre varias CCAA a la hora de asignar la competencia para la aplicación de la normativa en relación con un supuesto de hecho in-terautonómico.

Los apartados 1 y 3 reconocen al Estado y a las Comunidades Autónomas respectivamente la competencia para conocer de las indicadas ma-

⁴⁹ Véase a este respecto, LI. FRANCO I SALA: «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los Órganos Autonómicos». *Gaceta Jurídica*, 2007, n.º 248, p. 96.

⁵⁰ Disposición Adicional 10.ª.3 de la Ley 15/2007. Esta modificación no estaba prevista en el proyecto de ley y fue introducida en última instancia durante el trámite parlamentario a instancia del Grupo Nacionalista Vasco y de CIU.

⁵¹ Estas disposiciones se corresponden con las previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la actual Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia.

terias en aplicación del citado criterio de la territorialidad de los efectos⁵².

En general, el criterio de territorialidad objetiva exige que los efectos sean relevantes para la asignación de un asunto y es el habitualmente empleado por las normas de competencia en otros ordenamientos jurídicos⁵³. Sin embargo, la Ley 1/2002 no especifica cuál debe ser el grado de afectación de la conducta. Cabría deducir que toda conducta que tuviese efecto más allá de una Comunidad Autónoma, por reducido que éste fuese, debería ser de competencia estatal pero, a nuestro entender, la existencia de efectos fuera del territorio de una Comunidad Autónoma no debe implicar «per se» la pérdida automática de competencia. Para que se produzca tal circunstancia el efecto debería ser directo e inmediato⁵⁴.

En cualquier caso, por razón de coherencia se debería prever la atribución de la competencia ejecutiva a la Comunidad Autónoma donde la conducta produzca sus efectos más significativos o donde se localicen las prácticas, salvo en el caso de que afectase al conjunto del Estado, previendo incluso la posibilidad de que el órgano estatal pudiera participar activamente en la instrucción (función coordinadora) junto a la autoridad autonómica⁵⁵.

b) *Unidad del mercado*

En el artículo 1.2 se establece un segundo test o examen al que se puede someter una determinada conducta para designar al órgano competente.

⁵² El apartado 1 indica que será competencia del Estado *cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas*. A su vez, el apartado 3 dispone que la competencia será autonómica *cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma*.

⁵³ Los Estados Unidos fueron los pioneros en utilizar la teoría de los efectos para justificar la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia norteamericano a conductas que a pesar de realizarse fuera de su territorio, desplegaban sus efectos en él (criterio de territorialidad objetiva). Alemania acogió esta doctrina en 1958 para aplicarla en un contexto puramente interno como criterio de asignación competencial entre las autoridades de los Lander y el Bundeskartellamt.

⁵⁴ En el sistema alemán la jurisprudencia del TS exige que los efectos sean directos e inmediatos. Véase a este respecto VANESA AVENTÍN en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, 2004. Ed. Dykinson, pág. 151 y ss.

⁵⁵ Sería muy conveniente que la CNC propusiera a las autoridades autonómicas de la competencia la firma de convenios de colaboración para, entre otras acciones, desarrollar una dinámica de colaboración en la instrucción de ciertos expedientes, haciendo uso de la potestad que le otorga el artículo 4.1 de la Ley 1/2002.

Se trata de una disposición de difícil comprensión por la indeterminación de los términos jurídicos que utiliza y por apoyarse en consideraciones finalistas⁵⁶.

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 indica que la teoría del efecto contenida en los apartados 1 y 3 del art. 1 se complementa con este precepto para garantizar el adecuado ejercicio de las competencias, la seguridad jurídica de los operadores económicos, la uniformidad en la aplicación de las normas y minimizar los conflictos.

Sin necesidad de entrar a valorar el alcance de los conceptos indeterminados utilizados, en la práctica, esta disposición puede constituir un auténtico «comodín» a disposición de la CNC para atribuirse la competencia de asuntos que en virtud del test de territorialidad serían de competencia autonómica. Ello puede provocar conflictos con las CCAA afectadas y ser fuente de inseguridad jurídica.

Para evitar conflictos lo más prudente sería proceder a su derogación. El sistema de atribución de competencias debe basarse en un análisis de la territorialidad de los efectos (directos e inmediatos) y en una sólida colaboración entre autoridades⁵⁷. En cualquier caso, el legislador es consciente de las dificultades que conlleva la aplicación de esta disposición y por ello, en la nueva LDC, ha previsto que el Consejo Nacional de Competencia adopte directrices para aclarar los criterios de aplicación de esta disposición⁵⁸.

⁵⁶ En particular, el apartado 2 dispone lo siguiente:

«En todo caso, se considera que se altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos:

a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.

b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».

⁵⁷ Se trata de una lista de conceptos jurídicos indeterminados, más que presunciones *iuris et de jure*. Desde una perspectiva práctica resulta difícil estimar la operatividad real de estos enunciados, más allá de lo que aporta la teoría general del efecto.

En el sistema alemán el criterio de atribución de competencias se basa sólo en la teoría de los efectos y ha dado lugar a muy pocos conflictos en sus 50 años.

⁵⁸ La Disposición Adicional Décima, Uno, punto 3 d) de la Ley 15/2007 lo prevé de forma expresa.

3.2.2. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Ley 1/2002 ha previsto en sus artículos 2 y 3 un procedimiento específico de resolución de conflictos de competencia que puedan suscitarse entre el órgano estatal y los órganos autonómicos a la hora de ejercitar las competencias ejecutivas de la LDC. Se trata de un aspecto novedoso, no impuesto por la STC 208/1999 y que, sin embargo, ha sido ampliamente desarrollado por la ley de coordinación, si bien, en nuestra opinión, de manera poco afortunada.

El sistema ha sido concebido para solucionar de forma preventiva las discrepancias que puedan surgir entre las distintas autoridades. Los conflictos se pueden suscitarse en cualquier momento del procedimiento (tanto en la fase de instrucción como en la de resolución) entre el órgano estatal y los órganos autonómicos o entre estos últimos entre sí⁵⁹.

3.2.2.1. La fase previa: el intercambio de información entre autoridades

Como hemos mencionado los conflictos de competencia se pueden suscitarse en cualquier momento del procedimiento, sin embargo, la ley prevé un mecanismo para tratar de resolver los posibles conflictos en la fase previa del procedimiento, a fin de que el órgano competente y las partes actúen con certeza y seguridad jurídica durante el trámite procesal.

En el origen, el artículo 2 de la Ley 1/2002 establecía un mecanismo de intercambio de información, recíproco pero asimétrico⁶⁰. Actualmente, resuelta la asimetría, el órgano instructor estatal y los órganos autonómicos deben informarse mutuamente para comprobar *ab initio* si una determinada conducta queda encuadrada dentro de la competencia estatal o autonómica, o si existen dudas acerca de la interpretación del punto de conexión que determinará el ejercicio de la competencia ejecutiva en cada supuesto de hecho.

La notificación constituye un trámite esencial que determina la validez del acto de iniciación del procedimiento, ya que no se va a conocer cuál es la autoridad competente mientras no se active el sistema de notificaciones y a través de este mecanismo se dilucidará, en principio, quién es el órgano

⁵⁹ Ver artículo 2.4.

⁶⁰ En la primera versión, la obligación mutua de informar se regulaba de manera poco coherente ya que el tipo de información a remitir variaba en función del órgano informante. Las autoridades autonómicas debían remitir copia de todas las denuncias, mientras el órgano estatal tan sólo una nota sucinta de las denuncias.

La nueva Ley 15/2007 introduce una modificación que elimina esta asimetría en su Disposición adicional décima, punto Dos.

competente para resolver un expediente siguiendo los trámites y plazos marcados por esta disposición⁶¹.

Ahora bien, hay que advertir que incluso respetando los mecanismos de notificación previa para determinar la competencia ejecutiva de la autoridad estatal o autonómica, el conflicto de competencia se puede suscitar con posterioridad, bien de oficio por la autoridad que conoce el asunto o bien a instancia de otro órgano, si durante el procedimiento se comprueba que los efectos de las conductas objeto de análisis afectan a un ámbito territorial diferente al inicialmente previsto⁶².

3.2.2.2. La Junta Consultiva en materia de conflictos

Junto al sistema de información recíproca, para los casos en que surjan conflictos de competencias que no se resuelvan por la vía prevista inicialmente, la Ley 1/2002 prevé un procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos⁶³.

La Junta Consultiva tiene una composición paritaria, de manera que la mitad de sus miembros deberá ser designada por la Administración General del Estado y la otra mitad por la Comunidad Autónoma concernida. La figura del Presidente de la Junta es esencial para la credibilidad y la eficacia de esta institución, ya que él siempre forma parte de la representación estatal y

⁶¹ Tras la notificación al Servicio, el órgano competente de la Comunidad Autónoma notificante podrá iniciar el procedimiento correspondiente, si en el plazo de quince días el Director del Servicio de Defensa de la Competencia no comunica su opinión en contrario. El artículo 2. 2. estipula que «expresará el órgano, estatal o autonómico, que se considere competente.

Si el notificante es el Servicio estatal, el órgano autonómico considerado competente en la nota sucinta remitida por él podrá iniciar el procedimiento, si en el plazo de quince días, no recibe opinión en contrario de ningún otro órgano que recabe para sí la competencia.

⁶² En el asunto Cajas Vascas y Caja Navarra (617/06), resuelto por la CNC el 18 de octubre de 2007, durante la fase resolutive el TVDC suscitó una cuestión de competencia que no fue acogida favorablemente por el órgano estatal, por considerar que la conducta afectaba a la CAV y a Navarra. Por el contrario, en el asunto Aglomerado Asfáltico (631/07) tramitado por la CNC, también en la fase resolutive, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia solicitó la competencia para resolver el expediente al considerar que los efectos de las conductas enjuiciadas se desplegaban de forma prácticamente exclusiva en el territorio de Gipuzkoa. La CNC analizó la solicitud planteada y resolvió de forma favorable remitiendo por vez primera un expediente instruido a una autoridad autonómica.

⁶³ El artículo 3 de la Ley 1/2002 establece la figura de la Junta Consultiva en materia de conflictos, como *órgano especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.*

en la decisión final, en caso de empate, su voto es dirimente. Es elegido y nombrado por el Ministro de Economía oído el Consejo Nacional de Competencia⁶⁴.

La convocatoria de la Junta Consultiva por cualquiera de las Administraciones en conflicto implica desde la perspectiva procedimental la interrupción automática del procedimiento que se estuviera sustanciando, así como la suspensión del plazo para resolver y para notificar la resolución⁶⁵. El informe de la Junta se deberá emitir en un plazo máximo de 15 días, lo que se presume absolutamente insuficiente para discernir una cuestión tan relevante en expedientes de gran complejidad, o excesivo, si la atribución es urgente para poder adoptar medidas cautelares.

Finalmente, hay que destacar que la Ley 1/2002 ha otorgado el carácter de no vinculante al informe que emite la Junta Consultiva, lo que obviamente resta eficacia y utilidad al sistema de resolución de conflictos y no impide que, en caso de desacuerdo con el informe emitido, la parte que tramita el expediente continúe su tramitación haciendo caso omiso al informe, obligando a la otra parte a acudir a la vía jurisdiccional para obtener la competencia a través de una resolución judicial vinculante⁶⁶.

3.2.3. LA PRAXIS EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN ESTABLECIDOS POR LA LEY 1/2002

La aplicación de las normas contenidas en la Ley 1/2002 para la atribución de competencias ejecutivas en la resolución de expedientes sancionadores no es muy significativa, debido a la incipiente creación de órganos autonómicos de la competencia. Sin embargo, podemos mencionar algunos supuestos que dan muestra de las deficiencias de esta norma para regir las relaciones interinstitucionales en el sistema español de aplicación descentralizada del derecho de la competencia.

⁶⁴ Este es un aspecto esencial que debe ser tratado con la máxima delicadeza. La persona que ocupa la presidencia además de reconocido prestigio y amplia experiencia debe adoptar sus decisiones con la máxima objetividad y aplicarlos con criterio conciliador. Así mismo, el hecho de que el segundo representante de la Administración General del Estado haga las veces de Secretario de la Junta, en principio, otorga a esta institución un carácter poco ecuaníme.

⁶⁵ Artículo 2.4 de la Ley 1/2002.

⁶⁶ Si no se acata el informe de la Junta Consultiva el conflicto persistiría, pudiendo causar no sólo grave daño a la credibilidad del sistema sino incluso provocar una inseguridad jurídica a las partes que podrían verse abocadas a seguir por una misma causa un doble procedimiento estatal y autonómico.

En caso de desacuerdo, la Ley 1/2002 prevé la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional, en aplicación de lo establecido en el Capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

a) *Expedientes sancionadores tramitados por los órganos autonómicos*

La participación de los órganos autonómicos en la aplicación de la LDC está creciendo progresivamente debido a dos circunstancias. Por un lado, la creación de nuevos órganos autonómicos de competencia favorece la difusión de la cultura de la competencia y, por otro, la cercanía de estos organismos con los mercados locales permite una mayor fiscalización de conductas restrictivas cuyos efectos, a menudo, se circunscriben a zonas geográficas reducidas (ciudades o comarcas) y son poco perceptibles para la autoridad estatal.

Las Comunidades Autónomas con mayor actividad desarrollada en el ámbito de la aplicación de la normativa antitrust son Cataluña, Madrid CA, Euskadi, Aragón, Galicia. Hay que destacar entre ellas a Cataluña cuya actividad comenzó en enero de 2003.

Hemos podido recopilar datos acerca de la actividad realizada por algunos órganos autonómicos de la competencia en funcionamiento y el resultado obtenido nos permite augurar un aumento progresivo en el número de expedientes sancionadores durante los próximos años. Es importante constatar la falta de conocimiento existente en el entorno industrial y comercial y profesional de la mayoría de las Comunidades Autónomas sobre la normativa de defensa de la competencia y el papel desarrollado por estos órganos dirigido a informar y formar a personas en esta materia, en colaboración con instituciones públicas y privadas.

Tabla 1

Expedientes de los organismos de Galicia, Euskadi, Aragón y Cataluña
(enero 2003 - octubre 2007)

Concepto	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Distribución comercial	4	0	1	5	7	17
Distribución de prensa	2	1	2	2	1	8
Entidades públicas	2	2	2	4	3	13
Energía	2	2	1	2	1	8
Servicios diversos	2	3	0	0	6	11
Autoescuelas	5	0	0	0	1	6
Colegios profesionales	2	1	1	0	2	6
Funerarias	3	0	0	0	2	5
Actividades de ocio	2	0	0	0	1	3
Otros	3	1	3	4	14	25
Total	27	10	10	17	38	102

b) *Conflictos de competencias*

Desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002 se han constituido ocho nuevas autoridades de defensa de la competencia de ámbito autonómico. El periodo de funcionamiento efectivo de estos organismos varía sustancialmente y su actividad en la tramitación de expedientes sancionadores, en general, ha sido reducida salvo en el caso de Cataluña.

Las relaciones entre autoridades son fluidas y tendentes a fomentar una estrecha colaboración tanto para la realización de actividades de interés común como para aclarar todos los aspectos procedimentales previstos en la normativa de coordinación. Ello no obstante, en la tramitación de expedientes sancionadores se han producido varios conflictos de competencia entre la autoridad estatal y alguna autoridad autonómica.

En particular, hasta el momento actual la Junta Consultiva se ha reunido en dos ocasiones para dictaminar sobre conflictos de competencia suscitados por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid⁶⁷.

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC) planteó una cuestión de competencia en el asunto de las Cajas Vascas y Caja Navarra (Expediente 617/06), que fue resuelta sin necesidad de convocar a la Junta Consultiva de conflictos, al considerar aceptable la interpretación realizada por el TDC acerca de los efectos supraautonómicos de la conducta objeto de análisis⁶⁸. Por

⁶⁷ El primer conflicto *AENA, T4- Spanair (julio 2006)*, surgió cuando AENA adjudicó a Spanair y al resto de sus socios de la alianza Star Alliance la T1 de Madrid-Barajas, decisión que contravenía la adoptada por el ente aeroportuario en 2003, por la que se adjudicaba a la aerolínea un espacio en la nueva T4. Spanair reclamó ante la Comisión UE, ante el Estado y ante la CCAA por abuso de posición de dominio por parte de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), al adjudicar la nueva T4 del aeropuerto de Madrid Barajas a Iberia y a sus socios. El Tribunal autonómico admitió a trámite la denuncia, pero el SDC estatal reclamó su competencia. El asunto finalizó en la Junta consultiva de conflictos que emitió un informe a favor del órgano estatal.

El segundo conflicto surgió en el asunto *ESAMSA, Estación Sur de Autobuses de Madrid (julio 2007)*, cuando el TDC de la CA de Madrid requirió la inhibición del Estado en un asunto de competencia autonómica, y posteriormente, tras recibir el informe negativo de la Junta consultiva de conflictos, interpuso un conflicto ante el Tribunal Constitucional, para que declare la competencia de la Comunidad de Madrid en el asunto de la denuncia presentada por la empresa de transportes Anibal S.L. contra la Estación Sur de Autobuses en Madrid (Esamsa) en materia de Defensa de la Competencia. El objeto de la denuncia es la realización, según la empresa de transportes, de una práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Esamsa contra Anibal S.L. al negar la primera «injustificadamente», según el denunciante, la adjudicación de una taquilla de venta de billetes en la Estación Sur de Autobuses de Madrid, según ha informado el Gobierno regional.

⁶⁸ En la cuestión planteada por el TVDC se ponía de manifiesto que la conducta principal cuestionada (reparto del mercado por territorios históricos) afectaba en un alto porcentaje al territorio de la CAPV y que en gran parte de las conductas restrictivas (acesorias)

el contrario, en el asunto Aglomerados asfálticos tramitado ante la autoridad estatal, el TVDC planteó la cuestión de competencia y la misma fue admitida por el Consejo de la CNC al considerar que los efectos de las conductas objeto del expediente sancionador afectaban al territorio de la Comunidad Autónoma Vasca.

Éste ha sido el primer caso en el que el órgano estatal (CNC) ha remitido a una autoridad autonómica (TVDC) un expediente sancionador ya instruido. Sin embargo, estas remisiones permitidas por la ley en cualquier momento del procedimiento producen otro tipo de dudas e incógnitas acerca de la validez de los trámites efectuados por la autoridad remitente o del cómputo de los plazos legales. La Ley 1/2002 guarda silencio a este respecto⁶⁹.

4. La cooperación entre autoridades y los métodos de coordinación

En los sistemas de aplicación descentralizada de la normativa sobre competencia resulta esencial establecer mecanismos de cooperación institucional y de coordinación de actividades que garanticen la coherencia y la uniformidad de su funcionamiento.

Cada sistema de aplicación descentralizada dispone de mecanismos diferentes para la consecución de un mismo objetivo: garantizar la coherencia del sistema. En el ámbito de la Unión Europea, se ha otorgado una importancia fundamental a la cooperación interinstitucional para el buen funcionamiento del sistema. En España, por el contrario, el sistema de cooperación entre autoridades ha quedado relegado a un segundo plano. El funcionamiento del sistema pivota sobre la base de un sistema de reparto de competencias exclusivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de un método de resolución de conflictos.

En este apartado analizaremos ambos sistemas a fin de poder realizar un análisis comparativo y, así mismo, conocer con mayor detalle las ventajas e inconvenientes que presenta cada modelo para la consecución del mismo fin: la coherencia del sistema y la uniformidad en su aplicación.

imputadas a las Cajas, la participación de Caja Navarra era simbólica. La cuestión de competencia planteada no prosperó porque el acuerdo de no agresión (firmado en las actas de la Federación de Cajas Vasco Navarras) en materia de apertura de sucursales, fue firmado por los representantes de las cuatro Cajas, en consecuencia, el TDC consideró que el efecto supraautonómico de la conducta estaba justificado. El TVDC decidió no convocar a la Junta de conflictos.

⁶⁹ Creemos que lo adecuado es acudir a la Ley 30/1992 (supletoria) para resolver las dudas de tipo procedimental.

4.1. *Los mecanismos de coordinación en la aplicación del derecho comunitario*

El Reglamento 1/2003 y la Comunicación de la Red de Autoridades Nacionales de la Competencia posicionaron a la REC como uno de los elementos básicos para el funcionamiento efectivo del nuevo sistema. Así se señalaba expresamente en la Declaración Común del Consejo y de la Comisión sobre el Funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia⁷⁰.

Una de las características fundamentales del sistema es la búsqueda de una protección más eficaz, coherente y uniforme de la competencia. Para ello, es fundamental que la Comisión y las ANC formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de la normativa comunitaria.

El modelo comunitario se preocupa por garantizar la aplicación uniforme de un solo *corpus jurídico* a todas las transacciones con consecuencias en el comercio intracomunitario. Además, trata de facilitar una asignación eficiente de los asuntos dentro de la red de autoridades de competencia, de manera que cada caso sea tramitado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo (la autoridad mejor situada).

4.1.1 LA COOPERACIÓN COMO CRITERIO BÁSICO EN EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

El principio inspirador del funcionamiento de la REC es el principio de cooperación entre la Comisión y las ANC, que se interpreta como la aplicación por éstas de la normativa de competencia en estrecha colaboración y en condiciones de igualdad, respeto y solidaridad. Con el nuevo sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE cada autoridad es independiente de las demás en el ejercicio de sus competencias y no se prevé ningún tipo de limitación a que una autoridad inicie un procedimiento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, incluso de modo concurrente al ejercicio de esta competencia por otra autoridad.

La cooperación en el seno de la REC se articula a diferentes niveles, comprendiendo tanto reuniones entre los Directores Generales de las autoridades de competencia como grupos de trabajo que analizan los problemas relativos a sectores específicos.

⁷⁰ En la declaración se afirmaba lo siguiente: *A fin de garantizar la aplicación eficaz y coherente de las normas comunitarias de competencia, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia designadas por los Estados miembros (en lo sucesivo, las ANC) forman conjuntamente una red de autoridades de competencia (en lo sucesivo, la red) a efectos de la aplicación en estrecha cooperación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Declaración 167/02, de 10 de diciembre de 2002. Documento n.º 15435/02, ADD 1. El texto de la Propuesta se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://register.consilium.eu.int>.*

4.1.2. LA COMISIÓN COMO GARANTE DE LA COHERENCIA EN EL NUEVO SISTEMA

La nueva normativa reconoce a la Comisión, como guardiana del Tratado CE, la responsabilidad última en el desarrollo de la política de competencia, así como en la salvaguarda de la eficacia y la coherencia en la aplicación de la normativa de competencia⁷¹.

La preeminencia de la Comisión se ve en la obligación que tienen las ANC de informarle antes de tomar decisiones, por el derecho de «preferencia» concedido a la Comisión y por el ánimo de prevenir la adopción de decisiones contradictorias⁷².

Este papel coordinador de la Comisión se manifiesta en varios aspectos del sistema de funcionamiento de la REC⁷³. Así, el inicio de un procedimiento por la Comisión comporta la pérdida automática de competencia de los miembros de la REC que estuviesen conociendo del mismo asunto⁷⁴. Los criterios en virtud de los cuales la Comisión puede decidir iniciar un procedimiento son genéricos y en la práctica dotan de libertad a la Comisión para conocer de un asunto cuando lo estime necesario⁷⁵. Hasta el momento actual la Comisión no ha hecho uso de esta facultad que le concede el Reglamento 1/2003 y que le otorga una posición de *primus inter pares* con respecto al resto de autoridades nacionales que conforman la REC. Además, si bien las ANC pueden adoptar decisiones divergentes entre sí, en ningún caso podrán adoptar decisiones que entren en contradicción con una decisión adoptada por la Comisión.

4.1.3. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LA COLABORACIÓN ENTRE AUTORIDADES

Para asegurar el eficaz funcionamiento de la red, la normativa prevé mecanismos de intercambio de información y mecanismos de asistencia en materia de investigación.

⁷¹ Apartado 9 de la Declaración Común y apartado 50 de la comunicación de la REC.

⁷² Cuando va a adoptar una decisión desfavorable, la autoridad nacional debe obligatoriamente informar de ello a la Comisión (art. 11/4). La información ha de ser facilitada 30 días antes de la resolución y debe incluir un resumen del caso, un proyecto de decisión o en su defecto, la acción prevista. Esta obligación de informar a la Comisión tiene como objeto permitirle reaccionar contra la resolución adoptada, eventualmente, utilizando los poderes que le otorga el artículo 11/6.

⁷³ La cooperación en asuntos individuales entre los miembros de la REC se organiza en torno a las dos obligaciones principales de las ANC de informar a la Comisión: al comienzo del procedimiento [artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 1/2003] y antes de la decisión definitiva [artículo 11, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1/2003].

⁷⁴ Art. 11.6 del Reglamento 12003.

⁷⁵ De conformidad con lo previsto en los apartados 54 a 56 de la comunicación, la Comisión puede adoptar esta decisión dentro del plazo de dos meses fijado como límite temporal orientativo para el reparto de asuntos, o incluso posteriormente en determinados supuestos.

En efecto, el funcionamiento de la red depende principalmente de la buena circulación de la información entre autoridades. Esto atañe tanto a las informaciones automáticamente transmitidas en el momento del inicio del procedimiento (artículo 11.3), como a las informaciones más específicas, propias de un caso particular, que pueden ser transmitidas a petición de otra ANC (art. 12).

No obstante, el principio de libre circulación de la información tiene estas limitaciones:

- todas las informaciones intercambiadas en la red están protegidas por el secreto profesional;
- sólo pueden ser utilizadas para la aplicación de los artículos 81 y 82 y únicamente dentro del objeto para las que fueron recogidas;
- al no haber una armonización en el régimen de sanciones, las informaciones susceptibles de derivar en sanciones penales con destino a personas físicas, sólo se pueden utilizar en dos hipótesis: cuando la ley de la autoridad «emisora» prevé sanciones similares, o bien cuando las informaciones hubieran sido recogidas con los mismos patrones de protección de los derechos de la defensa de las personas físicas (en cuyo caso, y sin embargo, no se podría pronunciar ninguna pena privativa de libertad); y
- finalmente, las informaciones facilitadas en el marco de una petición de clemencia (leniency) dirigida a una ANC, no pueden en ningún caso ser utilizadas por otra ANC para iniciar otro procedimiento⁷⁶.

4.1.4. LA PRAXIS EN LA COLABORACIÓN ENTRE AUTORIDADES

Uno de los objetivos clave del Reglamento 1/2003 y del paquete de modernización era lograr una mayor implicación de las autoridades nacionales en la aplicación de las normas de competencia de la UE.

Ya en 2003 se empezó a cooperar en el marco de la REC con la creación de grupos de trabajo para abordar ciertos aspectos esenciales de la comunicación sobre la cooperación en la Red, en los que se analizaron cuestiones generales relacionadas con la transición al nuevo sistema. Además, se crearon 14 subgrupos con el fin de tratar problemas sectoriales.

El 2004 fue el primer año en que la REC pasó a ser plenamente operativa y a tratar asuntos concretos de aplicación de las normas de competencia de la UE. Antes del 1 de mayo se pusieron en marcha unos sofisticados sistemas de apoyo de tecnologías de la información con el fin de brindar a todos los

⁷⁶ Artículo 28 del Reglamento 1/2003.

miembros la posibilidad de seguir los asuntos tratados en la Red y de intercambiar información.

En 2005 se llevó a efecto un reparto de tareas en el seno de la REC que afectaba a las fases incipientes de la investigación en asuntos de cártel en los que, como primera medida, debían organizarse inspecciones⁷⁷.

El año 2006 fue el segundo año completo de aplicación del sistema creado por el Reglamento 1/2003 y el de consolidación de la cooperación entre los miembros de la REC. Seis grupos de trabajo trataron problemas específicos, tales como investigaciones sectoriales o abusos de posición dominante. Finalmente, quince subgrupos sectoriales de la REC se consagraron a sectores particulares⁷⁸.

La Comisión, en virtud de las disposiciones formales de cooperación, dio consejo en unos 125 asuntos planteados por dichas autoridades, pero hasta el momento la Comisión no ha hecho uso de la posibilidad de relevar a una ANC con objeto de asegurar la aplicación coherente de las normas de competencia al incoar un procedimiento de conformidad con el artículo 11.6 del Reglamento 1/2003.

En definitiva, la red europea de competencia constituye una plataforma adecuada al modelo de funcionamiento del sistema comunitario, que facilita el intercambio de experiencia, información y apoyo técnico entre la Comisión y las ANC que lo conforman, en base a mecanismos que fomentan la cooperación. Esta cooperación rige asimismo en el sistema de atribución de competencias ejecutivas, permitiendo la asignación de los asuntos de forma apropiada, en aplicación del principio de «autoridad mejor situada».

4.2. *Los mecanismos de coordinación y de cooperación en el sistema español*

La Ley 1/2002 dedica parte de su articulado a establecer mecanismos tendentes a facilitar la comunicación entre el Estado y las CCAA para garantizar la coherencia en la aplicación del sistema de defensa de la competencia. Estos mecanismos, tanto de tipo institucional como procedimental, tienden a facilitar la existencia de una comunicación entre el nivel central y

⁷⁷ Puede citarse un ejemplo relacionado con la investigación en el sector del vidrio plano (Comunicado de prensa MEMO/05/63 de 24.2.2005). Esta investigación se debe a que varias ANC tenían noticia de un cártel para fijar precios e informaron a la Comisión en una fase muy temprana, sugiriéndole que se hiciera cargo del asunto.

⁷⁸ Banca, Valores, Seguros, Alimentación, Productos farmacéuticos, Servicios profesionales, Atención Sanitaria, Medio ambiente, Energía, Ferrocarriles, Transporte marítimo, Vehículos de motor, Telecomunicaciones, Medios de comunicación y Deporte (Informe anual sobre la Política de Competencia, 2006. Comisión Europea).

el autonómico⁷⁹. Sin embargo, no establece medidas de cooperación de los órganos autonómicos entre sí, probablemente porque en la práctica no hay previsiones de que se planteen conflictos de competencias entre autoridades autonómicas en la asignación de asuntos⁸⁰.

La autoridad estatal (CNC) tiene un papel central en el sistema pero no podemos afirmar que se le asigne una función de órgano coordinador *strictu sensu*⁸¹.

Sin lugar a dudas, en la práctica, las relaciones interinstitucionales resultan más enriquecedoras y en muchos aspectos van más lejos de lo expresado en los textos jurídicos que las regulan. Ello está generando de forma progresiva el establecimiento de un modelo de funcionamiento integrado, coherente y cohesionado que supera con creces las expectativas previstas en la propia norma legal e incluso hace baldía la existencia de alguno de sus mecanismos⁸².

4.2.1. EL CONSEJO NACIONAL DE COMPETENCIA

Es la institución creada por la Ley 1/2002 que, en teoría, constituye el foro en el seno del cual se realizan actividades de colaboración, coordinación e intercambio de información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia⁸³,

Es un órgano colegiado de composición paritaria entre el Estado y las CCAA, constituido por representantes de diversos organismos del Estado y de las CCAA⁸⁴.

⁷⁹ En efecto de la lectura de la Ley 1/2002 se desprende un cierto temor del legislador a que los dos niveles se descoordinen.

⁸⁰ Como hemos mencionado, el modelo de la Ley 1/2002 hace girar las relaciones en torno a los puntos de conexión y al sistema de resolución de conflictos entre el Estado y las CCAA.

⁸¹ Desde una perspectiva material, debe entenderse que, a diferencia de los mecanismos de cooperación, la coordinación conlleva una cierta imposición coercitiva por parte del órgano coordinante, de modo que éste se coloca en una situación de superioridad respecto del órgano coordinado, lo que le otorga un cierto poder de dirección.

⁸² Las buenas relaciones entre autoridades son un síntoma de la buena salud reinante en el sistema pero no es consecuencia de la norma que las regula.

⁸³ Artículo 5 uno.1 de la Ley 1/2002.

⁸⁴ Está compuesto por: un representante de cada una de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia. Un número igual de representantes de la Administración General del Estado nombrados por el Ministro de Economía, entre los cuales figurarán el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que lo presidirá, tres Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia designados por su Presidente y un Secretario, con voz pero sin voto, nombrado por el Ministro de Economía. Artículo 5 uno.2 de la Ley 1/2002.

Tras la adopción de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, el Consejo de Defensa de la Competencia tiene asignadas las siguientes funciones:

- a) realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas Administraciones Públicas;
- b) informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de la defensa de la competencia en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias de ejecución; y
- c) elaborar directrices sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley⁸⁵.

La norma prevé que el Consejo de Defensa de la Competencia se reunirá en Pleno al menos una vez al año.

En la práctica, si bien la existencia de un foro de encuentro resulta necesaria para facilitar la comunicación y la colaboración entre las autoridades que componen la red, el Consejo Nacional no cumple con este objetivo ya que constituye un foro poco eficaz a los efectos previstos en la Ley, por diversos motivos.

Por un lado, la estructura del Consejo Nacional es inadecuada para responder a los retos que se puedan plantear en la aplicación de la defensa de la competencia. Su composición es heterogénea, ya que el Pleno está compuesto tanto por representantes de las autoridades de competencia (estatal y autonómicas), como por representantes de instituciones que poco o nada tienen que ver con el desarrollo de esta política (representantes de diversos ministerios y de Gobiernos autonómicos que no han creado autoridad de competencia). Ello resta eficacia e interés a los debates que se plantean, por implicar en ellos a personas que no tienen conocimiento sobre la práctica real, al no encontrarse implicados en la aplicación de la normativa sobre competencia.

Por otro lado, el calendario de reuniones del Consejo Nacional resulta insuficiente e inadecuado para los fines que debe desempeñar. La Ley 1/2002 prevé que se reúna al menos una vez al año y en la práctica se cumple el mínimo legal, lo cual resulta exiguo para cumplir el mandato legal⁸⁶.

En definitiva, cabe concluir que a través de este órgano no se cumplen los objetivos que se marcan en la Ley, en particular lograr una aplicación uniforme de la LDC. El único mérito que en estos momentos se puede adjudicar a esta institución es haber puesto en marcha un sistema telemático

⁸⁵ Artículo 5 uno 3 de la Ley 1/2002.

⁸⁶ No hay duda de que la modificación de la Ley 1/2002 debe conllevar una modificación exhaustiva de esta institución, tanto en lo que respecta a su composición como a su funcionamiento y funciones.

que facilita el intercambio de información entre las autoridades de competencia⁸⁷.

4.2.2. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Dentro de los mecanismos de coordinación, la Ley 1/2002 establece un sistema de información recíproca entre la autoridad estatal (CNC) y las autoridades de competencia de las CCAA, cuya finalidad es facilitar información sobre los asuntos que se plantean en ambas instancias, a fin de determinar quién es el órgano competente para su tramitación. Ésta es la base sobre la que el artículo 2 de la Ley 1/2002 establece la fase preliminar de la resolución de conflictos.

El sistema de intercambio de información en origen era asimétrico a pesar de lo anunciado en la Exposición de Motivos⁸⁸. En la actualidad esta asimetría ha sido eliminada con la entrada en vigor de la Ley 15/2007⁸⁹. No obstante, se echa en falta la inclusión de mecanismos que faciliten el intercambio de información entre autoridades autonómicas, en particular, cuando un determinado asunto puede afectar a dos territorios autonómicos y su repercusión en el ámbito estatal es poco significativa. Es cierto que en un caso de estas características, de efectos supraautonómicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1/2002 la competencia ejecutiva correspondería al órgano estatal, sin embargo, consideramos que la parte dispositiva de la ley debería haber tomado en consideración dicha posibilidad a los efectos, no sólo de otorgar mayor equidad al sistema, sino también para fomentar la relación y la colaboración entre los órganos autonómicos⁹⁰.

4.2.3. PERSONAMIENTO DEL ÓRGANO ESTATAL EN PROCEDIMIENTOS DE ÁMBITO AUTONÓMICO

La Ley 1/2002 prevé la posibilidad de que el órgano instructor comparezca en calidad de interesado en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos competentes de las CCAA, para procurar la aplicación uniforme de la LDC⁹¹.

⁸⁷ Tras varios años de trabajo, el 26 de febrero de 2006 se informó a los miembros del Consejo Nacional de la creación de una Red de Cooperación de órganos de Defensa de la Competencia (REC) cuya finalidad es facilitar el intercambio de información de las distintas autoridades.

⁸⁸ Llama poderosamente la atención, la incongruencia existente entre la parte expositiva y la dispositiva en este apartado.

⁸⁹ A través de la Disposición Adicional Décima de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

⁹⁰ En la Exposición de motivos se prevé dicha posibilidad de manera expresa.

⁹¹ Véase artículo 5 Tres de la Ley 1/2002.

Por otra parte, se establece para los órganos autonómicos la obligación de comunicar al órgano instructor estatal los acuerdos y resoluciones, adoptados tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, con el fin de que éste pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes.

Se trata de un mecanismo cuya finalidad es la de coadyuvar a la aplicación uniforme de la LDC, permitiendo al órgano estatal intervenir en el procedimiento seguido por la autoridad autonómica competente e incluso facultándole para interponer recurso contra las decisiones adoptadas ante las instancias judiciales⁹².

La facultad de intervenir en el procedimiento ante las autoridades autonómicas atribuida al órgano instructor estatal no viene correspondida con una atribución similar a las autoridades autonómicas. Constituye, por tanto, de un mecanismo de carácter coordinador, establecido en favor del órgano estatal con el objeto de velar por la coherencia del sistema. En la práctica, por el momento esta facultad no ha sido ejercitada.

4.2.4. LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CNC

Como hemos mencionado anteriormente, las autoridades autonómicas no tienen la posibilidad de comparecer en calidad de interesados en un procedimiento tramitado por la autoridad estatal. Este déficit ha tratado de ser compensado, en cierta medida, por el legislador a través de dos mecanismos:

- Por una parte, las autoridades autonómicas disponen de la facultad de intervenir en cualquier momento del procedimiento (en la fase de instrucción o en la fase resolutive) ante el órgano estatal, para hacer valer la falta de competencia de este último en un determinado asunto cuando así lo crean oportuno⁹³. A este respecto cabe señalar, por ejemplo, que el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha hecho uso de esta facultad en dos ocasiones ante el órgano estatal, en la fase resolutive⁹⁴.

⁹² Esta facultad concedida al órgano estatal es paralela a lo establecido en el artículo 54.3 de la Ley alemana (GWB), que recoge este mismo derecho para el Bundeskartellamt.

⁹³ Artículo 2.2 y .5 de la Ley 1/2002. Esta facultad no existe en el derecho alemán para los Lander, ya que no se les dota de la posibilidad de intervenir en el procedimiento ante el Bundeskartellamt para reclamar su competencia sobre un asunto.

⁹⁴ En el asunto Cajas Vascas y Caja Navarra (Expediente 617/06) el TVDC planteó una cuestión de competencia que fue rechazada por el TDC. El conflicto no se sometió a la Junta Consultiva de conflictos. Por el contrario, en el expediente 631/07, Aglomerado Asfáltico, tramitado por la CNC, ante la cuestión de competencia planteada por el TVDC, el órgano estatal, por vez primera, decidió remitirle el expediente en una fase avanzada del procedimiento.

— Por otra, el artículo 5.cuatro de la Ley 1/2002 ha previsto la posibilidad de que las autoridades autonómicas de competencia intervengan en aquellos asuntos tramitados por la autoridad estatal, que tengan una incidencia importante en sus respectivos territorios, a través de la emisión de un informe preceptivo y no vinculante. En la versión original, antes de la modificación introducida por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, la redacción de esta disposición era confusa e incompleta. Así, se hacía referencia a la obligación del SDC o del TDC de solicitar informe preceptivo y no vinculante a la autoridad autonómica competente, sin precisar el momento procesal en el que debía efectuarse la solicitud del informe, ni la documentación que debía ser remitida a la autoridad autonómica por el órgano solicitante. Estos aspectos fueron puestos de manifiesto ante el TDC por el TVDC, en el Expediente Cajas Vascas y Caja Navarra. Como consecuencia de ello han sido regulados con mayor precisión en la nueva versión modificada⁹⁵.

Actualmente, la obligación de solicitar informe a la autoridad autonómica competente se extiende a aquellos casos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado que inciden de forma importante en su territorio. Por otra parte, la solicitud de informe preceptivo se realizará en la fase de instrucción y para su emisión la CNC remitirá a la autoridad autonómica copia del pliego de concreción de hechos y, en su caso, de la denuncia y de los documentos y pruebas practicadas que consten en el expediente, indicándose este hecho en la notificación a los interesados del citado pliego⁹⁶. Así mismo, cabe subrayar la modificación del plazo previsto para la emisión del informe, que en la primera versión era de diez días y actualmente se extiende a veinte días⁹⁷.

4.2.5. CONVENIOS DE COLABORACIÓN ENTRE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

El artículo 4.1 de la Ley 1/2002 dispone que la CNC (antes Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) podrá *celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los proce-*

⁹⁵ El TVDC, antes de emitir su informe, realizó dos peticiones al TDC. Por un lado, solicitó el acceso al expediente completo y por otro recomendó al TDC que el informe preceptivo le fuese requerido al finalizar el procedimiento, antes de la fase de conclusiones para poder tener acceso a todas las pruebas aportadas e incluso, eventualmente, poder asistir a la vista oral. Ambas fueron denegadas por el TDC.

⁹⁶ Apartado modificado por la Disposición adicional décima de la LEY 15/2007.

⁹⁷ El plazo de diez resultaba insuficiente para poder analizar con fundamento la documentación aportada y emitir un informe relevante.

dimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia tanto del Estado como de estas últimas. Dichos convenios establecerán las formas y mecanismos concretos a través de los cuales se instrumentará la referida colaboración.

Los convenios pueden servir para reforzar las relaciones interinstitucionales entre la CNC y las autoridades autonómicas en la investigación y la tramitación de expedientes que requieren actuaciones conjuntas. Sin embargo, hasta el momento actual no se ha hecho uso de la misma por parte de la autoridad estatal. Hay que tener en cuenta que todavía nos encontramos en una fase incipiente en el funcionamiento del sistema descentralizado y por el momento la tramitación de los expedientes se ha llevado a efecto prácticamente de forma unilateral por la autoridad competente. Actualmente, la CNC está estudiando la oportunidad de firmar convenios con algunas autoridades autonómicas.

A nuestro entender, sería conveniente llevar a efecto la firma de convenios de colaboración no sólo entre la CNC y las autoridades autonómicas de competencia sino también entre estas últimas, a fin de afianzar las relaciones entre autoridades y facilitar la realización de investigaciones conjuntas ante conductas en las que participan empresas situadas en diferentes territorios del Estado. A través de estos convenios se facilitarían la integración entre las autoridades autonómicas y se fomentaría su coordinación.

4.2.6. ENCUENTROS ENTRE AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

En mayo de 2006, las Autoridades de Defensa de la Competencia en funcionamiento a nivel de todo el Estado, en un encuentro celebrado en Bilbao, decidieron reunirse de forma periódica para afianzar las relaciones y eventualmente llevar a efecto actividades diversas de promoción de la competencia, de manera conjunta.

Se trata de un foro informal que tiene una importancia fundamental para las autoridades de competencia, habida cuenta de la falta de instrumentos adecuados desarrollados por la Ley de coordinación para lograr este objetivo. En el seno de este foro participan de forma habitual los presidentes de las autoridades de competencia (la estatal y las autonómicas) acompañados de otros vocales, consejeros y secretarios generales.

En la práctica, desde que se decidió dar continuidad a la iniciativa, se han realizado varios encuentros⁹⁸ y de ellos han surgido propuestas de

⁹⁸ Desde el encuentro celebrado en Bilbao en mayo de 2006, que sirvió como acto de presentación del TVDC a la sociedad se han celebrado otros encuentros en Santiago (octubre de 2006), San Sebastián (julio de 2007), Barcelona (noviembre de 2007), Sevilla (enero de 2008) y Santiago de Compostela (febrero de 2008).

realizar acciones conjuntas que se están materializando de forma satisfactoria⁹⁹.

La tendencia actual es mantener la celebración de estos encuentros y seguir fomentando la colaboración entre autoridades para la promoción de la competencia. En el futuro, habría que otorgar una cobertura legal a este foro de autoridades de competencia, para formalizar su estructura, regular el procedimiento de toma de decisiones, fijar un calendario de reuniones, prever la creación de grupos de trabajo y precisar el carácter y el alcance de las decisiones que se adopten en su seno.

5. Consideraciones finales

La aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia constituye una especificidad que caracteriza a los sistemas de defensa de la competencia que se practican en algunos países. Históricamente, los sistemas más vanguardistas en la aplicación de sistemas de defensa de la competencia han optado por establecer modelos de aplicación descentralizada, en parte, condicionados por sus propias estructuras administrativas internas que siguen un modelo federal¹⁰⁰.

En los últimos años, hemos asistido a la puesta en marcha de dos nuevos sistemas de aplicación descentralizada de la normativa de competencia que nos afectan de forma plena: el sistema comunitario y el sistema español de defensa de la competencia.

En la regulación de ambos sistemas se prevé un mismo objetivo: proteger la libre competencia en los mercados en base al establecimiento de una serie de mecanismos que garanticen la eficacia, la coherencia y la uniformidad en la aplicación de las reglas antitrust. Sin embargo, tanto el sistema de asignación de competencias ejecutivas en el reparto de asuntos, como los mecanismos de coordinación y de cooperación entre autoridades difieren sensiblemente de un sistema al otro.

En el sistema comunitario la aplicación descentralizada se basa en el fomento de la cooperación entre las ANC y la Comisión y en la implantación

⁹⁹ En octubre de 2006, en el encuentro celebrado en Santiago de Compostela, las autoridades allí reunidas (TDC, TCDC, TGDC, TADC, TVDC, TCLDC y Jurado de Extremadura) decidieron organizar anualmente, en el periodo estival, un curso de formación abierto al público en el que se traten temas de interés relacionados con la defensa de la competencia. Así mismo se decidió realizar de forma conjunta un estudio sobre la Contratación Pública y la defensa de la Competencia.

¹⁰⁰ Estados Unidos y Alemania mantienen sistemas de aplicación descentralizada de la normativa de competencia que se caracterizan por su eficacia. Han influido en el establecimiento y en el desarrollo de los sistemas de defensa de la competencia del ámbito europeo y de Estados de América latina, Asia y África.

de un modelo de competencias concurrentes entre autoridades para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Las ANC y la Comisión forman conjuntamente una red de autoridades que actúan al servicio del interés público y cooperan estrechamente para proteger la competencia.

La red europea garantiza el reparto eficaz de las tareas. Desempeña, por tanto, un papel esencial en el desarrollo de un modelo donde no se prevé una regulación para la resolución de conflictos, simplemente, porque no existen. El reparto de asuntos se lleva a cabo aplicando el principio de «la autoridad mejor situada» a fin de que sea una sola autoridad quien efectúe la instrucción y resolución de cada asunto, aunque cabe la posibilidad de que sean varias las autoridades que tramiten el mismo asunto de forma concurrente. Cabe señalar que la Comisión Europea, institución guardiana de la aplicación del Tratado, detenta una posición preferencial dado que la incoación de un procedimiento por su parte privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su facultad para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado.

En el sistema español, por el contrario, la cooperación entre autoridades y los mecanismos de coordinación para garantizar la aplicación uniforme de la normativa antitrust se sitúa en un segundo plano. La adopción de la Ley 1/2002 respondía al mandato enviado por el TC al legislador estatal en su sentencia, según la cual el Estado debía establecer los puntos de conexión pertinentes para asegurar una aplicación coherente de la LDC, respetando las competencias de las CCAA en la materia¹⁰¹.

Del contenido de la norma se deduce que en el momento de redactar la Ley de coordinación el legislador pensó más en cómo resolver los conflictos, que en cómo evitarlos. Ante el temor de asistir a una dispersión desorganizada en la aplicación de la LDC, estableció un complicado sistema de puntos de conexión para regular el reparto de asuntos dirigido a atribuir, con carácter general, la competencia ejecutiva a los órganos estatales y, de manera excepcional, a las autoridades autonómicas.

Este complejo sistema de puntos de conexión aplicable en el reparto de asuntos resulta perjudicial para el buen funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia. En efecto, el artículo 1 de la Ley 1/2002, aplicado en su integridad, permite a la autoridad estatal apropiarse de la competencia ejecutiva para tramitar cualquier expediente sancionador que sea de su interés, con independencia del lugar en que se desplieguen los efectos de una conducta.

¹⁰¹ El ejercicio de estas competencias debía armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica -artículo 149.1.13.^a

En función del uso que se haga de esta disposición por parte de la autoridad estatal los conflictos se podrían multiplicar, haciendo peligrar la integridad de todo el sistema en claro perjuicio de la seguridad jurídica y de la eficacia en la defensa de la competencia. Por otra parte, como se ha visto, el sistema de resolución de conflictos previsto en la norma, a través de la Junta consultiva de conflictos, no resulta eficiente porque los informes que emite no son vinculantes y por lo tanto la solución a los conflictos habría que buscarla en sede judicial, lo que podría dar lugar a un bloqueo del sistema.

El Tribunal Constitucional también impuso al legislador el deber de articular los mecanismos de coordinación necesarios para garantizar la coherencia y la uniformidad en la aplicación de la disciplina de la competencia en todo el mercado estatal. Este aspecto de la descentralización resulta esencial para dar coherencia al sistema.

Sin embargo, a diferencia del modelo comunitario, en el modelo estatal la cooperación no se plantea como elemento esencial para el funcionamiento de la red. La Ley «de coordinación» no crea un adecuado foro de encuentro de autoridades, a pesar del Consejo Nacional de Competencia, cuya estructura y funcionamiento no están concebidos para tal fin. El resto de mecanismos establecidos propicia más el conflicto que la colaboración porque de ellos se infieren objetivos de control y no de cooperación entre autoridades. Ciertamente, la Ley prevé algunas medidas tendentes a facilitar la colaboración (informes preceptivos del artículo 5.4, o convenios de colaboración del artículo 4), pero son aspectos muy marginales y poco utilizados en la práctica.

En definitiva, nos encontramos en presencia de dos sistemas de aplicación descentralizada del derecho de la competencia, el europeo y el español, que difieren claramente en sus contenidos y en su organización. No hay duda que el origen de los mismos ha condicionado claramente su estructura y también su futuro. En el ámbito comunitario, la apuesta decidida por la descentralización (condicionado por la ampliación) se ha hecho con ánimo de perpetuidad. En el sistema español, el origen de la descentralización (con una manifiesta falta de voluntad política) ha determinado el establecimiento de un modelo inapropiado para consolidar un sistema de defensa de la competencia eficaz.

Cierto es que las actuales autoridades de la competencia, tanto la estatal como las autonómicas, en la práctica, tratan de no generar conflictos y de establecer lazos de colaboración más allá de lo previsto en la Ley 1/2002, a fin de abordar de forma conjunta los problemas que afectan a nuestros mercados. Las autoridades competentes, en este sentido, van muy por delante de lo establecido en la ley, en beneficio del interés general.

En definitiva, el análisis comparado de los dos modelos de aplicación descentralizada del Derecho de la competencia debe constituir un elemento de reflexión clave para llevar a cabo una reforma de la Ley 1/2002. El

legislador estatal debe tomar en consideración el modelo y la experiencia comunitaria desarrollada en virtud del Reglamento 1/2003, donde impera un espíritu de colaboración y no de conflicto.

En los próximos años se debe hacer una reflexión tendente a modificar el modelo actual desarrollado por la Ley 1/2002 y a crear un modelo eficaz, que sirva para difundir cultura de la competencia en nuestros mercados y garantizar una defensa de la competencia a través de la acción coordinada de todas las autoridades de la competencia.

Bibliografía

Libros

- BENEITO PÉREZ, JM; MAILLO GONZÁLEZ ORUS, J., *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*. Ed. Bosch, 2002.
- ALONSO SOTO, R., «Las relaciones entre los Derechos comunitario europeo y español de la competencia», *Tratado de Derecho de la Competencia I*, Barcelona, Bosch, 2005.
- GUILLÉN, J., *Libre competencia y Estado autonómico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- IDOT, Laurence, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Série Concurrence, Bruylant 2004.
- BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Fifth Edition, Sweet Maxwell, Thomson, 2001.
- FERNÁNDEZ LERGA, C., *Derecho de la Competencia*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- KORAH, V., *EC Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- NADAL, M. Y ROCA, J., *La descentralización de la política de defensa de la competencia en España: situación y perspectivas*, Madrid, Instituto de la Empresa Familiar, 2003.
- DÍEZ MORENO, J., *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Ed. Civitas, 2001.
- VV.AA., *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. MARTÍNEZ, S. y PETITBÒ, A. (dirs.), Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005. VV.AA., *Derecho de la Competencia Europeo y Español, Curso de iniciación*, Volumen V, dirigido por Luis Ortiz Blanco y Rosa Guirado Galiana, Madrid, 2004.

Artículos

- ALCAIDE GUINDO, CRISTINA. «La evolución de la política de defensa de la competencia», *Información Comercial Española*, N.º 826 noviembre (2005).
- CALVIÑO, NADIA, «El proceso de modernización de la política de competencia en España», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 241 enero-abril (2006).
- FOLGUERA CRESPO, JAIME, «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 241 enero-abril (2006).

- ZUREMENDI ISLA, AITOR «El concurso de normas en el derecho antitrust y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 244 julio - agosto (2006).
- BRAMMER, SILKE, «Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation», *Common market law review*, N.º 5 October (2005).
- PRIETO KESSLER, EDUARDO «La política de defensa de la competencia en la Unión Europea», *Información Comercial Española*, N.º 820 enero-febrero (2005).
- AMILS, R., «Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 224, marzo-abril 2003, 64-79.
- PETITBÓ, A. (2002): «Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones». *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 45-75.
- TORNOS, J. (2000): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989». *Anuario de la Competencia 1999*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 97-120.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Las reformas del sistema comunitario de intervención administrativa en materia de competencia» *Revista Vasca de Administración Pública*, 2001, págs. 81 a 117.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid, Marcial Pons-ICO, 2004.
- CASES PALLARES, LL., Comentari de la Ley 1/2002 de 22 de febrer, de coordinació de les competencies de l'Estat i les comunitatats autònomes en materia de defensa de la competencia», *Nota d'economia*, n.º 74, 2002, pp 115-120.

LEGISLACIÓN

- Reglamento del Consejo (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. *DO L* 1 de 4 de enero de 2003, pp. 1-25.
- Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación en el seno de la Red Europea de autoridades de la Competencia. *DO C*101, de 27 de abril de 2004, pp. 43-53
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *BOE* n.º159 de 4 de julio de 2007.
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. *BOE* n.º 170, de 18 de julio de 1989.
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. *BOE* n.º 46, de 22 de febrero de 2002.
- Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. *BOE* n.º 308 de 23 de diciembre de 2004.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre.
- Asunto 14/68, Sentencia de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1969-I, pág. 15

La unidad de mercado en el sistema español y comunitario de defensa de la competencia

Dr. Lluís Franco i Sala

Presidente del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia
Profesor titular de Política Económica de la Universidad de Barcelona

Sumario: 1. La política de defensa de la competencia en el sistema español.—2. La unidad de mercado y la defensa de la competencia en el sistema español.—3. La política de defensa de la competencia en el sistema comunitario.—4. La unidad de mercado y la defensa de la competencia en el sistema comunitario.—5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El sistema español de defensa de la competencia, gracias a disponer de unos órganos estatal y autonómicos de defensa de la competencia, presenta importantes ventajas para los ciudadanos, las empresas y el conjunto de la economía. Asimismo, la existencia de una pluralidad de órganos, mediante sus actuaciones, refuerza la eficacia de la política de defensa de la competencia y la unidad de mercado. En el ámbito comunitario, la política de defensa de la competencia, desde sus orígenes, tiene como objetivo específico la consecución de un mercado único. Además, el sistema comunitario de defensa de la competencia ha experimentado recientemente un proceso de modernización, donde destaca la descentralización en la aplicación del derecho de la competencia.

Palabras clave: defensa de la competencia, sistema español, sistema comunitario, unidad de mercado, descentralización.

Abstract: *The Spanish system of the defence of competition, by virtue of having state and autonomic institutions of the defence of competition, presents important benefits for citizens, companies and the economy. Also, the existence of a plurality of institutions, by means of their performances, reinforces the effectiveness of the policy of the defence of competition and the market union. In the communitarian scope, the policy of the defence of competition, from its origins, has had the specific objective of the attainment of a united market. Moreover, the European Union system of the defence of competition has been recently modernised, where the decentralization in the application of the law of competition has been emphasised.*

Keywords: *defense of competition, Spanish system, EU system, united market, decentralization.*

1. La política de defensa de la competencia en el sistema español

Uno de los rasgos de la economía de mercado¹ es la existencia de la competencia efectiva entre los agentes económicos. La competencia propicia una asignación de recursos más eficiente; beneficia al consumidor en tanto que favorece la reducción de precios, una mejor atención y un aumento de la cantidad, variedad y calidad de los productos y de los servicios; asimismo, también impulsa la innovación, el aumento de la productividad y el progreso tecnológico. Además, es un instrumento para reforzar la unidad de mercado.

Dados los beneficios que supone su existencia, la defensa de la competencia se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad, como señala el prólogo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia². En concreto, la política de defensa y promoción de la competencia tiene como primera finalidad proteger y fomentar el funcionamiento competitivo de los mercados. Asimismo, la política de defensa y promoción de la competencia, como parte fundamental de la política económica, complementa otras políticas que inciden en la actividad económica y es un instrumento para promover la creación de empresas y de empleo, la productividad de los factores y la competitividad de la economía, el crecimiento económico, la apertura al exterior o el control de la inflación.

El sistema español de defensa de la competencia, desde la perspectiva de las administraciones, atribuye a un conjunto de autoridades estatal y autonómicas su defensa y promoción, de conformidad con la sentencia 208/1999 del Tribunal constitucional³. Esta sentencia fue consecuencia de sendos recursos de inconstitucionalidad que interpusieron los Gobiernos vasco⁴ y catalán⁵ contra determinados preceptos de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida en diversos preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en la medida en que dicha cláusula atribuía al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva en este ámbito e invadía las competencias que las Comunidades Autónomas podían tener atribuidas.

La sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional dio lugar a la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y

¹ El artículo 38 de la Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

² *Boletín Oficial del Estado*, n.º 159, de 4 de julio de 2007.

³ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, dictada sobre los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989. La sentencia tiene dos votos particulares.

⁴ 17 de octubre de 1989.

⁵ 18 de octubre de 1989.

las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia⁶. En esta Ley se establece la distribución de competencias en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁷.

Corresponde a la Administración General del Estado (artículo 1):

- a) Los procedimientos que tengan por objeto conductas restrictivas, abusivas o desleales que alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado estatal.
- b) La autorización de conductas que impidan o restrinjan la competencia, en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley, cuando afecten a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado estatal⁸.
- c) El control de las concentraciones entre empresas.
- d) El control de las ayudas públicas.
- e) La adopción de reglamentos de exención por categorías.
- f) La aplicación del derecho comunitario de la competencia.
- g) La representación en materia de defensa de la competencia delante de autoridades, foros y organismos internacionales.

Corresponde a las Comunidades Autónomas (artículo 1 y normas de creación de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas):

- a) Los procedimientos que tengan por objeto las conductas restrictivas, abusivas o desleales que alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito no superior al de la Comunidad Autónoma.
- b) La autorización de conductas que impidan o restrinjan la competencia en los supuestos y los requisitos previstos en la Ley, cuando afecten a un ámbito no superior a la Comunidad Autónoma⁸.
- c) La emisión de informes de oficio o a instancia del gobierno autonómico sobre actividades normativas o administrativas que afecten a la competencia.
- d) La investigación y el análisis de los sectores y de las actividades económicas en términos de libre competencia.
- e) La difusión e información de los temas de competencia a las empresas y a los ciudadanos.

⁶ *Boletín Oficial del Estado*, n.º 46, de 22 de febrero de 2002.

⁷ La Ley 1/2002, en la disposición adicional tercera, establece que esta Ley se entiende sin perjuicio de las competencias que la legislación específica atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁸ Las autorizaciones a las que se hacía referencia en el artículo 4 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio han sido suprimidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La reciente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde el punto de vista institucional, configura un sistema dotado de una única autoridad administrativa de ámbito estatal, la Comisión Nacional de la Competencia⁹, además de los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas. Además, es preciso destacar la intervención de los órganos judiciales en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, en concreto, de los Juzgados de lo Mercantil^{10 11}.

Por lo que se refiere a los órganos autonómicos competentes, la Ley 15/2007 les atribuye nuevas funciones, además de las señaladas en la Ley 1/2002, como son:

- a) La elaboración de informes sobre las ayudas públicas concedidas por las administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, en relación a sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados (artículo 11.5). Ello, de conformidad con el artículo 11.1, comprende tanto la emisión de informes respecto a los regímenes de ayudas y a las ayudas individuales¹² como dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia en dicho ámbito.
- b) De conformidad con el artículo 13.2, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa actos de las administraciones públicas, autonómicas o locales, de su territorio sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.
- c) En el artículo 15.2, se dispone que a efectos de facilitar la cooperación jurisdiccional y la coordinación con los órganos reguladores, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos autonómicos competentes en la materia habilitarán los mecanismos de información y comunicación de actuaciones, solicitudes e informes previstos en los artículos 16 (cooperación con órganos jurisdiccionales)

⁹ El título II de la Ley 15/2007 regula el esquema institucional para la aplicación de la Ley (artículos 12 a 18) y el Título III regula la Comisión Nacional de la Competencia (artículos 19 a 35).

¹⁰ En la disposición adicional primera de la Ley 15/2007 se establece que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2.

¹¹ El artículo 16 de la Ley 15/2007 regula la cooperación con los órganos jurisdiccionales.

¹² Anteriormente sólo se recogía la posibilidad de informes sobre criterios de concesión de ayudas. Asimismo, pueden ser de oficio o a instancia de cualquier administración pública.

- y 17 (coordinación con los reguladores sectoriales) de la nueva Ley respecto a aquellos procedimientos iniciados formalmente según lo previsto en la Ley 1/2002.
- d) En el ámbito de sus competencias, y sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia de un órgano judicial los órganos autonómicos podrán aportar información o presentar observaciones escritas a los jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley (conductas colusorias y abuso de posición dominante), en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 16.2 y Disposición adicional segunda). Asimismo, la disposición adicional segunda establece que podrán también efectuarlo sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Con la venia del correspondiente órgano judicial, también podrán presentar observaciones verbales.
 - e) Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia (en aplicación de los artículos 1 a 3) (artículo 17.2.d).
 - f) Los órganos autonómicos, en sus ámbitos respectivos, son competentes para realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que les sean requeridas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (artículo 24.f). Esta posibilidad ya se recogía en el ámbito autonómico en los textos de creación de las autoridades de Galicia¹³ y de Madrid¹⁴.
 - g) Los órganos autonómicos competentes dictaminarán sobre proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales¹⁵ cuando su instalación en la zona afectada pueda alterar la libre competencia en un ámbito que no supere al autonómico (artículo 25.b). Esta competencia ya la venían ejerciendo los órganos de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos de acuerdo con la Sentencia 124/2003 del Tribunal Constitucional^{16 17}.

¹³ Artículo 3.3.9 de la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia (*DOG*, n.º 141, de 22 de julio).

¹⁴ Artículo 9.5.j de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (*BOCM*, n.º 310, de 30 diciembre).

¹⁵ En cumplimiento de lo que dispone el artículo 6.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista.

¹⁶ Sentencia de 9 de junio de 2003.

¹⁷ En el caso de Cataluña, además, según el artículo 154.2 del Estatuto de Autonomía reformado.

- h) Se establece que en el supuesto de que una concentración incida de forma significativa en territorio de una Comunidad Autónoma, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia solicitará informe preceptivo, no vinculante, a la Comunidad Autónoma afectada (artículo 58.1).

Desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, se han creado diversos organismos autonómicos en:

- Cataluña (Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el que se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Cataluña).
- Murcia (Decreto 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el Servicio Regional de Defensa de la Competencia).
- Galicia (Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia).
- Comunidad de Madrid (Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid).
- País Vasco (Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco).
- Extremadura (Ley 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura).
- Comunidad de Valencia (Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión financiera y administrativa y de organización de la Generalitat; artículo 119 crea el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Valencia).
- Aragón (Decreto 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia de Aragón).
- Castilla-León (Decreto 36/2006, de 25 de mayo, por el que se atribuye la competencia en materia de defensa de la competencia y se crea el Tribunal para la Defensa de la Competencia de la Comunidad de Castilla-León).
- Andalucía (Ley 6/2007, de 26 de junio, de promoción y defensa de la competencia de Andalucía).

Los órganos autonómicos competentes en la defensa y la promoción de la competencia vienen realizando una importante actividad al respecto. En

este sentido, por ejemplo, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia¹⁸, desde enero de 2003 a febrero de 2008, ha dictado 21 resoluciones y ha elaborado 55 estudios e informes, además de otras actuaciones como son las relativas a la información y a la difusión pública.

La actividad de los órganos autonómicos de defensa de la competencia actuando y colaborando conjuntamente con los órganos estatales ha presentado importantes ventajas para los ciudadanos, las empresas y el conjunto de la economía¹⁹; ha reforzado la eficacia del sistema; así como ha quedado preservada la seguridad jurídica. En cuanto a las ventajas cabe señalar que la instrucción y la resolución de los expedientes se realiza con una mayor proximidad a los hechos y a las partes interesadas; posibilitando un mayor conocimiento de los mismos y la adopción más eficaz de medidas. Asimismo, esta proximidad facilita el acceso a las instituciones de defensa de la competencia y reduce los costes (tiempo, económicos, ...) de los ciudadanos y de las pequeñas y medianas empresas. También posibilita una mayor atención a los temas que afectan de manera específica a las Comunidades Autónomas o que tienen un carácter muy local. Sin olvidar que se potencia la función de promoción de la competencia, hay una mayor información y difusión a los ciudadanos y a las empresas, o se refuerzan los beneficios que para la economía representa la defensa de la competencia en relación a si solo hubiera un único organismo a nivel estatal.

Por lo que se refiere a la eficacia, éste es uno de los principios que debe regir el sistema de defensa de la competencia²⁰. La eficacia debe predicarse de todos los organismos de defensa de la competencia y en todos los ámbitos de actuación de los órganos competentes: lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, control de concentraciones económicas, ayudas públicas, o funciones consultivas y de promoción de la competencia efectiva en los mercados. La eficacia de la política de defensa de la competencia se ha visto reforzada en los últimos años con la creación y progresiva puesta en funcionamiento de organismos de defensa de la competencia en varias Comunidades Autónomas, dado que ha permitido una mayor aplicación de esta política y la extensión de sus beneficios entre los agentes económicos y los ciudadanos. Así, por ejemplo, los órganos catalanes de defensa de la com-

¹⁸ Respecto a la actividad del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia consultar su página WEB (www.tcdc.cat). Asimismo, ver FRANCO I SALA (2006a).

¹⁹ Sobre los beneficios de la existencia de órganos autonómicos de defensa y promoción de la competencia ver FRANCO I SALA (2004 y 2006a).

²⁰ El Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia consideraba la reforma debía estar guiada por cinco principios: seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad, coherencia y eficacia (Ministerio de Economía y Hacienda; 2005: 6-7).

petencia en los últimos cinco años han intervenido en 64 asuntos relativos a prácticas restrictivas de la competencia que afectan a múltiples actividades y sectores económicos (distribución comercial, distribución de prensa, entidades públicas, energía, servicios diversos, autoescuelas, colegios profesionales, funerarias, actividades de ocio, etc.).

Como se ha señalado, la eficacia de los órganos de defensa de la competencia no debe circunscribirse a su actividad en ámbitos como las prácticas restrictivas (colusorias o abusivas) o el control de concentraciones, sino que también debe predicarse de las funciones consultivas o de promoción de la competencia. Así, por ejemplo, los órganos de defensa de la competencia, mediante sus funciones consultivas y de promoción, pueden realizar propuestas de modificación normativa que supongan mejoras desde la perspectiva de la competencia. En el ámbito de la *advocacy* destaca la importancia que tuvieron los estudios e informes del Tribunal de Defensa de la Competencia estatal para la modernización, la competitividad y la liberalización de los mercados de la economía española²¹. Por su parte, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas también están ejercitando activamente las funciones consultivas y de promoción de la competencia, lo que está dotando de más eficacia al sistema. En esta línea, por ejemplo, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia ha realizado desde enero de 2003 a febrero de 2008 un total de 51 informes y 4 estudios que van desde propuestas para mejorar la normativa al análisis de la situación en materia de competencia del ejercicio de determinadas actividades económicas.

La eficacia no ha de minimizar la seguridad jurídica y la garantía de los derechos de los administrados, tal y como se señala en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía; 2005: 7). La mayor eficacia del sistema que se está logrando como consecuencia de la existencia y actividad de órganos de defensa de la competencia autonómicos conjuntamente con los estatales no ha supuesto un detrimento de la seguridad jurídica (elemento clave para el correcto funcionamiento de los mercados). Con relación a este tema, la seguridad jurídica de los operadores económicos y la aplicación uniforme de las normas de competencia es un objetivo de la Ley 1/2002, de coordinación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, a este efecto, establece diversos mecanismos tanto para la resolución de conflictos (artículo 2 y 3) como para la coordinación y la colaboración (artículo 5). En este sentido destaca el Consejo de Defensa de la Competencia que es el órgano de colaboración, coordinación y información recíproca entre el Estado y las Comuni-

²¹ Los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia pueden ser consultados en la página web de la actual Comisión Nacional de la Competencia (<http://www.cncomcompetencia.es>).

dades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia (artículo 5.1); el cual viene reuniéndose con una periodicidad normalmente anual desde el año 2003.

2. La unidad de mercado y la defensa de la competencia en el sistema español

La unidad de mercado es una de las manifestaciones del principio de unicidad del orden económico y la efectividad de esta última requiere precisamente de la existencia de aquél. Sin embargo, es difícil dar un concepto completo y operativo de la unidad de mercado, al no tener una formulación precisa. La Constitución Española²² no incluye en su texto la proclamación expresa del principio de unidad de mercado (Jiménez Sánchez, G.J.; 2005: 96-97). El mismo se encuentra disperso a lo largo de una serie de artículos de la Constitución Española como son el 2, 14, 38, 40, 128, 130, 131, 138, 139, 149 ... (Ladrón Roda, T.; 2000: 3840-3844). Lo que sí es posible señalar es que la unidad de mercado se fundamenta en dos supuestos: la libre circulación sin barreras por todo el territorio del Estado español tanto de personas como de bienes, servicios y capitales; y la igualdad de las condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que *la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE) y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de actividad económica (arts. 139.1 y 149.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3) (STC 96/2002, de 25 de abril, fundamento de derecho undécimo).*

No obstante, la unidad de mercado no significa uniformidad ya que la misma configuración del Estado español con la existencia de las Comunidades Autónomas implica necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. En concreto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado considerando que, si bien la unidad de mercado requiere los dos supuestos señalados, *tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes*

²² BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles (STC 88/1986, de 1 de julio. fundamento jurídico 6). En consecuencia, es totalmente compatible la unidad de mercado con la aplicación desde los poderes públicos autonómicos de intervenciones económicas diferentes. Eso sí, siempre que se realicen en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma, que la regulación resulte proporcionada a la finalidad u objeto que se persigue y que en todo caso quede salvaguardada la igualdad básica de todos los españoles. La situación, las necesidades o las problemáticas concretas que tienen que procurar resolver todas y cada una de las Comunidades Autónomas pueden ser diversas y no coincidir, siendo precisas actuaciones y políticas públicas diferentes para mejorar el bienestar de los ciudadanos y favorecer el buen funcionamiento de la economía. Además, la aplicación de diferentes actuaciones y políticas públicas a favor de los ciudadanos y las empresas permite su comparación y perfeccionamiento, favoreciendo finalmente la aplicación de aquéllas que se demuestran más eficaces. Asimismo, la igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en todo el territorio del Estado no tiene que conducir obligatoriamente a la imposición de una monolítica uniformidad de la normativa reguladora de la actividad económica (Jiménez Sánchez, G.J.; 2005: 98).

Lo que sí establece la Constitución Española explícitamente son algunos límites dirigidos precisamente a mantener la unidad de mercado (Carpio García, M.; 2003: 767-768), como son los establecidos en:

- a) El artículo 139.2 en cuanto señala que *ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.*
- b) En el artículo 157.2 que fija que *las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculos para la libre circulación de mercancías o servicios.*

La existencia de una unidad de mercado real representa importantes beneficios económicos y sociales para los ciudadanos y las empresas, así como para el conjunto de la economía. Un auténtico mercado único en lugar de su división en varios permitirá la existencia de economías de escala y que sean viables actividades económicas que en los mercados fragmentados no lo serían; supondrá que haya o pueda haber más agentes económicos que ofrezcan o puedan ofrecer productos y servicios, significando más competencia y más posibilidades de elección para los consumidores; impulsará los intercambios económicos, la creación de puestos de trabajo, el crecimiento económico, etc.

El sistema español de defensa de la competencia, con organismos de la Administración General del Estado y de las Administraciones autonómicas no favorece ninguna fragmentación de la unidad del mercado. Al contrario, las políticas de defensa de la competencia y la existencia de una pluralidad de autoridades refuerzan su unidad. Así, estas políticas y la actividad de los órganos autonómicos en este ámbito contribuyen a la unidad de mercado, a la libre circulación y a la igualdad en el ejercicio de la actividad económica mediante instrumentos como: la persecución de conductas restrictivas de la competencia, las propuestas de modificación de normas que obstaculizan el ejercicio de las actividades económicas en condiciones de igualdad de los operadores en el mercado, los informes y estudios de sectores y de actividades económicas y su afectación a la competencia, etc.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 208/1999 (fundamento jurídico 6) que esta materia *se halla relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de planificación general de la actividad económica ... De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas ...*

En esta línea la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, señala en la Exposición de Motivos que el ejercicio de las competencias ejecutivas por las Comunidades Autónomas se tiene que armonizar con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que posibilite al Estado el ejercicio de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación

general de la actividad económica (artículo 149.1.13a de la CE), y con el objetivo de respetar la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica.

De conformidad con esta sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional y la Ley 1/2002 es muy improbable que la ejecución de la defensa de la competencia por una pluralidad de órganos pueda representar algún obstáculo para la unidad de mercado. En este sentido es preciso considerar que:

- a) La legislación es común. Además, una buena relación entre la Comisión estatal y los órganos autonómicos, fundamentada en la cooperación leal de todas las partes, ha de conducir a una aplicación eficaz y homogénea de la normativa (sin perjuicio de las especificidades de cada caso).
- b) A la Administración General del Estado le corresponde las actuaciones ejecutivas en relación a las prácticas que alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado estatal.
- c) Se han establecido legalmente mecanismos de información recíproca, de resolución de conflictos²³ y de coordinación. Ante la posibilidad de que en algunos supuestos puedan producirse ciertas discrepancias, así como para facilitar una aplicación uniforme de la legislación de competencia, la Ley 1/2002 fija determinados órganos y mecanismos de coordinación y resolución de conflictos. Así se establecen, por ejemplo:
 - La Junta Consultiva en materia de conflictos como órgano consultivo especializado en el asesoramiento para resolver los conflictos que pudieran haber en la atribución de competencias (artículo 3).
 - La posibilidad de que se puedan celebrar convenios de colaboración para la instrucción y la resolución de los procedimientos (artículo 4.1).
 - El Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas con la finalidad de promover la aplicación uniforme de la legislación en materia de competencia (artículo 5. Uno).
 - Los mecanismos de información recíproca (artículo 5. Dos).

²³ Con relación a los citados mecanismos se ha cuestionado que no haya una situación de estricta reciprocidad entre la posición de la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas. Así, por ejemplo, en la Junta Consultiva en materia de conflictos el presidente tiene el voto dirimente y es nombrado por el Ministerio de Economía (artículo 3.2 de la Ley 1/2002).

El establecimiento de las condiciones que aseguren que los mercados funcionen de forma plenamente competitiva es el instrumento que con mayor intensidad contribuirá a evitar la ruptura de la unidad de mercado (Petitbò Juan, A.; 2006: 280). En este sentido y como se ha indicado, la política de defensa de la competencia y el sistema español de defensa de la competencia, mediante la actividad de la Comisión Nacional Competencia y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, al defender y promover que los mercados funcionen competitivamente está favoreciendo la unidad de mercado²⁴.

3. La política de defensa de la competencia en el sistema comunitario

El Tratado de la Comunidad Europea²⁵ hace referencia a la libre competencia y a la política de defensa de la competencia comunitaria en diversos artículos. La política de defensa de la competencia comunitaria está incardinada en la política económica europea. Así, cabe señalar que forma parte de las políticas de la Comunidad Europea, dado que su regulación se incluye en la Tercera Parte del Tratado, el cual hace referencia a las «Políticas de la Comunidad». En concreto, el Capítulo I del Título VI del Tratado establece las «normas sobre competencia» (artículos 81 a 89). A su vez, el Tratado de Lisboa firmado el pasado 13 de diciembre²⁶ también lo hace señalando que la Unión establecerá un mercado interior y que *obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*²⁷.

La política de defensa de la competencia comunitaria tiene distintas finalidades u objetivos como son el favorecer la existencia de una competencia efectiva, facilitar la competitividad de los agentes económicos europeos o la

²⁴ Además de las prácticas restrictivas y las actuaciones que dificultan la competencia, son otros los motivos que perjudican la unidad del mercado: por ejemplo, la falta de una buena red de infraestructuras, adecuada a las necesidades reales del transporte y del mercado; o la no aplicación de una política eficaz en materia de vivienda, que garantice de forma efectiva el derecho de los ciudadanos a gozar de una vivienda digna, adecuada y a un precio asequible, la cual cosa permitiría la movilidad real de las personas.

²⁵ Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE, C321, de 29 de diciembre de 2006).

²⁶ DOUE, C 306, de 17 de diciembre de 2007.

²⁷ Redacción del artículo 2.3 del Tratado CE según la modificación realizada por el Tratado de Lisboa (DOUE, C 306, de 17 de diciembre) y que entrará en vigor previa ratificación de los Estados miembros.

protección del bienestar de los consumidores. A estos objetivos comunes en una política de defensa de la competencia hay que añadir en el caso comunitario el objetivo específico de la consecución de un mercado único europeo formado por la integración de los mercados de los Estados miembros. Con relación a esta última finalidad se trata de evitar las prácticas restrictivas de la competencia, colusorias o abusivas, que podrían ser contrarias a la integración, en la medida que podrían anular la inicial supresión de aranceles aduaneros y medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros, a través de la erección de nuevas barreras que volvieran a separar los mercados de los diversos Estados (Velasco San Pedro, L.A.; 2005: 43-44).

El peso de cada uno de los objetivos dentro de la política y el derecho comunitario de la competencia va evolucionando a lo largo del tiempo. En este sentido, en la línea que señala Díez Estella (2003: 44), sería lógico que a medida que se profundiza y consolida el mercado interno, se vaya orientando las normas de la competencia hacia la eficiencia económica. No obstante, según este autor, considerando la situación actual de la Unión Europea y el nivel de integración de mercados en el que nos encontramos todavía, no parece que las autoridades comunitarias de competencia vayan a permitir ningún tipo de práctica que signifique una compartimentación del mercado. Además, en los últimos años, la incorporación de nuevos Estados (en diversos casos con niveles de apertura a la competencia bajos) requieren de una política de defensa de la competencia dirigida a profundizar la consolidación de la unidad del mercado comunitario.

Las siguientes líneas se dedican a desarrollar brevemente los objetivos citados:

- a) El favorecer la existencia de una competencia efectiva, así como las eficiencias que de la misma se derivan, es un objetivo de toda política de la competencia. En el ámbito comunitario dicho objetivo está relacionado directamente con el artículo 81 del Tratado CE en cuanto dispone que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos los acuerdos, decisiones y prácticas que pudiendo afectar al comercio de los Estados miembros tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común²⁸. La competencia requiere la existencia en el mercado de una competencia efectiva y la política comunitaria de la competencia debe de procurar garantizarla.
- b) El facilitar la competitividad de los agentes económicos europeos. La política de competencia contribuye a la competitividad de la econo-

²⁸ Esta finalidad también ha sido señalada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, por ejemplo, en la sentencia relativa al asunto 2676 (Metro/Saba).

mía europea, puesto que los mercados abiertos y competitivos obligan a las empresas a ser más eficientes en la producción y distribución de sus productos y servicios, a innovar, a mejorar la calidad, y a fijar precios más reducidos. Para ser competitivos en los mercados exteriores hay que serlo en los mercados interiores, máxime en un proceso creciente de globalización como el que se está produciendo en la actualidad. La política de la competencia de lograr un mercado interno dinámico también favorece el éxito de las empresas europeas fuera del marco comunitario, ya que los mercados abiertos y competitivos obligan a éstas a un esfuerzo para mantener sus precios bajos, mejorar la calidad y favorecer la innovación (Prieto Kessler, E., 2005: 99). La propia Comisión Europea en relación a la política de competencia, la competitividad y la Agenda de Lisboa en el XXXIII Informe sobre la política de la competencia (Comisión Europea; 2004: 17) manifiesta que *la política de competencia de la UE desempeña un papel importante de cara a alcanzar los objetivos de competitividad de la agenda de Lisboa. Esta política no sólo abarca las normas de defensa de la competencia y sobre concentraciones, que son fundamentales para el buen funcionamiento de toda economía de mercado, sino también la aplicación de una disciplina eficiente y firme en materia de ayudas estatales. Teniendo en cuenta la situación económica mundial en general y los esfuerzos realizados en Europa para fomentar el crecimiento, es fundamental utilizar lo mejor posible la interacción entre los diversos instrumentos políticos de que dispone la Comisión y que el incremento de la competitividad de la UE continúe siendo una de las prioridades de la Comisión*²⁹.

- c) La protección del bienestar de los consumidores. El bienestar de los consumidores se ve favorecido, por ejemplo, al reprimir los cárteles y abusos de posición de dominio en beneficio del mantenimiento de una competencia plena; ya que los consumidores pueden disfrutar de precios más bajos, mejores servicios y una más amplia posibilidad de elección cuando la competencia funciona correctamente (Comisión Europea; 2002: 21). En relación con este objetivo, según Díez Estella

²⁹ También cabe citar la Comunicación de la Comisión de 31 de octubre del 2007 (COM (2007) 666 final) que resume el contenido esencial del Informe de 2007 sobre la competitividad europea. En el apartado tercero de la Comunicación se destaca como motores de la competitividad en el marco de la Agenda de Lisboa, el incremento de la competencia en mercados abiertos y con un marco regulador adecuado, factor que tiene efectos positivos para la productividad y el empleo, puesto que mejora la eficiencia en términos asignativos, productivos y de innovación. En relación con los beneficios de la competencia respecto la productividad puede citarse también la Comunicación de la Comisión «Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva» de 20 de abril de 2004 (COM (2004) 293 final).

(2003: 51-52), el Derecho comunitario de la competencia (a diferencia del estadounidense) no está habitualmente dispuesto a permitir un aumento general de la riqueza si no redundan en beneficio concreto de un consumidor, y en general también está dispuesto a sacrificar eficiencias si ello redundan en un avance en la integración de los mercados.

- d) La creación de un mercado único europeo. El cual se define como un espacio sin fronteras interiores, en el que debe haber libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El próximo epígrafe se dedica precisamente al mercado único y la defensa de la competencia en el sistema comunitario. No obstante, resaltar con carácter previo que todos los objetivos citados están íntimamente relacionados. Así, la consecución y el mantenimiento de un mercado único favorece la competencia efectiva, una asignación eficaz de los recursos en toda la Unión Europea, la competitividad de las empresas y, asimismo, redundan en beneficio de los consumidores.

4. La unidad del mercado y la defensa de la competencia en el sistema comunitario

La Unión Europea pretende establecer un mercado interior y obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado, entre otros elementos, en una economía social de mercado altamente competitiva³⁰. El mercado interior está relacionado, por tanto, con la existencia de una economía de mercado muy competitiva. En este sentido, para la consecución de dicho mercado único es necesario evitar que haya barreras entre los Estados miembros, ya provengan éstas de prácticas de los agentes económicos (como pueden ser la fijación de precios o el reparto de mercados que limiten el comercio entre los Estados miembros), ya deriven de actuaciones del ámbito público (establecimiento de aranceles, regulaciones anticompetitivas, ayudas públicas, etc., que también restrinjan dicho comercio). Se trata, en definitiva, de preservar la apertura de los mercados para la consecución del mercado europeo.

Asimismo, el poder constituir un mercado único es un elemento para conseguir la integración económica. Con esta finalidad la Unión Europea utiliza diversos instrumentos y políticas. Ello supone que, además de lograr la libre circulación efectiva de mercancías, personas, servicios y capitales, se adopten aquellas medidas dirigidas a la unidad económica como pueden ser,

³⁰ De conformidad con la redacción del artículo 2.3 del Tratado CE según la modificación realizada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (*DOUE*, C 306, de 17 de diciembre de 2007) y que entrará en vigor previa ratificación de los Estados miembros.

por ejemplo, la profundización y extensión de la moneda única o la armonización de las políticas fiscales y presupuestarias; así como que se apliquen políticas comunes sectoriales como en el caso del transporte, la industria, el comercio o la agricultura. Sobre esta cuestión cabe señalar que el sistema económico de libre mercado es el medio más adecuado para alcanzar la integración económica, de lo que se deduce la importancia de la política de libre competencia y su interrelación con el resto de políticas comunitarias que favorecen los intercambios comerciales en el ámbito europeo. Integración económica y unidad de mercado están íntimamente relacionadas.

La política de defensa de la competencia comunitaria, para la consecución del mercado único y del resto de objetivos citados, dispone de varios instrumentos: la aplicación de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia, tanto las colusorias como las abusivas; el control de las operaciones de concentración; o el control supranacional de las ayudas públicas (Comisión de las Comunidades Europeas; 2007: 2)³¹. En esta materia el Tratado de la Comunidad Europea establece las normas sobre competencia³² en los artículos 81 a 89, distinguiendo entre las disposiciones aplicables a las empresas³³ (artículos 81 a 86) y las referentes a ayudas otorgadas por los estados (artículos 86 a 89). Los siguientes párrafos se dedican a dichos instrumentos.

³¹ En el XXXII Informe de la Comisión sobre la política de competencia 2002 (Comisión Europea; 2003: 17) se señala que la política de competencia de la Unión se asienta en unos pilares estrechamente relacionados que permiten reportar los beneficios de la competencia efectiva al consumidor y, al mismo tiempo, mejorar la competitividad de la industria europea. Según el informe estos pilares son: la aplicación rigurosa de las normas de defensa de la competencia, que prohíben los acuerdos o prácticas restrictivos e injustificados y abusar de las posiciones dominantes; el necesario control de concentraciones para evitar que en un mercado se creen o consoliden posiciones dominantes mediante fusiones y adquisiciones; el control supranacional de las ayudas estatales, a fin de que la intervención de los Estados no falsee la situación competitiva en el mercado a través de subvenciones y exoneraciones fiscales; y la apertura de los sectores económicos en los que aún no está firmemente arraigada la competencia efectiva aplicando una política de liberalización gradual. El presente artículo se centra en los tres primeros de conformidad con el contenido principal en relación a los instrumentos de los diferentes informes sobre política de la competencia de la Comisión. Sin embargo, es preciso resaltar que la construcción del mercado único ha significado también, desde hace tiempo, abrir a la competencia muchos sectores regulados (energía, telecomunicaciones, transporte, ...) (HUERTA ARRIBAS, E.; 1995: 326). La aplicación de una política de liberalización de los sectores económicos con el objetivo de suprimir barreras de cualquier tipo al acceso y al ejercicio de las actividades económicas en el mercado europeo es otra manifestación de la política de defensa de la competencia en relación a la unidad del mercado.

³² El derecho europeo de la competencia ha sido definido como aquel conjunto de normas jurídicas que sirven para luchar contra las conductas de las empresas y de los Estados que tienen como objeto o como efecto falsear la competencia en el interior del mercado común, afectando al comercio intracomunitario (CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; 2003: XX).

³³ Tanto las privadas como las públicas.

a) *Aplicación de las normas contrarias a las prácticas restrictivas de la competencia, colusorias o abusivas*

El artículo 81.1 del Tratado CE prohíbe los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. El precepto se refiere tanto a los acuerdos, decisiones y prácticas de los agentes económicos privados como a los de los públicos. También es destacable que no es necesario que se lleguen a producir los efectos, únicamente se requiere que tengan por objeto restringir, falsear o limitar la competencia. Asimismo, la práctica colusoria tiene que poder afectar al comercio entre Estados miembros, dado el objetivo de integración de la política comunitaria de competencia. Esta afectación ha de ser sensible o apreciable para evitar una sobreaplicación del derecho comunitario en casos en los que la afectación es mínima o poco relevante (Prieto Kessler, E., 2005: 101). Estos acuerdos o decisiones prohibidos son nulos del pleno derecho (artículo 81.2).

No obstante, dado que hay acuerdos que presentan eficiencias que podrían compensar las limitaciones a la competencia que suponen, el artículo 81.3 establece que la prohibición de las disposiciones del apartado primero podrán ser declarados inaplicables a los acuerdos, decisiones o prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso económico, si reservan a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, y siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una partes sustancial de los productos de que se trate.

El artículo 82 del Tratado CE, por su parte, dispone que son incompatibles con el mercado común y quedan prohibidos, en la medida que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por una o más empresas, de su posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Aquí lo que está prohibido es el abuso, no la posición de dominio en sí misma. Al igual que el artículo anterior se aplica cuando las conductas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros³⁴.

Las prácticas prohibidas según los artículos 81 y 82 del Tratado CE tienen una gran importancia en el derecho de la competencia comunitario que se deriva, entre otros aspectos, de la trascendencia que tienen de poder fragmentar el mercado único europeo y crear barreras al comercio intracomunitario. Se

³⁴ La cláusula de afectación al mercado común determina el ámbito de aplicación del derecho de la competencia europeo, tal como se recoge en la Comunicación de la Comisión de 27 de abril del 2004, que establece las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.

pueden citar como ejemplo algunas prácticas como son las que fijan precios o condiciones de ventas, los dirigidos al reparto de mercado o clientes, las limitaciones de producción, las restricciones verticales que obstaculicen las importaciones paralelas, el establecimiento de condiciones discriminatorias en los diferentes mercados nacionales, etc.

El artículo 86, a su vez, determina que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán respecto a las empresas públicas y aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado. Y añade, en el 86.2, que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tenga el carácter de monopolio fiscal también quedan sometidas a las normas del Tratado y en especial a las de competencia, en tanto en cuanto dichas normas impidan el cumplimiento de la misión específica que tengan confiada.

Durante el año 2006 la Comisión adoptó siete decisiones finales en materia de cárteles, por las cuales multó a 41 empresas por un total de 1.846 millones de euros. También, en este periodo, la Comisión adoptó una decisión final en la que constató abusos de posición dominante en contra del artículo 82 del Tratado CE. Asimismo, impuso una sanción definitiva de 280.5 millones de euros a Microsoft por incumplimiento de varias de sus obligaciones de conformidad con la Decisión de 2004 que constataba una infracción del artículo 82 (Comisión de las Comunidades Europeas; 2007: 4-5).

b) *El control de operaciones de concentración*

Se quieren detectar y evitar aquellas operaciones de concentración que establezcan o aumenten una posición dominante, y que por medio de la misma se obstaculice significativamente la competencia en todo o en una parte sustancial del mercado comunitario. La materia de control de concentraciones está regulada por el Reglamento 139/2004³⁵. En el año 2006, el número de concentraciones notificadas a la Comisión alcanzó la cifra de 356. La Comisión adoptó 352 decisiones finales, entre las que no hubo ninguna de prohibición (Comisión de las Comunidades Europeas; 2007: 6).

c) *El control de ayudas públicas*

Los artículos 87, 88 y 89 del Tratado CE regulan las ayudas otorgadas por los Estados miembros, que serán incompatibles con el mercado común en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre dichos Estados. Las medidas proteccionistas de los Estados miembros dirigidas a favorecer las empresas nacionales, como son las ayudas de Estado pueden

³⁵ DOUE L 24/01, de 24 de enero de 2004.

tener efectos de fragmentación del mercado por ser contrarias al principio de equidad económica o de igualdad de oportunidades entre los agentes económicos que defiende la Comisión Europea. En el año 2006 hubo un aumento significativo en la materia de control de ayudas por parte de la Comisión con 921 nuevos asuntos. La Comisión aprobó en una inmensa mayoría de los casos las medidas, y únicamente en un 2% de todas las decisiones constató que la ayuda no cumplía la normativa sobre ayuda estatal (Comisión de las Comunidades Europeas; 2007: 8).

Finalmente, señalar con relación a la defensa de la competencia en el sistema comunitario, que la Comisión Europea ha venido desarrollando un proceso de modernización del derecho comunitario de la competencia en los últimos años. En este proceso destaca el Reglamento número 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002³⁶, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. El mismo se completa con el Reglamento 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado³⁷ y por un conjunto de diez Comunicaciones de la Comisión que desarrollan el Reglamento 1/2003 citado.

Con la finalidad de garantizar la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia³⁸ y alcanzar sus objetivos, entre los que se encuentra la consecución de un mercado único comunitario, el Reglamento 1/2003 impulsa la participación de las autoridades de los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario de la competencia y atribuye expresamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados la competencia para la aplicación directa de los artículos 81 y 82 del Tratado (artículos 5 y 6 del Reglamento). Ello conlleva a una importante descentralización en la aplicación del derecho comunitario de la competencia, donde participan órganos administrativos y órganos judiciales³⁹.

La existencia de una pluralidad de órganos, administrativos y judiciales, competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, no tiene por qué

³⁶ *DOUE*, L 1/1, de 4 de enero de 2003.

³⁷ *DOUE*, L 123/18, de 27 de abril de 2004.

³⁸ Para alcanzar una aplicación más eficaz y eficiente de las normas comunitarias de competencia, en el proceso de modernización se ha sustituido el sistema de notificación de acuerdos prohibidos pero autorizables por un sistema de excepción legal. Según el mismo los agentes económicos deberán de proceder a la autoevaluación de sus acuerdos. También se requiere una mayor aplicación del análisis económico para evaluarlos. En este sentido se ha pasado de un sistema de control de posibles prácticas restrictivas de la competencia excesivamente formalista, a otro en el que adquiere una gran relevancia el análisis económico de los efectos que pueden producir las prácticas y los acuerdos.

³⁹ Sobre la participación de los órganos administrativos y judiciales ver FRANCO I SALA (2006b).

suponer un disminución de la seguridad jurídica y de la aplicación uniforme del derecho comunitario de la competencia. En este sentido hay que tener presente el principio de primacía del derecho comunitario y los mecanismos de cooperación. Con relación al primero, el artículo 3 del Reglamento 1/2003 establece que:

- a) Las autoridades de los Estados miembros deben de aplicar de forma concurrente el derecho comunitario y estatal cuando las conductas puedan afectar el comercio entre los Estados miembros.
- b) El derecho estatal no se puede aplicar de forma que produzca resultados contrarios a los de derecho comunitario respecto a una misma conducta.
- c) Las legislaciones estatales pueden regular de forma más estricta la conducta prevista en el artículo 82 del Tratado.

Por lo que se refiere a la cooperación entre la Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros y los órganos jurisdiccionales de dichos Estados, el Reglamento 1/2003 dedica el capítulo IV (artículos 11 a 16). En estos artículos se fijan mecanismos de cooperación que procuran tanto la eficacia del sistema descentralizado como la aplicación uniforme del derecho comunitario. En este sentido se establece que:

- a) La Comisión y las autoridades de la competencia de los Estados miembros aplicarán la normas de competencia comunitaria en estrecha colaboración, según dispone el artículo 11.1 del Reglamento. Con esta finalidad en los artículos 11, 12 y 13 del Reglamento se establecen mecanismos de cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros y la Comisión, intercambio de información y suspensión o fin de los procedimientos⁴⁰.
- b) Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar información a la Comisión (artículo 15.1) y los Estados remitirán a la Comisión una copia del texto de las sentencias de los tribunales en las que apliquen los artículos 81 y 82 del Tratado (artículo 15.2). Asimismo, la Comisión y las autoridades de los Estados miembros podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas y verbales a los órganos jurisdiccionales de su respectivo Estado sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado (artículo 15.3).
- c) Los mecanismos para la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia (artículo 16), cuestión relacionada con un

⁴⁰ En este ámbito hay que considerar la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (*DOUE*, C 101/3, de 27 de abril de 2004).

sistema basado en la primacía de la Comisión en la aplicación del derecho comunitario. Así, cuando los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado miembro se pronuncien sobre conductas restrictivas en virtud del artículo 81 u 82 del Tratado que hayan sido objeto de decisión previa de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con ésta. Asimismo, los órganos jurisdiccionales deberán evitar adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos ya incoados, procediendo, en su caso, a la suspensión del procedimiento judicial.

5. Conclusiones

A modo de conclusiones de los apartados anteriores destacar:

PRIMERA.—El sistema español de defensa de la competencia, desde la perspectiva de las administraciones, se compone de órganos estatal y autonómicos de conformidad con la sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional. La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia y la Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, han establecido la distribución de competencias en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

SEGUNDA.—La actividad de los órganos autonómicos de defensa de la competencia actuando y colaborando conjuntamente con los órganos estatales ha supuesto importantes ventajas para los ciudadanos, las empresas y el conjunto de la economía; ha reforzado la eficacia del sistema; así como ha quedado preservada la seguridad jurídica.

TERCERA.—Las políticas de defensa de la competencia y la existencia de órganos autonómicos conjuntamente con el estatal refuerzan la unidad de mercado.

CUARTA.—La política de defensa de la competencia comunitaria tiene distintas finalidades u objetivos como son el favorecer la existencia de una competencia efectiva, facilitar la competitividad de los agentes económicos europeos o la protección del bienestar de los consumidores. A estos objetivos comunes en una política de defensa de la competencia hay que añadir, en el caso comunitario, el objetivo específico de la consecución de un mercado único europeo formado por la integración de los mercados de los Estados miembros.

QUINTA.—La Comisión Europea ha venido desarrollando un proceso de modernización del derecho comunitario de la competencia en los últimos años con la finalidad de garantizar la aplicación eficaz de las normas comunitarias y

alcanzar sus objetivos, entre los que se encuentra la consecución de un mercado único comunitario. Esta reforma supone una importante descentralización en la aplicación del derecho comunitario de la competencia, donde participan los órganos administrativos y los órganos judiciales de los Estados miembros.

Bibliografía

- CABALLERO SANZ, F. (1999): «La política de defensa de la competencia como instrumento de integración en el mercado común», *Economía de la Unión Europea* (J.M. Jordán Galduf coord.), Editorial Civitas, pp. 227-242.
- CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2003): *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid.
- CARPIO GARCÍA, M. (2003): «La unidad del orden económico y los principios de unidad de mercado y de unidad de la política económica», *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario* (M. Balado Ruiz-Gallego y J.A. García Regueiro coord.), J.M. Bosch Editor, pp. 765-772.
- COMISIÓN EUROPEA (2002): *XXXI Informe sobre la política de competencia 2001*, Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo.
- COMISIÓN EUROPEA (2003): *XXXII Informe sobre la política de competencia 2002*, Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo.
- COMISIÓN EUROPEA (2004): *XXXIII Informe sobre la política de competencia 2003*, Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEA (2007): *Informe sobre la política de competencia 2006*, COM (2007) 358 final.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2003): «Los objetivos del derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 224, marzo-abril, pp. 32-52.
- FRANCO I SALA, LL. (2004): «Els òrgans catalans de defensa de la competència. Els beneficis de la descentralització», *Competència i Territori*, Generalitat de Catalunya, pp. 101-115.
- FRANCO I SALA, LL. (2006a): «La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán», *Ekonomiaz*, n.º 61, 1.º trimestre, pp. 216-231.
- FRANCO I SALA, LL. (2006b): «La judicialització del dret de la competència i el nou paper dels òrgans administratius», *Aplicació del Dret de la Competència a Catalunya. Òrgans administratius, òrgans judicials*, Generalitat de Catalunya, pp. 15-27.
- FRANCO I SALA, LL. (2007): «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los órganos autonómicos», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 248, marzo-abril, pp. 93-102.
- GUTIÉRREZ CARRIZO, I. (2006): «Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico», *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Círculo de Empresarios, Libro Marrón, Madrid, pp. 121-149.
- HUERTA ARRIBAS, E. (1995): «Política de competencia e integración de mercados en la Unión Europea», *Papeles de Economía Española*, n.º 83, pp. 324-334.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (2005): «La unidad de mercado nacional en la Constitución Española», *La España de las Autonomías. Reflexiones 25 años después* (P. Gar-

- cía Escudero, J. Lerma Blasco y M. Roca Junyent, coord.), J.M. Bosch Editor, pp. 93-100.
- LADRÓN RODA, T. (2000): «Unidad de mercado: Estado, Comunidades Autónomas y Comunidad Europea», *Revista General de Derecho*, n.º 667, pp. 3837-3881.
- MARCOS, F. (2006): «El principio constitucional de unidad de mercado: ¿fragmentación del mercado por las leyes autonómicas?», *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Círculo de Empresarios, Libro Marrón, Madrid, pp. 173-227.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2005): *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- PETITBÓ JUAN, A. (2006): «El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado», *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Círculo de Empresarios, Libro Marrón, Madrid, pp. 255-283.
- PETITBÓ JUAN, A. (2007): «La modernización del derecho español de defensa de la competencia. La necesidad de remover estorbos», *La Administración Pública que España necesita*, Libro marrón, Círculo de Empresarios, Madrid, pp. 237-279.
- PRIETO KESSLER, E. (2005): «La política de defensa de la competencia en la Unión Europea», *Información Comercial Española*, n.º 280, pp. 99-110.
- VÁZQUEZ VEGA, P. (2006): «¿Importa la unidad de mercado? El tamaño de los Estados», *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Círculo de Empresarios, Libro Marrón, Madrid, pp. 355-367.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A. (2005): *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Madrid.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A. (dir.) (2006): *Diccionario de derecho de la competencia*, Iustel, Madrid.

Las asociaciones de consumidores ante el abuso de posición dominante en la Unión Europea¹

Fernando García Cachafeiro
Profesor Titular de Derecho Mercantil

Sumario: 1. Introducción.—2. El limitado papel desempeñado tradicionalmente por los consumidores en los litigios *antitrust*.—3. El estímulo de las reclamaciones colectivas de daños y perjuicios. 3.1. Planteamiento. 3.2. Compatibilidad de la acción colectiva con las reclamaciones individuales. 3.3. Asociaciones legitimadas para interponer la reclamación de daños. 3.4. El reparto de la indemnización.—4. Conclusión.

Resumen: El trabajo analiza la iniciativa de la Comisión Europea incluida en el *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, que consiste en establecer cauces procesales específicos en los Estados miembros que faciliten la presentación por parte de las asociaciones de consumidores, de reclamaciones de daños y perjuicios contra empresas que abusen de su posición dominante en el mercado. La propuesta exige resolver algunas cuestiones problemáticas como la compatibilidad de las acciones colectivas con las individuales, la supervisión pública de las asociaciones legitimadas para velar por los intereses colectivos o el destino de la indemnización en aquellos supuestos en los que los consumidores no puedan ser fácilmente identificables o su perjuicio individual sea muy reducido.

Palabras clave: Competencia, Abuso de posición dominante, Consumidores, Asociaciones de consumidores, Reclamaciones de daños y perjuicios.

Abstract: *The purpose of this paper is to analyze the European Commission's Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and its proposal to adopt specific procedures for collective damages claims within the Member States, which shall promote claims by consumer associations against dominant undertakings that abuse of its position in the market. In order to design these specific procedures for collective claims, a number of questions should be answered such as the compatibility between collective claims and the claims brought by individual consumers; the rules to determine which associations should have standing to sue; and the alternative means*

¹ El presente trabajo tiene su origen en una intervención de su autor en el Forum on Competition Law: Art. 82 EC: new interpretation, new enforcement mechanisms?, celebrado en Munich en octubre de 2006, organizado por el Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law.

of compensation in cases where individual compensation cannot be accomplished due to the number of victims or the little amount of the individual loss.

Keywords: *Competition, Abuse of a dominant position, Consumers, Consumers' Associations, Damages claims.*

1. Introducción

En la actualidad existe un amplio consenso acerca del papel central que ocupan los consumidores en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE que prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común. Desde un punto de vista sustantivo, el bienestar de los consumidores constituye hoy el principal bien jurídico protegido por el precepto, tanto en relación con los denominados abusos «explotativos» que inciden directamente sobre los clientes de la empresa dominante, como en el caso de los abusos «excluyentes» que perjudican directamente a sus competidores. Así lo ha señalado la Comisión Europea en su *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, en el que se afirma que las conductas de las empresas dominantes respecto de sus rivales sólo están prohibidas cuando se acredite que perjudican a los consumidores².

El énfasis en los consumidores también se ha puesto de manifiesto desde un punto de vista procesal tras la publicación por la Comisión del *Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules* en el que se proponen medidas para favorecer la presentación de reclamaciones de daños y perjuicios contra las empresas que restringen la competencia en el mercado³. En el presente trabajo nos ocuparemos de una de estas propuestas —el fomento de las reclamaciones de daños por las asociaciones de consumidores— que debe ser examinada en el marco del comentado proceso que otorga a los consumidores un papel protagonista en el Derecho de la competencia comunitario.

2. El limitado papel desempeñado tradicionalmente por los consumidores en los litigios *antitrust*

Los abusos cometidos por una empresa que goza de una posición dominante suelen provocar un aumento de precios o una reducción de la calidad

² Bruselas, diciembre de 2005.

³ Bruselas, diciembre de 2005, *COM* [2005] 672 final.

de los productos en el mercado, con el consiguiente perjuicio de los consumidores de los productos o servicios afectados. A pesar de ser en último término los perjudicados por las conductas abusivas, los consumidores y las asociaciones que los representan han tenido tradicionalmente una intervención muy limitada en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE. En efecto, hasta la fecha, se han limitado a presentar denuncias ante las autoridades de competencia para que ordenasen la interrupción de las conductas anti-competitivas y, en su caso, impusiesen multas a las empresas infractoras. Asimismo, es habitual que las asociaciones de consumidores se personen en litigios iniciados por terceros —generalmente competidores de la empresa dominante— para exponer el punto de vista de los clientes afectados.

El Libro Verde de la Comisión pretende que las asociaciones den un paso más y comiencen a reclamar también que se indemnice a los consumidores por los daños y perjuicios que les causan las conductas abusivas⁴. Los servicios de competencia comunitarios reconocen que actualmente las reclamaciones de daños se encuentran en un estado de «completo subdesarrollo» en la Unión Europea como consecuencia de su sometimiento a una gran variedad de normativas —el Derecho procesal *antitrust* no está armonizado— que se caracterizan, en mayor o menor medida, por los siguientes factores: rigidez de las normas sobre acceso a documentos («discovery») y carga de la prueba; exigencia de requisitos subjetivos de culpabilidad; limitación del importe de la indemnización al valor del perjuicio sufrido; dudas en torno a la legitimación activa de los adquirentes indirectos y la teoría del «passing-on»; rigurosidad de las reglas sobre costas procesales; y ausencia de mecanismos efectivos para interponer demandas colectivas⁵.

En relación con el último fenómeno indicado, la Comisión estima que deben fomentarse las reclamaciones colectivas de daños en la Unión Europea ante las dificultades que se les presentan a los consumidores para hacer valer sus derechos de manera individual. Cuando una empresa dominante abu-

⁴ Aunque no existe ningún precepto en el Tratado CE que regule la indemnización de los daños y perjuicios causados por una empresa que infringe los artículos 81 y 82, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho de los particulares a reclamar daños y perjuicios mediante la presentación de una reclamación ante los tribunales nacionales que deberá tramitarse de conformidad con las normas procesales de cada Estado miembro. Como señala la célebre sentencia *Courage v. Crehan* (asunto C-453/99 Rec. I-627 [2001], párrafo 26): «la plena eficacia del artículo 81 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia».

⁵ Vid. WAELBROECK, D., SLATER, D., EVEN-SHOSHAN, G., *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules* (Ashurst Report), agosto 2004.

sa de su poder económico en el mercado, su conducta afecta generalmente a un colectivo muy amplio de consumidores que, sin embargo, suelen sufrir un perjuicio individual relativamente pequeño. En estas condiciones, aunque el daño ocasionado en el mercado pueda ser muy elevado, el impacto sobre cada consumidor es reducido y, en consecuencia, el consumidor no tiene suficientes incentivos para acudir a los tribunales en busca de una indemnización. Como señaló el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Hannover Shoe*, «el consumidor individual casi nunca tiene suficiente interés en presentar una demanda por daños dado que éstos pueden ser relativamente pequeños»⁶.

3. El estímulo de la reclamaciones colectivas de daños y perjuicios

3.1. Planteamiento

La Comisión se propone solucionar el inconveniente que supone la ausencia de incentivos individuales, mediante la adopción de normas procesales que favorezcan la presentación de reclamaciones por parte de las asociaciones de consumidores⁷. Las reclamaciones de las asociaciones de consumidores tiene como principal virtud que permiten compensar a las víctimas de las conductas anticompetitivas: los consumidores obtienen una compensación que difícilmente obtendrían actuando de manera individual⁸.

⁶ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

⁷ La Comisión también ha adoptado propuestas para agilizar la presentación de reclamaciones individuales por parte de los consumidores. En concreto, ha presentado una propuesta de Reglamento para simplificar las reclamaciones de cuantía inferior a 200 € presentadas por los consumidores (Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Procedimiento Europeo de Reclamaciones de Menor Cuantía, *COM* [2005] 87, de 15 de marzo de 2005). En este procedimiento, que se ofrecerá a los consumidores como una alternativa a los mecanismos ya existentes en los distintos Estados miembros, el consumidor podrá presentar su reclamación mediante un formulario estándar, sin la asistencia de un abogado y sin exponerse a coste alguno en caso de que resulte desestimada. La sentencia recaída en esta clase de procedimientos será ejecutable automáticamente en cualquier Estado miembro. El nuevo mecanismo procesal —cuando resulte aprobado— resultará aplicable también a las reclamaciones de daños por la infracción del Derecho *antitrust*, por lo que cabe esperar un aumento de reclamaciones individuales en el futuro.

⁸ *Vid.* KROES, N., «Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials», discurso de la Comisaria de Competencia en la Conferencia «La reparation du prejudice cause par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives», París, 17 de octubre de 2005, p. 2. en el que manifiesta que «la principal ventaja de las reclamaciones particulares es que permiten obtener una justicia directa; faculta a las víctimas de un comportamiento anticompetitivo ilegal obtener compensación por las pérdidas que les han ocasionado».

Además, el incremento de este tipo de reclamaciones también tiene un efecto positivo para la competencia en general puesto que facilita la detección de abusos y el castigo de los culpables. Por un lado, si se abren cauces viables para la presentación de demandas colectivas, se incrementan las probabilidades de investigar y —en su caso— sancionar las conductas prohibidas por la legislación *antitrust* dado que junto con los expedientes tramitados por la Comisión, jugarán un papel relevante los iniciados por las asociaciones de consumidores. Por otro lado, las reclamaciones de las asociaciones aumentan el riesgo al que se exponen las empresas que deciden restringir la competencia pues junto con la sanción administrativa que les puede imponer la Comisión, deben considerar la posibilidad de tener que abonar una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores⁹. En definitiva, «es necesario reforzar las reclamaciones de los consumidores finales, porque contribuyen directamente al objetivo de compensar a las víctimas y disuadir a los futuros infractores»¹⁰.

La propuesta de facilitar las reclamaciones individuales no está, sin embargo, exenta de problemas. Dejando a un lado los inconvenientes relacionados con el modo de llevar a cabo la reforma, la regulación de las reclamaciones colectivas de los consumidores debe dar respuesta —al menos— a los tres interrogantes siguientes. En primer lugar, debe resolverse la difícil relación entre las reclamaciones colectivas y las individuales pues aunque la acumulación de acciones tenga efectos beneficiosos, no cabe desconocer que no deben privar a los consumidores de su derecho a presentar una reclamación individual. En segundo término, se plantean dudas acerca de qué asociaciones han de estar legitimadas para reclamar daños y perjuicios; debe optarse por un sistema abierto en el que cualquiera puede erigirse en representante de los intereses colectivos o debe, en cambio, restringirse de algún modo la legitimación activa a las asociaciones más representativas. Finalmente, otra cuestión a la que debe hacerse frente es el destino de la indemnización en el supuesto de que la asociación tenga éxito en su demanda pues —con frecuencia— surgen dificultades a la hora de identificar a los consumidores perjudicados y hacer efectivo el pago de las indemnizaciones. En las páginas siguientes trataremos de dar respuesta a los tres interrogantes planteados.

⁹ Vid. KROES, *op. cit.*, p. 2, quien afirma que «no hay duda de que el riesgo de tener que pagar una indemnización por los daños que se causen por una infracción del Derecho de la competencia, tiene un fuerte efecto desincentivador de esta clase de conductas».

¹⁰ Cfr. el Libro Verde, *op. cit.*, p. 52.

3.2. *Compatibilidad de la acción colectiva con las reclamaciones individuales*

3.2.1. MANTENIMIENTO DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

El Libro Verde sobre reclamaciones de daños adopta como punto de partida la idea de que el establecimiento de algún tipo de procedimiento especial para las reclamaciones de las asociaciones de consumidores no debe impedir el ejercicio de acciones individuales por parte de éstos. En efecto, los consumidores deben conservar su derecho a decidir si desean unirse a la reclamación colectiva o si, por el contrario, prefieren interponer su propia demanda por daños y perjuicios¹¹.

La conservación de las acciones individuales se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por las constituciones de los Estados miembros. Impedir a los individuos acceder a la justicia por el sólo hecho de que una asociación —que representa sus intereses— haya decidido interponer una demanda, resultaría incompatible con el citado principio constitucional. Aunque se trata de una cuestión escasamente estudiada en los Estados miembros por la ausencia de precedentes, la tesis de la Comisión Europea encuentra amplio refrendo en la jurisprudencia norteamericana en la que abundan los pronunciamientos que vinculan las acciones individuales con la tutela judicial efectiva. Así, en su sentencia *Phillips Petroleum Co. v Shutts*, el Tribunal Supremo norteamericano señaló que si la reclamación colectiva de daños privase a los consumidores de su derecho a reclamar individualmente, se estaría cercenando su derecho a un proceso justo¹².

3.2.2. ACCIONES INDIVIDUALES Y EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

La coexistencia de las reclamaciones individuales y colectivas puede, no obstante, plantear dificultades por el juego del principio de cosa juzgada que —*grosso modo*— impide presentar una demanda sobre un asunto ya resuelto por los tribunales. Si una asociación de consumidores demanda a una empresa por un abuso de posición dominante, cabe plantearse si la parte demandada no podría alegar la excepción de cosa juzgada en relación con las reclamaciones de daños que posteriormente le dirijan los consumidores de manera individual respecto de la misma conducta abusiva. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, la cosa juzgada impediría la compatibilidad de acciones colectivas e individuales que promueve la Comisión.

¹¹ De hecho, la Opción 25 del Libro Verde lleva por título: «Legitimación de las asociaciones de consumidores sin privar a los consumidores individuales de la posibilidad de interponer una acción».

¹² *Cfr.* 472 U.S. 797 (1985), pp. 812-14.

Aunque existen grandes diferencias entre los distintos Estados miembros acerca del alcance de la cosa juzgada — particularmente entre los países continentales y los del *Common Law* —, un rasgo común de este principio es que exige no sólo identidad de hechos y de acciones, sino también identidad de partes; es decir, lo que realmente prohíbe es que una misma persona puede reclamar dos veces por la misma causa. Así las cosas, la mayoría de los autores estiman que el principio de cosa juzgada puede ser utilizado para impedir las reclamaciones de los consumidores que se hayan adherido a la demanda colectiva de la asociación — porque existiría identidad de partes —, pero no constituye un obstáculo para las demandas individuales de quienes no hayan participado en el litigio previo¹³.

La tesis mayoritaria que acabamos de describir no es compartida, sin embargo, por el legislador español quien extiende las consecuencias de la cosa juzgada a los no litigantes en las demandas presentadas por las asociaciones de consumidores. Si bien, como regla general, la cosa juzgada «afecta a las partes del proceso», en los litigios colectivos regulados en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el artículo 222 del citado texto legal declara que la cosa juzgada afectará también «a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes», esto es, a los consumidores individuales cuyos intereses defienden quienes han participado en el litigio colectivo. El artículo 222 LEC constituye, por tanto, un impedimento en nuestro país para hacer efectiva la aspiración de la Comisión Europea de que los consumidores pueden recurrir a sus reclamaciones individuales, con independencia de la interposición de una demanda por parte de una asociación.

Por otra parte, cabe preguntarse qué sucede en aquellos asuntos en los que el ligio planteado por la asociación de consumidores concluya con un acuerdo extrajudicial. En la medida en que la cosa juzgada rige sólo respecto de las sentencias judiciales, hay que entender que el pacto extrajudicial sólo vincula a quienes tomaron parte en él, en consonancia con su naturaleza contractual¹⁴.

¹³ *Vid.*, al respecto, el interesante trabajo de GIDI, A., «Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries», (2003) 51 *Am. J. Comp. L.* 311, pp. 384-99. Sin embargo, otros autores estiman que la cosa juzgada sí es un obstáculo para las reclamaciones posteriores de los consumidores individuales. *Vid.* los comentarios al Libro Verde enviados por MULHERON, R., «Damages Actions for a Breach of the EC Antitrust Rules», p. 5 (21 de abril de 2006). Los comentarios al Libro Verde pueden consultarse en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_contributions.html.

¹⁴ *Vid.* RUTHERGLEN, G., («Better Late than Never: Notice and Opt Out at the Settlement Stage of Class Actions», (1996) 71 *N.Y.U.L. Rev.* 258, p. 290) quien señala que los consumidores individuales pueden incluso utilizar los acuerdos extrajudiciales para sustentar reclamaciones más ambiciosas contra las empresas dominantes.

3.2.3. LA RENUNCIA VOLUNTARIA A INTERPONER RECLAMACIONES INDIVIDUALES

El pleno reconocimiento de los derechos individuales de los consumidores no impide que éstos puedan renunciar voluntariamente a emprender acciones cuando consideren que sus derechos han sido o serán adecuadamente representados por la asociación que presenta la demanda. En torno a la renuncia a los derechos individuales, existen dos modelos antagónicos.

a) *Sistema opt-out*

En el denominado sistema *opt-out* si un individuo presenta una demanda en nombre de un colectivo no identificado de personas, se considera que la acción representa los intereses de todas las personas descritas en ella, salvo que éstas manifiesten su voluntad de mantenerse al margen del litigio. En este modelo, la ausencia de respuesta se considera una aceptación tácita de la acción colectiva, de manera que la sentencia que eventualmente se imponga vinculará a todos los afectados sin que sea posible una ulterior actuación procesal por su parte. En otras palabras, basta una mera conducta pasiva por parte del consumidor para considerar que ha renunciado al ejercicio de sus derechos individuales.

El sistema *opt-out* se utiliza de forma mayoritaria en los Estados Unidos cuyo legislador ha introducido ciertas cautelas para impedir que se abuse de las personas representadas en la acción colectiva. El modelo norteamericano parte de la necesidad de que un juez supervise la actuación de quienes se erigen como representantes de intereses colectivos. Sólo se admite la demanda si se dan los cuatro requisitos siguientes: *a)* los afectados forman un colectivo tan numeroso que resultaría muy difícil agregar las distintas demandas individuales; *b)* los afectados comparten los fundamentos de hecho o de derecho de la demanda; *c)* el *petitum* de la demanda responde a los estándares habituales de este tipo de acciones; y *d)* los representantes se comprometen a velar fielmente por los intereses de todos los afectados, incluidos los no identificados. Además, en caso de alcanzarse un acuerdo extrajudicial, el juez deberá decidir si los términos del mismo son justo para los afectados¹⁵.

¹⁵ Vid. *Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response to the Request for Public Comment of the Commission of the European Communities On Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules*, abril de 2006, pp. 41-51.

b) *Opt-in*

En el sistema *opt-in*, por el contrario, se estima que la actuación de la parte demandante sólo representa los intereses de quienes han manifestado su voluntad de adherirse a la misma. En consecuencia, es necesaria una conducta activa del consumidor —un acto de adhesión a la demanda colectiva— para entender que ha renunciado a su derecho a entablar una demanda individual.

El modelo *opt-in* ha sido el escogido por aquellos Estados miembros que han aprobado normas específicas sobre reclamaciones colectivas. En la primera legislación en la materia, la Ley sobre acciones colectivas de Suecia de 2003, se dispone que la acción entablada por un representante tiene efectos únicamente sobre aquellos perjudicados que informen por escrito al tribunal de su voluntad de participar en el litigio¹⁶. En nuestro país, el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) regula el llamamiento a los consumidores que deseen hacer valer sus derechos individuales, con distinto alcance y contenido según se trate de acciones de tutela de «intereses colectivos», es decir, respecto de un grupo de consumidores perfectamente identificables (párrafo 2.º) o de acciones de tutela de «intereses difusos», en las que se protegen los intereses generales de los consumidores (párrafo 3.º).

c) *Argumentos a favor y en contra de los dos modelos*

La renuncia a las acciones individuales constituye uno de los aspectos centrales que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar un procedimiento especial relativo a las reclamaciones de las asociaciones de consumidores. Se trata de una cuestión difícil de resolver por la disparidad de criterios expresados por la doctrina acerca de los dos modelos citados.

En opinión de un sector doctrinal —fundamentalmente de origen anglosajón— el modelo *opt-out* es el que debería imperar porque refuerza la posición jurídica de las asociaciones en su lucha contra las empresas dominantes. Las asociaciones de consumidores se encuentran en una situación de desventaja respecto de las grandes empresas que disponen de mayores recursos para defender sus posiciones ante la justicia, de ahí que sea necesario adoptar mecanismos jurídicos que contribuyan a equilibrar la desventaja entre ambos («levelling the playing field»)¹⁷.

¹⁶ Vid. ABYHAMMAR, M., Deputy Consumer Ombudsman, «The Swedish Group Proceedings Act and Other Means for Collective Dispute Resolution», intervención en el Workshop on Alternative Dispute Resolution celebrado en Viena, en febrero de 2006.

¹⁷ Vid. BRONSTEEN, J. («Class Action Settlements: An Opt-in Proposal», 2005 *U. Ill. L. Rev.* 903, p. 903) quien sostiene que «con la acumulación de las demandas de miles o incluso de millones de personas, se nivela el desequilibrio existentes entre los individuos y las empresas a las que acusan de un comportamiento ilegítimo».

Desde esta perspectiva, se afirma que el modelo *opt-in* no responde al objetivo de reforzar el papel de las asociaciones en su lucha contra las empresas dominantes. En primer lugar, el sistema *opt-in* hace más difícil que las asociaciones de consumidores puedan pactar con las grandes empresas la resolución extrajudicial de sus conflictos. La parte demandada en un juicio está dispuesta a hacer mayores concesiones extrajudiciales en la medida en que sea consciente de que con ellas se pone fin a la reclamación. En un sistema *opt-in*, sin embargo, el demandante no puede garantizar que con el pacto se terminen los problemas del infractor dado que siempre está abierta la posibilidad que le demanden los consumidores que no participaron en el litigio inicial. En definitiva, a las asociaciones les resultará más complicado pactar con las empresas y, por ende, obtener compensaciones por vía extrajudicial¹⁸.

Otro inconveniente vinculado al sistema *opt-in* alude al hecho de que fomenta la actitud pasiva de los consumidores que pueden limitarse a esperar el resultado favorable de la demanda colectiva para emprender sus propias acciones¹⁹. Según este punto de vista, las demandas individuales que puedan enlazar con posterioridad a una colectiva no deben ser protegidas por el ordenamiento jurídico porque no contribuyen a detectar nuevas infracciones ni a desincentivar las conductas abusivas de las grandes empresas²⁰. Con todo, es de justicia reconocer que la actitud pasiva del consumidor individual («consumer free-rider») constituye un inconveniente que preocupa especialmente en aquellos lugares en los que las costas procesales son elevadas²¹.

Un destacado sector de la doctrina se muestra, en cambio, favorable al sistema *opt-in* con apoyo, entre otros, en los tres argumentos siguientes. En primer lugar, porque reduce el riesgo de conflicto de intereses que está pre-

¹⁸ Es más, en ocasiones el pacto extrajudicial tiene como principal consecuencia el fomento de las reclamaciones individuales ante la existencia de un acuerdo que, aunque no implica un reconocimiento de culpa, da a entender que la empresa ha llevado a cabo alguna conducta irregular. Vid. PERINO, «Class Action Chaos? The Theory of the Core and an Analysis of the Opt-out Rights in Mass Tort Litigation», (1997) 46 *Emory L.J.* 85, pp. 143-144.

¹⁹ Vid. los comentarios al Libro Verde enviados por Dechert, LLP, 28 de mayo de 2006.

²⁰ Vid. BRUNET, E., («Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors», 2003 *U. Chi. Legal F.* 403, p. 427), quien señala que los consumidores individuales pueden aprovecharse de los esfuerzos de las asociaciones para «pactar una solución extrajudicial, identificar al infractor o fundamentar y presentar la reclamación».

²¹ En los Estados Unidos, los tribunales han elaborado la doctrina del fondo común («the common fund doctrine») que permite a quien primero presenta una demanda, reclamar su parte en las costas procesales a los ulteriores reclamantes que obtengan una compensación. En este sentido, en la monumental obra de NEWBERG, H. (*Newberg on Class Actions*, West Law, St. Paul, 2002, 4.^a Ed., p. 546) se afirma que «quien mediante su esfuerzo ha obtenido una beneficio para terceras personas (por ejemplo, quienes se abstuvieron de participar en la demanda colectiva), deben poder obtener una compensación de aquéllos».

sente siempre que una persona actúa en representación de otra. En el caso de las demandas colectivas, se estima que el sistema *opt-out* maximiza este riesgo toda vez que el representante actúa en nombre de un colectivo difuso de personas, que tienen muy difícil hacer valer sus derechos frente a las decisiones de sus representantes. Para ilustrar esta problemática suele aludirse a la situación de los Estados Unidos en los que no es infrecuente que quien interpone una demanda colectiva, pacte una solución extrajudicial del conflicto sin importarle las compensaciones obtenidas por los perjudicados, siempre que sus honorarios resulten elevados. Por el contrario, el modelo *opt-in* garantiza que el colectivo representado esté plenamente identificado y pueda, por tanto, defender sus intereses en el supuesto de que la asociación anteponga sus propios intereses a los del colectivo. Además, en un sistema *opt-in* los consumidores conservan su derecho a reclamar individualmente y obtener, por tanto, la compensación que no fue debidamente reclamada por el representante incurso en una situación de conflicto de intereses²².

En segundo término, este sector doctrinal entiende que no es cierta la crítica —a la que antes aludíamos— de que el sistema *opt-in* premia a los consumidores pasivos y no responde al objetivo de facilitar la lucha contra los abusos de posición dominante en los mercados. En este sentido, se estima que las reclamaciones individuales que se presentan como consecuencia de la acción previa de las asociaciones también tienen un efecto disuasorio de conductas abusivas porque las empresas dominantes son conscientes de que están más expuestas a reclamaciones²³.

Finalmente, a favor del sistema *opt-in* se aducen razones de justicia en la medida en que no parece que pueda equipararse el silencio del consumidor a un acto de adhesión de la demanda. En efecto, aunque en un sistema *opt-out* el demandante colectivo debe hacer publicidad de la presentación de la demanda para que los perjudicados la conozcan, no resulta muy realista interpretar como una adhesión la falta de interés del consumidor a la hora de leer la comunicación o de contestar a los requerimientos²⁴. Por el contrario,

²² Vid. COTTREAU, S., «The Due Process Right to Opt Out of Class Actions», (1998) 73 *N.Y.U.L. Rev.* 480, p. 481.

²³ Aunque no ayuden a detectar nuevos abusos, pues se limitan a seguir el camino marcado por la reclamación colectiva, las demandas individuales tienen un efecto desincentivador de conductas ilegales porque incrementan el riesgo de tener que pagar daños y perjuicios. Vid. CALKINS, S., «An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions», (1997) 39 *Ariz. L. Rev.* 413, p. 445.

²⁴ Vid. en este sentido los estudios empíricos elaborados por EISENBERG, T. y MILLER, G. («The Role of Opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues», [2004] 57 *Vand. L. Rev.* 1529, p.1561) en los que se concluye que «apatía, no decisión, es lo que está detrás de la inactividad (de los consumidores)».

el sistema *opt-in* permite garantizar la participación en el litigio de aquellas personas que realmente tengan interés en el mismo²⁵.

3.3. Asociaciones legitimadas para interponer la reclamación de daños

3.3.1. MODALIDADES DE CONTROL PÚBLICO SOBRE LAS ASOCIACIONES

Otro de los aspectos que, en opinión de la Comisión Europea, deben resolverse si se quiere implantar un cauce específico para las reclamaciones colectivas de los consumidores es qué asociaciones deben gozar de legitimación activa en este tipo de asuntos. En concreto, el Libro Verde plantea la disyuntiva de si se debe permitir que cualquier asociación pueda reclamar los daños ocasionados por una infracción *antitrust* o si, por el contrario, resultaría conveniente instaurar algún sistema de control previo que circunscriba la legitimación a las asociaciones supervisadas por las autoridades públicas.

El control público de las asociaciones puede ser más o menos riguroso. Así, en algunos Estados miembros se ha adoptado un modelo flexible en el que basta la inscripción en un registro *ad hoc* en el que constan determinados datos de la asociación (directivos, miembros, fines, etc.) para concederles legitimación activa. En otros, sin embargo, el control público es más riguroso y se exige la concesión de una autorización administrativa previa que se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos.

Entre los Estados miembros que han optado por un sistema flexible destaca Suecia cuyas normas procesales no exigen la obtención de un pronunciamiento administrativo previo²⁶. La tesis contraria se mantiene en otros países como Gran Bretaña, en el que la Ley de Competencia de 1998 —reformada al efecto en 2002— legitima a determinadas entidades específicas para interponer reclamaciones de daños y perjuicios ante el *Competition Appeal Tribunal*. Para merecer la calificación de «specific body» es necesario presentar una solicitud al Ministerio de Industria y Comercio, que la denegará si no se cumplen los criterios establecidos en la legislación²⁷.

En España, el artículo 11.3 de la LEC dispone que únicamente están legitimadas para reclamar la tutela de «intereses difusos» las asociaciones que «conforme a la Ley, sean representativas». La *Ley 44/2006, de 29 de diciem-*

²⁵ «La adopción del modelo *opt out* en las reclamaciones colectivas de la Europa Continental resultaría contraria al principio de Derecho procesal que condiciona la legitimación activa a la existencia de un interés en el litigio», BRKAN, «Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?», (2005) 28 *World Comp.* 479, p. 501.

²⁶ *Vid.* ABYHAMMAR, M., *op. cit.*, p. 3.

²⁷ *Vid.* Department of Trade and Industry, 'Claims on Behalf of Consumers: Guidance for Prospective Specified Bodies', disponible en www.dti.gov.uk.

bre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ha precisado el tenor del citado precepto indicando que tienen dicha consideración las asociaciones que pertenezcan al Consejo de Consumidores y Usuarios. Para ser admitidas en este órgano, las asociaciones deben cumplir determinados requisitos de representatividad, «en atención a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de consumidores y programas de actividades a desarrollar»²⁸.

3.3.2. BENEFICIOS DEL SISTEMA FLEXIBLE

Las asociaciones de consumidores pueden tener un ámbito de actuación general o pueden limitar sus actuaciones a determinados sectores económicos —por ejemplo, usuarios de servicios financieros— o respecto de determinadas áreas geográficas. También cabe la posibilidad de que se constituyan asociaciones de consumidores con el único fin de defender los intereses de un grupo de consumidores afectados por una conducta empresarial. La principal ventaja que se suele argumentar respecto de los modelos de control flexible es que permiten la creación de asociaciones *ad hoc* para hacer frente a determinadas prácticas abusivas, cuya legitimación resulta problemática en los sistemas jurídicos que exigen una autorización previa condicionada al cumplimiento de determinados requisitos.

En los países con más tradición en materia de reclamaciones colectivas, se ha planteado un interesante debate acerca de la conveniencia de fomentar este tipo de asociaciones. Para algunos autores, las asociaciones constituidas para hacer valer los derechos de los consumidores frente a una empresa dominante constituyen una fórmula que permite amparar reclamaciones colectivas de dudosa legitimidad. Al respecto, suele ponerse el ejemplo del despacho de abogados que promueve la creación de una asociación por parte de un colectivo de potenciales clientes, para después asumir su representación legal en una demanda de daños y perjuicios²⁹. Para otro sector de la doctrina, en cambio, el ordenamiento jurídico debe amparar también la constitución de asociaciones

²⁸ Artículos Vigésimo Segundo y Vigésimo Segundo bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducidos por la comentada Ley 44/2006. Asimismo, las asociaciones deben inscribirse en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores que gestiona el Instituto Nacional de Consumo, para «para poder ejercer las correspondientes acciones en defensa de sus asociados, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios» (artículo Vigésimo Primero ter). Es requisito para la inscripción el cumplimiento de los normas sobre transparencia e independencia de las asociaciones introducidas por la Ley 44/2006.

²⁹ *Vid.* LLEWELLYN, P.; SMITH, D., «EU Class Actions», en *The International Comparative Legal Guide to Product Liability*, Londres, 2006, p. 21, disponible en www.iclg.co.uk.

ad hoc porque contribuyen al legítimo objetivo de compensar a las víctimas y desincentivar las conductas contrarias a la legislación *antitrust*³⁰.

3.3.3. VENTAJAS DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

El modelo que exige una autorización administrativa previa de la asociación para que ésta pueda presentar una demanda en representación de los intereses de los consumidores tiene, fundamentalmente, las dos ventajas siguientes.

En primer lugar, la exigencia de autorización administrativa contribuye a reducir los riesgos de conflicto de intereses entre la asociación y los consumidores perjudicados, en la medida en que las asociaciones que hagan prevalecer sus intereses —o los de sus directivos— se arriesgan a que el organismo público correspondiente les retire la preceptiva autorización³¹. Además, la supervisión pública se considera especialmente necesaria en el caso de las demandas que representan a amplios colectivos de consumidores que, por su dispersión, carecen de recursos para supervisar los resultados alcanzados por la asociación³².

En segundo término, el control estricto por la Administración también puede reducir el riesgo de que se presenten reclamaciones infundadas. En la Unión Europea suele verse con recelo el modelo de litigiosidad colectiva estadounidense que ha permitido la proliferación de *class actions* que obligan a las empresas a desembolsar grandes cantidades de dinero con el único objetivo de evitar los costes de comparecer ante un tribunal. De esta perspectiva, se afirma que la exigencia de autorización administrativa previa constituiría un filtro frente a la presentación de demandas con escaso fundamento legal³³. No obstante, otros autores sostienen que a este lado del Atlántico existen numerosas circunstancias que ya actúan como barrera a este tipo de demandas, por lo que no es necesario que la

³⁰ Vid. DREXL, J.; CONDE GALLEGOS, B.; ENCHELMAIER, S.; MACKENRODT, M.; ENDTER, F., *Comments of the Max Planck Institute of Intellectual Property, Competition and Tax Law on the DG Competition Green Paper of December 2005 on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Munich, 2005, p. 19, en el que se afirma que «las asociaciones de consumidores (...) constituidas para enfrentarse a un cártel específico, contribuyen a reforzar la aplicación efectiva del Derecho comunitario de la competencia».

³¹ Vid. los comentarios al Libro Verde enviados por VAN DER BERGH, R.; VAN BOOM, W.; VAN DER WOUDE, M., «The EC Green Paper on Damages Actions in Antitrust Cases: An Academic Comment», abril, 2006, p. 17.

³² Vid. COFFEE, J., («The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action», [1987] 54 *U. Chi. L. Rev.* 877, p. 883), quien describe los problemas que tienen los consumidores para supervisar a sus representantes en las acciones colectivas interpuestas en los Estados Unidos.

³³ Vid. MULHERON, R., *op. cit.*, p. 5.

administración pública arbitre ningún mecanismo de control adicional a este respecto³⁴.

3.4. *El reparto de la indemnización*

El Libro Verde de la Comisión también plantea la pregunta de quién debe ser el destinatario de la indemnización cuando la acción entablada por la asociación de consumidores dé lugar a una sentencia condenatoria del infractor o se alcance un pacto extrajudicial para zanjar el litigio. En principio, razones de justicia llevan a pensar que la indemnización debe corresponderles siempre a los consumidores, si bien en ocasiones deben plantearse modos de reparto alternativos como consecuencia de las dificultades para indemnizar directamente a los consumidores perjudicados.

3.4.1. LOS CONSUMIDORES INDIVIDUALES COMO DESTINATARIOS DE LA INDEMNIZACIÓN

En una reclamación de daños y perjuicios presentada por una asociación de consumidores contra una empresa dominante, los consumidores deben ser los destinatarios de la indemnización en la medida en que son los perjudicados por la conducta abusiva. La asociación actúa como un mero representante de los intereses de sus miembros por lo que la indemnización debe corresponderle a estos últimos³⁵. El reparto de la indemnización entre los consumidores garantiza, además, que la asociación defienda realmente los intereses de sus miembros, evitando los conflictos de intereses que pueden surgir en el seno de la relación de representación³⁶.

3.4.2. PROBLEMAS EN EL REPARTO DE LAS INDEMNIZACIONES

a) *Identificación de las víctimas*

A los efectos de hacer efectivo el pago de la indemnización es necesario, como es lógico, proceder primero a la identificación de todos los posibles

³⁴ *Vid.* DREXL, J.; CONDE GALLEGO, B.; ENCHELMAIER, S.; MACKENRODT, M.; ENDTER, F., *op. cit.*, p. 19.

³⁵ *Vid.* DREXL, J.; CONDE GALLEGO, B.; ENCHELMAIER, S.; MACKENRODT, M.; ENDTER, F., (*op. cit.*, p. 20), quienes afirman que «en la medida en que las asociaciones son, desde esta perspectiva, fundamentalmente demandantes privados a los que se les ha conferido la representación (...) en las reclamaciones privadas de terceras personas, la indemnización debe corresponder a estas últimas».

³⁶ *Vid.* VAN DER BERGH, R.; VAN BOOM, W.; VAN DER WOUDE, M., *op. cit.*, p. 17.

perjudicados. Sin embargo, esta tarea puede resultar extremadamente difícil cuando el colectivo de personas afectado es muy numeroso, como se pone de relieve con una rápida mirada a algunos conocidos litigios colectivos en los Estados Unidos. En *Rebney v Wells Fargo* el caso afectaba a más de un millón y medio de clientes que habían expedido cheques bancarios durante un periodo de diez años. Y en *Rudolfi v Bank of America* la demanda representaba los intereses de todos los clientes que habían sido titulares de una cuenta corriente en la entidad entre los años 1973 y 1988, lo que suponía un número aproximado de nueve millones de personas.

Los métodos para identificar a las víctimas han mejorado sustancialmente como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información. En la actualidad es habitual que las empresas guarden un registro electrónico de clientes que les permite comprobar, con relativa facilidad, las pautas de consumo individual de las personas. Además, la mayoría de estos sistemas están interconectados por lo que también es posible compartir *on line* los datos sobre personas residentes en diferentes lugares. En definitiva, se puede conocer qué ha comprado cada individuo, en cualquier lugar y durante largos periodos de tiempo³⁷.

Con todo, los avances tecnológicos no han evitado todos los problemas que pueden surgir en la identificación de los perjudicados por una conducta empresarial restrictiva de la competencia. En primer lugar, el tratamiento electrónico de los datos no está disponible en todos los sectores económicos³⁸. Además, el producto examinado puede formar parte de otro, lo cual obliga a rastrear toda la cadena de producción para encontrar a los perjudicados por la conducta³⁹. Finalmente, la identificación de los perjudicados nunca puede ser completa porque no puede tenerse en cuenta a los potenciales clientes que decidieron dejar de adquirir el producto como consecuencia de las condiciones abusivas impuestas por la empresa dominante. Resulta indu-

³⁷ Vid. al respecto la relación de casos expuestos por RICHARDS, D. («What Makes an Antitrust Class Action Remedy Successful?: A Tale of Two Settlements», [2005] 80 *Tul. L. Rev.* 621, pp. 639-40) entre los que destaca el acuerdo extrajudicial por valor de mil millones de dólares logrado en el asunto *In Re Nasdaq Market-Makers Antitrust Litigation* (169 F.R.D. 493, 503 [SDNY 1996]) en el que consiguió identificarse y abonar una indemnización a 1,5 millones de perjudicados con un coste de gestión equivalente al 3% del valor del pacto alcanzado.

³⁸ En el pasado, las listas de clientes de la empresa se almacenaban en formato papel, lo cual dificultaba el contraste de los datos entre plazas distintas y complicaba su almacenamiento por tiempo indefinido. Hoy, los datos están centralizados electrónicamente y pueden ser contrastados utilizando numerosos criterios de búsqueda. Vid. RICHARDS, D., *op. cit.*, pp. 639-40.

³⁹ Vid. WILS, «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», (2003) 26 *World Comp.* 473, p. 487.

dable que estos clientes potenciales resultaron perjudicados por la conducta, pese a que sus nombres no aparecen en ninguna lista de clientes⁴⁰.

b) *Reducida cuantía del perjuicio individual*

Los abusos de las empresas dominantes con frecuencia causan graves perjuicios al conjunto del mercado y, sin embargo, apenas suponen un pequeño daño a cada uno de los consumidores afectados. Por ejemplo, en *State v Levi Strauss* un tribunal norteamericano examinó una demanda por los daños causados a siete millones de clientes, si bien la compensación para cada uno de ellos ascendía a dos dólares por pantalón adquirido. El perjuicio individual suele ser pequeño cuando el producto o servicio afectado por una conducta ilegal tiene un precio de venta al público reducido o se trata de un producto que se consume con poca frecuencia⁴¹.

3.4.3. MÉTODOS DE COMPENSACIÓN ALTERNATIVOS

La combinación de los dos factores que acabamos de exponer —numerosos afectados con un reducido perjuicio individual— ha llevado a algunos ordenamientos, fundamentalmente en los Estados Unidos, a proponer medios de compensación alternativos que resultan desconocidos a este lado del Atlántico⁴².

a) *Cupones*

Cuando la cuantía que le corresponde a cada perjudicado es tan pequeña que no compensa los gastos de gestión del abono en metálico de la indemnización, los tribunales norteamericanos aceptan, como resarcimiento de las víctimas, la entrega de *cupones* o *bonos de descuento* que los consumidores afectados pueden utilizar para adquirir productos de la empresa demandada. Los cupones o bonos pueden adoptar formas muy variadas. En unos casos el bono representa una cantidad fija, mientras que en otros supone un porcentaje de descuento en el precio final del producto. Igualmente, es posible que la

⁴⁰ *Vid.* WILS, *op. cit.*, p. 487, quien pone de relieve que «establecer quien hubiera adquirido el producto o servicio a un precio competitivo puede resultar extremadamente difícil». En parecidos términos, *vid.* JONES, «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», (2004) 27 *World Comp.* 13, p. 23.

⁴¹ *Vid.* HILLEBRAND, G.; TORRENCE, D., «Claims Procedures in Large Consumer Classactions and Equitable Distribution of Benefits», (1988) 28 *Santa Clara L. Rev.* 747, p. 759.

⁴² «En un mundo ideal, cada víctima de una conducta (ilegal) debería ser identificada. Sin embargo, en el marco de los grandes litigios colectivos, esta idea es insostenible y debe ser abandonada. Aunque la compensación individual debe llevarse a cabo siempre que sea posible», KARAS, S., «The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Graus v. Trinity Management Services», (2002) 90 *Cal. L. Rev.* 959, p. 986.

totalidad de la indemnización se pague en cupones o que éstos complementen los pagos en metálico⁴³.

La entrega de cupones es habitual en los Estados Unidos en el marco de los acuerdos extrajudiciales que ponen fin a acciones colectivas porque reducen sustancialmente los costes que tiene que soportar la empresa demandada, mientras que —al menos teóricamente— no perjudican a los demandantes que igualmente obtienen una compensación por los daños sufridos⁴⁴.

No obstante, los cupones entrañan —al menos— tres tipos de riesgos. En primer lugar, pueden ser utilizados por la empresa demandada como instrumento promocional porque obligan a los consumidores a adquirir de nuevo sus productos; entre otras cosas, se utilizan para deshacerse de parte del stock o incluso aumentar el volumen de ventas⁴⁵.

En segundo término, resulta cuestionable que los cupones realmente beneficien a los consumidores teniendo en cuenta el reducido porcentaje de cupones que terminan siendo utilizados en los litigios *antitrust*. Aunque no existen estudios definitivos, algunos analistas estiman que el índice de utilización de los cupones en los Estados Unidos ronda el 25%, si bien en numerosas ocasiones los porcentajes son muy inferiores⁴⁶. El propio diseño de los cupones puede explicar su escasa utilización pues existen diversos factores que reducen drásticamente los incentivos para canjearlos, tales como cargas burocráticas para obtenerlos o utilizarlos, periodos de caducidad cortos, reducida gama de productos para canjearlos o prohibición de transferencia o de agregación de cupones⁴⁷.

Finalmente, un tercer problema vinculado con los cupones es exclusivo de los países que —como Estados Unidos— permiten la denominada *cuota litis*, es decir, que la retribución de los abogados consista en un porcentaje de

⁴³ Vid. LESLIE, C., «The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation», (2005) 18 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 1395, p. 1396.

⁴⁴ Vid. MILLER, G.; SINGER, L., «Nonpecuniary Class Action Settlements», ([1997] 60 *Law & Contemp. Probs.* 97, p.112), quienes afirman que «los acuerdos extrajudiciales de naturaleza no pecuniaria (cupones) son eficientes porque benefician al demandante, al demandado o a ambos; es decir, benefician a las partes, permitiendo que todo el mundo obtenga una ganancia».

⁴⁵ Vid. LESLIE, C., («A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation», [2002] 49 *UCLA L. Rev.* 991, p. 1007) quien señala que con frecuencia los consumidores usan los cupones para adquirir productos que no habrían comprado de no haberlos recibido, por lo que cabe afirmar que toda compra inducida por el cupón sirve para aumentar los beneficios empresariales del infractor.

⁴⁶ Vid. los casos examinados por GRAMLICH, «Scrip Damages in Antitrust Cases», (1986) 31 *Antitrust Bulletin* 261, p. 274; y THARIN, J.; BLOCKOVICH, B. «Coupons and the Class Actions Fairness Act», (2005) *Georgetown Journal of Legal Ethics* 1443, p. 1445.

⁴⁷ Vid. el trabajo de KLONOFF, R.; HERRMANN, M. «The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements», (2006) 80 *Tul. L. Rev.* 1695, 1698-99, en el que se ponen interesantes ejemplos de cupones injustos en los Estados Unidos; como el caso *Microsoft* en el que los consumidores podían recibir un cupón de descuento de entre 5 y 10 dólares después de presentar complicadas reclamaciones.

la indemnización que se obtenga en el litigio. Pues bien, la *cuota litis* supone un incentivo para que los abogados negocien indemnizaciones en cupones millonarias aun a sabiendas que la mayoría de los cupones no se llegarán a cobrar, dado que sus honorarios se fijan en función del valor atribuido a la emisión de cupones⁴⁸. Para evitar estos excesos, la *Class Action Fairness Act* de 2005 introdujo una disposición indicando que los honorarios de los abogados deben establecerse en función de los cupones utilizados —en lugar de los emitidos— para fomentar que se pacten indemnizaciones en cupones que resulten atractivos para la clientela⁴⁹.

b) *Reparto del total de la indemnización entre los consumidores identificados*

En casi todas las reclamaciones de consumidores existe un remanente de la indemnización que no puede ser distribuido entre los perjudicados, bien porque no han podido ser identificados, bien porque los gastos de gestión de los pagos resultaban excesivos. Para evitar que ese dinero se devuelva a la empresa infractora, algunos tribunales norteamericanos han aceptado una práctica denominada «cy pres doctrine» que consiste repartir a prorrata la indemnización entre todos los perjudicados a los que se haya logrado identificar y que hayan presentado una reclamación⁵⁰.

El reparto a prorrata de los fondos tiene como principal virtud garantizar que la empresa infractora pague la totalidad de la indemnización a la que haya sido condenada, con independencia del número de perjudicados que se consigan identificar⁵¹. Además, se aumentan los incentivos para que los consumidores se adhieran a las reclamaciones colectivas, en la medida en que

⁴⁸ Así, en *Blockbuster* la empresa de alquiler de películas acordó compensar a sus clientes con la entrega de bonos de descuento en futuros alquileres por el reducido valor de un dólar, mientras que los honorarios de los abogados ascendieron a 9,25 millones de dólares. Y en dos casos sobre material de fontanería defectuoso, los honorarios de abogados alcanzaron ochenta y tres millones de dólares pese a que los clientes sólo obtuvieron bonos de descuento del 8% en futuras adquisiciones (casos que aparecen recogidos en el interesante estudio de KLONOFF, R.; HERRMANN, M., *op. cit.*, pp. 1698-99). Respecto de estos precedentes, BLAIR, R. Y PIETTE, C., («Coupons and Settlements in Antitrust Class Actions», [2005] 20 *Antitrust* 32, 33), afirman gráficamente que este tipo de acuerdos extrajudiciales suponen «dinero en efectivo para los abogados y cupones para los perjudicados».

⁴⁹ Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (2005).

⁵⁰ La denominación tiene su origen en la expresión normanda «cy pres comme possible» que significa «tan cerca como sea posible», indicando que lo que se pretende es adoptar una solución que, aunque no es perfecta, trata de aproximarse al objetivo último de la plena compensación de las víctimas. *Vid.* DEJARLAIS, N., «The Consumer Trust Fund: a Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions», (1987) 38 *Hastings Law Journal* 729, p. 729.

⁵¹ *Vid.* BARNETT, K., «Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions», (1987) 96 *Yale L. J.* 1591, p. 1595.

tendrán mayores posibilidades de recibir una compensación elevada⁵². Como indicó el juez Brennan en la célebre sentencia *Illinois Brick*, «la necesidad de garantizar que se compensen los perjuicios de alguien y que, de este modo, se inhiban futuras infracciones del Derecho *antitrust* y se impida que el infractor se beneficie de su precio ilegal (...), compensa cualquier injusticia resultante» como pagar a algunos perjudicados más del perjuicio experimentado⁵³.

El principal inconveniente que plantea esta solución reside, no obstante, en las graves desigualdades que crea entre los perjudicados dado que los consumidores que conozcan la posibilidad de un reparto a prorrata se preocuparán de cumplir con los requerimientos exigidos para adherirse a la demanda, mientras que los que la desconozcan, probablemente se abstendrán de actuar perdiendo cualquier derecho a una indemnización⁵⁴.

c) *Adjudicación de la indemnización a la asociación demandante*

Por último, algunos tribunales norteamericanos admiten que la indemnización se adjudique a la asociación demandante cuando no es posible compensar directamente a los perjudicados. En unos casos, se le asigna el importe total de la indemnización a la asociación, mientras que en otros se le concede el remanente de la indemnización que no ha podido ser distribuido entre los perjudicados. Además, esta forma de compensación también contempla la alternativa de que se destinen los fondos a una institución pública que deberá gestionarlos en interés general⁵⁵. En Alemania se debatió una propuesta parecida que consistía en convertir a un órgano público en el destinatario de las indemnizaciones originadas por una demanda colectiva, si bien la iniciativa no fue finalmente incorporada al texto de la Ley de Competencia⁵⁶.

Esta opción tiene como principal virtud que maximiza el objetivo de compensar a los perjudicados. Por un lado, se destina todo el importe de la indemnización a compensar los daños, como consecuencia de la eliminación de los gastos de gestión —en ocasiones muy elevados— relativos a la identificación de los perjudicados y el abono de las compensaciones. Por otro, se evita que la concesión de una indemnización beneficie a unos consumidores y a otros no, al hacer recaer los fondos en una asociación que velará por los intereses comunes de todos ellos.

⁵² Vid. el comentario al Libro Verde enviado por HAAK, M.; MES, D.; SCHRIJVERS, D., «Damages Actions for the Breach of the EC Antitrust Rules (The Netherlands)», 15 de mayo de 2006.

⁵³ 431 US 720 (1977), p. 760.

⁵⁴ Vid. DEJARLAIS, N., *op. cit.*, pp. 756-57.

⁵⁵ Vid. DEJARLAIS, N., *op. cit.*, pp. 751-752.

⁵⁶ Vid., al respecto, WURMNEST, W., «A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition», (2005) 6 *German L. J.* 1173, p. 1187.

Ahora bien, tampoco cabe desconocer los riesgos inherentes a esta modalidad de compensación. De una parte, esta opción también tiene sus costes de gestión porque es necesario someter a la asociación actuante a algún tipo de control que evite que los fondos se destinen a una finalidad incompatible con la compensación de las víctimas. De otra, no es posible garantizar que las actividades de la asociación demandante beneficien a todos los perjudicados por la conducta que motivó la indemnización, de ahí que el objetivo de indemnizar plenamente a los perjudicados tampoco se logra con esta modalidad de compensación.

4. Conclusión

Con este trabajo no hemos pretendido abordar todos los inconvenientes que se le pueden presentar al legislador a la hora de diseñar un cauce procesal específico que garantice la efectividad de las reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los consumidores y de sus asociaciones. Antes al contrario, nos hemos limitado a examinar las principales ventajas e inconvenientes de algunas de las propuestas planteadas por la Comisión Europea en relación con las asociaciones de consumidores, partiendo de un estudio de los comentarios enviados al Libro Verde y de las principales aportaciones de la doctrina europea y norteamericana en esta materia. Algunas de las propuestas lanzadas por la Comisión ya son una realidad en el ordenamiento de nuestro país y en el de los de otros países de nuestro entorno, mientras que la introducción de otras deberá ser objeto de ulteriores estudios.

El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general

José Antonio Rodríguez Miguez

Secretario General del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS)

Sumario: 1. Planteamiento general.—2. El origen y las causas del paquete modernizador del artículo 86 CE. 2.1. La posición de la jurisprudencia. 2.2. La situación anterior a la Sentencia Ferring. 2.3. La sentencia Ferring. 2.4. La sentencia Altmark. 2.5. La aplicación judicial de la jurisprudencia Altmark.—3. El paquete modernizador del artículo 86 CE. 3.1. La Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005. 3.2. La Decisión 2005/842/CE. 3.3. El Marco comunitario.—4. Valoración de conjunto.

Resumen: El artículo 86 CE confiere un trato especial a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal. La consideración de las aportaciones públicas destinadas a estas empresas como ayudas de Estado o como simples compensaciones por las misiones que desempeñan ha sido una de las cuestiones más debatidas planteadas por este precepto. El giro experimentado por la jurisprudencia comunitaria a partir de la sentencia Ferring (2001) abrió una serie de interrogantes que sólo en parte fueron resueltos por la sentencia Altmark (2003). El paquete modernizador del artículo 86 CE, también conocido como paquete Almark, es la respuesta de la Comisión Europea a las dudas prácticas que todavía se suscitaban a la luz de la citada jurisprudencia.

Palabras clave: Ayudas de Estado, Servicios de Interés Económico General, Servicios de Interés General, Compensaciones, Altmark.

Abstract: *Article 86 CE confers special treatment to those companies entrusted with the operation of services of general economic interest or which may have the character of a fiscal monopoly. The consideration of public contribution to these companies in the form of State aid, or merely as compensation for work they have carried out, is of the most hotly debated topics in this regard. The about-turn of EU jurisprudence as a result of the Ferring ruling (2001) gave rise to a number of fresh questions, which were only partially resolved by the Altmark ruling (2003). The “Modernization package” from Article 86 CE, also known as the “Almark, package” is the European Commission’s response to the practical doubts that were still being raised in the light of the aforementioned jurisprudence.*

Keyword: *State Aid; Services of General Economic Interest; Services of General Interest; Compensation; Altmark.*

1. Planteamiento general

Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos Ferring¹ y Almark², dictadas en 2001 y 2003, respectivamente, supusieron, sin duda, una importante revolución en el marco de la siempre delicada financiación de los servicios públicos, contribuyendo a fijar las fronteras, no siempre claras, con la regulación comunitaria en materia de ayudas estatales.

La necesidad de compaginar y hacer coherente el sistema de control de las normas de la competencia y, más concretamente, de la regulación de las ayudas estatales, con el trato especial dispensado, *ratione materiae*, a las empresas encargadas de la gestión de servicios calificados como esenciales, ha sido un problema endémico en el ámbito comunitario, al que no es ajeno el hecho de que el legislador haya utilizado una terminología propia³, distinguiendo entre «Servicios de Interés general» («SIG») y «Servicios de Interés Económico General» (SIEG)⁴, consagrando esta última denominación para aquellos que se prestan en régimen de competencia.

El mayor debate se ha centrado tradicionalmente en el trato que se debía dispensar a las compensaciones que los Estados miembros concedían a las empresas encargadas de la prestación de SIEG, como contrapartida de las obligaciones singulares que éstas asumían, oscilando la balanza entre su consideración o no como ayudas estatales, lo que suponía, en caso afirmativo, la obligación de someterse, con carácter general, a la obligación de notificación previa y la suspensión de la ejecución hasta obtener la autorización, tal y como se recoge en el artículo 88 CE.

La clave de la polémica se centra, como es habitual tratándose de ayudas de Estado, en la necesidad de precisar si dichas compensaciones constituían

¹ STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el caso Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), asunto C-53/00. Rec. p. I-9067.

² STJCE de 24 de julio de 2003, Almark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, asunto C-280/00, Rec. 2003, p. I-07947.

³ En efecto, el artículo 86 CE incorpora determinados términos con significado propio en el Derecho comunitario, como el de «servicio de interés económico general» (SIEG) cuya aclaración se había hecho necesaria. Por ello, la Comisión acometió, en primer lugar, no sin cierto retraso, la tarea de definirlos a través de dos importantes comunicaciones: la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa de 1996 (*DO C 281*, de 26.9.1996, p. 3.) y su posterior revisión, de 2001 (*DO C 17*, de 19.1.2001, p. 4.).

⁴ La Comunicación de 1996 (*DOC 281*, de 26.9.1996, p. 3.) define a los SIG como aquellos que «designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público».

⁵ En la misma Comunicación de 1996 se señala que los SIEG designan «las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público».

o no ayudas estatales, conforme al artículo 87.1 CE, y el alcance que podía darse a las previsiones que a favor de las empresas que prestan SIEG les dispensa el artículo 86 CE.

La respuesta a ambos interrogantes no ha sido uniforme en el tiempo, variando la posición de la Comisión en función de los criterios sentados por la jurisprudencia. En esta ocasión, ha sido la jurisprudencia la que sitúa de nuevo en la actualidad esta cuestión, que parecía ya resuelta, inclinando la balanza en una de las dos direcciones, pero abriendo, sin duda, numerosos interrogantes, a los que en parte, trata de dar respuesta la Comisión Europea con una serie de medidas que convenimos en llamar «paquete modernizador» del artículo 86 CE, a las que dedicamos las consideraciones que siguen.

2. El origen y las causas del paquete modernizador del artículo 86 CE⁶

Antes de entrar en el análisis de este conjunto de medidas, parece imprescindible situar la cuestión en su contexto, esbozando, siquiera brevemente, la evolución de esta cuestión en el marco comunitario, hasta situarla en las trascendentales sentencias Ferring y Altmark⁷.

2.1. La posición de la jurisprudencia

Nadie puede discutir el papel fundamental que la jurisprudencia ha desempeñado en la dinámica del Derecho comunitario europeo y, de manera muy especial, en las cuestiones relativas a la competencia. En el tema concreto que nos ocupa, la consideración de la financiación pública de las cargas derivadas de la asunción de SIEG, sin embargo, su línea dista mucho de ser uniforme, condicionando con ello la propia actuación de la Comisión.

⁶ Algún autor, como MADDALON, P. («Paquet Altmark: quelle sécurité juridique ?», en *Contrats, conc., consom.*, avr.2006, pp. 5 a 12), es partidario de denominarlo «Paquete Almark». Otros, sin embargo, como DE BEYS, prefieren, sin embargo hablar de «Paquete post-Almark» (DE BEYS, J.: «Aide d'Etat et financement des services publics : bilan après l'adoption du paquet post-Almark», en *Formes de concurrence et enjeux de régulation des services d'intérêt général. Retour d'expérience des vingt dernières années*, Colloque International, jueves 29 y viernes 30 de septiembre 2005, organizado por el Laboratoire d'Economie Dionysien (LED), de la Universidad PARIS 8 - Saint-Denis, pp. 7 y 8. (Versión provisional de 14 de septiembre de 2005, pp. 1 a 19. Este artículo está disponible en la red en la dirección: http://www.univ-paris8.fr/colloques/SIG/article.php3?id_article=97).

⁷ En mi opinión, la sentencia verdaderamente revolucionaria fue la recaída en el caso Ferring, pues la segunda, la sentencia Altmark, lo que hizo en realidad fue encauzar y *racionalizar*, la nueva situación creada por aquella.

2.2. La situación anterior a la Sentencia Ferring

El tratamiento de la financiación pública de los SIEG no ha sido nunca una cuestión pacífica y el debate subyacente (la eterna lucha entre la Comisión y los Estados miembros) se ha plasmado en una jurisprudencia cambiante y, como consecuencia de ella, en una también oscilante práctica de la Comisión, que siempre se ha esforzado en este punto por trasladar a sus decisiones la jurisprudencia dominante en cada momento.

La situación inmediatamente anterior a la sentencia Ferring (2001) mostraba una tendencia clara, más favorable a las aspiraciones de control de la Comisión, apartándose de la postura mantenida por el Tribunal de Justicia en la primera sentencia en que había tenido ocasión de abordar esta cuestión.

Así, y frente a la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d'huiles Usagees* (ADBHU)⁸, los pronunciamientos posteriores de los jueces comunitarios —precisamente hasta el caso Ferring— impulsarían una interpretación claramente expansiva de la noción de ayuda estatal, que reforzaba la capacidad de control de la Comisión sobre los fondos públicos aportados como supuestas compensaciones derivadas de la prestación de SIEG.

En el caso ADBHU se planteaba como cuestión prejudicial la conformidad con el Derecho comunitario de la indemnización que podía concederse a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados como contrapartida de las obligaciones de recogida y de eliminación impuestas por los Estados miembros al amparo de la legislación comunitaria. En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que no constituía ayuda estatal, sino la contrapartida de las prestaciones realizadas por las citadas empresas⁹.

Esta interpretación, claramente favorable a los intereses de los Estados miembros, al limitar las facultades de control de la Comisión ex artículos 87 a 89 CE (ayudas estatales) no fue, sin embargo, mantenida en posteriores pronunciamientos, tanto del propio Tribunal de Justicia, como fundamentalmente, del Tribunal de Primera Instancia que, por el contrario, se inclinaron

⁸ Asunto C-240/83, Rec. p. 531, apartado 18. Esta sentencia es citada expresamente por el Tribunal de Justicia en el caso Ferring.

⁹ Apartados 3, última frase y 18 de esta sentencia. Conforme a esta sentencia, la Comisión, por ejemplo, consideró en el asunto relativo a la financiación de la radiotelevisión portuguesa que la «mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público no constituye una ayuda estatal», en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 Tratado CE (artículo 86.2 CE). En este sentido, RODRÍGUEZ CURIEL («Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia», en *Economía Industrial*, n.º 318, 1997, pp. 97 a 110, p. 98, nota 10) y *XVI Informe sobre la Política de la Competencia 1996*, apartado 167. Como veremos el TPI no respaldaría a la Comisión al virar en su interpretación acerca de esta cuestión.

en repetidas ocasiones por una interpretación marcadamente expansiva de la noción de ayuda estatal, arrastrando consigo la posición que había venido defendiendo tradicionalmente la propia Comisión, al amparo de aquel inicial pronunciamiento judicial¹⁰.

En efecto, el TPI, en su sentencia de 27 de febrero de 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)* y otros c. Comisión¹¹, en la que tenía que enjuiciar la nulidad de una Decisión de la Comisión¹², relativa a la posible existencia de ayudas estatales en relación con las actividades competitivas del Servicio de Correos francés (La Poste), consideró, a pesar de confirmar la decisión controvertida, que las medidas cuestionadas sí constituían ayudas estatales, aunque podían beneficiarse de la excepción del artículo 86.2 CE¹³.

Este fallo del TPI representaba un claro giro jurisprudencial. Estas compensaciones se revelaban como genuinas ayudas estatales, cuya eventual compatibilidad derivaría del hecho de que no superaran los costes en que se hubiera incurrido a causa de las misiones específicas encomendadas a la empresa.

La consecuencia de esta nueva interpretación del conflicto entre el artículo 87.1 CE y el artículo 86.2 CE, era evidente. Si estamos ante ayudas estatales, éstas deberían cumplir las formalidades exigidas a las mismas, con todas sus consecuencias: notificación previa y suspensión de ejecución hasta que la Comisión decidiera acerca de su compatibilidad.

La jurisprudencia posterior va a ser coherente con la nueva interpretación formulada, que se consolida en pronunciamientos posteriores.

¹⁰ Como recuerda RODRÍGUEZ CURIEL, J. W. («Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (Sentencia Ferring de 22.11.2001)», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 216, 2001, pp. 90 a 94, en concreto, pp. 91 y 92), durante mucho tiempo, la Comisión Europea entendió que cuando era aplicable la excepción del artículo 86.2 CE, no existía ayuda estatal, en el sentido del artículo 87.1 CE. No obstante, a finales de los noventa, y a causa del cambio experimentado en la jurisprudencia, la Comisión comenzó a considerar que aunque fuera aplicable el artículo 86.2 CE, podía apreciarse la existencia de ayuda estatal, que podría considerarse, en su caso, compatible, al amparo de las excepciones del artículo 87.2 o 87.3 CE, o del propio artículo 86.2 CE.

¹¹ Asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 170. RODRÍGUEZ CURIEL (*op. cit.*, p. 91) alude también al Auto del TJCE, de 25 de marzo de 1998, asunto C-174/97 P., que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anterior, aunque señalando que no se pronunció sobre esta cuestión.

¹² Decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1995, comunicada a los demandantes mediante escrito de 21 de febrero de 1996. Ayudas de Estado n.º NN 135/92, DO C, 262, de 7.10.1995, p. 11. Resulta especialmente ilustrativa la breve descripción de este caso recogida en el *XXV Informe sobre la política de la Competencia 1995*, apartado 198, tercer párrafo.

¹³ Cfr. Apartados 170 y ss. de esta sentencia. *Vid.* asimismo, *XXVII Informe sobre la Política de la Competencia 1997*, apartado 215.

La segunda de las sentencias que sigue este razonamiento fue la STPI de 10 de mayo de 2000, SIC-Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión¹⁴. En este asunto se cuestionaba nuevamente ante los tribunales la naturaleza de determinadas aportaciones estatales a favor de una empresa pública encargada de la gestión de un SIEG, concretamente, de las dotaciones financieras abonadas por el Estado portugués a la cadena pública de televisión, la Rádio Televisão de Portugal (RTP), en concepto de indemnizaciones compensatorias.

Mientras que para la Comisión no constituían ayudas estatales, ya que se limitaban a compensar el coste efectivo de ejecución de las obligaciones de servicio público que esta empresa asumía¹⁵, para el TPI, sin embargo, *(e)l hecho de que, en virtud de la Decisión, la concesión de dichas dotaciones tenga por único objeto compensar los costes adicionales de las obligaciones de servicio público asumidas por RTP no puede excluirlas de la calificación de ayudas con arreglo al artículo 92 del Tratado [hoy 87 CE]¹⁶ para añadir más adelante que *esta circunstancia se tenga en cuenta a la hora de examinar la compatibilidad de la ayuda de que se trata con el mercado común, de conformidad con el artículo 90 [hoy artículo 86 CE], apartado 2, del Tratado.**

Este segundo fallo se vio reforzado por un tercero, en el que, en esta ocasión, el propio Tribunal de Justicia, en sentencia de 22 de junio de 2000, República Francesa c. Comisión¹⁷, a pesar de analizar una cuestión de carácter meramente procedimental suscitada a propósito de las ayudas concedidas a una empresa para que pudiera atender los pequeños pedidos efectuados por libreros extranjeros para que los lectores de otros países no francófonos pudieran obtener libros en francés a precio razonable, resolvió que aunque un Estado miembro considerase una ayuda como compatible, dicha apreciación no podía autorizarle a hacer caso omiso de las claras disposiciones del Tratado CE sobre ayudas estatales, con lo que venía a confirmar, al menos implíci-

¹⁴ Asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125, especialmente apartados 75 a 84.

¹⁵ A propósito de este asunto resulta especialmente interesante el comentario que realiza la propia Comisión en su *XXVI Informe sobre la Política de la Competencia 1996*, p. 265, en la que reconoce explícitamente el interés de la decisión adoptada al señalar que gracias al sistema de contabilidad analítica elaborado por las autoridades portuguesas había sido posible comprobar que las medidas controvertidas no habían superado el coste de los gastos a que estaban destinadas. Esta observación fue muy tenida en cuenta por la propia Comisión hasta el punto de introducirla como exigencia en la última reforma de la Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (*DO L 195 de 29.7.1980*, p. 35), llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE (*DO L 193, de 29.7.2000*, p. 75).

¹⁶ Apartado 82.

¹⁷ Asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833, apartado 30 a 33.

tamente, la interpretación extensiva de la noción de ayuda estatal mantenida en los anteriores pronunciamientos del TPI.

2.3. *La sentencia Ferring*

Frente a esta línea jurisprudencial, que podía considerarse razonablemente asentada —aunque para nosotros fuera muy discutible—, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el caso *Ferring*, el 22 de noviembre de 2001, reabría la polémica sobre la naturaleza de estas aportaciones públicas, en toda su dimensión.

En síntesis telegráfica, la tesis mantenida por el Tribunal de Justicia al resolver la cuestión prejudicial que se le planteaba acerca de un gravamen sobre la venta de productos farmacéuticos, venía a rechazar la doctrina anterior, sosteniendo que no podía calificarse como ayuda estatal la simple compensación por parte de los poderes públicos de los sobrecostes en que incurran las empresas encargadas de la realización de SIEG para la prestación de dichos servicios en las condiciones que se les exigían¹⁸.

Resultaba evidente que esta sentencia no sólo reabría la «caja de Pandora» de una cuestión especialmente delicada, sino que dejaba sin resolver importantes interrogantes de carácter práctico, como apuntaban con acierto los abogados generales LEGER¹⁹ y JACOBS²⁰, en sus conclusiones en asuntos

¹⁸ Para un comentario de dicho pronunciamiento, además del ya aludido trabajo de RODRÍGUEZ CURIEL (*La inexistencia...*, *op. cit.*), pueden verse, entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «La financiación de los servicios públicos y la noción de ayuda de Estado. A propósito de la STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00. Decisión prejudicial planteada por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), en el litigio *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 6, A Coruña, 2002, pp. 953 a 964; NICOLAIDES, P.: «Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the *Ferring* Judgment», en *European Competition Law Review*, vol. 23, n.º 6, 2002, pp. 313 a 319; LIDNER, N.: «The impact of the decision of the European Court of Justice in the *Ferring* on European State Aid Law», en *European Public Law*, vol. 9, n.º 3, september, 2003, pp. 359 a 369.

¹⁹ Conclusiones de 19 de marzo de 2002, en el asunto C-280/00. *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. En especial apartados 73 a 90.

²⁰ Conclusiones de 30 de abril de 2002, en el caso C-126/01. *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. GEMO SA*. En especial apartados 117 a 121. Es preciso reconocer el importante papel desempeñado por el concienzudo y brillante análisis efectuado por este abogado general en sus conclusiones al caso, sistematizando las diversas opciones o interpretaciones, distinguiendo entre un enfoque «compensatorio», otro que califica de enfoque «ayuda estatal» y un tercero en el que supedita la inexistencia de ayuda estatal a la concurrencia de dos condiciones básicas. En nuestra doctrina Jerónimo Maillo (MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: «Ayuda de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post

posteriores, en los que se examinaba nuevamente la misma cuestión de fondo²¹. A esta delicada e imprescindible labor se va a aplicar el Tribunal de Justicia, con el apoyo del abogado general, en el caso *Altmark*, que por ello, cobra una importancia crucial.

2.4. *La sentencia Altmark*

La cuestión se suscitó de nuevo en muy breve plazo, también a través de una cuestión prejudicial. En síntesis, el litigio principal se planteaba en torno a la concesión a *Altmark Trans GmbH* (en lo sucesivo, «*Altmark*») de licencias de servicios regulares de transporte de viajeros, a propósito de las cuales se cuestionaba la posible existencia de ayudas estatales²².

En su sentencia de 24 de julio de 2003²³, el TJCE va a asumir y ratificar la doctrina sentada por la sentencia *Ferring*²⁴, dando un paso más, al precisar

Altmark», en *GJ*, n.º 237, mayo/junio, 2005, pp. 35 a 44, concretamente, p. 36), califica esta construcción como la «solución *quid pro quo*», destacando su indudable influencia en la solución adoptada por el TJCE en el caso *Altmark*.

²¹ La importancia de la doctrina sentada por la sentencia *Ferring* y su ineludible influencia en los casos todavía pendientes ante el propio Tribunal se hizo particularmente evidente en el caso *Altmark*, en el que el Tribunal no sólo acordó la reapertura de la fase oral del procedimiento para ofrecer a las partes en el litigio principal, a los Estados miembros, a la Comisión y al Consejo la posibilidad de formular sus observaciones sobre las posibles consecuencias de dicha sentencia, sino también en la presentación de una segunda conclusión, complementarias de las anteriores (19 de marzo de 2002), por parte del Abogado General Léger (14 de enero de 2003), al objeto de que se pudiera hacer eco también de las reflexiones que sobre aquella jurisprudencia se recogían en las conclusiones presentadas el 30 de abril de 2002 por el abogado general Jacobs en el caso *GEMO* (asunto C-126/01), en que se suscitaba una cuestión equivalente.

²² El Tribunal introduce expresamente esta cuestión afirmando en el apartado 83 que *Sin embargo, para que pueda aplicarse el artículo 92, apartado 1, del Tratado a una intervención estatal, también debe poder considerarse, como se ha expuesto en el apartado 75 de la presente sentencia, que tal intervención constituye una ventaja concedida a la empresa beneficiaria*. Existen numerosos comentarios de esta sentencia. Entre otros, puede verse RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «De nuevo sobre la financiación de los servicios de interés económico general y las ayudas de Estado. Comentario de la STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH* y *Regierungspräsidium Magdeburg* c. *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto C-280/00», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, A Coruña, 2004, pp. 1075 a 1094, así como la documentada relación que incorpora MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: «Ayuda de Estado...», *op. cit.*, p. 37, nota 19.

²³ *Altmark Trans GmbH* y *Regierungspräsidium Magdeburg* c. *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto C-280/00, Rec. 2003, p. I-07947.

²⁴ El TJCE resume la doctrina *Ferring* (Apartado 87), en los siguientes términos: «...si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera

cuatro requisitos²⁵, que deben concurrir de manera simultánea²⁶, que considera necesarios para que las compensaciones controvertidas pudieran eludir la calificación como ayudas estatales²⁷, al no poder ser reputadas como «ventajas»:

En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.

En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media²⁸, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder sa-

y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92, apartado 1, del Tratado».

²⁵ Cfr. apartados 89 a 93 de la sentencia.

²⁶ Resulta ilustrativa en este punto la Decisión comunicada el 7 de marzo de 2007, relativa a la financiación de las medidas de reducción de plantilla de RTVE [Ayuda estatal NN 8/2007 (ex N 840/2006). España], que la Comisión autoriza al amparo del artículo 86.2 CE, pero que califica como ayuda estatal, al considerar que no concurren todos los criterios establecidos en la sentencia Altmark, «en concreto porque una «empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada» no se habría dotado de una plantilla excesiva y, por consiguiente, no habría necesitado la correspondiente compensación para reducirla (4.ª condición)». Cfr. En la dirección: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2007/nn008-07.pdf

²⁷ Merece especial atención el análisis que efectúa el Tribunal del requisito de la afectación del mercado intracomunitario, subrayando que «en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los Estados miembros» (apartado 77).

²⁸ Coincidimos con MADDELON (*op. cit.*, p. 9) cuando subraya la proximidad de este criterio con el del «inversor privado en una economía de mercado», empleado en el ámbito del artículo 87.1 CE para apreciar la presencia de ayuda estatales. Acerca de este principio puede verse, entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: El Principio del inversor privado en una economía de mercado», en *GJ*, n.º 221, septiembre/octubre, 2002, pp. 59 a 75.

tisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones²⁹.

Al margen del alcance concreto que se pueda dar en la práctica a estas condiciones³⁰, resulta evidente que el mayor mérito de esta sentencia radica, como acertadamente señala ALEXIS³¹, precisamente, en el hecho de establecer con cierta precisión, estrictas condiciones dentro de las cuales los Estados miembros pueden legítimamente proceder a efectuar transferencias financieras a favor de las empresas encargadas de la gestión de los SIEG.

Lo que también es cierto, como apunta MAILLO³², es que desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la sentencia Almark genera un marco de mayor inseguridad jurídica tanto para los Estados miembros, como para las empresas y los operadores, ya que se elimina el requisito de la notificación previa, con lo que, en la práctica, serán los interesados quienes deben verificar una suerte de autoevaluación, similar a la que introduce el Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002³³, respecto de los acuerdos prohibidos por el artículo 81 CE, para verificar que se reúnen efectivamente estos requisitos y la compensación es plenamente legal, pues si finalmente se reputara ayuda debería ser notificada. Y, al mismo tiempo, tiende a reestablecer un cierto equilibrio con los poderes de la Comisión, para la que la afirmación derivada de la sentencia Ferring,

²⁹ A juicio de DE BEYS («Aide d'Etat...», *op. cit.*, pp. 3 y 4), esta es la condición más innovadora introducida por la sentencia Almark, pues de acuerdo a la misma habría que concluir que buena parte de las compensaciones concedidas a las empresas que históricamente han venido asumiendo misiones de SIEG en el seno de la UE deberían reputarse ayudas estatales, pues no cumplen esta condición al no haber sido seleccionadas en el marco de un procedimiento de contratación pública; será la segunda opción propuesta como alternativa, la comparación con los costes de una empresa media, bien gestionada y adecuadamente dotada, la que permitirá superar esta condición, que de otro modo sería poco menos que inasumible, sin desconocer la dificultad de encontrar un operador equivalente, resaltando así, que el ofrecimiento de la comparación con un operador medio, como postula la redacción de la condición, podría implicar la voluntad implícita de lograr la reducción del importe de las compensaciones actuales, adaptando sus costes.

³⁰ No podemos entrar en el análisis de la aplicación de esta doctrina por parte de la Comisión en casos concretos, pues excede ampliamente las pretensiones de este trabajo. Destacamos, sin embargo, a este respecto, el análisis que efectúa DE BEYS (*op. cit.*, pp. 4 a 6), de algunos casos posteriores a la sentencia Almark, que evidenciarían una interpretación positiva de la misma por parte de la Comisión, al considerar que las compensaciones que reúnan, al menos, la 1.^a y la 3.^a de las condiciones, pueden ser autorizadas, como ayudas estatales, al amparo del artículo 86.2 CE.

³¹ ALEXIS, A.: «L'arrêt Almark Trans du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des Services d'intérêt économique général», en *EC. Comp. Pol. News*, n.º 3, 2003, pp. 1 a 7; concretamente, p. 3.

³² MAILLO GONZÁLEZ-ÓRUS, J.: «Ayuda de Estado...», *op. cit.*, p. 41,

³³ *DO L* 1, de 4.1.2003, p. 1.

de que la compensación de las cargas no es una ayuda estatal, sin las cautelas establecidas por la sentencia *Altmark*, la dejaba en una situación de total inanidad, como guardiana de los tratados, para evitar los abusos individuales de los Estados miembros a favor de sus propias empresas nacionales.

Sólo ahora con las precisiones y cautelas establecidas por la sentencia *Altmark* se podrá acometer definitivamente la inevitable tarea de reformar alguno de los grandes servicios públicos, definiendo con precisión las misiones de interés general encomendadas y los costes que les son imputables³⁴.

Ante esta situación, no cabe duda que cobra especial valor el paquete modernizador aprobado por la Comisión, en la medida en que reduce notablemente esta inseguridad, que también va ligada al mayor o menor rigor con que se exijan estos requisitos y da juego al artículo 86.2 CE, al que la sentencia *Altmark* ni tan siquiera hacía mención.

2.5. *La aplicación judicial de la jurisprudencia Altmark*

Con posterioridad a la sentencia *Altmark*, los tribunales comunitarios han tenido ya ocasión de pronunciarse sobre situaciones equivalentes. Lo primero que hay que destacar es que en las dos primeras ocasiones que así lo ha hecho, ha venido a ratificar la aplicabilidad de esta doctrina, siendo relevantes dichos pronunciamientos para valorar el modo en que trasladan a los casos concretos, las exigencias establecidas por aquélla.

El primero de los casos a los que nos vamos a referir, la STJCE de 27 de noviembre de 2003³⁵, tenía por objeto las cuestiones prejudiciales formuladas por la Corte suprema di cassazione italiana, suscitadas a propósito del litigio pendiente que enfrentaba a la empresa *Enirisorse SpA* y al Ministerio delle Finanze italiano acerca del pago de una tasa portuaria que se reclamaba a dicha empresa en concepto de carga y descarga de mercancías en el puerto de Cagliari, en Cerdeña (Italia).

En dicho litigio se planteaba la duda acerca de si la tasa cuestionada constituía una ayuda estatal, para lo que el Tribunal, aplicando la doctrina *Altmark*, examina si puede excluirse tal posibilidad, considerándola una mera compensación de las cargas derivadas de las obligaciones de SIEG impuestas a la empresa.

³⁴ En esta tarea va a ser esencial el cumplimiento de la exigencia de contabilidad analítica establecida por la Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, tras la reforma llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE (*DO L 193*, de 29.7.2000, p. 75).

³⁵ Asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, en concreto, apartados 29 a 40.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal sólo precisó examinar los dos primeros requisitos fijados en la sentencia Almark para excluir tal posibilidad, al entender que ambos se incumplían y que, por lo tanto, la medida debía reputarse ayuda estatal³⁶. Así, el Tribunal rechazó que la explotación de cualquier puerto comercial constituyera la gestión de un SIEG, ya que no conllevaba necesariamente el cumplimiento de misiones de servicio público³⁷. Asimismo, consideró no acreditado en el expediente que se hubiera encomendado a las Aziende una misión de servicio público ni que ésta hubiera sido claramente definida. Respecto al segundo de los requisitos, la Sala rechazó igualmente que el sistema fijado para determinar la compensación satisficiera la exigencia de no superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. Incumplidos estos dos primeros requisitos, el Tribunal consideró innecesario proseguir el análisis de los otros dos.

El segundo de los casos se plantea en la STJCE de 30 de marzo de 2006³⁸, que resuelve también una cuestión prejudicial, suscitada a propósito del litigio entre la sociedad Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl y Giuseppe Calafiori, en relación con la negativa de este último, notario, a proceder a la inscripción en el Registro Mercantil de Milán del acuerdo adoptado por la junta general de dicha sociedad de modificar sus estatutos. En concreto, a los efectos que nos ocupan, una de las cuestiones que se planteaban al Tribunal de Justicia versaba acerca de si constituía una ayuda estatal la norma que preveía la atribución a los Centros de Asesoramiento Fiscal (CAF), de sumas procedentes de fondos públicos por las actividades de asesoramiento en materia tributaria.

A este respecto y examinado la concurrencia de los citados requisitos, el Tribunal concluyó lo siguiente:

1. Que no podía excluirse que un Estado miembro pueda calificar de servicio público los servicios de asesoramiento fiscal prestados por los CAF.
2. Respecto de la exigencia de que los parámetros para el cálculo de la compensación debían establecerse previamente de forma objetiva y transparente, el Tribunal consideró que la compensación que se había

³⁶ Como apunta MAILLO (*op. cit.* p. 42), el Tribunal no sigue su examen porque deben concurrir todos los requisitos, lo que ya no se producía al rechazar que concurrieran ya los primeros.

³⁷ STJCE de 17 de julio de 1997, GT-Link, C-242/95, Rec. p. I-4449, apartado 52.

³⁸ Asunto C-451/03. Apartados 61 a .

fijado en (aproximadamente 14 euros por cada declaración elaborada y enviada a la administración tributaria) podía cumplir este requisito.

Sin embargo, como en el caso anterior, aunque por motivos diferentes, el Tribunal opta por no pronunciarse sobre los dos últimos requisitos, al entender que requerían la apreciación de los hechos del litigio principal, lo que ya concernía al órgano jurisdiccional nacional que estuviera conociendo del mismo, recordando, no obstante, que dicho órgano judicial no sería competente, sin embargo, para apreciar la eventual compatibilidad de las potenciales ayudas estatales, pues esta atribución correspondía, en exclusiva, a la Comisión Europea, bajo el control de los jueces comunitarios³⁹.

Como acertadamente ha destacado MAILLO⁴⁰, una de las características más sobresalientes de la jurisprudencia *Altmark* es que el peso del análisis se traslada al artículo 87.1 CE. La determinación de si la medida cuestionada constituye una ayuda estatal, frente a la situación anterior, en la que el análisis se centraba en la eventual aplicación del artículo 86.2 CE, o a cualquiera de las excepciones del artículo 87.2 y 3 CE, desplazándose, como esta sentencia pone de manifiesto, el análisis a la dimensión nacional (Estados miembros o jurisdicciones nacionales), que puede verificar si la medida es una ayuda o una compensación, frente a la estrictamente comunitarias, que mantienen el monopolio de la declaración de compatibilidad, en manos de la Comisión, y bajo el control de los jueces comunitarios⁴¹.

³⁹ Cfr. Apartados 68 a 71.

⁴⁰ MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: «Ayuda de Estado...», *op. cit.*, p. 40.

⁴¹ En este contexto resulta de interés citar la STJCE, de 7 de septiembre de 2006, en el asunto C-528/04, en que se resolvían las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour de cassation francesa, con motivo del litigio entre Laboratoires Boiron, S. A y ACOSS, en un asunto muy similar al resuelto en el caso *Ferring* (de hecho en aquel también aparecía el mismo organismo público francés, «ACOSS»), en el que se examinaba la naturaleza de ayuda estatal de un gravamen sobre las ventas directas de productos farmacéuticos, de que disfrutaban los mayoristas distribuidores. En dicho litigio se planteaba, además de su eventual de calificación como ayuda estatal, la necesidad de probar que la ventaja obtenida por los mayoristas distribuidores de su no sujeción a dicho gravamen superaba los costes adicionales que soportan por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional y, con ello, que no se cumplía al menos uno de los requisitos establecidos en la doctrina *Altmark* [concretamente, en este caso, el tercero]. Para el Tribunal, en aras del principio de efectividad, «el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores, y por ende del carácter de ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento.»

3. El paquete modernizador del artículo 86 CE

A pesar de la meritoria labor llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, precisando la doctrina Ferring, estableciendo los requisitos fijados en la posterior sentencia Almark, la Comisión percibió pronto con claridad la necesidad de abordar con prontitud la tarea de ofrecer criterios adicionales que modularan su futura aplicación práctica⁴². A este objetivo responde el que llamamos «paquete modernizador del artículo 86 CE», integrado por tres documentos —que juegan, como subraya MADDALON, un papel complementario⁴³— dos de ellos de carácter estrictamente normativo (una directiva y una decisión) y un tercero, unas líneas directrices (marco), encuadrable en la categoría, tan fructífera para el Derecho comunitario, del llamado «Soft Law».

Al examen de estos tres documentos nos vamos a centrar a partir de ahora en el presente trabajo⁴⁴. Atendiendo a su diferente rango analizaremos en primer lugar la directiva, luego la decisión y finalmente, nos detendremos en el marco comunitario.

3.1. La Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005⁴⁵

El primer paso adoptado por la Comisión para interiorizar la jurisprudencia Almark ha sido introducir una nueva reforma en la ya veterana Directiva 80/723/CEE, de 26 de junio de 1980, conocida como la «Directiva

⁴² La necesidad de clarificar y hacer más previsible la aplicación de la sentencia Almark, en aras de incrementar la seguridad jurídica, se puso en evidencia en muchos de los comentarios que recibió la Comisión durante el período en que sometió a consulta pública el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General [COM (2003) 270 de 21.5.2003, lo que la llevó a plantear la adopción de las medidas concretas que integran este paquete modernizador. Cfr. Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General, COM (2004) 374, de 12.3.2004, en especial, pp. 14 a 18.*

⁴³ MADDALON, P.: «Paquet Almark...», *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ Además de este conjunto de medidas, y de las decisiones individuales que la Comisión haya podido adoptar, podemos aludir, sin entrar en ellos, otros documentos generales, en los que la Comisión traslada ya los criterios fijados por esta jurisprudencia en sectores concretos. Tal es el caso, por ejemplo, de Directrices comunitarias sobre la financiación de los aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (DO C 312, de 9.12.2005, p. 1). Acerca de este documento, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Aeropuertos regionales y aerolíneas de bajo coste» en *Anuario de la Competencia* 2005, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, en prensa.

⁴⁵ Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas así como a la transparencia entre determinadas empresas (DO L 312, de 29.11.2005, p. 47).

de transparencia», destinada a imponer a los Estados miembros sucesivas obligaciones destinadas a incrementar la transparencia de sus relaciones financieras con sus empresas públicas, ampliando progresivamente su campo de aplicación⁴⁶.

La cuestión principal que suscita esta reforma es la de cuál es la relación entre esta Directiva y la jurisprudencia Almark; es decir a qué se debe que la Comisión trate de aplicar la jurisprudencia Almark reformando, precisamente, esta norma. La respuesta no puede ser otra que la de imponer no sólo a las empresas públicas, sino también a las encargadas de la gestión de SIEG, la obligación de llevar una contabilidad separada, como mecanismo imprescindible para poder verificar que se cumplen las condiciones exigidas por Almark⁴⁷.

En efecto, la aplicación efectiva de las condiciones fijadas por la sentencia Almark para excluir la presencia de ayudas de Estado hacía imprescindible exigir a estas empresas (públicas o privadas), la llevanza de contabilidad separada cuando las empresas que reciban esta compensación realicen también actividades ajenas al servicio de interés económico general, pues como reconoce la propia Comisión, es «la única forma de identificar los costes imputables al servicio de interés económico general y de calcular el importe correcto de la compensación⁴⁸».

En consecuencia, la Directiva 2005/81/CE da nueva redacción al inciso final del artículo 2, letra d), de la Directiva 80/723/1980, ya modificado en 2000⁴⁹, que queda redactado del siguiente modo:

«empresa obligada a llevar cuentas separadas»: cualquier empresa a la que un Estado miembro haya concedido derechos especiales o exclusivos con arreglo al artículo 86, apartado 1, del Tratado, o a la que se haya confia-

⁴⁶ Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. La versión original de este fundamental texto se publicó en el *DO L 195* de 29.7.1980, p. 45. Sus reformas posteriores se efectuaron por medio de las siguientes directivas: Directiva 85/413/CEE (*DO L 229*, de 28.08.1985, p. 20); Directiva 93/84/CEE (*DO L 254*, de 12.10.1993, p. 16) y Directiva 2000/52/CE (*DO L 193*, de 29.7.2000, p. 75). Para un análisis de la evolución de este texto y sus sucesivas reformas, puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n.º 24, Santiago de Compostela, 2002, en especial, pp. 82 a 86.

⁴⁷ Aunque esta obligación fue introducida por la Directiva 2000/52/CE, la nueva reforma introducida por la Directiva 2005/81/CE amplía la propia denominación de la norma, a la que se incorpora la coletilla final de «así como la transparencia entre determinadas empresas», que no figuraba en las versiones anteriores.

⁴⁸ Cfr. Considerando 4 de la Directiva 2005/81/CE.

⁴⁹ Directiva 2000/52/CE (*DO L 193*, de 29.7.2000, p. 75).

do la gestión de un servicio de interés económico general con arreglo al artículo 86, apartado 2, del Tratado, que reciba cualquier tipo de compensación por servicio público en relación con tal servicio y que realice otras actividades»⁵⁰.

Como destaca MADDALON⁵¹, la nueva versión de la Directiva impone a las empresas a las que se refiere su ámbito de aplicación la obligación de llevar una contabilidad separada, con independencia de que la compensación sea o no calificable como ayuda estatal.

3.2. La Decisión 2005/842/CE⁵²

El segundo instrumento del que se vale la Comisión para clarificar la aplicación de la doctrina Almark es una decisión, instrumento normativo que, conforme al artículo 249 CE, «será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios». Como veremos es el documento más relevante de los que integran este paquete modernizador.

3.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente Decisión se aplica a las compensaciones por servicio público que constituyan ayuda estatal, es decir, a aquellas compensaciones que no superen el test de los cuatro requisitos de la Sentencia Almark que, no olvidemos, deben concurrir conjuntamente, y tiene por objeto determinar las condiciones bajo las que se puede aceptar su compatibilidad con el mercado común «y quedar exenta del requisito de notificación establecido en el artículo 88, apartado 3, del Tratado»⁵³.

⁵⁰ El subrayado es nuestro. En la versión introducida por la Directiva de 2000 este inciso estaba redactado del siguiente modo «y reciba cualquier tipo de ayuda estatal, ya sea en forma de subvención, apoyo o compensación, por prestar ese servicio y que lleve a cabo otras actividades».

⁵¹ MADDALON, P.: «Paquet Altmark...», *op. cit.*, p. 5.

⁵² Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L 312. de 29.11.2005 p. 67). La redacción prácticamente coincide con la que figuraba en la propuesta inicial de la comisión, aunque la redacción final sea más satisfactoria.

⁵³ Artículo 1 de la Decisión. Téngase en cuenta que el artículo 3 *in fine* formula un límite a este privilegio, al señalar que dicha exención se entiende «sin perjuicio de la aplicación de disposiciones específicas más estrictas relativas a las obligaciones de servicio público contenidas en las normativas comunitarias sectoriales».

Este trato privilegiado frente a las demás ayudas estatales sólo se reconoce a determinadas categorías de ayudas⁵⁴:

- a) compensaciones por servicio público concedidas a las empresas cuyo volumen de negocios anual, antes de impuestos e incluidas todas las actividades, no hubiere alcanzado los 100 millones de euros durante los dos ejercicios anteriores al de la concesión del carácter de servicio de interés económico general, y que reciban una compensación anual por el servicio en cuestión inferior a 30 millones de euros⁵⁵;
- b) compensaciones por servicio público concedidas a los hospitales y empresas encargadas de viviendas de protección oficial que realicen actividades calificadas de SIEG por el Estado miembro correspondiente⁵⁶;
- c) compensaciones por servicio público a conexiones aéreas o marítimas con islas en las que el tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de SIEG no hubiere superado los 300.000 pasajeros;
- d) compensaciones por servicio público en aeropuertos y puertos cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de SIEG no hubiere superado 1.000.000 de pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300.000 pasajeros en el caso de los puertos⁵⁷.

Como puede deducirse con claridad, la Comisión ha optado por acudir a dos criterios para determinar los sectores «privilegiados»: uno, meramente cuantitativo, que relaciona el importe máximo de la compensación con el volumen de negocio de la empresa que los recibe; y otro cualitativo, centrado en el sector en que opera la receptora, dentro del que distingue el caso de los hospitales y

⁵⁴ Artículo 2 de la Decisión.

⁵⁵ En la propuesta presentada por la Comisión no figuraba cifra alguna, señalando expresamente la propuesta que estos importes se fijarían definitivamente a la luz de los comentarios recibidos con ocasión de la consulta pública a la que dicha propuesta, como la de los otros dos documentos, se sometía. El umbral de 30 millones EUR de la letra a) del presente apartado podrá determinarse teniendo en cuenta una media anual que represente la suma de las compensaciones concedidas durante la vigencia del contrato o durante un periodo de cinco años. Para las entidades de crédito, el umbral de 100 millones EUR del volumen de negocios se sustituirá por el umbral de 800 millones EUR del balance general.

⁵⁶ Este supuesto refunde dos de los que figuraban en la propuesta ii) y iii), incorporando la mención expresa de que la calificación como SIEG, se efectúa por el Estado miembro correspondiente».

⁵⁷ En la propuesta existía un único apartado iv), en el lugar que en la versión final ocupan las letras c) y d), mucho más restrictivo puesto que se limitaba a «(iv) en el ámbito del transporte, la presente Decisión sólo se aplicará a las compensaciones por servicio público para las conexiones marítimas con islas, concedidas con arreglo a las normativas sectoriales, cuyo tráfico anual no sea superior a 100.000 pasajeros».

empresas encargadas de viviendas de protección oficial, que quedan exentas en todo caso y sin sujeción a límite alguno, del de ciertas empresas vinculadas al sector del transporte, con exclusión expresa del transporte terrestre⁵⁸, a los que se fijan ciertos límites cuantitativos de contenido no económico.

3.2.2. CONTENIDO Y CONDICIONES DE LA EXENCIÓN

Las ayudas estatales que puedan acogerse a esta Decisión serán consideradas compatibles con el mercado común, al amparo del artículo 86.2 CE y estarán exentas de la obligación de notificación previa prevista en el artículo 88.3 CE, «sin perjuicio de la aplicación de disposiciones específicas más estrictas relativas a las obligaciones de servicio público contenidas en las normativas comunitarias sectoriales».

En esta ocasión, la base legal para la exención de la obligación de notificación previa no se encuentra en el artículo 89 CE, sino en el artículo 86.3 CE, conforme al cual, «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»⁵⁹. Por ello, esta previsión no se efectúa a través de un reglamento de exención por categorías, sino a través de una decisión.

Para poder beneficiarse de este trato especial las ayudas deberán, además de entrar en los parámetros o sectores antes aludido, reunir dos condiciones: Que exista la atribución formal de la misión de SIEG y que la compensación sea adecuada. Como veremos, constituyen un trasunto de las condiciones 1.^a y 3.^a de la sentencia *Altmark*.

a) *Atribución formal de la misión de SIEG*

La Decisión exige para poder apreciar la compatibilidad de la ayuda y eximirla de la notificación previa que la responsabilidad del funcionamiento

⁵⁸ Artículo 2 *in fine* «La presente Decisión no se aplicará a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a empresas del sector del transporte terrestre». Como recuerda Julien de Beys (DE BEYS, J.: «Aide d'Etat...», *op. cit.*, p. 7), bajo esta mención se engloba el transporte por ferrocarril, por carretera y el fluvial, que se rigen por el artículo 73 CE, que rige como ley especial, frente al artículo 86.2 CE, que tiene su propio desarrollo reglamentario.

⁵⁹ El considerando 6 de la Decisión señala al respecto que «(6) El artículo 86, apartado 3, del Tratado faculta a la Comisión para precisar el significado y alcance de la excepción del artículo 86, apartado 2, del Tratado y para establecer las normas destinadas a posibilitar el control efectivo del cumplimiento de los criterios del artículo 86, apartado 2, en caso necesario. Por consiguiente, procede precisar las condiciones necesarias para que algunos sistemas de compensación sean compatibles con el artículo 86, apartado 2, y no estén sujetos a la obligación de notificación previa establecida en el artículo 88, apartado 3, del Tratado».

del SIEG fuera atribuida a la empresa en cuestión mediante uno o varios actos oficiales⁶⁰. La Comisión deja libertad a cada Estado miembro para elegir la forma que considere más ajustada al respecto, si bien fija un contenido mínimo inexcusable, que los mismos deben reunir⁶¹, integrado por las siguientes menciones:

- a) la naturaleza y duración de las obligaciones de servicio público;
- b) la empresa y el territorio afectados;
- c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas;
- d) los parámetros de cálculo, control y revisión de la compensación;
- e) las modalidades para evitar y rembolsar el exceso de compensación⁶².

No obstante, como destaca DE BEYS⁶³, muchos de los actos oficiales que proceden a fijar las obligaciones de interés general omiten alguno de estos elementos, por lo que la Comisión, consciente del diferente grado de dificultad que imponen algunas de ellas, decidió, finalmente, establecer un régimen transitorio en su Decisión, fijando un plazo de un año desde su entrada en vigor para alguno de los mismos⁶⁴.

b) *La adecuación de la compensación*

Por lo que se refiere al importe de la compensación, la Comisión exige que no supere lo necesario para cubrir los costes derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio público impuestas a la empresa, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos que pueda generar, así como un beneficio razonable sobre cualquier fondo propio necesario para el cumplimiento de dichas obligaciones⁶⁵. Como acertadamente subraya DE BEYS, esta exigencia es una aplicación del principio de proporcionalidad, tan presente en

⁶⁰ Como recuerda DE BEYS (*op. cit.*, p. 11, ésta no es una condición nueva, sino que ya aparecía recogida en su Comunicación de 2001 sobre los servicios de interés general en Europa (DO C 17, de 19.1.2001, p. 4.), reflejando una constante jurisprudencia al respecto.

⁶¹ Artículo 4 de la Decisión.

⁶² El contenido mínimo era mucho más limitado e impreciso en la versión que recogía la propuesta de Decisión, que fijaba únicamente como contenido imprescindible: a) la naturaleza precisa de las obligaciones de servicio público; b) las empresas afectadas y el territorio considerado.

⁶³ *Op. cit.* p. 12.

⁶⁴ La aplicación diferida de la norma se prevé para los requisitos contenidos en las letras c), d) y e). Esta previsión no aparecía recogida en la propuesta de Decisión, si bien es cierto, que en la misma no aparecían los requisitos que precisamente son objeto del periodo transitorio.

⁶⁵ Cfr. Artículo 5 de la Decisión.

numerosos campos de Derecho comunitario⁶⁶ pues en realidad es un Principio general del derecho comunitario.

La Decisión alude también a la noción de «beneficio razonable», que el ya citado DE BEYS identifica con el coste de oportunidad que para la empresa que realiza la misión de interés general hubiera supuesto dedicar los recursos propios necesarios a otra actividad, pues de otro modo la empresa se vería penalizada en la práctica al asumir dichas obligaciones.

La propia Decisión define qué debe entenderse por «beneficio razonable»⁶⁷, considerándolo «un tipo de remuneración de los fondos propios que tenga en cuenta el riesgo, o la inexistencia del mismo, soportado por la empresa por la intervención del Estado y, en particular, si este último concede derechos exclusivos o especiales». Para la fijación del citado tipo, la Comisión toma como referencia el tipo medio registrado en el sector durante los últimos años, aunque, consciente de que no siempre es posible acudir a tal comparación, porque en dicho sector puede no existir empresa comparable, la comparación podrá hacerse con empresas sitas en otros Estados miembros o, en su caso, de otros sectores, siempre que se tengan en cuenta las características concretas de cada sector.

En cualquier caso, la compensación deberá utilizarse efectivamente para la prestación del SIEG en cuestión, sin perjuicio del legítimo derecho de la empresa a disfrutar de un beneficio razonable, que lógicamente, podrá aplicarse como estime oportuno⁶⁸.

Asimismo, para el cálculo efectivo de la compensación se deberá tener en cuenta tanto los beneficios que reciba la empresa, como los costes en que incurra y los eventuales ingresos que pueda obtener de la realización del SIEG.

Respecto a los beneficios, se incluirán todos los concedidos a la empresa por el Estado o a cargo de recursos estatales, cualquiera que sea su forma.

Los costes, por su parte, comprenden todos los imputables en concepto de funcionamiento del SIEG, de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados⁶⁹.

En el caso de que la empresa realice actividades que se hallen simultáneamente dentro y fuera del ámbito de SIEG, la contabilidad interna deberá

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁷ Artículo 6.4 de la Decisión. La noción que incluye el texto final está mucho más perfilada que la que figuraba en la propuesta, al incorporar la referencia a otros Estados miembros, si no existe empresa equivalente, así como criterios de eficiencia productiva para matizar los incentivos.

⁶⁸ El beneficio razonable deberá tener en cuenta la totalidad o una parte del aumento de productividad realizado por las empresas en cuestión durante un periodo convenido y limitado sin menoscabar la calidad de los servicios concedidos a la empresa por el Estado.

⁶⁹ La Decisión ofrece una serie de criterios al respecto, en función de que la empresa sólo se dedique a la prestación del SIEG o la compatibilice con otras actividades libres.

indicar por separado los costes y beneficios asociados al servicio de interés económico general y otros servicios, así como los parámetros para la asignación de costes e ingresos⁷⁰.

Finalmente, los ingresos que deberán tenerse en cuenta son los que puedan derivar de la actividad de SIEG, especificando que «si la empresa en cuestión dispone de derechos especiales o exclusivos vinculados a otro servicio de interés económico general que genere beneficios superiores al beneficio razonable, o si se beneficia de otras ventajas concedidas por el Estado, tales derechos y beneficios deberán incluirse en sus ingresos, independientemente de su calificación a efectos del artículo 87 del Tratado».

c) *El control de las compensaciones excesivas*

En el caso eventual de que la compensación percibida por la empresa, calculada tal y como se ha señalado anteriormente, resulte excesiva, se plantea un problema evidente. La ayuda perderá el beneficio de la compatibilidad, al menos en el exceso correspondiente.

Ese es, sin duda, el gran problema que plantea la Decisión y al que trata de poner remedio estableciendo mecanismos de control a posteriori⁷¹. Así, la Decisión encomienda a los Estados miembros que se verifique un control periódico que garantice que las empresas no reciban una compensación excesiva, establecido, no obstante, que cuando el importe del exceso no supere el 10 % del importe de la compensación anual, podrá trasladarse al año siguiente y descontarse del importe de la compensación que debería pagarse en ese periodo: Dicho exceso subsanable se eleva al 20 %, en el caso del sector de la vivienda de protección oficial, «siempre que la empresa en cuestión preste exclusivamente servicios de interés económico general» y, por lo tanto, no se dedique a la construcción de vivienda «libre».

3.3. *El Marco comunitario*

El tercero de los instrumentos que integran el paquete modernizador son unas líneas directrices, bajo la denominación de Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público⁷².

⁷⁰ Los costes vinculados a cualquier actividad ajena al SIEG cubrirán todos los costes variables, una contribución apropiada a los costes fijos comunes y una remuneración adecuada del capital, no concediéndose compensación alguna por estos costes.

⁷¹ Artículo 6 de la Decisión. No olvidemos que respecto a este artículo se previó un plazo transitorio de un año. (Artículo 10).

⁷² DO L 312. de 29.11.2005 p. 4.

En este documento, la Comisión expone a los Estados miembros cuáles son las condiciones en la que estaría dispuesta a considerar compatibles las compensaciones por SIEG que sean reputadas ayudas estatales y no puedan ampararse en la previa Decisión. La base legal para tal declaración de compatibilidad vuelve a ser, nuevamente, el artículo 86.2 CE.

Su objeto es, pues, ofrecer una solución a las compensaciones a los SIEG que no puedan acogerse a las condiciones más favorables de la Decisión 2005/842/CE, ya examinada. En esta ocasión, sin embargo, no se exime de la obligación de notificación previa, sino que ésta constituye el presupuesto indispensable para que la Comisión pueda valorar la concurrencia de las condiciones para apreciar la compatibilidad.

3.3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como consecuencia de su carácter de norma complementaria de la Decisión 2005/842/CE, su ámbito de aplicación resulta realmente amplio. Constituyen su objeto «las compensaciones por servicio público concedidas a empresas en relación con actividades sujetas a las normas del Tratado CE a excepción de los sectores de los transportes y del servicio público de radiodifusión».

La primera excepción es coherente con lo recogido en la Decisión, mientras que la segunda es el resultado de que dicho sector tiene su propio y privilegiado marco regulador⁷³.

En consecuencia, este encuadramiento resulta aplicable a todas las compensaciones por SIEG, que no puedan ampararse en la previa Decisión de la Comisión, con las dos excepciones ya aludidas, «sin perjuicio, de las disposiciones específicas más estrictas relativas a las obligaciones de servicio público contenidas en la legislación y en las medidas comunitarias sectoriales⁷⁴».

3.3.2. CONDICIONES DE LA COMPATIBILIDAD

Al igual que en el caso de la compensaciones amparadas por la Decisión 2005/842/CE, las compensaciones-ayudas estatales que pueden considerarse compatibles deberán cumplir determinadas condiciones.

⁷³ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DO C 320 de 15.11.2001, p. 5).

⁷⁴ Punto 4 del Marco. Coincidiendo con DE BEYS (*op. cit.*, p. 15), entendemos que esta exclusión no se refiere a los actos que definen las obligaciones de servicio público que pueden fijarse en los sectores liberalizados, como las telecomunicaciones o la energía. Estas condiciones son más estrictas en la medida en que los Estados miembros pierden buena parte de su capacidad para definir cuál es el objeto del SIEG, que se define a nivel comunitario.

a) *Atribución formal de la misión de SIEG*

Será preciso también que exista uno o varios actos oficiales que precisen las obligaciones de SIEG que son objeto de la compensación, cuya forma queda igualmente a la libre configuración de cada Estado miembro, siempre que contenga unos elementos básicos e imprescindibles, que son un trasunto de los recogidos en la Decisión 2005/842/CE. Esta identidad de contenido mínimo resulta coherente con la propia distinción que opera la Decisión, basada en criterios materiales y cuantitativos.

b) *Compensación adecuada*

El segundo de los requisitos establecidos en el marco es también un trasunto del recogido en la Decisión y supone, igualmente, una aplicación del principio de proporcionalidad, de ahí que las previsiones contenidas en uno y otro documento sean prácticamente equivalentes.

Siempre que estas dos condiciones se cumplan de manera satisfactoria, la Comisión considera estas ayudas compatibles con el Tratado, al amparo del artículo 86.2 CE «cuando sean necesarias para el funcionamiento de los servicios de interés económico general y no afecten al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad»⁷⁵.

c) *El control de las compensaciones excesivas*

El control de las compensaciones excesivas es también motivo de atención de la Comisión en su marco regulador, incluso con mayor detalle que el dedicado a esta cuestión en la decisión.

Nuevamente se hace recaer sobre los Estados miembros el deber de supervisar que no se produzcan los excesos en las compensaciones. En esta ocasión, sin embargo, sólo se prevé la posibilidad de descontar del ejercicio siguiente el exceso que no supere el 10 % del importe de la compensación anual. No obstante, y en la medida en que los costes de algunos SIEG pueden variar considerablemente de un año a otro, especialmente en lo que se refiere a inversiones concretas, se admite excepcionalmente que algunos años, el exceso sea superior⁷⁶.

⁷⁵ Punto 8 del Marco.

⁷⁶ La Comisión establece en estos casos que la situación concreta que pueda justificar dicha compensación excesiva le sea oportunamente explica en la notificación. «Sin embargo, la situación deberá revisarse periódicamente en función de la coyuntura de cada sector y, en cualquier caso, a intervalos nunca superiores a cuatro años. Al término de cuyo periodo cualquier compensación excesiva descubierta deberá ser reembolsada».

4. Valoración de conjunto

Resulta evidente que la Comisión trata con estos tres documentos de resolver algunos de los interrogantes planteados a partir de la sentencia Altmark, especialmente, los casos en los que al no cumplirse las condiciones establecidas en aquélla, las compensaciones deban reputarse como ayudas estatales, estableciendo dos niveles diferentes de exigencia, uno puramente cuantitativo, en función de que el volumen de la compensación y el volumen de negocio no superen determinados umbrales, lo que resulta de especial utilidad para los numerosos servicios públicos de carácter local, y otro *ad nominem*, reservado a los hospitales y empresas encargadas de viviendas de protección oficial, así como determinadas conexiones aéreas o marítimas, puertos o aeropuertos. Se crean con ello dos status diferenciados, que se vienen a sumar a otros ya existentes, como el que por motivos muy diversos y, sin duda controvertidos, goza el sector de la radiodifusión⁷⁷.

Igualmente podemos afirmar que estos documentos dan un paso adelante, para clarificar la nueva situación de la financiación de los SIEG, pero que queda todavía sin resolver, como apunta DE BEYS⁷⁸, el delicado tema del alcance concreto de las condiciones que fija la sentencia Altmark para excluir precisamente, la presencia de ayudas estatales, ámbito en el que el poder de la Comisión queda notablemente debilitado, más allá de la capacidad de abrir un procedimiento por presuntas ayudas estatales ilegales a posteriori. De ahí la importancia de los instrumentos de control y la debilidad que puede apreciarse en los previstos.

No podemos olvidar, sin embargo, que queda todavía pendiente un complejo problema de fondo, como es el de la necesaria delimitación los «servicios de interés general», que operan al margen de la competencia, y los «servicios de interés económico general», que sí lo hacen y que es donde se centra el problema de la necesaria definición de las misiones de interés general que se les encomiendan y que son la justificación del apoyo financiero público. En este contexto se abre paso la necesidad de definir a nivel comunitario el alcance de los SIEG, limitando el poder de los Estados miembros, siempre renuentes a ceder poder y prontos a reclamar, paradójicamente, que sea la Comisión quien impida los excesos de los demás. O lo que es lo mismo, una verdadera delimitación de los SIEG a nivel comunitario y no exclusivamente nacional, que sería siempre mucho más eficaz,

⁷⁷ Cfr. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DO C 320 de 15.11.2001, p. 5).

⁷⁸ DE BEYS, J.: «Aide d'Etat...», *op. cit.*, pp. 19 y 20.

y que aunque difícil, sería posible, como demuestra la jurisprudencia existente al respecto⁷⁹.

Se trata, en definitiva, de un nuevo capítulo, del eterno drama de la construcción europea, la dificultad de hacer llegar a los Estados miembros que el interés de la Comunidad está por encima de los intereses nacionales, pero para ello es preciso también que las propias instituciones den un paso adelante hacia una verdadera comunitarización del poder, que no se limite a trasladar cuotas nacionales, no siempre reales y conseguidas, a menudo, en condiciones de monopolio. Sólo así se podrá garantizar que el nivel de bienestar que caracteriza a la sociedad europea, construido en gran medida sobre la noción de servicio público, pueda continuar y no sea como Saturno, que termine devorando a sus propios hijos, personificados en esta ocasión, en los ciudadanos europeos usuarios de los mismos.

⁷⁹ BUENDÍA SIERRA, J. L.: «Derecho especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general», en *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, volumen II, capítulo 16, pp. 1055 y 1153, en concreto, pp. 1102 y 1103.

Características y situación actual de la política de clemencia

José A. Varela González

Presidente del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

Sumario: 1. Introducción.— 2. Cáteles, dificultad de su detección y política de clemencia.— 3. Factores que contribuyen al éxito de la política de clemencia.— 4. El programa de clemencia de la Unión Europea.— 5. El programa de clemencia español.— 6. Conclusiones.

Resumen: Los acuerdos colusorios entre empresas competidoras perjudican los intereses económicos de los consumidores y tienen consecuencias negativas sobre la eficiencia económica. A pesar de ello, y de la existencia de normas que prohíben y sancionan la formación de cárteles, existe evidencia empírica de la existencia de un número significativo de cárteles. En su lucha por erradicarlos, la actuación tradicional de las autoridades de defensa de la competencia ha sido poco efectiva. Por ello, en los últimos quince años, la Unión Europea ha optado por aplicar la política de clemencia. Los resultados obtenidos, en términos de cárteles identificados y de empresas sancionadas, confirman la eficacia de esta estrategia.

Palabras clave: Política de defensa de la competencia, cártel, acuerdo colusorio, programas de clemencia, Unión Europea, España.

Abstract: *Collusive agreements between competitors damage consumers' economic interests and have negative consequences on economic efficiency. Despite this, and the existence of rules which prohibit and penalize the formation of cartels, there is empiric evidence of the existence of a significant number. In their fight to eradicate them, the traditional performance of competition authorities has been little effective. Therefore, over the last fifteen years, the European Union has decided to enforce the leniency policy. The results, regarding identified cartels and penalized companies, confirm the efficiency of this strategy.*

Keywords: *Anti-trust policy, cartel, collusion, leniency programs, European Union, Spain.*

1. Introducción

Existe consenso a nivel académico y administrativo en que los acuerdos entre empresas competidoras orientados a limitar la competencia —de modo particular los que tienen como objetivo la fijación de precios, el reparto del mercado y las pujas fraudulentas (*hard core cartels*)— constituyen la prác-

tica restrictiva de la competencia más perjudicial para el correcto funcionamiento de los mercados. Por ello, todos los países que poseen normativa de defensa de la competencia prohíben y sancionan los acuerdos colusorios.

Los acuerdos colusorios entre empresas competidoras perjudican los intereses económicos de los consumidores y tienen consecuencias negativas sobre la eficiencia económica. Dan lugar a precios más elevados de los que resultarían del juego competitivo y a menor producción; además, al desincentivar la innovación, la mejora de los productos y de los procesos productivos, conducen a productos de menor calidad y precios más elevados.

Sin embargo, la existencia de normas que prohíben y sancionan la formación de cárteles y el esfuerzo de las autoridades de defensa de la competencia en su disuasión y represión —objetivo prioritario de la mayoría—, parecen no ser suficientes para erradicar los acuerdos colusorios entre empresas rivales, ya que existe evidencia empírica de que, al menos en las dos últimas décadas, un número significativo de cárteles ha funcionado en el mundo. Más concretamente, en el periodo 2002-2007, la Comisión Europea sancionó a un total de 39 cárteles, ascendiendo la cuantía de las multas —no corregidas por los Tribunales de Justicia— a 7.603 millones de euros¹.

La actuación tradicional de las autoridades de defensa de la competencia en su lucha contra los cárteles ha sido poco efectiva por dos motivos. Primero, no puede modificar las características estructurales de los mercados (demanda inelástica, costes de entrada hundidos, homogeneidad del producto, etc.), que favorecen la formación de cárteles. Segundo, se enfrenta a notables dificultades para detectar la existencia de tales acuerdos.

La identificación de un cártel puede ser el resultado de: (a) la investigación de las autoridades de competencia, (b) de la denuncia de un tercero, y (c) de las manifestaciones de algún miembro del propio cártel. Dado el carácter secreto de los acuerdos colusorios, resulta improbable que un tercero pueda disponer de datos sobre tales acuerdos; también es difícil que las autoridades de competencia puedan disponer de información suficiente para probar la existencia de un cártel. Por ello, en los últimos quince años, en Europa, se ha debatido² sobre mecanismos que incentiven a las empre-

¹ Durante 2007 fueron sancionados 8 cárteles: de ascensores y escaleras mecánicas; conmutación con aislante a gas; vidrio plano; cremalleras para ropa y calzado; cerveza en Holanda; caucho cloropropeno; asfalto en España; y cintas de vídeo para profesionales. Esta información estadística se encuentra disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

² Existe una objeción moral a la política de clemencia que se explicita indicando que las autoridades de defensa de la competencia tienen la obligación de sancionar todas las infracciones de la norma correspondiente. Sin embargo, tal como indica la OECD (2002b, p. 6), «a la hora de hacer respetar la ley, inevitablemente, hay que establecer prioridades y sopesar los costes y beneficios de las diferentes decisiones. Es posible que la eficacia en la aplicación

sas participantes en un cártel a colaborar con las autoridades de competencia proporcionándoles pruebas de su existencia y de sus características. En este marco se sitúa la aprobación y aplicación de la política de clemencia (también conocida como «programa de amnistía» o «política de inmunidad corporativa»).

La aplicación de la política de clemencia en el ámbito de la defensa de la competencia se inició en Estados Unidos en 1978 y en la Unión Europea en 1996. En la actualidad, en muchos Estados Miembros de la Unión Europea existen programas de esta naturaleza. En España, se ha incorporado recientemente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC).

La política de clemencia constituye una estrategia orientada a superar la situación de impotencia de los responsables de la defensa de la competencia en su intento de erradicar los acuerdos colusorios entre competidores. Los resultados registrados en los países que la han aplicado confirman su eficacia, dado el número de cárteles identificados y sancionados.

2. Cárteles, dificultad de su detección y política de clemencia

Un cártel es un tipo de acuerdo entre empresas competidoras y un programa de clemencia es una herramienta de lucha contra tales acuerdos horizontales.

2.1. *Cártel*

La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, de 2006, actualmente vigente, indica en su punto 1 que los cárteles son *acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de*

de la ley y el cumplimiento de ésta mejoren, en general, si la clemencia concedida a algunos partícipes permite, en contrapartida, que se aplique la ley a los demás de forma más rigurosa. Aunque parezca injusto que el autor de una infracción pueda evitar las consecuencias de sus actos confesando y haciendo recaer toda la responsabilidad en otros». Por su parte, la Comisión resalta que para «los consumidores y los ciudadanos revista mayor interés el descubrimiento y la prohibición de los cárteles secretos entre empresas que la imposición de multas a las empresas cuya colaboración permite a la Comisión descubrir y prohibir este tipo de prácticas» (Punto 3 de la Comunicación de 2006).

compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones a las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Tales prácticas figurarán entre los casos más graves de violación del artículo 81 del Tratado CE (DOUE n.º 2006/ C 298/11, de 8.12.2006).

Por su parte, la disposición adicional cuarta de la nueva Ley 15/2007 (LDC), correspondiente al apartado «Definiciones», recoge en su punto 2 que: *A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.*

El carácter secreto de los acuerdos colusorios deriva de su naturaleza ilícita, de la que los miembros del cártel son plenamente conscientes (OECD, 2002a). Por ello, los participantes en el cártel suelen *tomar todas las precauciones que estén a su alcance para disimularla [la infracción] a los ojos de los consumidores y, por supuesto, a no descubrirla a las autoridades de la competencia* (Tierno y Peña, 2002, p. 101).

2.1.1. NÚMERO DE CÁRTELES

Un trabajo reciente de Connor (2006) indica que en el periodo 1990-2005 fueron descubiertos 260 cárteles *hard-core* internacionales, de los cuales 186 operaban en Europa. De éstos, 69 (27%) eran globales, entendiendo por tales aquellos que aplicaban los precios fijados al menos en dos continentes siendo, en la mayoría de los casos, uno de ellos Europa Occidental; 52 (20%) eran europeos en sentido amplio, ya que estaban activos en varios países de la Unión Europea; 59 (23%) eran nacionales, ya que se limitaban a un Estado miembro de la Unión Europea; y 6 (2,3%) se identificaron en países de Europa oriental.

La mayoría (209) de los 260 cárteles identificados operaba en el sector industrial, pues las empresas que los formaban vendían productos manufacturados; 49 se localizaron en el sector servicios³ y sólo había 2 cárteles de materias primas.

De los 209 cárteles del sector industrial, 150 operaban en mercados de bienes intermedios (58% del total), perteneciendo 78 al sector químico (30% de todos los cárteles); 9 en mercados de bienes de capital (sólo el 3% del total) y 51 en mercados de consumo (20% del total), la mitad de los cuales

³ Si bien el número de acuerdos colusorios en el sector servicios era reducido respecto a los 209 del sector industrial, experimentó un fuerte incremento, ya que los cárteles internacionales en el sector servicios fueron muy raros en el periodo de entreguerras.

correspondía a fabricantes de productos estandarizados y la otra mitad a productores de bienes diferenciados.

Además de verificar el predominio de los cárteles en el sector industrial, los análisis también destacan su relación con el grado de concentración del sector. Así, Levenstein y Suslow (2006), a partir de una muestra de 72 cárteles internacionales privados declarados culpables desde 1990 en Estados Unidos y en la Unión Europea, observaron que éstos pertenecían predominantemente a sectores muy concentrados. El 75% de los cárteles operaba en sectores con un ratio de concentración C_4 superior al 75% o con un índice Herfindahl-Hirschman (IHH) por encima de 1.800. Las empresas importantes en el mercado correspondiente participaban en casi todos los cárteles considerados.

2.1.2. DURACIÓN⁴ DE LOS CÁRTELES

Una vez alcanzado el acuerdo colusorio sobre el precio o el reparto del mercado, para que el cártel dure, los responsables de las empresas que participan en el acuerdo tienen que: (a) impedir la realización de trampas por sus miembros; (b) evitar la entrada de nuevos entrantes en el mercado; y (c) evitar el crecimiento de las empresas fuera del cártel. Para lograrlo, los cárteles desarrollan mecanismos sofisticados de vigilancia de los precios y de las cuotas de mercado, de compensación y de penalización (Levenstein y Suslow, 2006).

En los estudios con muestras de cárteles internacionales, su duración media varía entre 5,3 años, en el estudio de Eckbo (1976) sobre 52 cárteles que operaron en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, y 7,5 años, en el estudio de Levenstein y Suslow (2006). En los análisis con muestras de cárteles sancionados en Estados Unidos, la vida media se sitúa entre 5,4 años, en el estudio de Gallo y otros (2000) y 7,5 años, en el de Posner (1970).

Confirmando la predicción de Stigler (1964), algunos cárteles de las muestras estudiadas desaparecieron rápidamente, ya que apenas duraron un año; sin embargo, otros permanecieron largo tiempo.

Las prácticas organizativas contribuyen de un modo significativo a la estabilidad de los cárteles; en particular, los cárteles que utilizan mecanismos de reparto del mercado es menos probable que se desarticulen que los que no recurren a tal dispositivo. Por el contrario, las crisis macroeconómicas, así como los problemas financieros de las empresas miembro, reducen el tiempo de vida de los cárteles⁵ (Levenstein y Suslow, 2006).

⁴ La duración de un cártel no necesariamente se asocia a éxito. Los cárteles más exitosos en fijar precios elevados pueden no durar si estimulan la entrada de nuevas empresas.

⁵ Estos resultados deben considerarse con precaución, ya que las autoras indican que el tamaño de la muestra (72 cárteles internacionales privados declarados culpables después de 1990 en Estados Unidos y en la Unión Europea) limita la precisión de las estimaciones.

2.1.3 TAMAÑO DE LOS CÁRTELES

Los cárteles analizados por Levenstein y Suslow (2006) integraban entre 2 y 35 empresas, aunque en general tenían pocos miembros. La media era 6,7 firmas y la mediana, 5. La existencia de algunos cárteles con un elevado número de participantes no debe sorprender ya que una asociación tenía una involucración activa en ellos; así sucedía en 10 de los 12 cárteles en que participaban más de 10 empresas.

Los cárteles con menos miembros parecen durar más que los formados por un mayor número de participantes, si bien los pequeños están en mercados más concentrados, integrándose en ellos todas, o casi todas, las empresas que conforman el mercado.

2.1.4. BENEFICIOS DE LOS CÁRTELES PARA LAS EMPRESAS PARTICIPANTES

Los acuerdos colusorios entre empresas competidoras *constituyen un ataque frontal al buen funcionamiento de los mercados* (Gutiérrez y Zoido, 2004, p. 269) y perjudican sensiblemente el bienestar de los consumidores. A pesar de ello, algunas empresas están dispuestas a participar en cárteles dados los cuantiosos beneficios que ello les puede reportar, ya que la pertenencia a un cártel permite fijar *unos precios superiores a los que se determinarían en competencia, de forma que los agentes que participan en el acuerdo extraen un mayor nivel de renta a los consumidores* (Jiménez, 2006, p. 71). Es decir, un cártel permite que las empresas obtengan mayores beneficios a expensas de los consumidores. Según la encuesta realizada por la OECD (2002a) sobre 119 casos de cártel tratados en los países miembros de 1996 a 2000, *el volumen total de transacciones comerciales controladas por sólo 16 cárteles de envergadura citados superaba los 55.000 millones de dólares en el mundo entero. La encuesta ha demostrado que, pese a que el margen de beneficio obtenido podía variar considerablemente de un cártel a otro, en ciertos casos, alcanzaba proporciones enormes, del orden del 50% o más. En consecuencia, queda claro que el alcance del perjuicio causado por los cárteles asciende a varios miles de millones de dólares anuales* (p.3).

2.2. Dificultad de probar la existencia de los cárteles

Dada la ilicitud de la conducta y las sanciones que las empresas participantes deben afrontar en el supuesto de que se pruebe su participación en el acuerdo colusorio, los responsables de la decisión —los altos ejecutivos de las empresas— deben actuar con la máxima precaución para evitar que existan pruebas

documentales que los impliquen. Según un informe de la OECD (2002a), en relación al comportamiento de los miembros de un cártel, se señala que *controlaban a conciencia la elaboración y conservación de documentos que pudieran incriminarlos mediante, entre otros dispositivos, auditorías internas que tenían por objeto el comprobar la destrucción de dichos documentos. Si se consideraba que era necesario conservar ciertos escritos, por contener, por ejemplo, el reparto del mercado entre los miembros del cártel, los archivos se copiaban en disquetes y se escondían en el desván de la casa de la abuela de uno de los empleados* (p.3). Estas prácticas dificultan extraordinariamente la prueba directa de su existencia.

Dadas las precauciones tomadas por los participantes en el acuerdo para no dejar evidencias, es difícil lograr pruebas directas de su existencia. La prueba indirecta, de indicios o de presunciones, puede ser aceptada, pero son evidentes sus dificultades propias. Por ello, resulta de especial interés la autodenuncia de alguno de los infractores (Pedraz, 2003). Esa actuación es apoyada por organismos internacionales, como la OECD (2001), al recomendar la aprobación y aplicación de programas de clemencia en todos los países.

2. 3. Política de clemencia

La política de clemencia consiste básicamente en eximir, o en reducir, la sanción que le correspondería a una empresa participante en un cártel —en algunas jurisdicciones, también se garantiza la inmunidad a los directivos frente a cargos de naturaleza penal— cuando ésta proporciona a las autoridades de competencia pruebas de la existencia del cártel, de sus reuniones, del intercambio de información, de sus características; pruebas que posibilitarán la sanción de los restantes operadores que participaban en el acuerdo y la eliminación del cártel. Su objetivo es romper la *ley del silencio* (OECD, 2002b, p. 2) de los miembros del cártel, merced a la denuncia de algún miembro del cártel que se «chiva» a cambio de la dispensa, o de una reducción, de la multa que le correspondería por su participación en el cártel.

Se acepta generalmente⁶ que la existencia de un programa de clemencia incentiva la denuncia y, por ello, permite la identificación de cárteles desconocidos por las autoridades. En su estudio empírico sobre 72 cárteles denunciados desde 1990, Levenstein y Suslow (2006, p. 29) encuentran que *las políticas de amnistía y clemencia han sido capaces de romper cárteles de larga duración*.

⁶ MOTTA y POLO (2003) muestran que, en determinadas circunstancias, los programas de clemencia pueden tener un efecto perverso debido al reducido coste esperado de la colusión, por lo que concluyen que, en tales casos, no deberían ser utilizados.

Spagnolo (2004) ha mostrado teóricamente que la implantación de un diseño de «bono», en que la empresa que se acoge a la clemencia no sólo no es sancionada, sino que recibe como compensación adicional las multas pagadas por los miembros del cártel sancionados, puede aumentar los incentivos para la denuncia constituyendo, por tanto, una herramienta más potente para disuadir la formación de cárteles.

Recientemente, Apesteguía, Dufwenberg y Selten (2007) han propuesto cuatro modelos que incorporan características clave de distintas opciones de política de defensa de la competencia y han examinado experimentalmente sus efectos en el nivel de precios, la formación de cárteles y su denuncia. Los modelos tienen las siguientes características:

- a) *Estándar*. Representa una situación en que las empresas rivales en un mercado se pueden comunicar para formar un cártel. Además existe una norma que sanciona la participación en un cártel, de modo que si el cártel es identificado, todos sus miembros deben pagar la multa correspondiente; es decir, no existe una política de clemencia.
- b) *Clemencia*. Representa una situación en que las empresas rivales en un mercado se pueden comunicar para formar un cártel, existe una norma que sanciona la participación en un cártel y, además, existe un programa de clemencia que exonera al denunciante del pago de la multa que le correspondería por participar en el cártel.
- c) *Bono*. Representa una situación en que las empresas rivales en un mercado se pueden comunicar para formar un cártel, existe una norma que sanciona la participación en un cártel y, además, existe un programa de clemencia en el que el denunciante del cártel no sólo no es sancionado sino que recibe como compensación adicional las multas pagadas por los miembros del cártel sancionados.
- d) *Ideal*. Representa una situación en la que no existe la posibilidad de que las empresas rivales en un mercado se comuniquen para formar un cártel. Se corresponde con las condiciones de mercado deseadas por las autoridades de defensa de la competencia y, por tanto, sus resultados constituyen una referencia con la que comparar los obtenidos en los otros tres modelos.

Los resultados obtenidos experimentalmente indican que:

- a) cuando se dan las condiciones del modelo *Estándar*, el precio es significativamente más elevado que en el esquema *Ideal*,
- b) cuando se dan las condiciones del modelo *Clemencia*, el precio es significativamente más bajo que en la situación *Estándar* y sin diferencias significativas respecto a *Ideal*; y hay una tendencia a que el

número de cárteles formados sea menor y se denuncie en más casos la existencia de cárteles,

- c) cuando se dan las condiciones del modelo *Bono*, el precio es más elevado que en *Clemencia*, el número de cárteles formados es mayor, si bien el porcentaje de cárteles denunciados también es mayor.

De acuerdo a estos resultados, se puede concluir que el programa *Clemencia*:

- a) tiene un claro efecto sobre los precios de mercado en la dirección adecuada, es decir, los reduce, incluso más que el diseño *Bono*,
- b) disminuye el número de cárteles que se forman, incluso menos que con el diseño *Bono*,
- c) permite descubrir menos cárteles que el diseño *Bono*.

Entonces, la existencia de una política de clemencia tiene potencial para desestabilizar a un cártel existente, así como para disuadir de la formación de otros nuevos, ya que cualquiera de sus miembros puede, en un determinado momento, decidir cooperar con las autoridades de competencia. Sin embargo, para que un programa de clemencia sea eficaz se requieren diversos factores.

3. Factores que contribuyen al éxito de la política de clemencia

Un aspecto clave a la hora de establecer programas de clemencia eficaces es la identificación de los factores que disuaden a las empresas a formar cárteles o, en el supuesto de un cártel existente, de los factores que actúan como incentivos para que alguno de sus miembros lo denuncie.

Desde una perspectiva económica, todo agente económico tomará una determinada línea de acción cuando los beneficios de la misma superen los costes. Si nos situamos en el caso de las empresas de un determinado sector que se plantean crear un cártel, éste finalmente se constituirá si las empresas: (a) no tienen ningún incentivo moral vinculado al bienestar público que las desincentive a formarlo y (b) estiman que el beneficio extraordinario asociado a su participación en el cártel —como consecuencia de la reducción de la competencia— superará los costes asociados a su integración en el mismo.

Dado que el coste para las empresas de participar en un cártel es el producto de la probabilidad de que sea detectado por la sanción recibida en razón de la infracción, cuando este producto sea mayor que el beneficio extraordinario obtenido de la participación en el cártel, éste no se formará.

En el caso de un cártel en funcionamiento, las alternativas de sus miembros son: (a) no denunciarlo, y seguir beneficiándose de la participación en

el mismo, o (b) denunciarlo, y dejar de percibir sus beneficios. Supuesto que los miembros del cártel no tienen ningún incentivo moral vinculado al bienestar público para la denuncia ya que participan en el acuerdo, ¿cuándo estarán dispuestos a denunciar la existencia del cártel y perder los beneficios extraordinarios asociados a su pertenencia al mismo? En coherencia con lo anteriormente señalado, la denuncia sólo se producirá si el potencial denunciante cree que existe alguna probabilidad de que el cártel sea identificado y espera que la sanción de la autoridad de defensa de la competencia⁷ sea muy cuantiosa, ya que en tal caso la delación le permitirá evitar la multa correspondiente o, al menos, lograr una reducción de la misma.

El razonamiento anterior indica que los incentivos a denunciar la existencia de un cártel son: (a) la eficacia de las autoridades administrativas responsables de su persecución y erradicación, (b) la cuantía de las sanciones, y (c) el propio diseño del programa de clemencia.

3.1 *Eficacia de la intervención administrativa*

Para que una empresa participante en un cártel tenga incentivos a denunciar su existencia tiene que percibir una cierta probabilidad de que la autoridad responsable de la defensa de la competencia lo detecte y, consecuentemente, lo sancione. Si tal probabilidad se percibe nula, los miembros del cártel estarán incentivados a seguir disfrutando de las rentas extraordinarias que el acuerdo les proporciona y ello aunque las sanciones establecidas en la normativa correspondiente sean muy elevadas. En caso de nula efectividad administrativa, los participantes en el cártel no obtendrán ningún beneficio de incorporarse al programa de clemencia y, consecuentemente, el cártel no se denunciará y seguirá existiendo hasta que la dinámica del mercado lleve a su desaparición.

Por tanto, la capacidad de investigación y sanción de la autoridad de competencia es esencial para que un programa de clemencia resulte eficaz. Las empresas deben sentir que existe una probabilidad relativamente elevada de ser descubiertas y ser conscientes de que, en tal caso, tendrán que enfrentarse a una sanción elevada.

La importancia de la reputación de eficacia de la autoridad responsable de la persecución de los acuerdos colusorios es un factor crítico del éxito de los programas de clemencia. Cabe pensar que el simple hecho de que la autoridad se perciba como eficaz en su lucha contra los acuerdos colusorios tiene

⁷ Se supone que no existen costes de imagen para la empresa derivados del conocimiento de tales prácticas por los consumidores ni costes relativos a las indemnizaciones por daños y perjuicios que los afectados pudieran reclamar.

potencial para disuadir la formación de nuevos cárteles y para desestabilizar los ya existentes.

Aunque construir tal reputación lleva tiempo, parece claro que no podrá lograrse si los responsables de la lucha contra los acuerdos colusorios no cuentan con suficientes recursos y capacidades. Entonces, de particular importancia para el logro de tal reputación es la disponibilidad de recursos humanos debidamente organizados y formados, en particular en las técnicas de detección de cárteles. También es importante que la autoridad asuma una orientación proactiva y reflexiva en la inspección de empresas potenciales miembros de cárteles. En este sentido, el análisis de Connor (2006, p. 200), sobre cárteles internacionales identificados en el periodo 1990-2005, muestra que las autoridades de la competencia son *muy prudentes en relación a la apertura de investigaciones formales ya que del 90% al 95% de los casos investigados concluye con sanciones de algún tipo*.

3.2. Sanciones

La gravedad de las sanciones y, consiguientemente, la importancia de su reducción constituyen factores relevantes en la lucha contra los cárteles. En este apartado son relevantes dos aspectos: (a) los tipos de sanción a afrontar por las empresas (y en su caso, por sus directivos) participantes en cárteles y (b) la gravedad de la sanción.

3.2.1. TIPOS DE SANCIÓN

Un aspecto que incentiva a los participantes en un cártel a incorporarse a un programa de clemencia es el tipo de sanciones que deben afrontar en el caso de que sea descubierto. Las sanciones por participar en un cártel —y consiguientemente la dispensa en los programas de clemencia— pueden ser monetarias y penales; además pueden aplicarse sólo a las empresas o a las empresas y a sus directivos.

Las sanciones monetarias normalmente hacen referencia a las multas impuestas por las autoridades de defensa de la competencia a las empresas, si bien también pueden suponer pagos a los compradores de los productos «cartelizados», sea en el marco de un acuerdo privado o de un litigio, por resarcimiento de daños y perjuicios. Las sanciones monetarias no incluyen los honorarios legales y costes de la defensa, que pueden ser muy elevados, ni los costes de imagen derivados de la pérdida de reputación de la empresa y de prestigio de sus productos.

Las autoridades de defensa de la competencia pueden multar a los directivos responsables de la participación en el cártel, que asumirían así perso-

nalmente el riesgo de su conducta; las sanciones a los responsables también pueden ser penales.

Las sanciones personales poseen una elevada capacidad disuasoria, si bien son poco utilizadas. Según la OECD (2002a), las sanciones económicas únicamente eran aplicadas en cuatro países, mientras que las sanciones penales lo eran sólo en dos: Canadá y Estados Unidos.

3.2.2. CUANTÍA DE LA SANCIÓN POR PARTICIPAR EN UN CÁRTEL

El principal objetivo de las sanciones por participar en un cártel es disuadir su formación, por lo que, para ser eficaces, las sanciones deberían ser calculadas tomando en consideración los beneficios obtenidos por participar en el cártel.

Según la teoría de la utilidad esperada, para que a las empresas que forman parte de un cártel les resulte incentivador acogerse a un programa de clemencia, la sanción debe ser sensiblemente mayor que el beneficio extraordinario obtenido, ya que éste es cierto y aquélla incierta. Por ejemplo, si la probabilidad de descubrir y sancionar un cártel fuera del 25%, una sanción disuasiva debería ser cuatro veces superior al beneficio extra obtenido. Sin embargo, según la OECD (2002a), en sólo cuatro casos —dos en Estados Unidos, uno en Canadá y otro en Alemania—, las multas superaron el 100% del beneficio estimado, sin que su cuantía llegara, en ningún caso, al doble o al triple de tal beneficio, que es el importe recomendado por algunos expertos. Esta moderación sancionadora puede ser explicada por el hecho de que la sanción óptima podría ser muy elevada y llevar a la desaparición de la empresa, resultado que tratan de evitar las autoridades de defensa de la competencia.

La amenaza de multas cuantiosas constituye un incentivo importante para que alguna(s) empresas participantes en cárteles lo denuncien y ofrezcan su cooperación a las autoridades de competencia a cambio de la dispensa total de la multa o, cuando menos, de su reducción. Hay que tener presente que, por ejemplo, en la reciente sanción al cártel del caucho cloropropeno, Bayer ahorró 201 millones de euros al lograr la exención de la sanción que le correspondería, al denunciar el cártel y colaborar con las autoridades comunitarias.

3.3. *Diseño específico del programa de clemencia*

Si bien es cierto que la mera existencia de un programa de clemencia tiene potencial para generar desconfianza entre los miembros de un cártel, favoreciendo su inestabilidad, sólo una actuación administrativa fuertemente

comprometida con su erradicación y con procedimientos de lucha eficaces puede ser capaz de lograr las pruebas precisas para evidenciar su existencia.

La experiencia registrada en los países que han incorporado un programa de clemencia en su normativa de defensa de la competencia indica que tales programas resultan muy efectivos cuando su diseño es correcto.

En el diseño de un programa de clemencia son relevantes características como las siguientes:

- a) el número de participantes en el cártel que se pueden acoger al programa de clemencia,
- b) la cuantía de la reducción de la sanción como consecuencia de la clemencia,
- c) el momento del proceso hasta el que los miembros del cártel se pueden acoger a los beneficios del programa,
- d) la transparencia y seguridad jurídica para las empresas que se acogen al programa,
- e) el momento en que se comunica la concesión de la dispensa,
- f) la protección de la denunciante ante reclamaciones de daños y perjuicios.

3.3.1. NÚMERO DE PARTICIPANTES EN EL CÁRTEL QUE SE PUEDEN ACOGER AL PROGRAMA

Si todos los miembros de un cártel decidieran colaborar con la autoridad de defensa de la competencia y recibieran la exoneración de la multa, ningún miembro del cártel resultaría sancionado y el programa sería ineficaz; por tanto, es preciso establecer alguna restricción en el número de participantes en el cártel que se pueden beneficiar del programa. Este aspecto plantea la cuestión: ¿cuál es el número óptimo de miembros del cártel que se deben poder beneficiar de un programa de clemencia? Las opciones consideradas son: (a) sólo una empresa —la primera que denuncia la existencia del cártel— y (b) un número limitado de miembros, siempre que aporten información adicional valiosa.

El modelo americano aplica la clemencia a sólo uno de los participantes en el cártel, al primero en acudir a las autoridades de defensa de la competencia. Este diseño contribuye indudablemente a la desestabilización de los cárteles ya que incentiva una *race to the court* a la menor sospecha sobre las intenciones de otros miembros de acogerse al programa y contactar con la autoridad.

Sin embargo, si sólo se beneficia a un miembro del cártel, la información proporcionada por éste puede no ser suficiente para probar la participación de los restantes participantes, por lo que el personal responsable de la investiga-

ción tendrá que dedicar tiempo y recursos costosos para conseguir pruebas inequívocas de la existencia del acuerdo. Es decir, el diseño en el que sólo el primer denunciante se beneficia de la exoneración/reducción de la sanción desincentiva la aportación gratuita de información adicional valiosa por otros miembros del cártel, aportación que ahorraría mucho tiempo y recursos a los responsables de la investigación. Esta razón justifica que los programas de clemencia permitan a otros miembros del cártel, si colaboran aportando información valiosa, beneficiarse de la reducción de la multa que les correspondería.

3.3.2. CUANTÍA DE LA REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN OBTENIDA POR INCORPORARSE AL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Si el diseño del programa de clemencia permite que varios miembros del cártel se puedan acoger al mismo, se requiere determinar el esquema de reducción de las sanciones más adecuado. Tal esquema debe partir del principio de que el primer miembro del cártel que denuncia su existencia debe beneficiarse de forma diferencial de los participantes que se acojan posteriormente al programa, ya que el objetivo de éste es incentivar una primera delación: si todos los miembros del cártel que se acogieran al programa obtuvieran el mismo beneficio, ninguno sería el primero en acudir y el programa resultaría ineficaz.

Después del primer denunciante, un diseño eficaz para compensar la información aportada será aquel que establezca una secuencia descendente en el porcentaje de reducción de la sanción según el orden en que los miembros del cártel se incorporan al programa de clemencia hasta aquel punto en que el valor añadido de la información aportada por un nuevo acogido al programa sea nulo.

Entonces, un programa eficaz para incentivar la identificación de cárteles desconocidos por las autoridades y para incentivar la provisión de información adicional una vez iniciado el proceso de investigación, exonerará de la multa al primer denunciante de la existencia del cártel y reducirá progresivamente el porcentaje de reducción de la sanción a los siguientes beneficiarios.

Por otra parte, el porcentaje de reducción de la sanción a las empresas que colaboran con la autoridad aportando información sobre las características del cártel puede ser más o menos elevado. Lógicamente cuanto mayor sea la reducción de la multa, mayor será la probabilidad de colaboración.

3.3.3. MOMENTO DEL PROCESO HASTA EL QUE LOS MIEMBROS DEL CÁRTEL SE PUEDEN ACOGER A LOS BENEFICIOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

La cuestión que se plantea en este punto es si los miembros de un cártel sólo pueden acogerse a los beneficios del programa de clemencia antes de

la autoridad haya iniciado la investigación —o que, de hecho, casi limitaría la clemencia al primer denunciante, ya que una vez conocida su existencia, la autoridad debería abrir un expediente— o también pueden incorporarse cuando la autoridad ya haya iniciado la investigación. Y, en este caso: ¿hasta qué momento? Por ejemplo, ¿se puede beneficiar a algún participante en el cártel cuando ya se ha redactado el pliego de cargos?⁸

Una restricción lógica del programa de clemencia es la de no beneficiar a ningún miembro del cártel que inicie su colaboración cuando la autoridad de competencia ya dispone de información suficiente.

3.3.4. TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA PARA LAS EMPRESAS QUE SE ACOGEN AL PROGRAMA

Para ser eficaz, el programa de clemencia debe dar seguridad a las empresas que se acogen a él de que, en su caso, serán exoneradas de la multa o, alternativamente, verán reducido el importe de la sanción en razón de su colaboración. Es decir, en la eficacia del programa influye positivamente la seguridad, e inversamente la incertidumbre, de los miembros del cártel respecto de que obtendrán el beneficio establecido en el reglamento del programa. Este es un aspecto difícil, ya que en todos los casos la autoridad de defensa de la competencia ha de valorar en qué medida la documentación u otra información aportada por el denunciante tiene verdadero valor y/o en qué grado añade valor a la información de la que ya dispone.

Se plantea, pues, el dilema de no desalentar la denuncia de cárteles existentes por una conducta muy restrictiva en la valoración de las pruebas aportadas por los denunciantes y de no favorecer su oportunismo con una valoración muy permisiva de las mismas —considerarla válida aunque no aporte información verdaderamente valiosa. En la realidad este problema puede ser muy sutil, ya que la empresa puede creer que la información que aporta es realmente relevante, pero la autoridad entender que no lo es. En este caso, la autoridad no concederá la inmunidad al tiempo que seguramente decidirá iniciar una investigación a fondo sobre el caso, investigación en la que pueda encontrar pruebas que acrediten la existencia del cártel y sancionar a todos sus participantes, incluyendo a la empresa que acudió a la autoridad a solicitar la exoneración.

Una vez que un miembro de un cártel reconoce su culpabilidad y aporta pruebas de su participación, tiene muy difícil su defensa si la información que ha proporcionado se utiliza en su contra. Por tanto, para que el progra-

⁸ Cuando la autoridad ya tiene la investigación muy avanzada y todo hace pensar que va a terminar sancionando a los miembros de cártel.

ma de clemencia sea eficaz es necesario que las empresas que denuncien un acuerdo colusorio tengan la seguridad de que resultarán beneficiadas —no van a ser sancionadas o su multa va a reducirse de la forma establecida— por su colaboración, al tiempo que el programa no pueda ser utilizado por las empresas para cubrirse de una eventual sanción sin aportar información valiosa.

Según Tierno y Peña (2002, p. 104), *la certeza, la transparencia y el carácter previsible pueden emanar de los procedimientos de aplicación de los programas y de la concesión de garantías provisionales. Todos ellos son necesarios también para la credibilidad del sistema aunque la creación de una reputación acerca de la aplicación correcta y no cicatera del programa por la autoridad de competencia es aún más importante a este respecto.*

3.3.5. MOMENTO EN QUE SE COMUNICA LA CONCESIÓN DE LA DISPENSA

La concesión de la dispensa o de la reducción de la multa a la empresa que se acoge al programa debe comunicarse lo antes posible.

3.3.6. PROTECCIÓN ANTE LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Un aspecto importante en la efectividad del diseño del programa de clemencia es el importe de la recompensa —la dispensa o la reducción de la sanción— por denunciar el cártel; ahora bien, tal dispensa/reducción de la sanción únicamente afecta a la vía administrativa. Sin embargo, en toda conducta ilícita con efectos negativos en los competidores o en los consumidores, existe también la posibilidad de que se produzca una reclamación de daños por la vía civil, no protegida por el programa de clemencia, debiendo la empresa causante, en su caso, indemnizar a los perjudicados por el comportamiento anticompetitivo. Por tanto, *la exoneración del pago de la sanción administrativa puede no ser suficiente como para que compense acudir a la autoridad de competencia con las pruebas y la autoinculpación... [ya que] deberá valorar también la incidencia que la delación del cártel puede tener en la jurisdicción civil* (Jiménez, 2006, p. 75).

Un principio esencial del éxito de cualquier programa de clemencia es que la situación de cualquier denunciante que actúe de buena fe nunca sea peor tras su colaboración de lo que sería si no se hubiera acogido al mismo.

4. El programa de clemencia de la Unión Europea

El primer programa de clemencia se aplicó en Estados Unidos en 1978, bajo la denominación de «Corporate Leniency Policy». Su diseño dispensaba

de la sanción a la primera empresa que denunciara la existencia del cártel siempre que la autoridad no hubiera iniciado una investigación; además, el Departamento de Justicia (DOJ) tenía cierta discrecionalidad en la exoneración de la multa. Según Hammond (2000), este programa no tuvo mucho éxito ya que el número de denuncias derivadas de su existencia fue reducido, no identificándose ningún cártel de dimensión internacional. Ante este resultado, el programa fue modificado 15 años después, en 1993.

Uno de los cambios básicos de la reforma de 1993 consistió en fijar un diseño más flexible de modo que más empresas se pudieran beneficiar del programa. En este diseño se concedía la exoneración automática de la multa a la primera empresa que se pusiera en contacto con las autoridades, siempre que no se hubiera iniciado la investigación y se cumplieran ciertas condiciones claramente especificadas. También ofrecía clemencia a los ejecutivos y empleados de las empresas participantes en los cárteles, frente a una posible imputación penal, siempre que colaborasen de modo estable y duradero con el DOJ. Finalmente, se ofrecía la dispensa en el caso de que el DOJ ya hubiera iniciado la investigación siempre que se verificaran dos condiciones: (a) la autoridad de competencia no tuviese elementos de prueba suficientes para acreditar en juicio la existencia del cártel y (b) la concesión de clemencia no resultase injusta o discriminatoria para terceros, lo que implicaba excluir de la dispensa a los miembros del cártel que obligaron a otros a formar parte de él o que actuaron claramente como los líderes o instigadores del cártel (García, 2003).

El nuevo programa de 1993 tuvo consecuencias importantes y positivas⁹; el número de solicitudes de amnistía se multiplicó por 10 entre 1995 y 2005.

El programa de clemencia americano se reforzó, en 1999, con la incorporación de la denominada *Amnesty Plus*. Este elemento del programa permite a las empresas que han sido investigadas y van a ser sancionadas por participar en un cártel, negociar una reducción de la sanción por esta infracción a cambio de facilitar información sobre un segundo cártel, no relacionado con el primero y desconocido por la autoridad de competencia. Bajo este diseño, la empresa que se acoge al *Amnesty Plus* obtiene total inmunidad por su participación en el segundo cártel, el que ha identificado, así como una reducción de la multa por su participación en el primero. La eficacia de este diseño se ha visto incrementada por la agresiva política de la autoridad anti-

⁹ La reforma de este programa de clemencia de 1993 fue seguida de una modificación normativa en 2004, de indudable incidencia en su efectividad. Esta modificación, entre otros aspectos, establece que «las compañías acogidas al programa de clemencia sólo podrían ser objeto de reclamaciones por un valor equivalente al daño individual causado por su participación en el cártel» (JIMÉNEZ, 2006, p. 76).

trust norteamericana, que considera como agravante de la sanción a imponer en el segundo cártel el que la empresa no hubiera recurrido a la *Amnesty Plus* a lo largo de la primera inspección. Según el DOJ (2003), este diseño ha generado importantes resultados, sobre todo en el ámbito de los cárteles internacionales, que son los más difíciles de identificar.

El primer programa de clemencia de la Unión Europea (UE), adoptado en 1996 (COM/1996), se inspiró en el programa americano de 1993. No obstante, su diseño era algo diferente, ya que mientras en Estados Unidos sólo la primera empresa en denunciar el cártel podía obtener clemencia, teniendo el resto de los participantes que afrontar fuertes multas; en la UE, además de la primera empresa denunciante, también se podían beneficiar de la clemencia otros participantes en el cártel, que podían obtener una reducción sustancial de la sanción que les correspondería.

A pesar del poco tiempo transcurrido desde la aprobación de su primer programa de clemencia, la Comisión consideró, en 2002, que debía ser modificado en orden a mejorar su eficacia, aproximándolo más al modelo americano. En las consideraciones introductorias de la Comunicación de 2002, relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, la Comisión reconocía que: *la experiencia ha puesto de manifiesto que aumentar el grado de transparencia y precisión en cuanto a las condiciones para la concesión de reducciones de las multas redundaría en una más eficaz aplicación de la Comunicación (punto 5)*. Consecuentemente, el diseño correspondiente a 2002 trató de mejorar la transparencia¹⁰ y certidumbre de los participantes en el cártel sobre las consecuencias de denunciarlo. El nuevo programa comenzó su vigencia el 14 de febrero de 2002.

Recientemente, el 8 de diciembre de 2006, la Comisión Europea publicó una nueva Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

4.1. *La Comunicación de 1996*

La Comunicación de la Comisión de 1996, «relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas» (DOCE, n.º C 207 de 18.7.1996) constaba de una introducción y 4 secciones. Las secciones B, C, D establecían intervalos decrecientes de reducción de la sanción y fijaban las condiciones que los

¹⁰ Un aspecto relacionado es el relativo a la mejora de la transparencia y objetividad de las sanciones impuestas, recogido en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1/2003 (DOUE n.º C 210/2 de 1.9.2006)

denunciantes debían cumplir para obtenerla. La sección E se ocupaba de diversas cuestiones de procedimiento.

4.1.1. SECCIÓN B: NO IMPOSICIÓN DE UNA MULTA O REDUCCIÓN MUY IMPORTANTE DE SU IMPORTE

Las empresas que cumplieran las condiciones de la sección B podían obtener una reducción, como mínimo del 75% (es decir, entre el 75% y el 100%), de la sanción que les correspondería por participar en un cártel.

Para poder invocar la aplicación de la sección B, la empresa denunciante tenía que cumplir las siguientes condiciones:

- a) haber denunciado el acuerdo colusorio antes de que la Comisión hubiera inspeccionado los locales de las empresas participantes en el cártel y cuando la Comisión no disponía de información suficiente para probar la existencia del cártel denunciado;
- b) ser la primera en facilitar información determinante para probar la existencia del cártel;
- c) haber puesto fin a su participación en el cártel en el momento de denunciar el acuerdo;
- d) facilitar a la Comisión todos los documentos y elementos de prueba de que dispusiera sobre el cártel y mantener una colaboración permanente y total mientras durara la investigación;
- e) no haber sido la instigadora del cártel, no haber obligado a otra empresa a participar en el acuerdo y no haber desempeñado un papel determinante en el mismo.

4.1.2. SECCIÓN C: REDUCCIÓN IMPORTANTE DEL IMPORTE DE LA MULTA

De la sección C podía beneficiarse todo miembro de un cártel que cumpliendo las condiciones (2) a (5) anteriores, denunciara el acuerdo secreto después de que la Comisión hubiera realizado una inspección fallida.

Las empresas que cumplieran las condiciones de la sección C podían beneficiarse de una reducción de la multa que les habría correspondido a falta de colaboración, de entre el 50% y el 75%.

4.1.3. SECCIÓN D: REDUCCIÓN SIGNIFICATIVA DEL IMPORTE DE LA MULTA

Esta sección se aplicaba a los miembros del cártel que decidían cooperar con la Comisión, pero que no cumplieran todas las condiciones establecidas en las secciones B y C.

Las empresas que cumplían las condiciones de la sección D podían gozar de una reducción del 10% al 50% de la multa que le correspondería.

4.1.4. SECCIÓN E: PROCEDIMIENTO

Esta sección también era breve. Básicamente indicaba que las empresas que deseaban acogerse al programa de clemencia debían ponerse en contacto con la Dirección General de Competencia de la Comisión. También informaba de que las empresas: (a) sólo podrían conocer la reducción que se les aplicaría en el momento de la decisión final, aunque existía el compromiso —respetado siempre— de reducir las multas a las empresas que cumplían las condiciones requeridas; (b) podrían perder el trato favorable asociado a las secciones B y C en cualquiera de las fases del procedimiento si dejaban de cumplirse las condiciones establecidas en estas secciones; y (c) no quedaban eximidas de las consecuencias civiles de su participación en el cártel.

En total, desde su entrada en vigor en julio de 1996 hasta su vencimiento, la Comunicación de 1996 fue aplicada en 17 casos, algunos tan notables como los casos «Vitaminas» y «Electrodos de grafito». A pesar de sus logros —incremento sustancial en el número de cárteles detectados en relación a lo logrado en los 30 años anteriores—, este diseño tuvo, según García (2003, p. 19), una eficacia práctica *limitada porque no resultaba muy generosa con las empresas que se decidían a colaborar con la Comisión*.

El impulso por mejorar la eficacia de la política de competencia llevó a la Comisión a modificar el programa de 1996 para establecer un diseño más eficaz en aspectos como (Tierno y Peña, 2002):

- a) La incertidumbre sobre el porcentaje de reducción de la multa final, que podía durar varios años, dada la duración media de la instrucción de los expedientes por la Comisión.
- b) La falta de transparencia sobre el resultado final, que podía llevar a los participantes en cárteles a considerar la denuncia demasiado arriesgada.
- c) La obligación de aportar «elementos determinantes» para probar la existencia del cártel, pues un nivel tan elevado de exigencia desalentaba las denuncias, en particular las primeras.
- d) La obligación de cooperar con toda la información disponible y a lo largo de todo el procedimiento para poder lograr una reducción de la multa superior al 50%.
- e) El automatismo de algunas reducciones, que influía negativamente en el nivel de colaboración de las empresas, ya que lograban una

- reducción de la sanción simplemente cooperando en el grado mínimo imprescindible para conseguirla.
- f) La existencia de numerosos premios de consolación, en ocasiones a cambio de información de escaso valor, lo que podía actuar en detrimento de la disuasión.
 - g) La posibilidad teórica de que la información proporcionada por la empresa denunciante pudiera ser utilizada en su contra.
 - h) La definición de instigador del cártel, que era demasiado amplia.
 - i) La necesidad de potenciar la divulgación.

4.2. *La Comunicación de 2002*

Desde el 14 de febrero de 2002 hasta el 8 de diciembre de 2006 ha estado vigente la Comunicación de la Comisión «relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel» (*DOCE* n.º C 45/03 de 19.2.2002).

La Comunicación de 2002 (COM/2002) distingue la dispensa del pago de las multas (Sección A) de su reducción (Sección B). Este nuevo diseño trata de superar las limitaciones relativas a la seguridad jurídica, transparencia y confirmación de expectativas del diseño de 1996, al tiempo que intenta garantizar que *siempre resulte más rentable cooperar que no hacerlo, de modo que ninguna empresa que colabore de buena fe pueda verse perjudicada por ofrecer su contribución* (Tierno y Peña, 2002, p. 106).

La COM/2002 enfatiza los incentivos para ser el primero en denunciar la existencia del cártel: el coste de ser segundo es de, al menos, el 50% de la multa. También se resalta que, para obtener una reducción de la sanción, la información suministrada por los denunciantes debe hacer una contribución importante a la prueba de la existencia del cártel y a la determinación de su verdadera dimensión.

4.2.1. DISPENSA DEL PAGO DE LAS MULTAS

La dispensa, o exención completa, del pago de la multa se puede obtener por dos vías: (a) según el punto «8a» y (b) según el punto «8b». En el primer caso, la dispensa se concederá a la primera empresa que informe a la Comisión de la existencia de un cártel del que ésta no tuviera conocimiento como para iniciar una inspección en las oficinas de las empresas miembro¹¹.

¹¹ En la Comunicación de 1996 se requería, además, que la empresa aportara a la Comisión elementos determinantes para probar la existencia del cártel.

El segundo caso resulta pertinente cuando, antes de que la primera empresa denuncie la existencia del cártel, la Comisión ya conociera de la existencia del cártel y contara con información suficiente para realizar una inspección al amparo del artículo 14.3 del Reglamento 17/62. En este caso, la primera empresa denunciante podría lograr una dispensa total del pago de la multa si la información que proporciona permite a la Comisión comprobar la infracción del artículo 81 del Tratado CE. Ahora bien, esto puede resultar difícil ya que, una vez realizada la inspección, la Comisión podría disponer de información suficiente a partir de los documentos obtenidos para probar la existencia de la infracción.

Para optar a la dispensa, por cualquiera de las dos vías indicadas, la denunciante debe cumplir una serie de condiciones cumulativas, similares a las recogidas en la sección B de la Comunicación de 1996:

- a) cooperar de forma plena, continua y diligente a lo largo del procedimiento administrativo;
- b) poner fin a su participación en el cártel como muy tarde en el momento en que facilite los elementos de prueba; y
- c) no haber obligado a otras empresas a participar en el cártel. En la COM/96, una empresa no podía obtener la exención si había sido la instigadora del cártel, había obligado a otra empresa a participar en el acuerdo y había desempeñado un papel determinante en el cártel. Esta última condición, excesivamente vaga, generaba incertidumbre sobre la obtención final de la exención, por lo que fue eliminada. A pesar de ello, las empresas que tomaran medidas para obligar a otras a participar en el cártel pueden obtener una reducción de la sanción.

4.2.2. REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LAS MULTAS

La COM/2002 mantiene la posibilidad de que las empresas que colaboren con las autoridades de defensa de la competencia obtengan una reducción en la multa que le correspondería por participar en el cártel. Pero no concede reducción de la multa simplemente por aceptar la participación en el cártel; sólo las empresas que aporten elementos de prueba con valor añadido significativo podrán obtener una reducción¹².

También mantiene el incentivo a que la cooperación se realice lo más pronto posible, pero introduce cambios para *establecer una relación más*

¹² La determinación de lo que constituye valor añadido significativo es uno de los aspectos más problemáticos de la COM/2002.

clara entre la reducción concedida, el momento en que la cooperación se produce y el valor añadido representado por dicha información con respecto al conocimiento que la Comisión tenía de los hechos en ese momento preciso (TIERNO y PEÑA, 2002, p. 107).

Las empresas que aporten información de valor añadido significativo respecto de los elementos de prueba ya a disposición de la Comisión, verán reducidas las sanciones en función del orden temporal en que se pusieran en contacto con la Comisión. La COM/2002 establece tres bandas de reducción: 50-30%, 30-20% y hasta el 20%. El primer tramo lo obtendrá la primera empresa que aporte información de valor añadido significativo; el segundo tramo, la segunda empresa que aporte pruebas significativas; y el tercer tramo podrá ser concedido a más de una empresa, siempre que, de nuevo, se verifique el criterio del valor añadido de la información. Puesto que cabe suponer que el valor marginal de la nueva información aportada será decreciente, lograr la reducción será progresivamente más difícil y la cuantía de la reducción será cada vez menor.

De modo semejante a lo que ocurría en la solicitud de dispensa total, la empresa que se acoge al programa con una petición de reducción de la multa, debe finalizar su participación en el cártel pero, a diferencia de lo que acontecía en la Sección A, para obtener la reducción no se requiere que no haya sido instigadora del cártel ni que tenga una colaboración plena y continua con la Comisión a lo largo de todo el proceso.

Además, según la COM/2002, para incentivar la solicitud de clemencia de los participantes en cárteles, la Comisión *no tomará en consideración contra la empresa que los aporte, aquellos elementos de prueba que hasta entonces desconocía y que pudieran pesar en el importe de la multa a la que se vaya a aplicar el porcentaje de reducción. Por ello, las empresas que optan a cualquier banda de reducción, tienen un incentivo para no ocultar información alguna a la Comisión, en la medida en que si ya obraba en poder de la autoridad, no comportará nuevas penalizaciones y, si la Comisión no disponía de ella, no la utilizará en su contra. En cambio, si no llegara a entregarla y otro miembro del cártel sí lo hiciera, la Comisión podría conceder a este otro una reducción del importe de la multa y utilizar la información contra aquél que no la suministró* (Tierno y Peña, 2002, p. 108).

4.2.3. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

La COM/2002 explica de un modo más detallado que la COM/1996 el procedimiento a seguir para obtener la exención de la multa o su reducción.

Como sucedía en la anterior Comunicación, las empresas que deseen solicitar la dispensa, o la reducción, del pago de las multas deben ponerse en contacto con la Dirección General de Competencia de la Comisión.

La COM/2002 señala que la identidad de las empresas que han cooperado y las razones de la dispensa, y de la reducción, de la sanción aparecerán en la Decisión final. Además, indica expresamente que la concesión de dispensa o reducción de la multa no protege a las empresas de las reclamaciones de daños y perjuicios por vía civil. Resulta relevante señalar, siguiendo a García (2005-2006, p 172), que en el marco de esta Comunicación *existe una absoluta desconexión entre clemencia e indemnización de daños, por lo que, a diferencia de los que sucede en Estados Unidos, no es necesario compensar previamente a las víctimas para obtener el favor de las autoridades anti-trust.*

El que el programa de clemencia no proteja de la reclamación por daños y perjuicios a las empresas que se acogen al mismo —y, además, que pueda favorecer este tipo de demandas civiles al ser de conocimiento público la participación de la empresa en el acuerdo—, constituye un problema ya que, desde el punto de vista de la eficacia, puede desincentivar las denuncias, y desde el punto de vista de la equidad, puede situar a la empresa que colabore con las autoridades en peor posición que si no colaborase o en peor posición que las firmas que no colaboraran.

Aunque el problema de las reclamaciones por daños y perjuicios tradicionalmente no ha sido muy relevante, dadas las pocas demandas existentes y su escasa probabilidad de éxito dados los obstáculos existentes (Waelbroeck, Slater y Even-Shoshan, 2004), las circunstancias han ido cambiando en los últimos años, de modo que se puede esperar un incremento en el número de demandas de esta naturaleza, lo que podría afectar negativamente a la política de clemencia si no se dan soluciones a este problema.

La COM/2002 pone de manifiesto que la información suministrada en el marco del programa de clemencia se considera parte del expediente y está protegida por el artículo 4.2 del Reglamento n.º 1049/2001, sobre acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Esto significa que tal información no será accesible al público; sólo lo será a las partes para su defensa.

4.2.3.1. Dispensa del pago de las multas

La empresa solicitante puede: (a) facilitar de inmediato los elementos de prueba de que disponga; o (b) presentar inicialmente los elementos de prueba de manera hipotética. La DG Competencia deberá remitir acuse de recibo de la solicitud de dispensa de la empresa.

Una vez que la Comisión comprueba que la solicitud cumple los requisitos fijados, concederá a la empresa denunciante, por escrito, la dispensa condicional del pago de la multa. La naturaleza condicional de la dispensa, al igual que de la reducción, viene del hecho de que ambas sólo pueden ser

confirmadas en el momento de la decisión final, porque sólo al final del procedimiento se pueden verificar algunas condiciones favorecedoras de su logro — por ejemplo, haber colaborado con la Comisión de modo continuado y diligente a lo largo del procedimiento.

Si la empresa que se acoge al programa no cumple los requisitos para la dispensa podrá, alternativamente: (a) retirar los elementos de prueba presentados, o (b) pedir a la Comisión que los examine a efectos de obtener una reducción de la multa.

La Comisión se compromete a guardar la vez a la primera empresa denunciante hasta que decida si la información que le ha proporcionado merece la dispensa del pago de la multa.

4.2.3.2. Reducción del pago de las multas

En el caso de que una empresa solicite una reducción de la multa que le correspondería por ser miembro de un cártel, primero recibirá acuse de recibo de la solicitud de la DG Competencia. Una vez verificado el valor añadido de la información proporcionada, y lo más tardar en la fecha de notificación del pliego de cargos, la Comisión le comunicará por escrito el tramo de reducción que, en principio, le aplicará.

4.3. *La Comunicación de 2006*

El diseño del programa de clemencia definido en la COM/2002 ha sido muy eficaz en la lucha contra los cárteles. Según Givaja y Cabrera (2006), la totalidad de las Decisiones adoptadas recientemente por la Comisión en relación a cárteles encuentran su origen en una solicitud de clemencia. No obstante esta eficacia, la Comisión elaboró una nueva Comunicación en 2006 (*DOUE* n.º C 298 de 8.12.2006), que constituye una revisión de la COM/2002. Este nuevo programa es aplicable a todas las solicitudes de clemencia presentadas a partir del 8 de diciembre de 2006, siempre que ninguna otra empresa participante en el mismo cártel haya solicitado clemencia con anterioridad, en cuyo caso seguirá aplicándose la COM/2002.

Siguiendo la pauta de las anteriores Comunicaciones, la COM/06 establece dos tipos de beneficios para las empresas que denuncien la existencia de un cártel: (a) dispensa del pago de la multa, en la Sección II, puntos 8 a 22, y (b) reducción del importe de la multa, en la Sección III, puntos 23 a 30. Cada Sección consta de dos partes: una primera sobre los requisitos para beneficiarse y una segunda sobre el procedimiento. Adicionalmente, la COM/2006 tiene una nueva Sección, la IV, relativa a las declaraciones de las empresas.

En la COM/2006 existe un objetivo indudable de mejorar la transparencia del programa, ya que ello contribuirá a incrementar su eficacia¹³.

4.3.1. EXENCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

La COM/06 mantiene, en el punto 8(a), que la primera empresa en revelar la existencia de un cártel antes de que se inicie una investigación tiene garantizada la inmunidad total del pago de la multa. También, tal como sucedía en la COM/02, la primera empresa en denunciar un cártel también podrá obtener la dispensa si, ya habiendo realizado una inspección la Comisión, o estando en condiciones de hacerlo, ésta no dispone de elementos de prueba suficientes como para establecer la existencia del acuerdo infractor del artículo 81 del Tratado CE. En este caso, para obtener la dispensa, la información proporcionada por la empresa denunciante deberá ser suficientemente concreta y precisa para probar la existencia de la infracción.

La COM/06 concreta, de un modo más específico a como lo hacía la COM/02, las informaciones y pruebas que deben aportar las empresas que solicitan la exención para que la inspección se oriente adecuadamente. Así se recoge que la declaración de la empresa, que podrá ser escrita u oral, deberá incorporar una descripción detallada del cártel y de sus responsables, así como cualesquiera otras pruebas relativas al cártel de que disponga el denunciante.

La declaración detallada debe incluir diversa información, si el solicitante dispone de ella en el momento de la solicitud. Esta información hace referencia a los siguientes aspectos:

- Una descripción detallada de los objetivos y funcionamiento del cártel, el producto o servicio afectado, el mercado geográfico abarcado, su duración y una estimación del volumen de mercado afectado.
- El nombre y dirección de todas las empresas que participan o hayan participado en el cártel.
- Los nombres, cargos y direcciones de todos los individuos que, en base a la información de que dispone el solicitante, participen o hayan participado en el cártel.
- Las autoridades de competencia, de la UE o de otros países, a las que se haya dirigido o pretenda dirigirse el solicitante con el objetivo de obtener clemencia.

¹³ No obstante el esfuerzo realizado, Sandhu (2007) ha identificado cinco aspectos específicos que se podrían beneficiar de aclaraciones adicionales de la Comisión, son relativos a: (a) el sistema de *marker* o indicador de puesto; (b) requisitos de la inmunidad; (c) valor añadido significativo; (d) remisión de casos a los Estados Miembros; y (e) evidencia oral.

Dicha declaración deberá ir apoyada con copias de documentos existentes, siempre que estén al alcance del solicitante. Todas las pruebas escritas disponibles deben ser igualmente adjuntadas.

Suurnäkki y Tierno (2007) indican que la Comisión *tiene la práctica de discutir con un solicitante la recogida y entrega de la información y evidencia. En tales encuentros, los candidatos han sido capaces de expresar dudas que tengan por ejemplo sobre los requisitos de la inmunidad o sobre las medidas que piensan tomar para recoger evidencias.*

En la COM/2006 se mantienen y desarrollan las condiciones cumulativas establecidas en la COM/2002 para obtener la dispensa. En particular, las empresas:

- a) deben proporcionar a la Comisión de manera inmediata todas las pruebas e informaciones relevantes relacionadas con el cártel denunciado que estén en su poder; es decir, no debe haber ocultación de pruebas;
- b) no deben destruir o falsificar pruebas o informaciones relevantes;
- c) no deben hacer pública la existencia del cártel ni el contenido de su solicitud —excepción hecha de a otras autoridades de competencia—, salvo que se acordara otra cosa con la Comisión. Esta absoluta confidencialidad debe mantenerse incluso por empresas cotizadas, que deberían hacer pública su solicitud por tener un impacto potencial sensible en su cotización;
- d) deben poner fin a su participación en el cártel, si bien la Comisión puede autorizar a la denunciante a que no abandone el cártel para evitar que los demás participantes, al sospechar que la empresa les haya denunciado acogiéndose al programa de clemencia destruyan informaciones y pruebas, lo que perjudicaría la inspección posterior de los miembros del cártel. La autorización supone un cambio respecto de la COM/2002, que no aceptaba excepciones a la norma de poner fin a la participación en el cártel, incluso a expensas de eliminar el factor sorpresa en la inspección;
- e) no pueden haber coaccionado a otras empresas para que se integren en el cártel o continúen en él.

En la COM/2006 el procedimiento para la obtención de la dispensa sigue básicamente el establecido previamente¹⁴. Al ponerse en contacto con la DG Competencia, la empresa solicitante podrá optar entre: (a) pedir un «indicador del puesto» o *marker*, que le reserve el puesto, o (b) presentar la solicitud formal de dispensa.

¹⁴ La empresa denunciante debe contactar con DG COMP para solicitar la dispensa de la multa.

Al conceder un «indicador del puesto», la Comisión protege la posición de la empresa denunciante durante un determinado periodo de tiempo, que se determinará en cada caso, para darle tiempo a la empresa a recabar la información y las pruebas. Si el solicitante no formaliza su solicitud en el plazo fijado, perderá el puesto, que podrá ser ocupado por otra empresa.

La empresa que solicita un *indicador del puesto* debe proporcionar diversas informaciones a la Comisión: empresas que componen el presunto cártel, productos que ofertan y ámbito geográfico afectado y duración del cártel; también si la empresa ha solicitado clemencia, o piensa hacerlo, a otras autoridades de competencia. Si la empresa no completa la información en el plazo establecido, la Comisión concede al solicitante un plazo para completar y formalizar su solicitud. Si no lo hiciese, el próximo solicitante podría obtener la inmunidad total en su lugar.

Como sucedía en la COM/2002, cuando una empresa realice una solicitud formal de dispensa podrá alternatively: (a) facilitar a la Comisión toda la información y elementos de prueba de que disponga, o (b) presentar la información en términos hipotéticos.

La COM/2006 establece que, con anterioridad a la concesión de la dispensa definitiva, la Comisión concederá por escrito una exención condicionada a que los requisitos se cumplan. Una vez finalizado el procedimiento administrativo, la Comisión comprobará si la empresa reúne las condiciones establecidas y, si éstas se verifican, le dispensará del pago de la multa en la Decisión correspondiente. Si, por el contrario, la empresa solicitante no cumpliera las condiciones, no podrá beneficiarse de ningún tratamiento favorable.

4.3.2. REDUCCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

La COM/2006, al igual que sucedía en la COM/2002, mantiene el incentivo a las empresas para que se incorporen al programa de clemencia lo antes posible, al relacionar el porcentaje de reducción de la multa con el orden en que las empresas inician su colaboración con la Comisión. Además, si las empresas proporcionan elementos de prueba concluyentes sobre la gravedad y duración del cártel que la Comisión no conociera previamente, no serán tenidos en cuenta al fijar el importe de la multa.

Para que las empresas se puedan beneficiar de la reducción de la cuantía de la multa a pagar deben proporcionar a la Comisión elementos de prueba con «valor añadido significativo» respecto de los que ya dispone la Comisión (punto 24). La COM/2006 clarifica que la Comisión concederá más valor a:

- a) las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las establecidas posteriormente,

- b) los elementos de prueba incriminatorios directamente ligados a los hechos que los que sólo se relacionen indirectamente,
- c) las pruebas concluyentes que a las declaraciones que exigen corroboración.

La Decisión final de la Comisión determinará si los elementos de prueba aportados supusieron, o no, un valor añadido significativo. El porcentaje de reducción de la multa, fijado en la Decisión final, vendrá determinado por tal valoración.

El procedimiento para la reducción del importe de la multa establece que la empresa denunciante debe contactar con DG COMP y presentar una solicitud formal. La COM/2006 indica que cualquier presentación voluntaria de documentos debe indicar si forma parte de una solicitud de reducción de la multa. A petición de la empresa solicitante de la reducción, la DG COMP remitirá un acuse de recibo, en el que constará la fecha en que los elementos de prueba pertinentes fueron presentados.

Cuando la Comisión concluya de modo preliminar que los elementos de prueba presentados aportan valor añadido, informará por escrito a la empresa, a más tardar en la fecha de notificación del pliego de cargos, de su intención de aplicar una reducción determinada del importe de la multa; esta conclusión preliminar es condicional. Al finalizar el procedimiento administrativo, en la Decisión de la Comisión se fijará el nivel de reducción de la multa definitivo.

4.3.3. DECLARACIONES DE LAS EMPRESAS

Un aspecto del procedimiento que la nueva COM/2006 clarifica respecto de la COM/2002, es el relativo a las declaraciones de las empresas. Éstas, se dice en el punto 31, forman parte del expediente de la Comisión y pueden utilizarse como elemento de prueba.

En la COM/2006 se indica claramente que se admiten las declaraciones orales de los solicitantes, al tiempo que se establece un procedimiento para su realización. Primero la Comisión las grabará en sus oficinas y, luego, las transcribirá. Posteriormente, las empresas tendrán la oportunidad de verificar, en un plazo determinado, la exactitud de la grabación y de corregirla si fuera necesario. Si renuncian a los derechos de revisión y rectificación, la grabación se entenderá aprobada y aceptada.

La modificación del programa de clemencia comunitario también trata de evitar que las declaraciones corporativas efectuadas a la Comisión en el marco del programa de clemencia puedan ser utilizadas por particulares y empresas afectadas en procedimientos civiles de reclamación de daños y perjuicios, tanto en Estados miembros de la Unión Europea como, y especialmente, en terceros países.

El problema deriva del hecho de que el miembro de un cártel que denuncie su existencia puede quedar eximido de la sanción administrativa en razón de haber cumplido las condiciones establecidas en el programa de clemencia; sin embargo, acogerse a tal programa no le dispensa de las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios —que pueden ser cuantiosas— que le puedan reclamar en vía civil. La declaración en el procedimiento de clemencia podría afectar negativamente a la posición de la empresa solicitante, en particular respecto de las que no colaboran con la autoridad.

Para salvaguardar la eficacia del programa de clemencia, y no desalentar las denuncias, se ha considerado preciso establecer, en la medida de lo posible, una restricción de acceso a los documentos de que dispone la Comisión. Y así el punto 33 de la COM/2006 establece que el acceso a la declaración de la empresa sólo se permitirá a los destinatarios del pliego de cargos, debiéndose comprometer —al igual que sus asesores jurídicos— a: (a) no realizar copias del contenido de la declaración por medio mecánicos o electrónicos, y (b) que la información obtenida únicamente se utilice en los procedimientos judiciales o administrativos relativos a la aplicación de las reglas del Derecho de la competencia. Así pues, la lectura de las declaraciones escritas solo se permite en las instalaciones de la Comisión y sólo se permite la toma de notas a mano, no mediante fotocopiadora u otro medio mecánico. Las mismas condiciones se establecen para el acceso a la transcripción que la Comisión haga de la declaración oral del solicitante.

Así mismo, y por lo que respecta a la cooperación con otros países y con los Estados Miembros, la COM/2006 señala que las declaraciones de las empresas que se acojan al programa de clemencia sólo se comunicarán a las autoridades de competencia de los Estados Miembros de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas en la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (*DOUE* n.º C 101/03 de 27.4.2004) y que la declaración sea equivalente a la que concede la Comisión.

4.3.4. CUESTIONES PENDIENTES

El programa de clemencia enunciado en la COM/2006 no ha dado respuesta a diversos temas que, entonces, han quedado pendientes. Entre otros cabe citar los siguientes (Givaja y Cabrera, 2006): (a) la imposibilidad actual de que las empresas negocien con la Comisión el importe de la multa, a fin de acortar el procedimiento administrativo sancionador, (b) la existencia de diversos regímenes nacionales en los que se pueden llevar a cabo procedimientos concurrentes; (c) la falta de interacción entre el programa de clemencia

y las reclamaciones civiles por daños y perjuicios, y (c) la no incorporación del *Amnesty Plus*¹⁵.

5. El programa de clemencia español

El sistema español de defensa de la competencia ha carecido hasta la aprobación de la reciente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, de un programa de clemencia.

Según García (2003), al menos tres razones abogaban sobre la necesidad de que España contara con una política de clemencia: (a) su eficacia contrastada, (b) la internacionalización de los mercados, y (c) la descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia comunitario.

La política de clemencia comunitaria se ha valorado como un éxito, ya que ha contribuido a identificar un número significativo de cárteles en la Unión Europea (Reynolds y Anderson, 2006; Sandhu, 2007). Así, el programa de 1996, a lo largo de los 6 años de vigencia, recibió 80 solicitudes de clemencia (Van Barlingen y Barennes, 2005). Este efecto positivo aún ha sido mayor en el programa correspondiente a la COM/2002, ya que hasta mediados de febrero de 2006, es decir, en cuatro años de aplicación, el número de solicitudes de inmunidad y de reducción de multas recibido ascendió a 169, de las cuales 88 fueron de dispensa y 81 de reducción (Peña, 2006).

En cuanto a la descentralización, y a la creación de la Red de Autoridades de la Competencia, la falta de un programa de clemencia en la normativa española impedía que la Comisión remitiera a la nueva autoridad española — la Comisión Nacional de la Competencia — las denuncias realizadas a nivel comunitario, pero en las que la autoridad española fuera la mejor posicionada para tratarlas (Peña, 2006).

No obstante las ventajas de incorporar la política de clemencia en la normativa española de defensa de la competencia, algunos tratadistas (García, 2003; Pedraz, 2003), previamente a la aprobación de la Ley 15/2007, identificaran ciertos problemas asociados a su aplicación: (a) falta de tradición jurídica en el recurso a este tipo de mecanismos; (b) limitada eficacia del sistema de defensa de la competencia español; (c) existencia de delitos

¹⁵ Los sistemas de clemencia de los Estados Unidos y del Reino Unido han introducido un programa denominado *Amnesty Plus*. Según este diseño, una empresa miembro de un cártel que va a ser sancionada, si denuncia la existencia de un segundo cártel, puede obtener la inmunidad como participante en el segundo cártel y reducción de la cuantía de la multa como miembro del primero. Según McELWEE (2004), el programa de *Amnesty Plus* ha permitido descubrir y sancionar acuerdos contrarios a la competencia de cuya existencia no se tenían indicios.

contra el mercado en el Código Penal; y (d) posible vulneración de derechos y garantías constitucionales de las empresas implicadas¹⁶.

El programa de clemencia español se integra, como no podía ser de otro modo, en el marco del programa comunitario, siendo prácticamente idéntico al de la Comisión Europea. Por otra, el Proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley 15/2007 se encuentra en fase de consulta. Estos aspectos, para evitar la repetición, hacen que este apartado se limite a exponer los artículos correspondientes de la Ley 15/2007 y del Proyecto de Reglamento que la desarrolla.

5.1. Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

El programa de clemencia se incorpora en la Ley 15/2007 en el Título V, del régimen sancionador, específicamente en los artículos 65 y 66, si bien también resultan relevantes al respecto los artículos 61 a 64 y la disposición adicional segunda 2.

El artículo 61 hace referencia a los sujetos infractores de la Ley, que serán *las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley* (punto 1).

El artículo 62 realiza una calificación de las infracciones según su gravedad, enumerando un conjunto de prácticas que se integran en cada una de las tres clases fijadas: leves, graves y muy graves (punto 1). Los acuerdos colusorios entre empresas rivales se cualifican como faltas muy graves. Así, en el punto 4.a) se recoge:

4. Son infracciones muy graves:

a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El artículo 63 trata de las sanciones. Dada la naturaleza de infracción muy grave de los cárteles, resultan pertinentes los puntos siguientes:

1. [...]

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

[...]

¹⁶ Para una exposición detallada de estos problemas, véase García (2003, pp. 26-35).

2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

3. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

[...]

c) Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

En la Ley 15/2007 no se modifica el límite máximo de la sanción que la autoridad de competencia puede imponer, que sigue situado en el 10% del volumen de ventas de la empresa en el ejercicio anterior. Es un nivel suficientemente elevado. Ahora bien, como señala Jiménez (2006), *lo relevante no es la máxima sanción que permite la Ley, sino el nivel de las sanciones que está adoptando la autoridad, ya que éste es el que la empresa tomará como referencia a la hora de hacer su balance sobre costes y beneficios de solicitar la clemencia. [...] En este sentido, se puede señalar que las sanciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido aplicando han estado muy por debajo del máximo que permite la Ley.*

Por su parte, el artículo 64 recoge los criterios a tomar en consideración para fijar el importe de las sanciones (punto 1), así como las circunstancias agravantes (punto 2) y atenuantes (punto 3).

5.1.1. EXENCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

El artículo 65 de la Ley 15/2007 hace referencia a los criterios y requisitos que se deben verificar para que se realice la dispensa del pago de la multa. El punto 1 recoge las mismas dos posibilidades del programa comunitario, del siguiente modo:

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en rela-

ción con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquéllos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o

b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).

También son semejantes a las del programa comunitario las condiciones fijadas para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención del pago de la multa. El punto 2 del artículo 65 las recoge del siguiente modo:

2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Finalmente, el punto 3 del artículo 65 señala que: *La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.*

5.1.2. REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

El artículo 66 recoge los supuestos y requisitos que pueden dar lugar a que una empresa pueda ver reducido el importe de la multa que le correspondería por participar en un cártel. Los supuestos y requisitos, como sucedía con la dispensa, son semejantes a los incluidos en el programa comunitario:

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las le tras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.

c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tenida en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

Por último, la Disposición final segunda, en su punto 2, indica que:

2. En particular, se autoriza al Gobierno para que en el plazo de 6 meses dicte las disposiciones reglamentarias que desarrollen la presente Ley en cuanto a los procedimientos, el tratamiento de las conductas de menor importancia, y el sistema de clemencia o exención y reducción de multa a las empresas que colaboren en la lucha contra los cárteles.

5.2. Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia

El 25 de octubre de 2007 se inició el periodo de consulta pública del Proyecto Reglamento de Defensa de la Competencia. Los aspectos relativos al programa de clemencia se recogen en la Sección 7.^a. De los procedimientos de exención y de reducción del importe de la multa, concretamente en los artículos 45 a 51.

5.2.1. PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE EXENCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

El artículo 45, relativo a la presentación de las solicitudes de exención del pago de la multa, recoge que:

1. El procedimiento de exención del pago de la multa se iniciará a instancia de la empresa o persona física solicitante que haya participado en el cártel. El solicitante deberá presentar ante la Dirección de Investigación una solicitud formal de exención acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga teniendo en cuenta, según proceda, lo establecido en las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y en el apartado siguiente.

2. El solicitante de la exención del pago de la multa al amparo de lo establecido en el artículo 65.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deberá facilitar a la Dirección de Investigación, la siguiente información y elementos de prueba:

a) El nombre o razón social y la dirección del solicitante.

b) El nombre o razón social, la dirección de las empresas y los datos profesionales de todas las personas físicas que participen o hayan participado en el cártel.

c) Una descripción detallada del cártel que incluya:

- Sus objetivos, actividades y funcionamiento.*
- Los productos, servicios y el territorio afectados.*
- La duración estimada y la naturaleza del cártel.*

d) Pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante o de las que éste pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, en particular, pruebas contemporáneas del mismo, que permitan verificar su existencia.

e) Relación de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa que el solicitante, en su caso, haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

3. El orden de recepción de las solicitudes de exención se fijará atendiendo a su fecha y hora de entrada en el registro del órgano de competencia, con independencia del registro en el que hayan sido presentadas.

4. La Dirección de Investigación podrá conceder, previa petición motivada del solicitante, un plazo para la presentación de los elementos probatorios del cártel. En todo caso, la empresa o persona física deberá presentar ante la Dirección de Investigación la información señalada en las letras a), b), c) y e) del apartado anterior.

Una vez presentados los elementos de prueba en este plazo se entenderá que la fecha de presentación de la solicitud de exención es la fecha de la solicitud inicial.

5.2.2. TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE EXENCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

El artículo 46 recoge el procedimiento de tramitación de las solicitudes de exención del pago de la multa, señalando que:

1. Recibida la solicitud junto con la información y los elementos de prueba, la Dirección de Investigación remitirá al solicitante un acuse de recibo confirmando la fecha y hora de su recepción.

2. La Dirección de Investigación examinará la información y los elementos de prueba presentados y comprobará si se cumplen las condiciones del artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cuyo caso acordará la exención condicional del pago de la multa, notificándolo a la empresa o persona física solicitante.

3. Si no se cumpliesen las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, o la solicitud de exención fuera presentada con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos, la Dirección de Investigación rechazará la solicitud de exención, notificándolo al solicitante, que podrá retirar la información y los elementos de prueba que haya presentado o solicitar a la Dirección de Investigación que ambos sean examinados de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. La retirada de la información y los elementos de prueba no impedirá a la Dirección de Investigación hacer uso de sus facultades de investigación con el fin de obtener los mismos.

4. El examen de las solicitudes de exención del pago de la multa se hará siguiendo el orden de recepción de las mismas.

5. Si al término del procedimiento sancionador, el solicitante hubiese cumplido los requisitos establecidos en el artículo 65.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con la propuesta de la Dirección de Investigación, concederá al solicitante la exención del pago de la multa en la resolución que ponga fin a dicho procedimiento. En caso contrario, el solicitante no podrá beneficiarse de ningún trato favorable con arreglo a lo dispuesto en la presente Sección.

5.2.3. SOLICITUDES ABREVIADAS DE EXENCIÓN

El programa español también recoge, en su artículo 47, la posibilidad de realizar solicitudes abreviadas de exención:

1. En los casos en los que la empresa haya presentado o vaya a presentar una solicitud de exención del pago de la multa ante la Comisión Europea por ser ésta la autoridad de competencia particularmente bien

situada para conocer del cártel, se podrá presentar ante la Dirección de Investigación una solicitud abreviada de exención.

Sólo podrán presentarse solicitudes abreviadas en el marco de lo establecido en el artículo 65.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

2. Se entenderá que la Comisión Europea es la autoridad de competencia particularmente bien situada para conocer del cártel cuando éste tenga efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros.

3. Las solicitudes abreviadas deberán contener, al menos, la siguiente información:

a) Nombre o razón social y dirección de la empresa solicitante.

b) Nombre o razón social y dirección de las empresas participantes en el cártel.

c) Productos y territorios afectados por el cártel.

d) Duración estimada y naturaleza del cártel.

e) Estados miembros en cuyo territorio puedan encontrarse elementos probatorios del cártel.

f) Información sobre las solicitudes de exención o de reducción del pago de la multa que el solicitante haya presentado o tenga intención de presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

La Dirección de Investigación podrá requerir al solicitante la presentación de información adicional, estableciendo un plazo para ello.

4. La Dirección de Investigación remitirá al solicitante un acuse de recibo confirmando la fecha y la hora de la recepción de la solicitud abreviada y le comunicará, en su caso, si ha sido la primera empresa en presentar una solicitud de exención en relación con ese cártel, sin que dicha comunicación pueda entenderse, en ningún caso, como la concesión de la exención condicional prevista en el artículo 46.2 del presente Reglamento.

5. En el supuesto de que la Comisión Nacional de la Competencia sea finalmente la autoridad de competencia que conozca del cártel, la empresa deberá completar la solicitud abreviada de exención con la información y elementos de prueba pertinentes, disponiendo para ello de un plazo de diez días a contar desde la fecha en que la Comisión Europea le notifique la asignación del caso a favor de la Comisión Nacional de la Competencia.

5.2.4. SOLICITUDES DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

Dado que el modelo de clemencia español acepta que otras empresas que colaboren con la autoridad de competencia, además de la primera denunciante, puedan beneficiarse de acogerse al programa, el artículo 48 indica que miembros del cártel se pueden acoger a la solicitud de reducción del importe de la multa:

1. La empresa o persona física que solicite la reducción del importe de la multa deberá facilitar a la Comisión Nacional de la Competencia

elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ésta disponga.

2. Se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza o por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate.

5.2.5. PRESENTACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

De modo paralelo a lo que acontecía con la exoneración de la multa para el primer acogido al programa de clemencia, el artículo 49 recoge el procedimiento de presentación y tramitación de las solicitudes de reducción del importe de la multa, del modo siguiente:

1. El procedimiento de reducción del importe de la multa se iniciará a instancia de la empresa o persona física que haya participado en el cártel, debiendo ésta presentar a tal efecto, ante la Dirección de Investigación, una solicitud formal junto con los correspondientes elementos de prueba.

2. El orden de recepción de las solicitudes de reducción del importe de la multa se fijará atendiendo a su fecha y hora de entrada en el registro del órgano de competencia, con independencia del registro en el que hayan sido presentadas.

3. La Dirección de Investigación podrá aceptar solicitudes de reducción del importe de la multa presentadas con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados por el solicitante así lo justifiquen.

4. La Dirección de Investigación remitirá acuse de recibo que acredite la fecha y hora de la recepción de la solicitud y de los elementos de prueba. La Dirección de Investigación no examinará los elementos de prueba presentados por una empresa o persona física que solicite la reducción del importe de la multa sin antes haberse pronunciado sobre la exención condicional relativa a solicitudes previas de exención relacionadas con el mismo cártel.

5. La Dirección de Investigación, a más tardar en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, comunicará a la empresa o persona física solicitante su propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la reducción del importe de la multa por reunirse los requisitos establecidos en el artículo 66.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, o bien le informará de que no procede dicha propuesta por no cumplirse los requisitos para obtener la reducción.

Si la solicitud de reducción del importe de la multa fue presentada con posterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos, la Dirección de Investigación comunicará al solicitante su propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la reducción del importe de la multa en la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

6. La Dirección de Investigación incluirá en el informe que eleve al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, su propuesta de reducción del importe de la multa. La propuesta se hará dentro de los intervalos que corresponda según lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

7. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia fijará el porcentaje de reducción aplicable a cada empresa o persona física en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

5.2.6. TRATAMIENTO DE LAS SOLICITUDES DE EXENCIÓN O DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

Dada la relevancia de la información contenida en las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa, el artículo 50 hace referencia a su tratamiento, señalando que:

1. La Comisión Nacional de la Competencia tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se pondrán obtener copias de cualquier declaración del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido preparada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud.

5.2.7. DEBER DE COOPERACIÓN DE LOS SOLICITANTES DE EXENCIÓN O DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

El artículo 51 desarrolla el deber de cooperación de los solicitantes de exención o de reducción del importe de la multa, y lo hace del siguiente modo:

A efectos de lo establecido en los artículos 65.2.b) y 66.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, se entenderá que el solicitante de la exención o de la reducción del importe de la multa coopera plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia cuando, a lo largo de todo el procedimiento, cumpla los siguientes requisitos:

a) Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición.

b) Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.

c) Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores.

d) Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.

e) Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.

5.2.8. MECANISMOS DE COORDINACIÓN CON LOS ÓRGANOS COMPETENTES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXENCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

El modo de aplicación descentralizada del artículo 1 de la Ley 15/2007 hace necesaria una referencia a la forma de articular la aplicación del programa de clemencia desde esta perspectiva, y así el artículo 52 recoge los mecanismos de coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de exención del importe de la multa, señalando que:

1. En los supuestos en los que la solicitud de exención se formule ante una autoridad autonómica de competencia, el órgano competente de dicha Comunidad Autónoma, con carácter previo a la resolución sobre la exención condicional, notificará la solicitud de exención a la Comisión Nacional de la Competencia, acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga. En dicha notificación expresará el órgano, estatal o autonómico, que considere competente, en aplicación de los mecanismos de coordinación y asignación de competencias previstos en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. Igualmente, con carácter previo a la resolución sobre la exención condicional, la Dirección de Investigación notificará al órgano competente

de la Comunidad Autónoma las solicitudes de exención, acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga, en aquellos supuestos en los que resulte de aplicación la Ley 1/2002, de 21 de febrero, y las conductas denunciadas no afecten a un ámbito superior al de su Comunidad Autónoma. En dicha notificación la Dirección de Investigación expresará el órgano, estatal o autonómico, que considere competente.

3. Si en aplicación del artículo 2.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, se produjera un cambio de asignación de autoridad competente, se reconocerá la exención condicional previamente acordada.

Cuando el esquema institucional de autoridades de competencia en una Comunidad Autónoma sea dual —Tribunal y Servicio independientes—, la aplicación del programa de clemencia en este nivel puede generar problemas de inseguridad jurídica. En efecto, tal como indica García (2003), en tal esquema el órgano encargado de tramitar las solicitudes de clemencia es el Servicio, en tanto que órgano instructor, sin embargo, este órgano carece de competencias para garantizar la dispensa, o la reducción, de la multa a las empresas acogidas al programa a cambio de su colaboración, ya que el órgano competente para decidir, y en su caso imponer sanciones, es el Tribunal.

6. Conclusiones

La lucha contra los cárteles constituye en la actualidad un objetivo prioritario de las autoridades de defensa de la competencia de los países desarrollados. Para disuadir y erradicar los acuerdos colusorios, la Unión Europea y muchos de sus Estados Miembro —recientemente España— han aprobado y aplican programas de clemencia.

La efectividad de los programas de clemencia es función de factores como la eficacia administrativa en la detección de cárteles, la cuantía de las sanciones a los participantes y el propio diseño del programa. En la Unión Europea, este diseño ha evolucionado desde la inicial Comunicación de 1996, a la de 2002 y a la reciente de 2006. Los cambios incorporados son fruto de la experiencia y del aprendizaje de las autoridades responsables.

Los resultados alcanzados por la política de clemencia comunitaria han sido calificados como un éxito por diversos tratadistas, a la vista del incremento en el número de solicitudes de clemencia presentadas en los últimos años. En lo que se refiere a su legalidad, los Tribunales comunitarios la han confirmado y, en general, han aceptado el modo en que los programas han sido aplicados por la Comisión. No obstante, todavía no ha habido un pronunciamiento sobre determinados aspectos de la COM/2002 y, evidentemente, tampoco de la COM/2006.

Las sucesivas Comunicaciones han supuesto notables mejoras en la política de clemencia comunitaria. Sin embargo, todavía es posible incorporar cambios orientados a hacerla más predecible y flexible, así como menos formalista.

La utilización del programa de clemencia comunitario como modelo del diseño español parece una decisión acertada, dada la utilidad, en un contexto de aplicación descentralizada de la legislación europea de defensa de la competencia, de disponer de procedimientos nacionales relativamente semejantes.

Por último, para que la aplicación de la nueva Ley 15/2007 —en particular en lo que se refiere al desarrollo del programa de clemencia— sea eficaz, deberá acompañarse de un refuerzo de los medios humanos de la Comisión Nacional de la Competencia; este argumento también resulta pertinente en relación a las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas. En este punto resulta muy ilustrativa la experiencia de la Comisión Europea que, en 1998, al adoptar el programa de clemencia comunitario, creó una unidad anti-cártel dentro de la Dirección General de Competencia, unidad que resulta clave en la lucha de la Unión Europea contra los cárteles.

Bibliografía

- APESTEGUIA, J.; DUFWENBERG, M. Y SELTEN, R. (2007) «Blowing the whistle» *Economic Theory*, vol. 31, pp. 143-166.
- BARLINGEN, B. VAN Y BARENES, M. (2005) «The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice» *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 6-17.
- CONNOR, J. (2006) «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels» *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 6, pp. 195-223.
- DOCE (1996) «Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas» n.º C 207/4 de 18.7.1996.
- DOCE (2002) «Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel» n.º C 45/03 de 19.02.2002.
- DOCE (2003) «Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado» 4.11.2003.
- DOJ (1993) «Corporate Leniency Policy». Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atrp/public/guidelines/0091.htm>
- DOJ (2003) «Status Report: A Summary Review of the Antitrust Division's Enforcement Program». Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atrp/public/guidelines/encorp.htm>
- DOUE (2004) «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia» n.º C 101/03 de 27.4.2004
- DOUE (2006) «Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1/2003» n.º C 210/02 de 1.9.2006.

- DOUE (2006) «Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel» n.º C 298/11 de 8.12.2006.
- ECKBO, P. (1976) *The Future of World Oil*. Ballinger.
- GALLO, J.; CRAYCRAFT, J.; DAU-SCHMIDT, K. Y PARKER, CH. (2000) «Department of Justice Antitrust Enforcement, 1955-1997: An Empirical Study.» *Review of Industrial Organization*, vol. 17, pp. 75-133.
- GARCÍA, F. (2003) «Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 227, pp. 16-35
- GARCÍA, F. (2005-2006) «Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia» *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, Tomo XXVI, pp. 171-185.
- GAUER, C. Y JASPERS, M. (2007) «ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU» *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, pp. 35-38.
- GIVAJA, A. Y CABRERA, E. (2006) «Desarrollos recientes en torno al programa comunitario de clemencia y su implantación en la nueva Ley de Defensa de la Competencia» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 246, pp. 33-52.
- GUTIÉRREZ, I. Y ZOIDO, E. (2004) «Cárteles: Análisis y valoración de sus efectos» *Anuario de la Competencia 2003*. Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 267-320.
- HAMMOND, S. (2000) «Detecting and Deterring Cartel Activity through an Effective Leniency Program» Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>
- JIMÉNEZ, F. (2006) «La clemencia en la lucha contra los cárteles» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 241, pp. 71-80.
- LEVENSTEIN, M. C. Y SUSLOW, V. Y. (2006) «Determinants of International Cartel Duration and the Role of Cartel Organization» *Ross School of Business Working Paper Series*, Working Paper No. 1052, pp. 1-62.
- MC ELWEE, D. (2004) «Should the European Commission adopt “Amnesty Plus” in its Fight Against Hard-Core Cartels?» *ECLR*, n.º 9.
- MOTTA, M. Y POLO, M. (2003) «Leniency programs and cartel prosecution» *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, pp. 347-379.
- OECD (2001) «Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels». Disponible en: <http://www.oecd.org/pdf/M00020000/M00020228.pdf>
- OECD (2002a) «Fighting hard core cartels – Harm, effective sanctions and leniency programs». Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>
- OECD (2002b) «Using Leniency to Fight Hard Core Cartels». Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/>
- PEDRAZ, M. (2003) «Cuestiones que plantea la aplicación en España de programas de arrepentimiento, en defensa de la competencia» *Anuario de la Competencia 2002*. Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 327-337.
- PENA, M. A. (2006) «Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de ley de defensa de la competencia». Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Número 18, pp. 6-28.

- POSNER, R. (1970) «A Statistical Study of Antitrust Enforcement» *Journal of Law and Economics*, vol. 13, pp. 365-419.
- REYNOLDS, M. J. Y ANDERSON, D.G. (2006) «Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues» *ECLR*, n.º 2.
- SANDHU, J. (2007) «The European Commission's Leniency Policy: A Success?» *ECLR*, n.º 3, pp. 148-157.
- SPAGNOLO, G. (2004) «Divide et Impera: Optimal Leniency Programmes» *CEPR Discussion Papers*: 4840.
- STIGLER, G. (1964) «A Theory of Oligopoly.» *Journal of Political Economy*, vol. 72, pp. 44-61.
- SUURNÄKKI, S. Y TIerno, M. L. (2007) «Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels» *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, pp. 7-15.
- TIerno, M. L. Y PEÑA, M. A. (2002) «La Comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso de cártel» *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 220, pp. 101-111.
- TIROLE, J. (1988) *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press.
- WAELEBROECK, D., SLATER, D. Y EVEN-SHOSHAN, G. (2004) «Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules». Disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en_pdf

Jurisprudencia

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Carlos Gimeno Verdejo¹

Administrador principal de la Comisión Europea – DG Comercio

María Isabel Rofes i Pujol²

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La sentencia *Skatteverket*³. Aclaraciones sobre la aplicación del principio de libre circulación de capitales en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros

En esta sentencia el Tribunal de Justicia da respuesta a una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 56 CE a 58 CE⁴, planteada por un tribunal sueco (el *Regeringsrätten*), en el marco de un litigio entre el *Skatteverket* (administración tributaria sueca) y A, persona física que reside en Suecia, debido a la negativa a conceder a ésta una exención del impuesto sobre los dividendos distribuidos, en forma de acciones de una filial, por una sociedad establecida en un país tercero.

La normativa sueca controvertida⁵ prevé que los dividendos abonados a una persona física residente en Suecia por una sociedad anónima se hallan normalmente sujetos en este Estado miembro al impuesto sobre la renta. Sin embargo, concede a los contribuyentes que residen en Suecia una exención del impuesto para los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial cuando la sociedad anónima que los distribuye está establecida en

¹ Las opiniones expresadas por el autor son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

² Las opiniones expresadas por la autora son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

³ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket y A* (C-101/05, pendiente de publicación).

⁴ Para más detalles sobre estas disposiciones, véase el comentario a los artículos 56 a 60 CE de PARSTCH, Ph. en *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Dalloz, Bâle 2000, p. 478 y s. Véase también el comentario a la sentencia Bordessa en el número 13/1995 de esta misma Revista.

⁵ *Inkomstskattelagen (1999:1229)* (Ley sueca relativa al impuesto sobre la renta).

Suecia, en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo⁶ o en un Estado con el que el Reino de Suecia haya celebrado un convenio fiscal que contenga una disposición que establezca el intercambio de información. En los demás casos la norma general de imposición se aplica.

Tratándose de los hechos y contexto del litigio, éstos se pueden resumir del modo siguiente:

- A era accionista de la sociedad X, cuyo domicilio social se encuentra en Suiza. Esta sociedad proyectaba distribuir las acciones de las que es titular en una de sus filiales.
- El 7 de mayo de 1965, la Confederación Helvética y el Reino de Suecia habían celebrado un convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Los artículos 10 y 11 de este convenio regulan el régimen tributario, respectivamente, de los dividendos y de los intereses. Por su parte, el artículo 27 del convenio establece un procedimiento amistoso entre las autoridades competentes de los Estados contratantes con el fin de evitar una tributación disconforme con sus disposiciones, así como para resolver las dificultades o disipar las dudas a las que puedan dar lugar la interpretación o la aplicación de éste. Del apartado 5 del protocolo de negociación y de firma realizado con motivo de la celebración del convenio se desprendía que la delegación suiza había considerado que la única información que puede ser objeto de un intercambio es la necesaria para la buena aplicación del convenio y la que permita evitar que éste sea aplicado de manera abusiva. Del mismo apartado se deducía que el Reino de Suecia había tomado nota de esta declaración y renunciado a una disposición convencional expresa sobre intercambio de información.
- El 17 de agosto de 1993, se había celebrado un acuerdo entre la Confederación Helvética y el Reino de Suecia relativo a la ejecución de los artículos 10 y 11 del convenio. Dicho acuerdo regulaba, por una parte, el procedimiento que debía seguir un particular para obtener una reducción del impuesto con arreglo a los requisitos de tributación establecidos en esos artículos y, por otra, la tramitación de tales solicitudes por las autoridades fiscales de los Estados contratantes.
- A había solicitado al *Skatterättsnämnden* (Comisión de Derecho fiscal sueca) un dictamen previo sobre si la distribución de acciones proyectada por la sociedad X estaba exenta del impuesto. Y el *Skatterättsnämnden*

⁶ Acuerdo de asociación firmado en Oporto el 2 mayo de 1992 entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y tres Estados miembros de la Asociación Europea de Libre comercio (AELC), en concreto, Islandia, Noruega y Liechtenstein (*DOCE* L 1 de 3.1.1994, p. 3/36).

- le había dado una respuesta afirmativa fundada en la aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales.
- El *Skatteverket* había recurrido contra el dictamen previo del *Skatterättsnämnden* ante el *Regeringsrätten*, alegando que las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales no son claras por lo que respecta a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y los países terceros, en particular, los que se oponen al intercambio de información con fines de control fiscal. El *Skatteverket* había puntualizado que, cuando la posibilidad de obtener tal información es limitada, podría justificarse una restricción como la establecida en la normativa sueca para garantizar la eficacia de los controles fiscales. Por el contrario, A había sostenido que las disposiciones contenidas en el protocolo y en el acuerdo con la Confederación Helvética podían asimilarse a una disposición relativa al intercambio de información que está incluida en el propio convenio. Y había considerado que, en cualquier caso, la normativa sueca constituía una restricción a la libre circulación de capitales que no podía estar justificada, puesto que, sin necesidad alguna de solicitar información a las autoridades suizas, podía requerirse al contribuyente para que demostrase que cumple todos los requisitos para la concesión de la exención prevista por la Ley.

En estas circunstancias, el *Regeringsrätten* había planteado su cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Fundamentalmente le había solicitado que dilucidase si las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro conforme a la cual sólo puede concederse la exención del impuesto sobre la renta de los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial, si la sociedad que los distribuye está establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un Estado con el que el Estado miembro de imposición haya celebrado un convenio fiscal que establezca el intercambio de información.

Antes de adentrarse en la respuesta a la cuestión específica, el Tribunal de Justicia recuerda con carácter preliminar que, según reiterada jurisprudencia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario⁷, del cual forma parte desde el 1 de enero de 1994 el artículo 56 CE, apartado 1, en virtud del cual, en el marco de las disposiciones del capítulo del Tratado titulado «Capital y pagos», quedan prohibidas todas las

⁷ Sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), de 7 de septiembre de 2004, Maninnen (C-319/02, Rec. p. I-7477) y de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros (C-292/04, Rec. p. I-1835).

restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.⁸

El Tribunal de Justicia afirma también que, cuando se trata de movimientos de capitales entre Estados miembros y países terceros, las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales establecen una prohibición clara e incondicional, que no requieren ninguna medida de aplicación, pueden por tanto invocarse ante los tribunales nacionales e implican la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones, independientemente del tipo de movimientos de capitales de que se trate.⁹

Finalmente, el Tribunal de Justicia estima que el concepto de restricciones a los movimientos de capitales a que se refiere el artículo 56 CE, apartado 1, tiene el mismo alcance en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros que en las relaciones entre los Estados miembros. Desoye así los argumentos del *Skatteverket* y de los Gobiernos sueco, alemán, francés

⁸ Sentencias de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros (C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821) y de 23 de febrero de 2006, Van Hilten-van der Heijden (C-513/03, Rec. p. I-1957).

⁹ El Tribunal de Justicia ya había reconocido el efecto directo del apartado 1 del artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE, apartado 1) en la sentencia Sanz de Lera y otros, antes citada, relativa a un litigio sobre movimientos de capitales intracomunitarios:

En este asunto, como se trataba de movimientos de capitales entre un Estado miembro y Suiza, el gobierno alemán, en sus observaciones había alegado, sin embargo, que en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros, el artículo 56 CE sólo tenía efecto directo respecto a las restricciones relativas a las categorías de movimientos de capitales que no se mencionan en el artículo 57 CE, apartado 1, ya que, respecto a las categorías allí mencionadas, el apartado 2 de ese mismo artículo confiere al Consejo de la Unión Europea la facultad de adoptar medidas de liberalización en la medida en que éstas permitan promover el funcionamiento de la unión económica y monetaria. Según el Gobierno alemán, aunque, en la sentencia Sanz de Lera y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia había reconocido que la adopción de medidas por el Consejo no constituía un requisito necesario para la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 56 CE, apartado 1, éste había limitado esta interpretación a las restricciones que no estén contempladas en el artículo 57 CE, apartado 1, a tenor del cual el artículo 56 CE se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

Al respecto, el Tribunal de Justicia se limita a recordar que en la sentencia Sanz de Lera y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia, había reconocido el efecto directo del apartado 1 del artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE, apartado 1), en relación con el artículo 73 C y con la letra b) del apartado 1 del artículo 73 D del Tratado CE (actualmente artículos 57 CE y 58 CE, apartado 1, letra b), respectivamente), sin distinguir entre las categorías de movimientos de capitales incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, y las que no lo están. En efecto, el Tribunal de Justicia había declarado que la excepción prevista en el artículo 57 CE, apartado 1, no puede obstaculizar que el artículo 56 CE, apartado 1, confiera a los particulares derechos que éstos puedan invocar ante los tribunales.

y neerlandés¹⁰, y se alinea con los utilizados por el Abogado General Sr. Bot en sus conclusiones. Al respecto, admite que la liberalización de movimientos de capitales con los países terceros puede perseguir objetivos distintos de la realización del mercado interior, como, entre otros, los de garantizar la credibilidad de la moneda única comunitaria en los mercados financieros mundiales y mantener, en los Estados miembros, centros financieros de dimensión mundial. Sin embargo, constata que los Estados miembros, al redactar el artículo 56 CE, habían optado por consagrar el principio de la libre circulación de capitales en el mismo artículo del Tratado CE y en los mismos términos para los movimientos de capitales que tienen lugar dentro de la Comunidad y para los que se refieren a las relaciones con países terceros. Y además, añade el Tribunal, lo habían hecho teniendo en cuenta la diferencia de objetivos y contexto jurídico de la liberalización de unos y otros, puesto que habían considerado necesario establecer cláusulas de salvaguardia y excepciones que se aplican específicamente a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos.¹¹

¹⁰ Los Gobiernos alemán, francés y neerlandés habían indicado que, a diferencia de lo que ocurre con la liberalización de los movimientos de capitales entre los Estados miembros, cuya finalidad consiste en realizar el mercado interior, la extensión del principio de la libre circulación de capitales a las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros está vinculada a la creación de la unión económica y monetaria. Todos esos Gobiernos habían señalado que, en las relaciones con los países terceros, la observancia de la prohibición impuesta en el artículo 56 CE, apartado 1, daría lugar a una liberalización unilateral por parte de la Comunidad Europea, sin que ésta obtenga la garantía de que los países terceros procedan a una liberalización equivalente y sin que existan, en las relaciones con éstos, medidas de armonización de las disposiciones nacionales, especialmente en materia de fiscalidad directa.

Los Gobiernos alemán y neerlandés habían agregado que, si el principio de la libre circulación de capitales se interpretara de manera idéntica en las relaciones con los países terceros y en el interior de la Comunidad, ésta no tendrá medios para negociar una liberalización con estos países, puesto que la liberalización antes mencionada ya habría abierto automática y unilateralmente el mercado comunitario a éstos. A este respecto, habían señalado que las cláusulas relativas a la libre circulación de capitales que contienen los acuerdos de asociación celebrados con países terceros tienen, a menudo, un alcance más restringido que el del artículo 56 CE, lo que carecería de sentido si esta disposición fuera aplicable con el mismo rigor en las relaciones con los países terceros y en las relaciones comunitarias.

¹¹ En efecto, además de la excepción prevista en el artículo 57 CE, apartado 1, para determinadas restricciones a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos, existentes el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario, el artículo 59 CE atribuye al Consejo, cuando en circunstancias excepcionales dichos movimientos de capitales causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, la facultad de adoptar medidas de salvaguardia. El artículo 60 CE, apartado 1, autoriza, además, al Consejo a adoptar las medidas urgentes que sean necesarias respecto de los terceros países si, en los casos contemplados en el artículo 301 CE, se considerase necesaria una acción de la Comunidad. Por último, el artículo 60 CE, apartado 2, establece la posibilidad de que, por razones políticas graves y por motivos de urgencia, un Estado miembro adopte, mientras el Consejo no haya ejercitado la facultad que le confiere el apartado 1 de ese mismo artículo, medidas unilaterales contra un tercer país en lo relativo a los movimientos de capitales.

El Tribunal recuerda, además, que, de los requisitos a los que se supe- dita la facultad reconocida al Consejo, por el artículo 57 CE, apartado 2, de adoptar medidas relativas a las categorías de movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos que dicho artículo enumera, no puede deducirse que dichas categorías estén excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición impuesta en el artículo 56 CE, apartado 1. En efecto, afirma el Tribunal de Justicia, el apartado 2 del artículo 57 CE debe interpretarse poniéndolo en relación con el apartado 1 del mismo artículo y se limita a permitir que el Consejo adopte medidas relativas a dichas categorías de movimientos de capitales, sin que puedan oponérsele las restricciones nacionales o comunitarias cuyo mantenimiento está expresamente previsto por el apartado 1. Y agrega que las restricciones que pueden aplicar los Estados miembros y la Comunidad en virtud del artículo 57 CE, apartado 1, a los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos no se añaden únicamente a las previstas en los artículos 59 CE y 60 CE, sino también a las que se desprenden de las medidas adoptadas por los Estados miembros conforme al artículo 58 CE, apartado 1, letras a) y b), o a las que están justificadas por una razón imperiosa de interés general.

Finalmente, tratándose del argumento según el cual, si se interpreta el concepto de restricciones a los movimientos de capitales de la misma forma en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros y en las relaciones entre Estados miembros, la Comunidad abriría unilateralmente el mercado comunitario a los países terceros sin mantener los medios de negociación necesarios para obtener de éstos tal liberalización, el Tribunal de Justicia considera que no es determinante. Al respecto, afirma el Tribunal de Justicia, la medida en que los Estados miembros están facultados para aplicar determinadas medidas restrictivas de los movimientos de capitales no puede determinarse sin tener en cuenta el hecho de que los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos se realizan en un contexto jurídico distinto de aquél en que se inscriben los producidos dentro de la Comunidad. Debido al grado de integración jurídica que existe entre los Estados miembros de la Unión Europea, en particular a la existencia de medidas legislativas comunitarias dirigidas a la cooperación entre las autoridades fiscales nacionales, el gravamen por un Estado miembro de actividades económicas con aspectos transfronterizos que se sitúan en el seno de la Comunidad no siempre es comparable al de actividades económicas referidas a relaciones entre los Estados miembros y los países terceros. Según el Tribunal de Justicia, tampoco cabe excluir que un Estado miembro pueda demostrar que una restricción a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos está justificada por una razón determinada, en circunstancias en las que dicha razón no supondría

una justificación válida de una restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros.¹²

Una vez clarificadas estas cuestiones preliminares, el Tribunal se adentra en el examen específico de la cuestión planteada, esto es: si procede considerar que una normativa como la controvertida en el procedimiento principal constituye una restricción a la libertad de movimientos de capitales y, de ser así, si puede estar objetivamente justificada con arreglo a las disposiciones del Tratado o por razones imperiosas de interés general.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que una normativa como la sueca produce el efecto de disuadir a los contribuyentes que residan en Suecia de invertir su capital en sociedades establecidas fuera del Espacio Económico Europeo y constituye por tanto una restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y los países terceros que, en principio, está prohibida por el artículo 56 CE, apartado 1.¹³ En efecto, señala el Tribunal, en la medida en que los dividendos que éstas abonan a los contribuyentes que residen en Suecia reciben un trato fiscal menos favorable que los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, las acciones de dichas sociedades son menos atractivas para los inversores residentes en Suecia que las de las sociedades con domicilio social en un Estado del Espacio Económico Europeo.¹⁴

A continuación, el Tribunal de Justicia examina si la restricción está amparada por la excepción prevista en el artículo 57 CE, apartado 1, en virtud del cual el artículo 56 CE se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones existentes el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.¹⁵ El interés en dirimir esta cuestión radicaba en el hecho de que:

- cuando entró en vigor en 1992, la normativa sueca ya excluía del beneficio de la exención prevista para los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial los abonados por sociedades establecidas

¹² Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, Rec. p. I-11753).

¹³ Sentencias *Van Hilten-van der Heijden*, antes citada, y de 25 de enero de 2007, *Festeren* (C-370/05, Rec. p. I-1129, apartado 24).

¹⁴ Sentencias, antes citadas, *Verkooijen*, *Manninen*, y *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

¹⁵ Esta excepción había sido invocada (únicamente) por el Gobierno italiano en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia.

- en países terceros que no hubieran celebrado con el Reino de Suecia un convenio que estableciera el intercambio de información;
- las disposiciones relativas a la exención habían sido derogadas a partir de 1994, se habían restablecido a partir de 1995 y se habían extendido en 2001 a los dividendos abonados por sociedades establecidas en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en otro Estado con el que el Reino de Suecia hubiera celebrado un convenio que establezca el intercambio de información;
 - el beneficio de esta exención había sido excluido ininterrumpidamente, al menos a partir de 1992, para los dividendos abonados por sociedades establecidas en un país tercero no miembro del Espacio Económico Europeo que no hubiera celebrado con el Reino de Suecia tal convenio.

Al respecto, el Tribunal, apoyándose en las conclusiones del Abogado General Sr. Bot, pone de relieve que el concepto de restricción que exista el 31 de diciembre de 1993 supone que el marco jurídico en el que se inserte la restricción de que se trate haya formado parte del ordenamiento jurídico del Estado miembro afectado ininterrumpidamente desde esa fecha, ya que de no ser así un Estado miembro podría volver a establecer, en cualquier momento, las restricciones a los movimientos de capitales destinados a países terceros o procedentes de ellos que existían en su ordenamiento jurídico el 31 de diciembre de 1993 pero que no se habían mantenido.

En la medida en que el beneficio de la exención había sido excluido ininterrumpidamente, al menos a partir de 1992, para los dividendos abonados por sociedades establecidas en un país tercero no miembro del Espacio Económico Europeo que no hubiera celebrado con el Reino de Suecia un convenio que establezca el intercambio de información, el Tribunal considera que la restricción prevista en la normativa sueca debe ser considerada una restricción existente el 31 de diciembre de 1993 a efectos del artículo 57 CE, apartado 1, al menos cuando estos dividendos se refieran a inversiones directas en la sociedad que los distribuye.

Finalmente, el Tribunal de Justicia examina si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general.

Para comenzar su razonamiento, el Tribunal recuerda que la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar tal restricción¹⁶ si la medida

¹⁶ Sentencias de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer* (C-250/95, Rec. p. I-2471) de 15 de julio de 2004, *Lenz* (C-315/02, Rec. p. I-7063), y de 14 de septiembre de 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, (C-386/04, Rec. p. I-8203).

de que se trata respeta el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo¹⁷.

Sobre la cuestión de la proporcionalidad de la restricción, el Tribunal de Justicia va a desechar los argumentos presentados por el demandante principal (A) y por la Comisión, para quienes la normativa controvertida en el procedimiento principal era desproporcionada, puesto que las autoridades fiscales suecas pueden exigir del contribuyente que acredite que se cumplen los requisitos exigidos para acogerse a la exención prevista por esta normativa. Según el demandante y la Comisión, cuando tal exención se refiere a los dividendos abonados por una sociedad que cotice en bolsa, estas informaciones también podían obtenerse consultando los datos que tal sociedad está obligada legalmente a publicar. Y se inclina a favor de los argumentos presentados por el *Skatteverket* y los Gobiernos sueco, danés, alemán, español, francés, italiano, neerlandés y del Reino Unido, los cuales habían alegado que:

- frente a un país tercero, la administración tributaria sueca no puede recurrir a la asistencia mutua entre las autoridades competentes prevista por la Directiva 77/799¹⁸;
- ni el convenio ni el protocolo entre Suecia y la Confederación Helvética contienen disposición alguna que prevea un intercambio de información comparable al previsto en el artículo 26 del modelo de convenio elaborado en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y
- aunque el contribuyente disponga de las informaciones necesarias para demostrar que se cumplen los requisitos exigidos por la normativa, sigue incumbiendo a la administración fiscal comprobar el valor de las pruebas aportadas, lo que sería imposible si no pudiera recabar la colaboración de las autoridades competentes del Estado en que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos.

A este respecto, el Tribunal de Justicia indica que, en el seno de la Comunidad, un Estado miembro no puede invocar la imposibilidad de solicitar la colaboración de otro Estado miembro para efectuar investigaciones o recabar informaciones para justificar la denegación de una ventaja fiscal¹⁹.

¹⁷ Sentencia de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02, Rec. p. I-2229).

¹⁸ Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros en el ámbito de los impuestos directos (*DOCE* L 336 de 27.12.1977, p. 15/20).

¹⁹ El Tribunal recuerda que, aunque la comprobación de los datos proporcionados por el contribuyente resulte difícil, especialmente debido a los límites al intercambio de información previstos en el artículo 8 de la Directiva 77/799, nada impide que las autoridades fiscales afec-

Sin embargo, habida cuenta del contexto diferente en el que se inscriben los movimientos de capitales entre los Estados miembros y los países terceros²⁰, este criterio no puede aplicarse íntegramente a los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos. En efecto, el Tribunal de Justicia indica que, cuando la normativa de un Estado miembro supedita la concesión de una ventaja fiscal a requisitos cuya observancia sólo puede ser comprobada recabando información de las autoridades competentes de un país tercero, este Estado miembro está facultado, en principio, para denegar dicha ventaja si resulta imposible obtener dichas informaciones del país tercero debido, especialmente, a la inexistencia de una obligación convencional de dicho país de proporcionar la información. Por lo que se refiere a la constatación de dicha imposibilidad y al alcance de las obligaciones convencionales en el caso concreto, el Tribunal de Justicia estima que se trata de cuestiones de hecho que incumbe verificar al órgano jurisdiccional nacional.

La conclusión del Tribunal es, pues, que los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro conforme a la cual sólo puede concederse la exención del impuesto sobre la renta de los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial cuando la sociedad que los distribuye está establecida en un

tadas exijan al contribuyente las pruebas que estimen necesarias para la liquidación correcta de los impuestos de que se trate y, en su caso, denieguen la exención solicitada de no aportarse tales pruebas [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249, 20), de 30 de enero de 2007, Comisión/Dinamarca (C-150/04, Rec. p. I-1163), y de 11 de octubre de 2007, ELISA (C-451/05, Rec. p. I-0000)].

Además, según el Tribunal, no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que el contribuyente esté en condiciones de aportar los justificantes pertinentes para que las autoridades fiscales del Estado miembro de tributación puedan comprobar, de manera clara y precisa, que no intenta evitar o eludir el pago de sus impuestos [véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Baxter y otros (C-254/97, Rec. p. I-4809), de 10 de marzo de 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Rec. p. I-2057), y ELISA, antes citada].

²⁰ En primer lugar, las relaciones entre los Estados miembros se desarrollan en un marco jurídico común, caracterizado por la existencia de una normativa comunitaria, como la Directiva 77/799, que ha establecido obligaciones recíprocas de asistencia mutua. Aunque, en los ámbitos a los que se aplica dicha Directiva, la obligación de asistencia no sea ilimitada, no es menos cierto que dicha Directiva crea un marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros que no existe entre éstas y las autoridades de un país tercero si éste no ha asumido ningún compromiso de asistencia mutua.

Y en segundo lugar, en relación con los justificantes que el contribuyente pueda aportar para permitir a las autoridades fiscales comprobar que se cumplen los requisitos exigidos por la normativa nacional, las medidas comunitarias de armonización que se aplican en los Estados miembros en materia de contabilidad de las sociedades ofrecen al contribuyente la posibilidad de aportar datos fiables y comprobables respecto a la estructura o a las actividades de una sociedad establecida en otro Estado miembro, mientras que no se garantiza tal posibilidad al contribuyente en el caso de una sociedad establecida en un país tercero, que no está obligado a aplicar estas medidas comunitarias.

Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un Estado con el que el Estado miembro de imposición haya celebrado un convenio fiscal que establezca el intercambio de información, si dicha exención está sujeta a requisitos cuya observancia sólo puede ser comprobada por las autoridades competentes de este Estado miembro recabando información del Estado en que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos.

Esta sentencia presenta gran interés por distintos motivos:

- Confirma claramente una vez más que el Derecho comunitario impone claros límites al ejercicio por parte de los Estados miembros de sus competencias en materia de fiscalidad directa. Por lo tanto, si los Estados miembros desean mantener el control de su legislación en la materia, la mejor manera de defender sus intereses es a través de un mínimo de coordinación, si no de armonización, en la materia, que reduzca el margen de interpretación jurisprudencial.²¹
- Reafirma de modo definitivo que el principio de libertad de movimiento de capitales tiene el mismo alcance cuando se trata de movimientos de capitales intracomunitarios o entre Estados miembros y países terceros y que el diferente contexto en que se mueven unos y otros sólo juega un rol a la hora de interpretar las derogaciones a dicha libertad.
- Tratándose del *standstill* previsto por el artículo 57 CE, apartado 1, se establece claramente que es dinámico. Esto es, si una medida restrictiva aplicable antes de la fecha allí indicada es derogada o aligerada con posterioridad, no cabe reintroducirla más tarde bajo pretexto de que estaba en vigor en aquella fecha. Este dinamismo está en concordancia con la política comunitaria en materia de acuerdos internacionales, en los cuales, cuando se establece un *standstill* en materia de movimientos de capitales, la fecha escogida es la de entrada en vigor del acuerdo y no la mencionada en el artículo 57 CE, apartado 1.

El único pero que se puede poner a esta sentencia es no haber sido más incisiva a la hora de refutar el argumento de los Gobiernos alemán y neerlandés, según el cual, si el principio de la libre circulación de capitales se interpretara de manera idéntica en las relaciones con los países terceros y en el interior de la Comunidad, ésta no tendrá medios para negociar una liberalización con estos países, puesto que la liberalización antes mencionada ya habría abierto automáticamente y unilateralmente el mercado comunitario a éstos. Para quienes trabajan día a día en la negociación de acuerdos con países

²¹ Sobre las distintas iniciativas comunitarias en la materia véase:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/personal_tax/gen_overview/index_en.htm

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/gen_overview/index_en.htm

terceros, es bien sabido que las partes de esos acuerdos pueden comprometer parte de su liberalización autónoma, toda su liberalización autónoma o incluso ir más allá de la misma con efecto inmediato o al final de un período de transición.²² El hecho de que las cláusulas relativas a la libre circulación de capitales que contienen los acuerdos de asociación celebrados por la Comunidad con países terceros tengan, a menudo, un alcance más restringido que el del artículo 56 CE, no tiene ninguna incidencia en el alcance de la liberalización autónoma por parte de la CE, del mismo modo que el hecho de que los acuerdos en materia de comercio de servicios no incluyan compromisos en ciertos sectores (por ejemplo los servicios audiovisuales) no tiene nada que ver con el hecho de que esos sectores estén de hecho liberalizados o no.

(CGV)

Alcance del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como derecho fundamental que forma parte de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. El derecho de establecimiento en el sector de los transportes marítimos y el registro de un buque bajo el pabellón de otro Estado miembro: sentencia de 11 de diciembre de 2007 (Gran Sala), *International Transport Workers' Federation (Viking Line)*, asunto C-438/05. La libre prestación de servicios con desplazamiento de trabajadores en el sector de la construcción: sentencia de 18 de diciembre de 2007 (Gran Sala), *Laval un Partneri*, asunto C-341/05.²³

A lo largo del año 2005 se plantearon al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales en dos asuntos procedentes uno del Reino Unido (*International Transport Workers' Federation -Viking Line*) y otro de Suecia (*Laval*). Los hechos de los litigios en los que se suscitaron esas cuestiones tenían en común que, en dichos Estados miembros, el ejercicio de dos de los derechos fundamentales en los que se basa la construcción europea, a saber el derecho de establecimiento y el derecho a la libre circulación de servicios, estaban siendo coartados por la acción de los sindicatos.

En estos dos asuntos, los órganos jurisdiccionales nacionales le preguntaban al Tribunal de Justicia si, de acuerdo con el derecho comunitario, en caso de conflicto entre el derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflic-

²² En materia de derechos de aduana, es bien conocida la distinción entre derechos aplicados y derechos consolidados.

²³ Ambas sentencias están disponibles en la página del Tribunal de Justicia, <http://www.curia.europa.eu>. Se publicarán posteriormente en la Recopilación.

to colectivo y el derecho de establecimiento o el derecho a la libre prestación de servicios, era el primero o los segundos los que debían prevalecer.

Ambos asuntos suscitaron gran interés y controversia en los Estados miembros. Además de las partes en los litigios principales, y de la Comisión, en el asunto *International Transport Workers' Federation (Viking Line)* catorce de los veinticinco Estados miembros presentaron observaciones en el procedimiento prejudicial mientras que en el asunto *Laval* fueron quince. Participaron igualmente en el procedimiento, los Gobiernos noruego e islandés y el Órgano de Vigilancia de la AELC.

Las vistas en ambos asuntos se celebraron los días 9 y 10 de enero de 2007 y las conclusiones, preparadas en cada asunto por un abogado general distinto, se presentaron sin embargo simultáneamente el 23 de mayo de 2007. Las sentencias fueron dictadas en diciembre de 2007, con una semana de intervalo.

La sentencia *International Transport Workers' Federation (Viking Line)*

En este asunto, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) del Reino Unido pedía la interpretación del artículo 43 CE y del reglamento nº 4056/86 relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y Estados terceros.²⁴

Las cuestiones prejudiciales tuvieron su origen en un litigio entre la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte «ITF», y el Sindicato de Marineros Finlandeses «FSU», por una parte, y Viking Line ABP «Viking», y su filial OÜ Viking Line Eesti «Viking Eesti», por otra, en relación con medidas de conflicto colectivo adoptadas y con amenazas de adopción de tales medidas destinadas a disuadir a Viking de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques registrándolo en Estonia.

El artículo 13 de la Constitución finlandesa, que reconoce a toda persona la libertad de asociación en el seno de una profesión y la libertad de organizarse para salvaguardar otros intereses, se interpreta en el sentido de que permite a los sindicatos adoptar medidas de conflicto colectivo contra las empresas en defensa de los intereses de los trabajadores. No obstante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Finlandia, no podrá ejercerse el derecho de huelga, en particular, cuando la huelga sea contraria a las buenas costumbres o esté prohibida por el derecho nacional o por el derecho comunitario.

Viking es una importante empresa finlandesa de transportes con transbordadores. Explota siete buques, entre ellos el *Rosella*, que opera bajo

²⁴ Reglamento (CEE) del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 DO L 378, p. 1.

pabellón finlandés en la ruta marítima entre Tallin (Estonia) y Helsinki (Finlandia). El FSU cuenta con alrededor de 10.000 afiliados, entre ellos los miembros de la tripulación del *Rosella*. La ITF, cuya sede se encuentra en Londres, agrupa a 600 sindicatos establecidos en 140 Estados, entre ellos el FSU.

Una de las principales políticas desarrolladas por la ITF es su campaña de lucha contra los pabellones de conveniencia. Los objetivos esenciales de esta política son, por una parte, el establecimiento de un nexo genuino entre el pabellón del buque y la nacionalidad del propietario, y, por otra, la protección y mejora de las condiciones de trabajo de las tripulaciones de los buques bajo pabellón de conveniencia. La ITF considera que un buque está registrado con un pabellón de conveniencia cuando la propiedad efectiva y el control del buque se encuentran en un Estado distinto de aquél bajo cuyo pabellón está matriculado. Según la política de la ITF, sólo los sindicatos establecidos en el Estado en el que se encuentra el propietario efectivo de un buque tienen derecho a celebrar acuerdos colectivos en relación con ese buque. Esta campaña de lucha contra los pabellones de conveniencia se concreta en boicots y en otras acciones de solidaridad entre los trabajadores.

Mientras el *Rosella* enarbore pabellón finlandés, Viking está obligada, con arreglo al derecho finlandés y al convenio colectivo de trabajo aplicable, a pagar a la tripulación los mismos salarios que se abonan en Finlandia. La explotación del *Rosella* ha sido deficitaria debido a la competencia directa de los buques estonios que operan en la misma ruta y tienen menos costes salariales. En vez de vender este buque, Viking proyectó, en octubre de 2003, cambiar su pabellón registrándolo en Estonia o en Noruega, con el fin de poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en uno de esos Estados. Viking comunicó su proyecto al FSU y a la tripulación del *Rosella*, que se opusieron.

El 4 de noviembre de 2003, el FSU envió un correo electrónico a la ITF informándola de la existencia de dicho proyecto, indicando que la propiedad efectiva del *Rosella* seguía en Finlandia y que el FSU conservaba el derecho de negociación con Viking. Dos días después, la ITF dirigió una circular a sus afiliados en la que los requería para que no entablaran negociaciones con Viking ni con Viking Eesti.²⁵

El acuerdo sobre la tripulación aplicable al *Rosella* expiró el 17 de noviembre de 2003 y el FSU anunció una huelga pidiendo ocho trabajadores más a bordo del *Rosella* y la renuncia al cambio de pabellón, aunque la empresa sólo aceptó la primera de las reivindicaciones. El 18 de noviembre

²⁵ Los sindicatos afiliados están obligados a seguir esta recomendación debido al principio de solidaridad entre sindicatos y al riesgo de que se les imponga una sanción en caso de inobservancia de la circular.

de 2003, el FSU exigió, además, que Viking se comprometiera, con independencia de un eventual cambio de pabellón del *Rosella*, a seguir cumpliendo el derecho finlandés y el convenio colectivo de trabajo aplicable²⁶ y a que el eventual cambio de pabellón no implicara despidos de trabajadores empleados en ninguno de los buques que enarbolan pabellón finlandés propiedad de esa compañía ni modificaciones de las condiciones de empleo sin consentimiento de los trabajadores, justificando su postura por la necesidad de proteger los empleos finlandeses. El inicio de la huelga estaba previsto para el 2 de diciembre de 2003. Al enterarse, el 24 de noviembre de 2003, de la existencia de la circular, Viking interpuso una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Helsinki para que se prohibiera la huelga anunciada.

Durante el procedimiento de conciliación, Viking se comprometió inicialmente a que el cambio de pabellón no supusiera ningún despido. No obstante, como el FSU se había negado a renunciar a la huelga, Viking puso fin al litigio, el 2 de diciembre de 2003, aceptando las reivindicaciones del sindicato y desistiendo de sus procedimientos judiciales. Por otro lado, prometió no iniciar el procedimiento de cambio de pabellón antes del 28 de febrero de 2005. El 1 de mayo de 2004, la República de Estonia se convirtió en miembro de la Unión Europea.

Como la explotación del *Rosella* seguía siendo deficitaria, Viking siguió con su intención de registrarlo bajo pabellón estonio. La ITF no retiró en ningún momento su circular, por lo que ésta continuaba en vigor, y el llamamiento dirigido a los sindicatos afiliados en relación con ese buque seguía siendo efectivo. El 18 de agosto de 2004, Viking presentó una demanda en el Reino Unido para que se declarara que la medida de la ITF infringía el artículo 43 CE, se ordenara la retirada de la circular y se exigiera al FSU que no obstaculizara el ejercicio de los derechos de Viking con arreglo al derecho comunitario. Mediante resolución de 16 de junio de 2005, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) estimó la demanda de Viking indicando que las medidas de conflicto colectivo y las amenazas de tales medidas de la ITF y del FSU imponían restricciones a la libertad de establecimiento contrarias al artículo 43 CE y, subsidiariamente, constituían restricciones ilegales a la libre circulación de los trabajadores y a la libre prestación de servicios en el sentido de los artículos 39 CE y 49 CE.

²⁶ El FSU era plenamente consciente de que su reivindicación principal dejaría sin eficacia el cambio de pabellón, ya que dicho cambio tenía por objetivo esencial la reducción de costes salariales. Además, el registro del *Rosella* bajo pabellón estonio implicaría que la empresa ya no podría, por lo menos en relación con el *Rosella*, optar por las ayudas de Estado que el Gobierno finlandés concede a los buques que enarbolaban pabellón finlandés.

El 30 de junio de 2005, la ITF y el FSU recurrieron esta resolución ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) alegando, en particular, que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo para preservar los empleos constituye un derecho fundamental reconocido por el título XI del Tratado CE. Al considerar que la resolución del litigio depende de la interpretación del derecho comunitario, dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia un total de diez cuestiones prejudiciales. Sin embargo, en la medida en que la interpretación del reglamento n.º 4055/86 relativo a la libre prestación de servicios en los transportes marítimos sólo puede plantearse en un momento posterior al cambio de pabellón del *Rosella* proyectado por Viking, cambio que todavía no se ha producido, la petición de decisión prejudicial tiene naturaleza hipotética en relación con la libre prestación de servicios, por lo que el Tribunal de Justicia la declaró, en parte, inadmisibile.

Mediante la primera cuestión prejudicial se preguntaba si una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa con el fin de conseguir que celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento está excluida del ámbito de aplicación del artículo 43 CE.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó que, según reiterada jurisprudencia, los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios.²⁷ Puesto que las condiciones de trabajo de los diferentes Estados miembros se rigen, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios colectivos y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, si las prohibiciones previstas en los artículos citados se limitaran a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación.

Según el Tribunal de Justicia, la organización de medidas de conflicto colectivo por los sindicatos de trabajadores debe considerarse incluida en la autonomía jurídica de que disponen estos organismos, que no constituyen entidades de derecho público, en virtud de la libertad sindical que les reconoce, en particular, el derecho nacional. Confirmó, además, que, tal como

²⁷ Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, 36/74, Rec. p. 1405, apartado 17; de 14 de julio de 1976, Donà, 13/76, Rec. p. 1333, apartado 17; de 15 diciembre 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 82; de 11 de abril de 2000, Deliège, C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549, apartado 47; de 6 de junio de 2000, Angonese, C-281/98, Rec. p. I-4139, apartado 31, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1577, apartado 120.

alegaban el FSU y la ITF, las medidas de conflicto colectivo, que pueden constituir el último recurso de las organizaciones sindicales para lograr su reivindicación de que se regule de modo colectivo el trabajo de los asalariados de Viking, deben considerarse relacionadas, de modo inseparable, con el convenio colectivo que el FSU quiere celebrar. Por tanto, tales medidas de conflicto colectivo están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE.

El Gobierno danés alegaba que el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal están excluidos del ámbito de la libertad fundamental establecida en el artículo 43 CE porque, conforme al artículo 137 CE, apartado 5, en su versión modificada por el Tratado de Niza, la Comunidad no es competente para regular estos derechos.

A este respecto, el Tribunal de Justicia indicó que, aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio, deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el derecho comunitario.²⁸ En consecuencia, el hecho de que el artículo 137 CE no se aplique a la huelga ni al cierre patronal no puede excluir una medida de conflicto colectivo de la aplicación del artículo 43 CE.

Los Gobiernos danés y sueco alegaban igualmente que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, constituye un derecho fundamental que, como tal, está excluido del ámbito de aplicación del artículo 43 CE.

Sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia señaló que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptada el 9 de julio de 1948 por la Organización Internacional del Trabajo, y en instrumentos elaborados por dichos Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la

²⁸ Véanse por analogía, por lo que se refiere al ámbito de la seguridad social, las sentencias de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831, apartados 22 y 23, y Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931, apartados 18 y 19, y, en cuanto a la fiscalidad directa, las sentencias de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apartado 21, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Rec. p. I-10837, apartado 29.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.²⁹

Aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, debe ser reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dichos derechos están protegidos de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. Además, según el derecho finlandés, no podrá ejercerse el derecho de huelga, en particular, cuando la huelga sea contraria a las buenas costumbres o esté prohibida por el derecho nacional o el derecho comunitario. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías,³⁰ o la libre prestación de servicios.³¹

Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en esta jurisprudencia, el ejercicio de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión y de reunión y el respeto de la dignidad humana no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y ser conforme con el principio de proporcionalidad. Por tanto, el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir tales medidas del ámbito de aplicación del artículo 43 CE.

El FSU y la ITF sostenían que el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en su sentencia Albany³² debía aplicarse por analogía puesto que determinadas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios son inherentes a las medidas de conflicto colectivo adoptadas en el marco de una negociación colectiva. En el apartado 59 de la citada sentencia, después de constatar que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, el Tribunal de Justicia declaró que los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 81 CE, apartado 1,

²⁹ DO C-364, p. 1.

³⁰ Sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 74.

³¹ Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 35.

³² Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751.

en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, de lo que dedujo, en el apartado 60, que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación dicha disposición.

El Tribunal de Justicia constató, sin embargo, que este razonamiento no puede extenderse a las libertades fundamentales establecidas en el título III del Tratado CE ya que, por una parte, no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad sindical y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo cierta vulneración de las citadas libertades fundamentales. Por otra parte, el hecho de que un acuerdo o una actividad estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que el acuerdo o la actividad también estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de personas o de servicios, dado que éstas responden a requisitos de aplicación propios.³³ Por último, el Tribunal de Justicia recordó su propia jurisprudencia según la cual las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas.³⁴

Por tanto, respondió a la primera cuestión que, en principio, no está excluida del ámbito de aplicación del artículo 43 CE una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento.

Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quería saber, en esencia, si el artículo 43 CE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos.

Con el fin de responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia recordó que, según su jurisprudencia, la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están some-

³³ Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, Rec. p. I-6991.

³⁴ Sentencias de 15 de enero de 1998, Schöning-Kougebetopoulou, C-15/96, Rec. p. I-47; de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia, C-35/97, Rec. p. I-5325, y de 16 de septiembre de 2004, Merida, C-400/02, Rec. p. I-8471.

tidos al derecho público.³⁵ El Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que el hecho de que determinados preceptos del Tratado estén formalmente dirigidos a los Estados miembros no excluye que ciertos derechos puedan, al mismo tiempo, otorgarse a cualquier particular interesado en la observancia de las obligaciones así definidas y que la prohibición de vulnerar una libertad fundamental prevista por una disposición del Tratado que tenga carácter imperativo se extiende, en especial, a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena.³⁶

A continuación, el Tribunal de Justicia indicó que tales consideraciones también deben aplicarse en relación con el artículo 43 CE que establece una libertad fundamental. En efecto, por una parte, las medidas de conflicto colectivo emprendidas por el FSU y la ITF tienen como finalidad la conclusión de un convenio que debe regular, de forma colectiva, el trabajo de los asalariados de Viking, y, por otra parte, estos dos sindicatos constituyen organismos que no son entidades de derecho público y que ejercen la autonomía jurídica que les está reconocida, en concreto, por la normativa nacional. De esto se deriva que, en determinadas circunstancias, una empresa privada puede invocar directamente el artículo 43 CE contra un sindicato o una agrupación de sindicatos.

Esta interpretación está corroborada por la jurisprudencia sobre las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, de la que se deriva que las restricciones pueden tener un origen no estatal y resultar de actos realizados por personas privadas o agrupaciones de dichas personas.³⁷ El hecho de que la restricción que afecta a Viking se derive del ejercicio de un derecho atribuido por el ordenamiento jurídico interno, como el de adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, no impide reconocer efecto directo horizontal al artículo 43 CE.

El Tribunal de Justicia añadió que esta posibilidad no queda limitada a los organismos cuasi públicos o a las asociaciones que ejercen una función normativa y que disponen de un poder cuasi legislativo. No hay indicios en su jurisprudencia de tal limitación y, además, al ejercer el poder autónomo del que disponen en virtud de la libertad sindical de negociar con los empresarios las condiciones de trabajo y de remuneración de los trabajadores, las organizaciones sindicales participan en la elaboración de los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena.

³⁵ Véanse las sentencias antes citadas Walrave y Koch, apartado 18; Bosman, apartado 83; Deliège, apartado 47; Angonese, apartado 32, y Wouters y otros, apartado 120.

³⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, 43/75, Rec. p. 455, apartados 31 y 39.

³⁷ Véanse las sentencias de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, C-265/95, Rec. p. I-6959, apartado 30, y Schmidberger, antes citada, apartados 57 y 62.

Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia respondió a la segunda cuestión que el artículo 43 CE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos.

Las cuestiones tercera a décima fueron examinadas conjuntamente por el Tribunal de Justicia que entendió que, mediante ellas, el órgano jurisdiccional de remisión preguntaba si determinadas medidas de conflicto colectivo constituyen restricciones al derecho de establecimiento contemplado en el artículo 43 CE y si pueden estar justificadas.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad, y las disposiciones del Tratado que garantizan dicha libertad tienen efecto directo desde el final del período transitorio. Esas disposiciones aseguran el derecho de establecimiento en otro Estado miembro no sólo a los nacionales comunitarios, sino también a las sociedades contempladas en el artículo 48 CE.³⁸ Además, el Tribunal de Justicia ha estimado que las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, si bien tienen por objetivo, en especial, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación y que responda, por lo demás, a la definición del artículo 48 CE. Los derechos garantizados por los artículos 43 CE a 48 CE quedarían vacíos de contenido si el Estado de origen pudiera prohibir que las empresas dejen el país para establecerse en otro Estado miembro.³⁹

Además, se deriva igualmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el concepto de «establecimiento», en el sentido de los artículos 43 CE a 48 CE, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada y que la matriculación de un buque no puede disociarse del ejercicio de la libertad de establecimiento cuando ese buque constituye un instrumento para el ejercicio de una actividad económica que implica una instalación permanente en el Estado miembro de matriculación.⁴⁰ Sobre esta base, el Tribunal de Justicia ha llegado a la conclusión de que los requisitos establecidos para la matriculación de los buques no deben obstaculizar la libertad de establecimiento, en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE.⁴¹

³⁸ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, Rec. p. 5483, apartado 15.

³⁹ *Ibidem*, apartado 16.

⁴⁰ Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame y otros*, C-221/89, Rec. p. I-3905, apartados 20 a 22.

⁴¹ *Ibidem*, apartado 23.

En el caso de Viking, una medida de conflicto colectivo como la proyectada por el FSU tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento, porque le impide, al igual que a su filial Viking Eesti disfrutar, en el Estado de acogida, que sería Estonia, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos de ese Estado. De la misma manera, una medida de conflicto colectivo adoptada en virtud de la política de la ITF de lucha contra los pabellones de conveniencia, cuyo objetivo es impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, es susceptible, cuando menos, de restringir el ejercicio por Viking de su derecho a la libertad de establecimiento. Por tanto, tales medidas constituyen restricciones a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que sólo se admite una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.⁴²

La ITF, al igual que los Gobiernos alemán, irlandés y finlandés, alegaba que las restricciones en cuestión están justificadas porque son necesarias para garantizar la protección de un derecho fundamental reconocido por el derecho comunitario y porque tienen por objetivo la protección de los derechos de los trabajadores, que constituye una razón imperiosa de interés general.

A este respecto, el Tribunal de Justicia observó que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado⁴³ y que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general ya reconocidas por el Tribunal de Justicia.⁴⁴ Añadió que, con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica no solamente un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de

⁴² Véanse, en especial, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y Bosman, antes citada, apartado 104.

⁴³ Véase, en este sentido, la sentencia Schmidberger, antes citada, apartado 74.

⁴⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453, apartado 36; de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni e ISA, C-165/98, Rec. p. I-2189, apartado 27, y de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Rec. p. I-7831, apartado 33.

mercancías, personas, servicios y capitales, sino también una política en el ámbito social. El artículo 2 CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas y un alto nivel de empleo y de protección social.

Por tanto, dado que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, procedía sopesar los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar, teniendo en cuenta las indicaciones dadas por el Tribunal de Justicia, si los objetivos perseguidos por el FSU y la ITF mediante las medidas de conflicto colectivo adoptadas tenían por objeto la protección de los trabajadores.

Por lo que se refiere a la medida de conflicto colectivo emprendida por el FSU, aunque pudiera considerarse, a primera vista, que esta medida, relativa a la protección de los empleos y de las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón del *Rosella*, está comprendida en el objetivo de la protección de los trabajadores, no podría mantenerse esta calificación si se comprobara que los empleos o las condiciones de trabajo no estaban comprometidos o seriamente amenazados. Tal sería el caso, en particular, si el compromiso judicial ofrecido por Viking de no poner fin, a causa del reabanderamiento, a la relación laboral de ninguno de sus empleados resultara tener, desde un punto de vista jurídico, un alcance tan vinculante como las estipulaciones de un acuerdo colectivo y si pudiera garantizar a los trabajadores el cumplimiento de las disposiciones legales y el mantenimiento de las disposiciones del convenio colectivo que regula su relación de trabajo.

En la hipótesis de que el órgano jurisdiccional de remisión llegara a la conclusión de que los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros del FSU están efectivamente comprometidos o seriamente amenazados, dicho órgano jurisdiccional deberá comprobar, a continuación, si la medida de conflicto colectivo adoptada por este sindicato es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo.

Por lo que se refiere al carácter adecuado de las medidas de conflicto colectivo emprendidas por el FSU para lograr los objetivos perseguidos, el Tribunal de Justicia recordó que las medidas de conflicto colectivo, al igual que las negociaciones colectivas y los convenios colectivos, pueden consti-

tuir, según las circunstancias, uno de los principales medios de que disponen los sindicatos para proteger los intereses de sus miembros.⁴⁵

En relación con la cuestión de si la medida de conflicto colectivo adoptada por FSU no va más allá de lo necesario, el juez nacional debe examinar, en particular, si, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, el sindicato no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y si el sindicato había agotado esos medios antes de adoptar la medida.

Por lo que se refiere a las medidas de conflicto colectivo que tienen por objeto garantizar la ejecución de la política seguida por la ITF, en la medida en que esta política logre impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, las restricciones a la libertad de establecimiento que se derivan de estas medidas no pueden justificarse objetivamente.

Es cierto que dicha política también tiene por objeto la protección y la mejora de las condiciones de trabajo de los marinos. No obstante, en el marco de su política de lucha contra los pabellones de conveniencia, la ITF está obligada a iniciar una acción de solidaridad, cuando uno de sus miembros la solicita, contra el propietario efectivo de un buque registrado en un Estado distinto del Estado del que es nacional este propietario, con independencia de si el ejercicio por este último de su derecho al libre establecimiento puede tener consecuencias perjudiciales sobre el empleo o las condiciones de trabajo de sus asalariados. Así, la política de reservar el derecho de negociación colectiva a los sindicatos del Estado del que es nacional el propietario efectivo de un buque se aplica igualmente cuando el buque está registrado en un Estado que garantice a los trabajadores una mayor protección social que la que tendrían en el primer Estado.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia respondió a las cuestiones tercera a décima que las medidas de conflicto colectivo que tienen como finalidad conseguir que una empresa cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones en el sentido del artículo 43 CE. Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del ob-

⁴⁵ Véase TEDH, sentencias *Syndicat national de la police belge c. Bélgica*, de 27 de octubre de 1975, serie A n.º 19, y *Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido*, de 2 de julio de 2002, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 44.

jetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.

La sentencia Laval

En este asunto, el Arbetsdomstolen de Suecia pedía la interpretación de los artículos 12 CE y 49 CE y de la directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.⁴⁶ En el litigio principal se enfrentaban, por una parte, la empresa Laval un Partneri Ltd «Laval», con domicilio social en Riga (Letonia) y, por otra parte, el sindicato sueco de los trabajadores de la construcción «Byggnads», la sección sindical n.º 1 de dicho sindicato «Byggettan» y el sindicato sueco de los electricistas «Elektrikerna». Laval instaba la declaración de ilegalidad de las medidas de conflicto colectivo de Byggnads y de Byggettan que afectaban a todas las obras en las que intervenía dicha empresa y de la acción de solidaridad de Elektrikerna, que bloqueaba todos los trabajos de electricidad en curso, la orden de poner fin a estas acciones y la condena de dichos sindicatos a indemnizar los daños y perjuicios.

Las disposiciones de la directiva 96/71 que debía interpretar el Tribunal de Justicia en este asunto se reducían al artículo 3, apartados 1, 7, 8 y 10.

En virtud del apartado 1 del artículo 3 de la directiva 96/71, el Estado miembro al que una empresa de la construcción establecida en otro Estado miembro desplaza trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional debe velar por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, se les garanticen en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a una lista de materias establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o por convenios colectivos declarados de aplicación general. Entre las materias de dicha lista figuran los periodos máximos de trabajo y los periodos mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías de salario mínimo, incluidos los incrementos por las horas extraordinarias, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. La noción de cuantías de salario mínimo se define a partir de la legislación o los usos nacionales del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

Con arreglo al apartado 7 del artículo 3, lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

⁴⁶ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 *DO* 1997, L 18, p. 1.

El apartado 8 del artículo 3 define los convenios colectivos declarados de aplicación general como aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes a un sector. A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, los Estados miembros pueden basarse, si así lo deciden, en los que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos, o en los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional, siempre que su aplicación a las empresas que han desplazado trabajadores les garantice la igualdad de trato por lo que respecta a las materias enumeradas en el apartado 1 en relación con las empresas nacionales que se hallen en una situación similar.

Se entenderá que existe igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se encuentren en una situación similar estén sometidas, en el lugar de actividad o en el sector de que se trate, a las mismas obligaciones que las empresas objeto de los desplazamientos, por lo que se refiere a las materias enumeradas en el apartado 1, y puedan serles exigidas dichas obligaciones con los mismos efectos.

Según el apartado 10 del artículo 3 de la directiva 96/71, ésta no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual, condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público.

Al carecer de sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos, Suecia adoptó, en diciembre de 1999, la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores con el fin de adaptar el derecho interno a la directiva. Así, las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, de la directiva 96/71, excepto la cuantía del salario mínimo, figuran en disposiciones legales.

En Suecia, la determinación de las remuneraciones de los trabajadores asalariados corresponde a los interlocutores sociales y se realiza por la vía de la negociación colectiva. Los convenios colectivos no incluyen disposiciones que establezcan un salario mínimo como tal, y el salario más bajo que figura en numerosos convenios colectivos corresponde a los trabajadores sin cualificación y sin experiencia profesional, por lo que sólo afecta a un número muy reducido de personas. La remuneración de los demás trabajadores se determina en el marco de negociaciones realizadas en el lugar de trabajo, habida cuenta de la cualificación del trabajador y de las funciones que ejerce.

En el convenio colectivo de la construcción, el salario por rendimiento es la forma habitual de remuneración, lo que exige que se celebren acuerdos salariales para cada proyecto. Los empresarios y la sección local del sindicato pueden ponerse de acuerdo sobre la aplicación de un salario por hora para una obra determinada, pero no existe un sistema de salario mensual.

Las negociaciones salariales se desarrollan en un marco de paz social una vez firmado el convenio colectivo. Si no hay acuerdo a nivel local, los salarios son objeto de negociación a nivel central. Si los interlocutores sociales tampoco llegan a un acuerdo, el salario de base se determina con arreglo a la «cláusula de último recurso», que sólo representa un mecanismo de negociación de última instancia y que no constituye un salario mínimo. Dicho salario ascendía, en la segunda mitad del año 2004, a 109 SEK (aproximadamente 12 euros) la hora.

El convenio colectivo de la construcción contiene normas específicas relativas al tiempo de trabajo y a las vacaciones anuales, materias en las que los convenios colectivos pueden apartarse de las disposiciones legales. Además, dicho convenio incluye disposiciones relativas al desempleo temporal y al tiempo de espera, al reembolso de los gastos de desplazamiento, a la protección frente al despido, a los permisos por formación y a la formación profesional.

La adhesión al convenio colectivo de la construcción también supone para las empresas la aceptación de varias obligaciones de carácter pecuniario. Deben abonar a Byggettan un importe igual al 1,5 % de la masa salarial por el control que esta sección sindical realiza sobre las remuneraciones y, a la compañía de seguros FORA, importes que representan un 0,8 % de la masa salarial en concepto de una cuota denominada «suplemento especial de la construcción» y un 5,9 % de dicha masa en concepto de diversas primas de seguro.

En virtud del artículo 17 de la Constitución sueca, las asociaciones de trabajadores, así como los empresarios, tienen derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, salvo que existan disposiciones establecidas en una ley o en un convenio colectivo que se opongan a ello.

La Ley relativa a la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales establece las normas aplicables en materia de los derechos de asociación y negociación, de convenios colectivos, de mediación en los conflictos colectivos laborales y sobre la obligación de paz social, y contiene disposiciones que limitan el derecho de las organizaciones sindicales a adoptar medidas de conflicto colectivo. Con arreglo a su artículo 41, las partes vinculadas por un convenio colectivo están obligadas a mantener la paz social y está prohibido, en particular, adoptar medidas de conflicto colectivo para lograr modificaciones del convenio.

A partir de la entrada en vigor, el 1 de julio de 1991, de la denominada «Lex Britannia» está permitido adoptar medidas de conflicto colectivo con-

tra un empresario extranjero que ejerza temporalmente una actividad en Suecia y que no esté vinculado por un convenio colectivo al que la legislación sueca resulte aplicable.

Entre mayo y diciembre de 2004, la empresa Laval desplazó a Suecia a una treintena de trabajadores letones para la construcción de una escuela. La empresa firmó, en septiembre de 2004, un convenio colectivo con el sindicato letón de la construcción, no estaba vinculada por ningún convenio colectivo en Suecia y sus trabajadores no se afiliaron a los sindicatos suecos.

En junio de 2004, el sindicato sueco de la construcción inició negociaciones con Laval con el fin de que se adhiriera al convenio colectivo. El sindicato estuvo de acuerdo en que los salarios y las demás condiciones de trabajo se definieran paralelamente a estas negociaciones de manera que estuvieran fijadas ya en el momento de la adhesión, a pesar de que, por norma general, debe haber finalizado la negociación de un convenio colectivo antes de iniciar la discusión sobre los salarios en el marco de la paz social obligatoria. El sindicato se opuso al establecimiento de un salario mensual, pero admitió la proposición de Laval relativa a un salario por hora.

En la reunión de 15 de septiembre de 2004, el sindicato exigió a Laval, por una parte, la adhesión al convenio colectivo de la construcción para la obra de la escuela y, por otra, la garantía de que los trabajadores desplazados percibirían un salario por hora de 145 SEK (alrededor de 16 euros), basado en las estadísticas salariales de la región de Estocolmo, declarándose dispuesto a adoptar inmediatamente medidas de conflicto colectivo si no se producía un acuerdo en este sentido. Por su parte, Laval quería seguir abonando a sus trabajadores un salario mensual de 13.600 SEK (aproximadamente 1.500 euros), al que se añadían prestaciones en especie en concepto de alimentación, alojamiento y viajes por un valor de 6.000 SEK (cerca de 660 euros) mensuales.

Al no llegar la negociación a ningún resultado, el sindicato puso en práctica las medidas de conflicto colectivo anunciadas y, después de un preaviso, inició un bloqueo de las obras consistente en impedir la entrega de mercancías y la entrada a los trabajadores letones y a sus vehículos empleando piquetes de huelga. Laval solicitó la intervención de las fuerzas del orden que le indicaron que, al ser las medidas de conflicto colectivo lícitas según el derecho nacional, no podían intervenir ni retirar los obstáculos físicos que imposibilitaban el acceso a las obras.

En noviembre de 2004, el centro de enlace creado con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la directiva 96/71 comunicó a Laval que correspondía a los interlocutores sociales ponerse de acuerdo sobre las cuestiones salariales, que las condiciones mínimas previstas en los convenios colectivos también eran aplicables a los trabajadores extranjeros desplazados, que si un empresario extranjero se veía obligado a abonar dobles cotizaciones

sociales podía acudir a los tribunales y que, para conocer las disposiciones de los convenios aplicables, debía dirigirse a los interlocutores sociales del sector de la construcción.

En diciembre de 2004, el sindicato propuso a Laval que se adhiriera al convenio colectivo de la construcción antes de tratar la cuestión salarial. Si Laval hubiera aceptado esta propuesta, las medidas de conflicto colectivo habrían cesado inmediatamente y habría entrado en vigor la cláusula de paz social, lo que hubiera permitido emprender una negociación sobre los salarios. Sin embargo, Laval se negó a adherirse a dicho convenio porque no le era posible conocer, con antelación, las obligaciones que se le impondrían en materia salarial.

En consecuencia, se intensificaron las medidas de conflicto colectivo dirigidas contra Laval, y el sindicato de electricistas inició una acción de solidaridad con el sindicato de la construcción. En Navidad, los trabajadores volvieron a Letonia. En enero de 2005, otros sindicatos anunciaron acciones de solidaridad consistentes en un boicot de todas las obras que Laval tenía en marcha en Suecia, de modo que esta empresa ya no pudo seguir ejerciendo sus actividades en ese Estado miembro. En febrero de 2005, el municipio que había contratado las obras solicitó la resolución del contrato y, en marzo de 2005, la filial de Laval en Suecia fue declarada en quiebra.

En este asunto, el órgano jurisdiccional sueco planteó dos cuestiones.

Mediante la primera preguntaba si es compatible con las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios y a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, así como con la directiva 96/71, que los sindicatos, mediante medidas de conflicto colectivo consistentes en el bloqueo de las actividades, intenten obligar a un prestador de servicios extranjero a que se adhiera, en el Estado de acogida, a un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo si la legislación del Estado de acogida por la que se adapta el derecho nacional a dicha directiva carece de disposiciones expresas sobre la aplicación de condiciones de trabajo y empleo previstas en un convenio colectivo.

En el marco del procedimiento de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, establecido por el artículo 234 CE, y a fin de proporcionar una respuesta útil a esta pregunta,⁴⁷ el Tribunal de Justicia la reformuló para poder examinar las posibilidades de que disponen los Estados miembros para determinar las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo

⁴⁷ Véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, Krüger, C-334/95, Rec. p. I-4517, apartado 22; de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, C-88/99, Rec. p. I-10465, apartado 18, y de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 y C-41/05, Rec. p. I-5293, apartado 23.

primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, incluidas las cuantías de salario mínimo, que las empresas deben garantizar a los trabajadores a los que desplazan en el marco de una prestación de servicios transnacional. En efecto, por lo que se refiere a la determinación de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados relativas a dichas materias, las cuantías de salario mínimo constituyen la única condición de empleo cuya fijación, en Suecia, no sigue una de las vías previstas en la directiva 96/71. Además, la obligación impuesta a Laval de negociar con los sindicatos para conocer los salarios que debe abonar a sus trabajadores, así como la de adherirse al convenio colectivo de la construcción, son cuestiones debatidas en el litigio principal.

Una vez resuelto favorablemente el tema de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, que era discutida por los sindicatos suecos, el Tribunal de Justicia abordó el análisis de la primera cuestión prejudicial, razonando en cuatro tiempos. En primer lugar decidió cuáles eran las disposiciones que debía interpretar; en segundo lugar, indagó las posibilidades que la directiva 96/71 concede a los Estados miembros para determinar las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, incluidas las cuantías de salario mínimo; en tercer lugar, identificó las materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a dichos trabajadores y, en cuarto lugar, examinó las medidas de conflicto colectivo empleadas en el litigio principal a la luz del artículo 49 CE.

Respecto a las disposiciones comunitarias aplicables, el Tribunal de Justicia recordó que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 12 CE, que establece el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación,⁴⁸ y que, en lo que a la libre prestación de servicios se refiere, este principio ha sido aplicado y concretado por el artículo 49 CE.⁴⁹ Por esta razón, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el artículo 12 CE.

A continuación, el Tribunal de Justicia puso de relieve que el legislador comunitario adoptó la directiva 96/71 con el objetivo de establecer, en interés de los empresarios y de los asalariados, las condiciones de trabajo y empleo aplicables a la relación de trabajo cuando una empresa establecida en un Estado miembro desplace trabajadores al territorio de otro Estado miembro, con carácter temporal, en el marco de una prestación de servicios. Para

⁴⁸ Véanse las sentencias de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01, Rec. p. I-10981, apartado 25, y de 29 de abril de 2004, Weigel, C-387/01, Rec. p. I-4981, apartado 57.

⁴⁹ Sentencias de 16 de septiembre de 1999, Becu y otros, C-22/98, Rec. p. I-5665, apartado 32, y de 28 de octubre de 1999, Vestergaard, C-55/98, Rec. p. I-7641, apartado 17.

ello, la directiva 96/71 coordina las legislaciones de los Estados miembros estableciendo un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que han de ser respetadas, en el Estado de acogida, por los empresarios que desplacen a trabajadores a dicho Estado, sin llegar empero a armonizar el contenido material de dichas disposiciones, que puede ser libremente definido por los Estados miembros, respetando el Tratado y los principios generales del derecho comunitario.⁵⁰

Así pues, dado que los hechos del procedimiento principal se habían desarrollado en 2004, vencido el plazo para adaptar el ordenamiento interno a la directiva 96/71,⁵¹ y puesto que los hechos estaban comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, el Tribunal resolvió examinar la primera cuestión teniendo en cuenta las disposiciones de ésta, interpretadas a la luz del artículo 49 CE,⁵² y, en su caso, tomando en consideración el propio artículo 49 CE.

El Tribunal de Justicia observó que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en las letras a) a g) del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, guiones primero y segundo, de la directiva 96/71 se fijan, tratándose de prestaciones de servicios transnacionales en el ámbito de la construcción, bien por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o bien por convenios colectivos declarados de aplicación general. Los convenios colectivos a que se refiere esta disposición son aquellos que deben respetar todas las empresas pertenecientes a un sector y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. Además, el artículo 3, apartado 8, párrafo segundo, permite a los Estados miembros que, a falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos, tomen como base los que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a un sector o los celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.

El uso de esta última posibilidad exige que el Estado miembro lo decida así y que la aplicación de los convenios colectivos a las empresas que desplazan trabajadores garantice a éstos, en cuanto a las materias enumeradas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, igualdad de trato en relación con las empresas nacionales que pertenezcan al mismo sector que se encuentren en una situación similar. Existe igualdad de trato, en el sentido del artículo 3, apartado 8, de dicha

⁵⁰ Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-490/04, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 19.

⁵¹ El plazo finalizó el 16 de diciembre de 1999.

⁵² Sentencia de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller, C-60/03, Rec. p. I-9553, apartados 25 a 27 y 45.

directiva, cuando estas últimas estén sometidas a las mismas obligaciones, respecto a las mencionadas materias, que las empresas objeto de los desplazamientos y cuando a unas y a otras puedan serles exigidas obligaciones con los mismo efectos.

En Suecia, las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71 excepto las cuantías de salario mínimo, han sido fijadas por disposiciones legales. Además, los convenios colectivos no se declaran de aplicación general y este Estado miembro no ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 3, apartado 8, párrafo segundo, de la directiva.

El Tribunal de Justicia señaló que la directiva 96/71 no tiene por objeto la armonización de los sistemas de fijación de las condiciones de trabajo y empleo en los Estados miembros y que, por tanto, éstos pueden elegir, a nivel nacional, un sistema que no figure expresamente entre los previstos en esa directiva, siempre que no obstaculice la prestación de servicios entre los Estados miembros. En Suecia, los interlocutores sociales tienen atribuida la función de fijar, mediante la negociación, las cuantías de salario que las empresas nacionales deben abonar a sus trabajadores. Para las empresas de construcción, tal sistema implica una negociación caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y las funciones de los trabajadores afectados.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó, en relación con las obligaciones salariales que pueden imponerse a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros, que el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de la directiva 96/71 sólo se refiere a las cuantías de salario mínimo. Por tanto, no puede invocarse esta disposición para justificar que se imponga a los citados prestadores la obligación de respetar cuantías de salario, como las que pretendía imponer Byggnads, que no constituyen salarios mínimos y que no se fijan, por lo demás, conforme a las vías previstas, a estos efectos, por el artículo 3, apartados 1 y 8, de dicha directiva.

El Tribunal de Justicia concluyó esta segunda fase de su análisis relativo a la primera cuestión indicando que un Estado miembro en el que las cuantías de salario mínimo no se determinan por una de las vías previstas en el artículo 3, apartados 1 y 8, de la directiva 96/71 no está facultado para exigir, en virtud de dicha directiva, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, en el marco de una prestación de servicios transnacional, una negociación caso por caso, en el lugar de trabajo, teniendo en cuenta la cualificación y las funciones de los trabajadores, con el fin de conocer el salario que deberán abonar a sus trabajadores desplazados.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia abordó el examen de las materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados. Observó que el artículo 3, apartado 1, de la direc-

tiva 96/71, que delimita el núcleo de protección mínima de los trabajadores, tiene por objeto asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida, por las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas o por convenios colectivos. En la práctica, esta norma impide que, mediante una aplicación a sus trabajadores, en relación con estas materias, de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en este último.

El artículo 3, apartado 1, de la directiva 96/71 tiene igualmente por objeto asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínima del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias previstas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro. El reconocimiento de tal protección mínima tiene como consecuencia, cuando el nivel de protección derivado de las condiciones de trabajo y empleo otorgado a los trabajadores desplazados en el Estado miembro de origen, en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, es inferior al nivel de protección mínima reconocido en el Estado miembro de acogida, que esos trabajadores puedan disfrutar de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado.

El Tribunal de Justicia puso de relieve que ciertas cláusulas del convenio colectivo de la construcción sueco difieren, en algunas de las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, en especial, en relación con el tiempo de trabajo y las vacaciones anuales, de las disposiciones legales suecas que fijan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores desplazados, estableciendo condiciones más favorables.

En este contexto, había que interpretar el apartado 7 del artículo 3 de la directiva 96/71, que establece que lo dispuesto en los apartados 1 a 6 de ese mismo artículo no impide la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores, así como su considerando decimoséptimo, del que se desprende que las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el Estado de acogida no deben impedir la aplicación de tales condiciones.

El Tribunal de Justicia afirmó que el artículo 3, apartado 7, de la directiva 96/71 no permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones

de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. En efecto, en relación con las materias contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de los trabajadores desplazados a su territorio. Cualquier otra interpretación privaría de eficacia a la directiva.

Por tanto, sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición.

Quedaba por ver si otras cláusulas del convenio colectivo de la construcción sueco podían quedar amparadas en lo previsto por el artículo 3, apartado 10, primer guión, de la directiva 96/71, en virtud del cual, los Estados miembros podrán imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas específicamente en el apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de dicho artículo 3, de conformidad con las disposiciones del Tratado y en la medida en que se trate de disposiciones de orden público que se apliquen, de igual modo, a las empresas nacionales y a las de otros Estados miembros. Se trataba, en particular de cláusulas referidas a materias que no están contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71 y que conllevan, para las empresas del ramo, obligaciones de carácter pecuniario.

El Tribunal de Justicia comprobó, sin embargo, que tales obligaciones han sido impuestas sin que las autoridades nacionales hayan recurrido al artículo 3, apartado 10, de la directiva 96/71. En efecto, las cláusulas controvertidas del convenio colectivo de la construcción han sido establecidas mediante la negociación entre los interlocutores sociales, que no constituyen entidades de derecho público y que no pueden invocar esta disposición para alegar razones de orden público a fin de fundamentar la conformidad con el derecho comunitario de una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal.

Hasta aquí, el Tribunal de Justicia se había limitado a interpretar la directiva 96/71. A partir de aquí, pasó a examinar, a la luz del artículo 49 CE, las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los sindicatos suecos contra

la empresa Laval, tanto en la medida en que con ellas se pretende obligar a un prestador establecido en otro Estado miembro a entablar negociaciones sobre los salarios que debe abonar a los trabajadores desplazados como en la medida en que con ellas se quiere obligar a dicho prestador a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en esa disposición.

Al igual que lo habían hecho en el asunto *International Transport Workers' Federation (Viking Line)* con el artículo 43 CE, los Gobiernos danés y sueco, además de los sindicatos, sostenían que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo para imponer a un empresario la adhesión a un convenio colectivo y una negociación salarial, no está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado, en este caso del artículo 49 CE, puesto que, conforme al artículo 137 CE, apartado 5, en su versión modificada por el Tratado de Niza, la Comunidad no es competente para regular este derecho.

El Tribunal de Justicia volvió a recordar que, aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de derechos y las formas de ejercicio de los mismos, los Estados deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el derecho comunitario. Así, el que el artículo 137 CE no se aplique al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal no excluye una medida de conflicto colectivo del ámbito de la libre prestación de servicios.

También en este asunto, el Gobierno danés y el sueco habían alegado que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo constituye un derecho fundamental que, como tal, está excluido del ámbito de aplicación del artículo 49 CE y del de la directiva 96/71.

El Tribunal de Justicia señaló, de nuevo, que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo está reconocido tanto en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, por lo demás expresamente mencionada en el artículo 136 CE, y el Convenio n.º 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 de julio de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como en instrumentos elaborados por los Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión Europea, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Dere-

chos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

Por tanto, aunque deba reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. En efecto, como reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, este derecho está protegido de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.

A pesar de que el Gobierno sueco había indicado que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo disfruta en Suecia, como en otros Estados miembros, de protección constitucional, el Tribunal de Justicia puso de relieve que, en cualquier caso, según la Constitución sueca, este derecho, que incluye en ese Estado miembro el bloqueo de obras, sólo puede ejercerse si no existen disposiciones establecidas en una ley o en un convenio colectivo que se opongan a ello.

El Tribunal de Justicia reiteró, a este respecto, que, según la jurisprudencia establecida, la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías⁵³ o la libre prestación de servicios.⁵⁴ Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en esta jurisprudencia, el ejercicio de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión y de reunión y el respeto de la dignidad humana no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y ser conforme con el principio de proporcionalidad. Por tanto, el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir tales medidas, adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, del ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Quedaba por ver si el hecho de que las organizaciones sindicales de un Estado miembro puedan adoptar medidas de conflicto colectivo en las condiciones descritas, constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si ésta puede estar justificada.

Según la jurisprudencia, al tener por objeto la eliminación de las restricciones a la libre prestación de servicios debidas a que el prestador

⁵³ Véase la sentencia Schmidberger, antes citada, apartado 74.

⁵⁴ Véase la sentencia Omega, antes citada, apartado 35.

está establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se realiza la prestación, el artículo 49 CE es de aplicación directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros desde la expiración del periodo transitorio y confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos deben tutelar.⁵⁵ El respeto del artículo 49 CE se impone igualmente a las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios. En efecto, la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al derecho público.⁵⁶

Parecía evidente que el derecho de los sindicatos de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las que las empresas establecidas en otros Estados miembros pueden verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo que contiene cláusulas que difieren de las disposiciones legales al establecer condiciones laborales más favorables en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la directiva 96/71 y cláusulas sobre materias no previstas en dicha disposición, puede hacer menos interesante, e incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras en Suecia y constituye, por esta razón, una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE. Lo mismo podía decirse, *a fortiori*, de la circunstancia de que, para conocer el salario mínimo que deben abonar a sus trabajadores desplazados, dichas empresas pueden verse obligadas, mediante medidas de conflicto colectivo, a negociar por tiempo indeterminado con las organizaciones sindicales en el lugar de ejecución de la prestación de servicios.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que, dado que la libre prestación de servicios constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad,⁵⁷ una restricción a dicha libertad sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justi-

⁵⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299, apartado 26; de 14 de julio de 1976, Donà, 13/76, Rec. p. 1333, apartado 20; de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Irlanda, 206/84, Rec. p. 3817, apartado 16, y de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apartado 67.

⁵⁶ Véanse las sentencias antes citadas Walrave y Koch, apartados 17 y 18; Bosman y otros, apartados 83 y 84, y Wouters y otros, apartado 120.

⁵⁷ Véanse, en especial, las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Francia, 220/83, Rec. p. 3663, apartado 17, y Comisión/Dinamarca, 252/83, Rec. p. 3713, apartado 17.

ficada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo.⁵⁸

Tanto los sindicatos como el Gobierno sueco alegaron que tales restricciones están justificadas por ser necesarias para garantizar la protección de un derecho fundamental reconocido por el derecho comunitario y tener como finalidad la protección de los trabajadores, que constituye una razón imperiosa de interés general.

El Tribunal de Justicia señaló que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general, susceptible de justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.⁵⁹

Reiteró, que, con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implicará no sólo «un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales», sino también «una política en el ámbito social». El artículo 2 CE enuncia, en efecto, que la Comunidad tendrá por misión, en particular, promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social».

Por tanto, puesto que la Comunidad tiene no sólo una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social.

Los sindicatos sostenían que el objetivo perseguido por el bloqueo emprendido contra Laval era la protección de los trabajadores.

El Tribunal de Justicia señaló, a este respecto, que, en principio, un bloqueo iniciado por un sindicato del Estado miembro de acogida que tiene por

⁵⁸ Véanse, es especial, las sentencias de 5 de junio de 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, apartado 21; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 37, y de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421, apartado 61.

⁵⁹ Véanse, en este sentido, las sentencias Arblade y otros, apartado 36; Mazzoleni e ISA, apartado 27; Finalarte y otros, apartado 33, antes citadas, y de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers Federation (Viking Line), C-438/05, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 77.

objeto garantizar, a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, condiciones laborales de un determinado nivel está comprendido en el objetivo de la protección de los trabajadores.

No obstante, debe considerarse que, por lo que se refiere a las obligaciones específicas relacionadas con la adhesión al convenio colectivo de la construcción, que las organizaciones sindicales pretenden imponer a las empresas establecidas en otros Estados miembros mediante medidas de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal, el obstáculo que dichas medidas suponen no puede justificarse a la luz de tal objetivo. En efecto, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, el empresario está obligado, debido a la coordinación realizada por la directiva 96/71, a respetar un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima en el Estado miembro de acogida.

Finalmente, en relación con la negociación salarial que las organizaciones sindicales quieren imponer, mediante medidas de conflicto colectivo como la controvertida en el litigio principal, a las empresas establecidas en otro Estado miembro y que desplacen temporalmente a trabajadores al territorio del Estado miembro de acogida, el Tribunal de Justicia señaló que, ciertamente, el derecho comunitario no impide que los Estados miembros exijan a estas empresas que cumplan sus normas en materia de salario mínimo mediante medios adecuados.⁶⁰

No obstante, no pueden justificarse medidas de conflicto colectivo con arreglo al objetivo de interés general de protección de los trabajadores cuando la negociación salarial que pretenden imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones, cualquiera que sea su naturaleza, suficientemente precisas y accesibles para evitar que, en la práctica, resulte imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debe cumplir en materia de salario mínimo.⁶¹

La respuesta dada a la primera cuestión fue que los artículos 49 CE y 3 de la directiva 96/71 se oponen a que, en un Estado miembro en el que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de esta directiva se encuentran en disposiciones legales, excepto las cuantías de salario mínimo, una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre el salario que debe abonar a los trabajadores desplazados y a adherirse a un

⁶⁰ Véanse las sentencias antes citadas *Seco y Desquenne & Giral*, apartado 14; *Rush Portuguesa*, apartado 18, y *Arblade y otros*, apartado 41.

⁶¹ Véase, en este sentido, la sentencia *Arblade y otros*, antes citada, apartado 43.

convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de dicha directiva.

Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional sueco remitente preguntaba, en esencia, si los artículos 49 CE y 50 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional, lo que implica que una empresa que desplace trabajadores a ese Estado miembro, en el marco de una prestación de servicios, y que esté vinculada por un convenio colectivo sujeto al derecho de otro Estado miembro, no pueda invocar tal prohibición frente a dichas organizaciones.

Esta cuestión trata de la aplicación de las disposiciones de la ley sueca que han establecido un sistema de lucha contra el dumping social en virtud del cual el prestador de servicios no tiene derecho a esperar que, en el Estado miembro en el que realiza su prestación, se tengan en cuenta las obligaciones derivadas de los convenios colectivos a los que ya está sujeto en el Estado miembro en el que está establecido. De tal sistema resulta que son lícitas las medidas de conflicto colectivo adoptadas contra empresas vinculadas por un convenio colectivo sujeto a la legislación de otro Estado miembro del mismo modo que lo son las adoptadas contra empresas nacionales que no estén vinculadas por ningún convenio colectivo.

Según la jurisprudencia, la libre prestación de servicios implica la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de estar establecido en un Estado miembro diferente del de la prestación.⁶² Como es sabido, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.⁶³

A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló que una normativa nacional como la sueca, que no tiene en cuenta, cualquiera que sea su contenido,

⁶² Véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia, C-154/89, Rec. p. I-659, apartado 12; Comisión/Italia, C-180/89, Rec. p. I-709, apartado 15; Comisión/Grecia, C-198/89, Rec. p. I-727, apartado 16, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 83.

⁶³ Véanse, en especial, las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 30; de 22 de marzo de 2007, Talotta, C-383/05, Rec. p. I-2555, apartado 18, y de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters-Lakebrink, C-182/06, pendiente de publicación en la Recopilación, apartado 27.

los convenios colectivos a los que las empresas que desplazan trabajadores a Suecia ya están vinculadas en el Estado miembro de establecimiento, crea una discriminación contra dichas empresas, en la medida en que les aplica el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno.

Del artículo 46 CE, que debe interpretarse en sentido estricto, resulta que las normas discriminatorias pueden estar justificadas por razones de orden público y de seguridad y salud públicas.⁶⁴

La aplicación de esta normativa sueca a las empresas establecidas en otros Estados miembros que estén vinculadas por convenios colectivos a los que no se aplique directamente la legislación sueca tiene como finalidad, por una parte, que las organizaciones sindicales puedan actuar para que todos los empresarios que operan en el mercado de trabajo sueco apliquen las retribuciones y demás condiciones de empleo que correspondan a las aplicadas normalmente en Suecia y, por otra parte, que se creen condiciones de competencia leal, en igualdad de condiciones, entre los empresarios suecos y los empresarios procedentes de otros Estados miembros.

Puesto que ninguna de estas consideraciones constituye una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública en el sentido del artículo 46 CE, aplicado en relación con el artículo 55 CE, el Tribunal de Justicia decidió que una discriminación de tales características no puede estar justificada.

Respondió a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 49 CE y 50 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional.

Comentario

La importancia de estas dos sentencias reside tanto en los puntos que tienen en común como en la jurisprudencia sentada en cada una de ellas.

Así, tienen en común, en primer lugar, que en ellas el Tribunal de Justicia declaró el efecto directo horizontal de los dos artículos del Tratado que establecen, respectivamente, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, respecto a la acción de órganos no sujetos al derecho público como son los sindicatos. En el asunto *International Transport Workers Federation (Viking Line)*, el órgano jurisdiccional nacional había planteado

⁶⁴ Véase la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 86.

directamente esta pregunta mientras que, en el asunto Laval, el Tribunal de Justicia abordó la cuestión al examinar la medida de conflicto colectivo en el caso concreto a la luz del artículo 49 CE, lo que le permitió evitar el espinoso tema del efecto que las disposiciones de la directiva 96/71 pueden producir en un litigio entre particulares.

En segundo lugar, al definir el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado que establecen dos de las libertades esenciales en las que se asienta la construcción europea, a saber, el artículo 43 CE para la libertad de establecimiento y el artículo 49 CE para la libre prestación de servicios, en relación con el derecho de los sindicatos a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, el Tribunal de Justicia ha reconocido este último como derecho fundamental que forma parte integrante de las principios generales del derecho comunitario.

Mediante este reconocimiento, el Tribunal de Justicia ha adoptado la solución que le había propuesto a este respecto el Abogado General Sr. Mengozzi en las conclusiones que presentó en el asunto Laval,⁶⁵ aunque no el razonamiento en su totalidad.

Como es sabido, la Unión Europea está obligada, en virtud del artículo 6 UE, a respetar los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH),⁶⁶ y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho comunitario.

A la vista del tenor de dicha disposición, la declaración como derecho fundamental del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo resulta, cuando menos, inesperada. En efecto, por una parte, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el artículo 11, apartado 1, del CEDH en el sentido de que esa norma protege la libertad de defender los intereses profesionales de los miembros de un sindicato mediante la acción colectiva de éste, la única modalidad de acción colectiva reconocida por ahora por dicho Tribunal es el derecho de un sindicato a ser oído por el Estado. Por otra parte, se desprende del examen no exhaustivo de los textos constitucionales de los Estados miembros, efectuado por el Abogado General Sr. Mengozzi en las citadas conclusiones, que el derecho a adoptar medidas de conflicto

⁶⁵ Las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Maduro en el asunto *International Transport Workers' Federation (Viking Line)* no contienen ningún razonamiento a este respecto. El autor parece simplemente dar por sentado que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental cuyo ejercicio debe conciliarse con el de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado. Véanse los apartados 23 a 25 de las conclusiones.

⁶⁶ Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

colectivo y, en particular, el derecho de huelga, no viene recogido en la mayoría de ellos. No parece, pues, que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 6 UE, apartado 2.

El Abogado General consideró, sin embargo, que, aunque esta norma sólo menciona un instrumento internacional, el Tribunal de Justicia puede legítimamente inspirarse en otros instrumentos de protección de los derechos humanos distintos del CEDH proponiendo tres: la Carta Social Europea, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. En las sentencias, el Tribunal de Justicia añadió a estos instrumentos el Convenio n° 87 de la OIT, sobre la protección de la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, sin mencionar en ningún momento el artículo 6 UE, apartado 2.

No obstante, el reconocimiento por el Tribunal de Justicia del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del derecho comunitario no fue capaz de producir el efecto deseado por los gobiernos danés y sueco, a saber, su exclusión del ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 49 CE.

En tercer lugar, a la vista de los resultados que las medidas de conflicto colectivo adoptadas por las organizaciones sindicales producían o eran susceptibles de producir, a saber, la obligación de celebrar un convenio colectivo de trabajo que hacía inútil para una empresa reabanderar un buque en otro Estado miembro, la posibilidad de que sólo los sindicatos del país de la propiedad efectiva de un buque tengan derecho a celebrar convenios colectivos en relación con ese buque, la obligación para una empresa de adherirse a un convenio colectivo en el Estado miembro de acogida cuyas cláusulas difieren de las disposiciones legales que implementan la directiva 96/71 o establecen condiciones laborales sobre materias no previstas en ésta, así como la obligación para una empresa de negociar por tiempo indeterminado con un sindicato antes de conocer el salario que deberá abonar a sus trabajadores desplazados, el Tribunal de Justicia consideró, en ambos asuntos, que las medidas constituían restricciones a dos de las libertades más importantes previstas en el Tratado.

En cuarto lugar, al examinar las posibilidades de justificación de las medidas de conflicto colectivo controvertidas, el Tribunal de Justicia consideró, en el asunto *International Transport Workers' Federation (Viking Line)*, que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general. Dentro de esta misma línea, el Tribunal de Justicia fue, sin embargo, más cauto en el asunto *Laval* ya que, en él se limitó a decir que tal derecho ejercido con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social pue-

de constituir una razón imperiosa de interés general. Tal diferencia de matiz entre las dos sentencias podría explicarse porque FSU, el sindicato finlandés, actuaba frente a una empresa en defensa de los derechos e intereses concretos de sus afiliados, y la campaña de ITF contra los pabellones de conveniencia tiene por objeto la protección de los trabajadores afiliados a alguno de los 600 sindicatos que agrupa. Por el contrario, la acción de los sindicatos suecos, los cuales no representaban a ninguno de los trabajadores letones desplazados, tenía por objeto imponer a la empresa Laval las mismas condiciones laborales que deben respetar las empresas suecas, con independencia de lo regulado en la directiva 96/71 y de las obligaciones a las que ya pueda estar sujeta con arreglo al derecho letón con respecto a los mismos trabajadores.

En lo que se refiere a la justificación en concreto de las medidas, en el asunto *International Transport Workers' Federation (Viking Line)* el Tribunal de Justicia, por una parte, se mostró bastante escéptico respecto a si los empleos y las condiciones de trabajo de los miembros del FSU afectados por el cambio de pabellón del Rosella estaban efectivamente comprometidos o seriamente amenazados, y a si el FSU no disponía de otros medios menos restrictivos de la libertad de establecimiento y, en caso de disponer de ellos, si los había agotado antes de declararse en huelga. Por otra parte, respecto a la campaña de ITF, el Tribunal de Justicia negó credibilidad al objetivo de protección y mejora de las condiciones de trabajo de los marinos ya que la consigna de reservar el derecho de negociación colectiva a los sindicatos del Estado del que es nacional el propietario efectivo de un buque se aplica igualmente cuando el buque está registrado en un Estado que garantiza a los trabajadores una mayor protección social que la que tienen en el primer Estado.

En el asunto Laval dijo sin ambages que el obstáculo a la libre prestación de servicios que suponen las medidas de conflicto colectivo mediante las que los sindicatos pretendían imponer a la empresa letona la adhesión al convenio colectivo sueco de la construcción y la negociación salarial no puede justificarse recurriendo al objetivo de la protección de los trabajadores. En efecto, por lo que se refiere a las condiciones laborales, la directiva 96/71 establece el núcleo de disposiciones imperativas que las empresas deben respetar en el Estado miembro de acogida y, por lo que respecta a la negociación salarial, las condiciones en las que debe desarrollarse hacen que, en la práctica, resulte prácticamente imposible para la empresa conocer con antelación sus obligaciones en materia de salarios.

Es de destacar, además, que la sentencia Laval ha clarificado determinados aspectos de la directiva 96/71 no abordados hasta ahora por el Tribunal de Justicia.

Se trata, en primer lugar, de la delimitación de las materias que constituyen el núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que las empresas

que desplazan a trabajadores deben respetar en el Estado miembro de acogida. En efecto, en esta sentencia ha quedado claro que la lista del artículo 3, apartado 1, letras a) a g), de la directiva 96/71 no es exhaustiva, como podría haberse pensado en un principio, sino que puede ser ampliada por los Estados miembros en las condiciones previstas en el apartado 10 del mismo artículo. De esta manera, al examinar una medida estatal que imponga, a una empresa que desplaza trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, condiciones laborales sobre cualquier materia no prevista en dicha lista, los órganos jurisdiccionales, sean nacionales o comunitarios, deberán seguir recurriendo al artículo 49 CE con el fin de averiguar si se trata de una restricción en el sentido de dicha disposición y, en caso afirmativo, si puede estar justificada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de recurrir a esta posibilidad, son los Estados miembros quienes están legitimados para hacerlo y no organismos no sujetos al derecho público como los sindicatos.

En segundo lugar, y contrariamente a lo que podría deducirse del tenor del artículo 3, apartado 8, de la directiva 96/71, el Tribunal de Justicia ha declarado que los Estados miembros pueden elegir, a nivel nacional, un sistema de fijación de las condiciones laborales que no figure expresamente entre los previstos por dicha disposición, a condición, sin embargo, que no obstaculice la libre prestación de servicios entre ellos.

En tercer lugar, esta sentencia ha identificado las disposiciones imperativas de protección mínima y, en este contexto, ha clarificado sin rodeos el papel significativo que juega el artículo 3, apartado 7, de la directiva 96/71, clarificación que se imponía a la luz de la redacción equívoca de dicha norma y del hecho que, cuando se pronunció la sentencia, ya había tres abogados generales que habían concluido sobre la base de una lectura de la disposición que ha demostrado ser errónea.

En efecto, el Abogado General Sr. Mengozzi,⁶⁷ en las conclusiones que presentó en este asunto, consideró que el artículo 3, apartado 7, permite en el Estado miembro de acogida, la imposición de condiciones laborales a la empresa que desplaza trabajadores sobre materias distintas de las que figuran en la lista del apartado 1, letras a) a g), a condición de que resulten más favorables para los trabajadores. Esta interpretación fue igualmente adoptada pocos meses después por la Abogada General Sra. Trstenjak⁶⁸ y por el Abogado General Sr. Bot.⁶⁹

⁶⁷ Véanse los puntos 151, 172, 198, y 209 de sus conclusiones.

⁶⁸ Véase el punto 62 de las conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2007 en el asunto C-319/06, Comisión/Luxemburgo, pendiente de resolución.

⁶⁹ Véanse los puntos 83 y ss. de las conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 2007 en el asunto C-346/06, Rüffert, pendiente de resolución, en los que se remite a la interpretación del Abogado General Sr. Mengozzi en sus conclusiones en el asunto Laval.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3, apartado 7, de la directiva 96/71 no permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones laborales que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima. Al ser éstas disposiciones de obligado cumplimiento, el nivel de protección del que disfrutaban los trabajadores desplazados en el Estado miembro de acogida es el que resulta de su contenido, a no ser que, por aplicación de la normativa legal o convencional del Estado miembro de origen, dichos trabajadores disfrutaban ya de una protección más elevada en relación con las materias previstas por el artículo 3, apartado 1, letras a) a g), de dicha directiva, en cuyo caso sería la normativa del Estado miembro de origen la que se aplicaría.

Ésta me parece en efecto la interpretación que hay que dar al artículo 3, apartado 7, de la directiva 96/71 ya que resultaría inaceptable que, por aplicación del artículo 3, apartado 1, letra b), de la directiva, que dispone que los Estados miembros deben velar por que los trabajadores desplazados en su territorio disfrutaban de la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas establecida por ley o por convenio colectivo declarado de aplicación general, los trabajadores que en su país disfrutaban de, por ejemplo, 30 días laborables de vacaciones debieran renunciar a algunos días por trabajar temporalmente en un país en el que la duración mínima se reduce a un mes.

Por otra parte, si hubiera prevalecido la interpretación preconizada por los tres abogados generales citados, la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros, efectuada por la directiva 96/71 con el fin de establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima destinado a garantizar la seguridad jurídica de empresas y trabajadores y la posibilidad de prever con antelación los costes de una prestación de servicios transnacional, habría quedado privada de eficacia.

Me parece indudable que en el asunto Laval se ha enjuiciado, si bien de manera indirecta al tratarse de un procedimiento prejudicial, la adaptación del derecho sueco a la directiva 96/71. Por esta razón, el tema se hubiera ventilado mejor si hubiera llegado al Tribunal de Justicia como un asunto por incumplimiento y cabe preguntarse por qué la Comisión no ha introducido una demanda, cuando el plazo para implementar dicha directiva finalizó en diciembre de 1999.

El caso es que, aún hoy, el sistema sueco de determinación de los salarios no permite a las empresas establecidas en otros Estados miembros que se propongan efectuar una obra en Suecia saber con antelación los sueldos que, con arreglo al derecho sueco, deberán abonar al personal que desplacen. Esta situación parece incompatible con el artículo 3, apartado 1, letra c), de la directiva 96/71 según el cual los Estados miembros velarán por que los trabajadores desplazados en su territorio perciban las cuantías de salario mínimo establecidas por ley o por convenio colectivo declarado de aplicación

general. En efecto, por el simple hecho de no disponer ni de salario mínimo ni de convenios colectivos declarados de aplicación general, las prestaciones de servicios transnacionales en un Estado miembro se ven obstaculizadas eficazmente.

En su razonamiento, el Tribunal de Justicia parece haber ido todo lo lejos que le permitían las circunstancias. Así, a pesar de que el órgano jurisdiccional sueco que le había interrogado sólo había incluido en su primera pregunta la obligación para una empresa extranjera de adherirse al convenio de la construcción, el Tribunal de Justicia reformuló la pregunta de manera que abarcara también la obligación de someterse a la negociación salarial, viendo que este aspecto formaba parte del meollo del problema y buscando, quizás, dar al asunto un tratamiento global en lugar de esperar a ver si era interrogado de nuevo.

Aun así, algún que otro punto ha quedado todavía por dilucidar siendo, en mi opinión, el más importante el de saber cuál es el alcance de la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 3, apartado 1, letra c), de la directiva 96/71 en materia de salarios mínimos.

Es cierto que, según la Declaración del Consejo y de la Comisión inscrita en el acta del Consejo cuando se adoptó la directiva 96/71, el artículo 3, apartado 1, no conlleva, para los Estados miembros cuya legislación no establece un salario mínimo, la obligación de preverlo.⁷⁰ Esta Declaración podría interpretarse en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de prever un salario mínimo a nivel interno, pero me parece obvio que no se puede llegar a la misma conclusión en lo que se refiere a las empresas que se desplazan al territorio de otros Estados miembros para prestar servicios. En efecto, en mi opinión, no hay forma de compaginar la inexistencia de tal salario en un Estado miembro con la necesidad de garantizar que una empresa establecida en otro Estado miembro y que se proponga, por ejemplo participar en la licitación de un contrato para efectuar una obra pública pueda hacerlo disponiendo de toda la información útil, en cuyo caso no estaría en igualdad de condiciones con las empresas nacionales y se le estaría denegando una de las libertades fundamentales del Tratado.

(MIRP)

⁷⁰ Véase, sobre el efecto de las declaraciones al derecho comunitario derivado como instrumentos de interpretación, Martínez Capdevila, C., «Las declaraciones en el derecho comunitario», Tecnos, Madrid 2005, pp. 246 y ss.

Crónica

Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

Beatriz Iñarritu

Profesora de la Universidad Comercial de Deusto

Sumario: Introducción. —I. El estado de la integración. I.1. El Tratado de Lisboa. I.2. Convenio Schengen: ampliación al Este. I.3. Unión monetaria europea: incorporación de Chipre y Malta a la euro-zona en 2008. I.4. Creación de un grupo de reflexión sobre las fronteras de la Unión Europea. —II. La actualidad institucional de la Unión Europea. II.1. Los consejos europeos de la presidencia portuguesa. II.2. Parlamento europeo: elecciones en Rumanía. II.3. Consejo de ministros: presidencia eslovéna. —III. Cuestiones generales de la actualidad económica. III.1. La Unión Monetaria europea: los tipos de interés se mantienen en el 4%. III.2. Liberalización de los servicios postales. III.3. Directiva sobre los servicios de pago y la zona única de pagos del euro (SEPA). III.4. PAC: Reforma de la organización común del vino. III.5. Competencia: acuerdos empresariales contrarios a la libre competencia en el mercado único. III.6. Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario. III.7. Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario.

Introducción

Las cumbres del último semestre de 2007 sirvieron para firmar solemnemente el Tratado de Lisboa con el que la Unión Europea ha superado la frustrada Constitución. A lo largo de estos meses se preparó también la incorporación de dos nuevas monedas a la zona euro, con lo que ya son quince los Estados integrados en la Unión Monetaria.

La incorporación de nueve países al Espacio Schengen el 21 de diciembre supuso otro hito importante en la historia de la integración, en la medida en que significó la desaparición de controles policiales sobre los movimientos de las personas en las fronteras con los Estados del Este.

The European Councils taken place during the last six months of 2007 have made it possible to sign the Treaty of Lisbon, with which the European Union has overcome the frustrated Constitution. All along these months the

entrance of two new coins to the eurozone was prepared, and therefore, fifteen countries form already part of the Monetary Union.

The entrance of nine countries to the Shengen Space last 21st December was another relevant milestone in the history of integration, as it signified the removal of police controls over movements of persons in the frontiers with Eastern member States.

I. El estado de la integración

I.1. *El Tratado de Lisboa*

El 13 de diciembre de 2007 será recordado en la historia de la Unión Europea por el acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo respecto a la aprobación de un nuevo Tratado con el que los Veintisiete daban por superada la profunda crisis constitucional, provocada por los rechazos al proyecto constitucional de Francia y Países Bajos de 2005.

El Tratado es fruto del consenso político e introduce ciertos cambios respecto al texto constitucional:

- Enmienda los Tratados básicos de la Unión sin sustituirlos, tal como preveía la Constitución; de esta manera, no ha sido conseguido el objetivo inicial de redactar un texto único que simplificase el Derecho fundamental de la Unión. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma) pasa a denominarse «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».
- Incluye recortes simbólicos y evita la terminología política y constitucional y, en particular, excluye los símbolos de la Unión (la bandera, la divisa, el himno y el día de Europa).
- Excluye, asimismo, el texto de la «Carta de los Derechos Fundamentales», que contempla la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos comunitarios, aunque se establece su carácter vinculante, con lo que se le dota de similar valor jurídico que a los Tratados.

Por lo demás, el Tratado conserva una parte sustancial de las disposiciones institucionales del proyecto de Constitución.

- El sistema de mayoría cualificada en las votaciones del Consejo de Ministros basado en la doble mayoría (55% de Estados y 65% de población), que entrará en vigor el 1 de noviembre de 2014. Entre esta fecha y el 31 de marzo de 2017, cuando un acuerdo deba adoptarse por esta mayoría cualificada, cualquier Estado podría solicitar que dicho

- acuerdo se adopte según el sistema actual pactado en el Tratado de Niza (sistema de coeficientes que exige un mínimo de 255 sobre un total de 345, con la eventual representación del 62% de la población total de la Unión).
- El «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» reforzará sus competencias ostentando la presidencia del Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores de la UE y la vicepresidencia de la Comisión.
 - La Presidencia del Consejo Europeo tendrá una duración de dos años y medio, periodo que podrá ser prorrogado una vez.
 - La Comisión Europea reducirá el número de sus miembros a dos tercios del número de Estados miembros a partir del 1 de noviembre de 2014, incluyendo al «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad».
 - El Parlamento Europeo contará, a partir de la legislatura de 2009, con 751 diputados aunque, para respetar el techo planteado de 750 parlamentarios, el presidente de la Eurocámara no tendrá derecho de voto.

El nuevo Tratado dota de personalidad jurídica única a la Unión e introduce el procedimiento legislativo de Codecisión del Consejo de Ministros y el Parlamento Europeo en nuevos ámbitos, en sustitución de la unanimidad. De esta manera, se elimina el derecho de veto en 40 materias, incluidas algunas relacionadas con Justicia e Interior, inmigración y cooperación policial y judicial, Energía y Servicios de Interés General.

Los cambios institucionales que plantea el Tratado son relevantes y definen, en efecto, una «nueva arquitectura del poder» en la Unión Europea, y algunos líderes destacaron la solemnidad del momento. «El Tratado de Lisboa es un documento fundamental para el futuro de una UE más moderna, eficaz y democrática», señaló el primer ministro luso, José Sócrates.

Sin embargo, el clima generalizado entre los líderes europeos era de alivio, por haber sido capaces de superar una profunda crisis y por haber zanjado finalmente un debate sobre la reforma institucional, que ya duraba más de diez años, desde que en 1997 se aprobó el Tratado de Ámsterdam.

El Tratado podría entrar en vigor el 1 de enero de 2009 si, finalmente, supera los procesos de ratificación en los Estados miembros. Tal sólo Irlanda, obligada por su Constitución, convocará un referéndum entre su población para aprobar el nuevo Tratado. Esta circunstancia ha merecido ciertas críticas desde diferentes ámbitos, puesto que dado que su contenido no difiere sustancialmente del texto de la fallida Constitución, podría interpretarse que su ratificación se producirá «por la puerta de atrás», y de alguna manera, «a espaldas de la opinión pública».

1.2. *Convenio Schengen: ampliación al Este*

El 21 de diciembre nueve Estados comunitarios se incorporaron al Espacio Schengen (Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania y Malta). Salvo Chipre, que ha solicitado una prórroga, todos los países que se incorporaron a la Unión Europea en 2004 han pasado a formar parte de la Europa sin fronteras.

En efecto, con su aplicación efectiva, desaparecen los controles fronterizos sobre los movimientos de personas en un área que ya se extiende desde Portugal hasta Estonia o Polonia, o también desde Grecia hasta Finlandia. Los ciudadanos pueden desplazarse de uno a otro de los países que forman parte de este Espacio sin soportar controles policiales en las fronteras, independientemente de su nacionalidad comunitaria o extracomunitaria. No deben mostrar su pasaporte, documento de identidad o visado en estos desplazamientos transnacionales, a pesar de que, en efecto, el Convenio no afecta a las legislaciones nacionales sobre la permanencia de extranjeros en cada Estado y a las facultades policiales en esta materia.

En todo caso, esta ampliación del Acuerdo Schengen ha contado con un componente simbólico especial, puesto que ha hecho desaparecer controles de zonas fronterizas de los antiguos bloques del continente, heredados de la Segunda Guerra Mundial, como Polonia y Alemania, o Austria y Hungría.

El Convenio ahora ampliado, firmado en la localidad luxemburguesa de Schengen en 1985, pretende también armonizar y reforzar las fronteras exteriores comunes con una serie de «medidas de compensación».

Entre estas medidas figuran la cooperación policial y judicial, los derechos de observación y persecución transfronteriza para las fuerzas policiales, la cooperación en materia de visados y el intercambio de información a través del Sistema de Información Schengen (SIS). Este Sistema permite, en efecto, que las autoridades compartan información sobre personas buscadas o desaparecidas, y sobre bienes robados.

En 2008 son ya Veinticuatro los Estados que forman parte del Espacio Schengen: por una parte, Veintidós Estados pertenecientes a la UE (los Veintisiete salvo Reino Unido e Irlanda, que no han querido adherirse al Convenio, y salvo Chipre, Bulgaria y Rumanía, que todavía no cuentan con la preparación técnica necesaria) y, por otra parte, Noruega e Islandia. El nuevo Espacio está poblado por más de 350 millones de personas y sus fronteras exteriores se han desplazado hasta Rusia, Bielorrusia y Ucrania.

La adhesión de Suiza es, asimismo, inminente. Probablemente será efectiva en 2008, una vez que el SIS esté finalmente operativo en el país alpino (Suiza se adhirió al Acuerdo Schengen el 5 de junio de 2005, tras su aceptación a través de un referéndum popular, con un 56,4% de votos a favor del mismo).

En todo caso, la Ampliación del Espacio Schengen al Este se ha de efectuar en dos fases: esta primera, que ha afectado a las fronteras terrestres y marítimas, y una segunda que desmantelará los controles en los aeropuertos el 30 de marzo de 2008.

I.3. *Unión Monetaria europea: incorporación de Chipre y Malta a la eurozona en 2008*

En enero de 2008 se han incorporado dos nuevos Estados a la Unión Monetaria Europea, Malta y Chipre. Y son, así, Quince Estados los que han sustituido sus monedas por el euro y 320 millones de ciudadanos los que comparten la moneda única.

El tipo de cambio fijo e irrevocable de la libra chipriota frente al euro quedó fijado en 0,585274 libras/euro, mientras que el de la lira maltesa se situó en 0,429300 liras/euro. Ambas monedas iniciaron el 1 de enero de 2008 una coexistencia con la moneda europea que debía finalizar el 31 de enero.

Gracias a sendos programas de reformas estructurales y de políticas orientadas a la estabilidad, ambos países lograron cumplir los cuatro criterios de convergencia: estabilidad de precios (inflación no superior en más de 1,5 puntos a la de los tres Estados menos inflacionistas), tipos de interés a largo plazo (tipos nominales no superiores en más de 2 puntos a los de los tres Estados menos inflacionistas), finanzas públicas sostenibles (déficit público no superior al 3% del PIB y deuda pública aproximada al 60%) y estabilidad cambiaria (pertenencia durante dos años al Sistema Monetario Europeo).

Aunque desde el punto de vista macroeconómico, la adhesión de estos dos países no tendrá un impacto relevante en la Unión Monetaria dada su reducida dimensión económica, lo cierto es que sí marca un hito geográfico, puesto que lleva la divisa europea hasta Chipre, a los confines orientales del Mediterráneo.

Hasta la fecha sólo Lituania ha visto rechazada su solicitud de Adhesión, por incumplir el criterio de contención de la inflación. Eslovaquia podría ser, por su mejor cumplimiento de los criterios de convergencia, el próximo Estado que ingresara en la Unión Monetaria, quizás en enero de 2009.

I.4. *Creación de un grupo de reflexión sobre las fronteras de la Unión Europea*

La Unión Europea decidió, en el Consejo Europeo de diciembre, crear un Grupo de Reflexión que analice el futuro del proceso integrador a veinte años vista, es decir, en el horizonte de 2020 ó 2030.

Respondiendo a una iniciativa del presidente francés, Nicolas Sarkozy, los Veintisiete socios comunitarios dieron el visto bueno a la creación de un «grupo de sabios» que, presididos por el expresidente del gobierno español, Felipe González, reflexionará sobre el futuro de la UE después del Tratado de Lisboa.

El grupo contará con dos vicepresidentes (la ex presidenta de Letonia, Vaira Vike-Freiberga, y el presidente de la empresa finlandesa Nokia, Jorma Ollila) y otros siete miembros que se elegirán en marzo de 2008 a propuesta de González.

La creación de este grupo de sabios fue, efectivamente, un planteamiento del presidente francés, quien con esta iniciativa pretende debatir con mayor profundidad sobre un eventual freno a la entrada de Turquía en la UE. Es, sin duda, un intento controvertido porque este país ya es candidato y cuenta con el apoyo incondicional de los británicos, partidarios de una UE siempre más amplia y menos política.

Los expertos deberán presentar un informe en junio de 2010 para evitar interferencias en el primer año de aplicación del nuevo Tratado de Lisboa, que, previsiblemente, si es ratificado por los Veintisiete, entrará en vigor el 1 de enero de 2009. El informe será consultivo, y sus eventuales recomendaciones serán tan sólo aportaciones cualificadas al debate sobre los nuevos rumbos a seguir.

II. La actualidad institucional de la Unión Europea

II.1. *Los consejos europeos de la presidencia portuguesa*

En el segundo semestre de 2007, la presidencia portuguesa de la Unión convocó dos Consejos Europeos, en octubre y en diciembre.

En la primera de estas cumbres, celebrada en Lisboa el 18 y 19 de octubre, los Veintisiete dieron por clausurada oficialmente la Conferencia Intergubernamental, que había iniciado sus trabajos el 23 de julio con el fin de redactar el texto del nuevo Tratado. En un clima de celeridad y pragmatismo, los Jefes de Estado y de Gobierno consiguieron un acuerdo definitivo, aunque en el nuevo texto debieron renunciar a la simbología constitucional.

A pesar de las amenazas de veto de última hora, protagonizadas primero por España y después por Italia, en relación a la asignación de escaños en el Parlamento Europeo, el acuerdo se alcanzó al conseguir ambos Estados la representación a la que aspiraban (54 diputados españoles y 73 italianos en la nueva Cámara que resulte de las elecciones de 2009).

También Polonia hizo valer con firmeza sus pretensiones de retraso en la aplicación del sistema de doble mayoría y de la posible utilización del método de votación actual basado en el Tratado de Niza. Y consiguió

también un puesto de Abogado General ante el Tribunal de Justicia comunitario, en paridad con los demás países grandes de la Unión (Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y España).

Por su parte, el Consejo ordinario de diciembre, celebrado en la capital portuguesa y en Bruselas, concluyó con la firma oficial por parte de los Jefes de Estado o de Gobierno del Tratado, que pasó a denominarse «Tratado de Lisboa».

El primer ministro portugués, y presidente de turno de la Unión, José Sócrates, señaló que «este Tratado responde al desafío de la mejoría de la eficacia en el proceso de decisión». En su opinión «el proyecto europeo se legitima por sus resultados y sólo una Europa capaz de decidir será capaz de obtener resultados».

En palabras del anfitrión de la ceremonia de la firma del nuevo Tratado, «éste hace más fuerte a la Unión y, a partir de su ratificación, ésta será más ambiciosa y dará una mayor contribución para lograr un mundo mejor».

II.2. *Parlamento Europeo: elecciones en Rumanía*

Rumanía celebró las elecciones al Parlamento Europeo el pasado 25 de noviembre. Al igual que había sucedido en Bulgaria, también en este país la participación fue especialmente reducida, ya que se situó en el 29,46%.

El Partido Demócrata (PD) fue la formación ganadora, con el 28,81% de los votos, por lo que consiguió 13 de los 35 escaños. Por su parte, el Partido Social Demócrata (PDS), con el 23,11% de los votos, se situó en segundo lugar, y consiguió 10 eurodiputados, y el Partido Liberal consiguió 6 escaños.

El Partido Liberal Demócrata (PLD) alcanzó 3 escaños y la Unión Demócrata de los Húngaros de Rumanía (UDMR), 2. También se convirtió en eurodiputado un candidato independiente, Lazlo Tokes, quien es asimismo representante de la comunidad húngara de Rumanía.

Los europarlamentarios del PD, PLD y UDMR se adscribieron al grupo de los Populares europeos (18 escaños en total), mientras que los 10 del PDS son miembros del Grupo Socialista y los del Partido Liberal forman parte del grupo de Demócratas y Liberales, ALDE.

II.3. *Consejo de ministros: presidencia eslovena*

Eslovenia asumió la presidencia del Consejo de Ministros de la Unión el 1 de enero de 2008, convirtiéndose en el primer país excomunista en ocupar esta responsabilidad.

Los principales objetivos planteados por esta pequeña república exyugoslava, de dos millones de habitantes, son la consecución de un acuerdo para el conflicto de la provincia serbia de Kosovo e impulsar la ratificación del Tratado de Lisboa.

Otras prioridades del gobierno esloveno son la energía y el clima, el diálogo intercultural y la Estrategia de Lisboa, que pretende conseguir la mayor competitividad de la economía europea en 2010.

Muchos analistas han alabado la «oportunidad» de que Eslovenia haya asumido la presidencia europea en un momento crucial del conflicto kosovar, puesto que sin duda este país dispone de unos mejores conocimientos de la cuestión, y no en vano Eslovenia y otras repúblicas y provincias de la región, incluidas Serbia y Kosovo, formaron durante décadas la antigua Yugoslavia.

En cualquier caso, para Eslovenia, la asunción de la presidencia comunitaria es un reto logístico y político importante, dada, en particular, la relativamente corta experiencia diplomática del país que se independizó en 1991.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

III.1. *La unión monetaria europea: los tipos de interés se mantienen en el 4%*

Tras situar los tipos de interés en el 4% en junio, y a pesar de que la tasa interanual de inflación ha superado el objetivo marcado del 2% (las primeras estimaciones del Banco Central de enero sitúan esta tasa en el 3,1% en 2007 en la zona euro), el BCE renunció a nuevas subidas de tipos a lo largo del segundo semestre del año.

El presidente del Banco, Jean Claude Trichet, destacó en diferentes ocasiones su preocupación por la evolución de la inflación y por el eventual traslado de las subidas de precios del petróleo, de los productos agrícolas y otras materias primas a otros precios y a los salarios, pero también mostró su determinación de no incrementar los tipos de interés, tal como había decidido en tantas ocasiones anteriores.

Las razones esgrimidas por el francés son, por una parte, el temor al «contagio europeo» de la crisis inmobiliaria y crediticia de Estados Unidos y, por otra parte, la acusada fortaleza del euro, que ha alcanzado máximos históricos de cotización frente al dólar en el segundo semestre de 2007 (cotización cercana a la barrera psicológica de 1,50 \$/€).

Ambos factores han justificado el inmovilismo de la entidad presidida por Trichet, a pesar de la tensión inflacionista que atraviesa la zona euro. La sustancial reducción en la previsión de crecimiento para la zona euro realizada por el Banco para 2008 (2% de crecimiento del PIB) refleja, en efecto, los temores de la entidad hacia una eventual desaceleración económica mundial y europea, en particular.

Es cierto que el aumento de los tipos de interés contrarrestaría la tensión inflacionista, pero también agravaría notablemente la actual desaceleración económica en la zona euro, incluyendo además su eventual efecto en nuevas revalorizaciones del euro.

III.2. *Liberalización de los servicios postales*

Los países de la Unión Europea alcanzaron el 1 de octubre un acuerdo político para liberalizar completamente los servicios postales en Europa a partir de 2011, con un periodo excepcional de adaptación de dos años para once Estados (ocho de los Diez Estados adheridos en 2004 —Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Letonia, Lituania, Malta y Chipre— junto con Rumanía, Luxemburgo y Grecia).

El acuerdo, alcanzado por el Consejo de Ministros de Transporte, Telecomunicaciones y Energía en Luxemburgo, dio inicio al proceso legislativo de codecisión que incluye la ratificación por parte del Parlamento Europeo y cuya conclusión podría demorarse hasta mediados de 2008.

La apertura del mercado terminará con los últimos monopolios existentes en los envíos de menos de 50 gramos, el segmento de actividad más lucrativo de los servicios postales y que se había mantenido al margen de anteriores procesos de liberalización como contrapartida por la garantía de la prestación del servicio universal.

La situación de estos servicios postales en Europa es muy diversa. Entre los países que ya disfrutaban de una liberalización completa figuran Suecia y Reino Unido, mientras que, en cambio, en España CORREOS aún controla los envíos interprovinciales y transnacionales de menos de 50 gramos (otros servicios, como el correo local, ya están totalmente liberalizados).

El acuerdo incluye también la posibilidad de que los Estados puedan crear un fondo de compensación para ayudar a sus operadores históricos en este proceso liberalizador.

En el texto no aparece ninguna mención a los servicios de correo express, ya que los Estados miembros no llegaron a un acuerdo sobre su consideración como parte integrante del servicio postal. En este caso, deberían contribuir necesariamente al fondo de compensación que, eventualmente, se establezca en cada Estado.

III.3. *Directiva sobre los servicios de pago y la zona única de pagos del euro (SEPA)*

En noviembre de 2007 los Ministros de Finanzas de los Veintisiete y el Parlamento Europeo aprobaron una Directiva sobre Servicios de Pago en el

Mercado Interior, con la que se pretende eliminar las diferencias existentes entre los pagos nacionales y los pagos transnacionales dentro de la UE.

El objetivo de la norma es, en efecto, simplificar, abaratar y acelerar los pagos realizados entre Estados pertenecientes a la Unión Europea, cualquiera que sea su modalidad (ej. transferencias, transferencias electrónicas, ingresos en cuenta, tarjetas de crédito o débito) y, en definitiva, garantizar que los pagos en el ámbito de la UE puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos en los Estados miembros. La nueva directiva establece, asimismo, unas obligaciones de información armonizadas para todos los proveedores bancarios y no bancarios.

El plazo para la transposición de la Directiva a los Ordenamientos Jurídicos de los Veintisiete finaliza el 1 de noviembre de 2009.

Esta Directiva sobre Servicios de Pagos es considerada como una de las bases fundamentales para la puesta en marcha de la «Zona Única de Pagos para el Euro» (SEPA según las siglas del término en inglés «Single European Payment Area»).

Este proyecto comenzará a implantarse el 28 de enero 2008 y se completará, previsiblemente, en 2011. A partir de esta primera fecha, los clientes bancarios ya podrán utilizar el nuevo sistema de identificación de cuentas armonizado basado en dos códigos: el propio de la entidad bancaria (denominado BIC) y el de la cuenta bancaria (denominado BAN). Este modelo ha de sustituir al actual Código de Cuenta Corriente (CCC) que utiliza veinte dígitos. En 2009 el sistema empezará a utilizarse en las domiciliaciones bancarias y en 2010, podrá emplearse en las tarjetas de débito y crédito.

Aunque impulsada y tutelada por el Banco Central Europeo y la Comisión, esta iniciativa de creación de un sistema de pagos unificado en la eurozona ha sido desarrollada por el sector privado de la banca, que pretende así abaratar los costes de los pagos, sobre la base de la creación de nuevas infraestructuras para las transferencias y domiciliaciones, y con nuevos estándares en los sistemas de tarjetas

Con ambas iniciativas, la Directiva de Servicios de Pagos y el SEPA, la Comisión Europea estima que se producirá un ahorro anual cercano a los 28.000 millones de euros.

III.4. PAC: *Reforma de la organización común del vino*

Los ministros de Agricultura de los Veintisiete alcanzaron un acuerdo en diciembre para reformar el sector del vino, que pretende dar prioridad a la producción de vino de calidad.

La reforma entrará en vigor durante el verano de 2009, y prevé un periodo transitorio de cuatro años en los que los agricultores podrán seguir recibiendo las ayudas actuales, como las relacionadas con destilaciones o

las primas al mosto. También se mantendrán durante este periodo, las ayudas para los productores que envíen su vino a industrias de licores o brandy («destilación para alcohol de uso de boca»).

Transcurridos estos cuatro años, las ayudas pasarán a ser pagos directos por superficie o explotación, desligados totalmente de la producción. Se implantará un modelo similar al que ya funciona en otros sectores, como las frutas, las hortalizas o los cereales.

También se retrasa la liberalización del cultivo de viñas. La supresión del sistema de derechos de plantación (relativos a la plantación de viñedos que no se tienen en propiedad) deberá hacerse efectiva en 2015, aunque determinados países podrán mantener tales derechos hasta finales de 2018.

La reforma plantea asimismo un plan para fomentar el arranque voluntario de 175.000 hectáreas de viñedo en las zonas menos competitivas en un periodo de tres años. La ayuda será un 20% superior a la actual en 2009, un 10% en 2010 e igual en 2011, aunque dependerá, en todo caso, de las zonas y los rendimientos. Este abandono de las plantaciones será fomentado con ayudas que rondarán, según las estimaciones de Bruselas, los 5.000 euros por hectárea. La previsión señala, asimismo, que este abandono afectará mayoritariamente a España, que es el Estado comunitario con mayor superficie de viñedo, aunque en producción de vino ocupa el tercer lugar.

En conjunto, se trata de una reforma que rebaja y retrasa sustancialmente las propuestas iniciales de la Comisión Europea. Es en este sentido que las valoraciones de los gobiernos más afectados fueron de satisfacción. Elena Espinosa, ministra española de Agricultura, calificó el marco reglamentario aprobado como «una plataforma para lograr que el vino español alcance la primera posición de la UE no sólo por extensión de viñedo sino por valor de la producción y por comercialización». Destacó, asimismo, que España, tercer productor de vino de la Unión, seguirá siendo el mayor receptor de fondos comunitarios, con unos 420 millones de euros anuales.

Sin embargo, también se escucharon críticas al acuerdo procedentes de determinadas agrupaciones de profesionales del sector. Las objeciones se centraron en la no inclusión de algunas de sus principales reivindicaciones, como la exclusión de las Denominaciones de origen de la liberalización de las plantaciones, el establecimiento de criterios uniformes para el etiquetado o las ayudas a la promoción del vino dentro de la UE.

III.5. *Competencia: acuerdos empresariales contrarios a la libre competencia en el mercado único*

La Dirección General de la Competencia ha impuesto diferentes sanciones a empresas que han desarrollado prácticas contrarias a la libre competencia

mediante pactos sobre precios de venta y/o mediante el reparto de una parte sustancial del mercado comunitario.

III.5.1. PETROLERAS: MERCADO ESPAÑOL DEL ASFALTO

La Comisión multó en octubre a CEPSA y REPSOL con 84 y 80 millones de euros respectivamente, por haberse repartido el mercado español del asfalto y haber fijado los precios durante 12 años (entre 1991 y 2002), junto con la británica BP, la sueca NYNÄS y la portuguesa GALP.

En total, la multa al cártel sobre el mercado español ascendió a 183 millones de euros (también fueron multadas NYNÄS con 11 millones de euros y GALP con 9). BP quedó exonerada de la sanción (en este caso le hubiera correspondido una multa de 66 millones de euros).

Las cinco empresas acusadas se reunían cada año de forma clandestina para distribuirse las obras y contratos. Sin embargo, la cita se frustró en 2002 porque BP había decidido acogerse al programa de inmunidad ofrecido por la Comisión a las compañías que, reconociendo su participación en este tipo de prácticas, colaboren en las investigaciones del ejecutivo comunitario. Gracias precisamente a esta colaboración de la compañía británica, Bruselas ya había impuesto en 2006 una multa de 266 millones de euros a 14 empresas que se habían repartido el mercado holandés del alquitrán entre 1994 y 2002.

La comisaria de la Competencia, la holandesa Kroes, recordó que el reparto del mercado español del alquitrán por parte de las cinco compañías petroleras, se produjo en unos años de espectacular actividad en la inversión pública en infraestructuras, y en la construcción o renovación de carreteras. Por ello, animó a las empresas y clientes perjudicados a reclamar daños y perjuicios ante los Tribunales, basándose en las pruebas descubiertas por su Dirección General y para defenderse de lo que denominó una estafa a las autoridades públicas y contribuyentes españoles.

III.5.2. FABRICANTES DE CINTAS DE VÍDEO PARA USO PROFESIONAL

En noviembre, la Comisión impuso una multa de 74,7 millones de euros a las empresas japonesas SONY, FUJI y MAXELL, por participar, entre 1999 y 2002, en un cártel en el que pactaban subidas de precios de las cintas de vídeo destinadas a uso profesional, y que se vendían, fundamentalmente, a cadenas de televisión y productoras.

Bruselas inició la investigación por propia iniciativa mediante inspecciones sorpresa en los locales de las filiales europeas de las tres empresas en mayo de 2002 y encontró numerosas pruebas del acuerdo ilegal. Según los resultados de la inspección, entre las tres pactaron con éxito tres series de aumentos de precios, y «se esforzaron en estabilizarlos cuando no era posible aumentarlos».

SONY ha debido soportar la sanción más alta (47,1 millones de euros), por haber obstaculizado la inspección (un empleado se negó a responder a las preguntas que planteó verbalmente la Comisión y otro fue sorprendido triturando documentos). En cambio, FUJI y MAXELL consiguieron rebajas sensibles por su cooperación en la investigación (13,2 y 14,4 millones respectivamente de multa final).

III.5.3. FABRICANTES DE VIDRIO PLANO PARA CONSTRUCCIÓN

También en noviembre la Comisión anunció una multa de 486,9 millones de euros a cuatro fabricantes de vidrio plano utilizado en el sector de la construcción, concretamente para la fabricación de ventanas, espejos y puertas de cristal.

La estadounidense GUARDIAN deberá pagar la suma más alta, 148 millones de euros, mientras que la británica PILKINGTON pagará 140 millones, la francesa SAINT-GOBAIN 133,9 millones y la japonesa ASAHI, 65 millones.

Según la Comisión Europea, las cuatro empresas, que controlan alrededor del 80% del mercado europeo, pactaron subidas de precios, fijaron precios mínimos y otras condiciones comerciales, entre 2004 y 2005.

También en este caso, la investigación fue iniciativa del ejecutivo comunitario e incluyó visitas sorpresa a las sedes europeas de las empresas implicadas. La japonesa decidió entonces acogerse al programa de «clemencia» y aportó información adicional sobre el cártel, con lo que consiguió una reducción sustancial de su multa.

III.6. *Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario*

La Dirección General de la Competencia también analizó ciertos comportamientos ilegales de las empresas, contrarios a la libre competencia, basados en el ejercicio de un abuso de una posición de dominio en una parte sustancial del mercado comunitario.

III.6.1. TELEFÓNICA: PRECIOS DE BANDA ANCHA

En julio, la Comisión sancionó a TELEFÓNICA con 151,875 millones de euros por lo que consideró «un abuso muy grave» de su posición de dominio en el mercado español de Banda Ancha.

Según Bruselas, el operador dominante en el mercado español de las telecomunicaciones había dificultado la entrada de competidores en el mercado de Banda Ancha, entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006, a tra-

vés de su estructura de precios mayoristas y precios al consumo: aplicaba a sus competidores unos precios especialmente altos por el uso de su red y, en cambio, ofrecía precios anormalmente bajos a sus clientes.

TELEFÓNICA forzaba así a sus competidores a un fuerte estrechamiento de márgenes. Puesto que muchos de los operadores de servicios de Banda Ancha carecen de infraestructuras propias y han de alquilárselas al operador dominante, se veían obligados a pagar cifras elevadas por este alquiler, pero no podían competir con los reducidos precios minoristas aplicados por TELEFÓNICA a sus clientes.

La Comisión sentenció que «con esta práctica, Telefónica debilitó a sus competidores y dificultó su presencia y crecimiento», añadiendo además que «por su gravedad y duración, el abuso de TELEFÓNICA merece una sanción severa».

El resultado de la ausencia de competencia por el dominio abusivo del operador era, según las fuentes comunitarias, que los usuarios españoles pagaban finalmente un 20% más que la media europea de los Quince y que la penetración de la Banda Ancha era un 20% inferior.

El abuso concluyó en diciembre de 2006, cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), regulador del mercado español, impuso drásticas reducciones en los precios mayoristas.

III.6.2. MASTERCARD: COMISIONES ABUSIVAS

En diciembre de 2007 la Comisión denunció las elevadas comisiones bancarias aplicadas por Mastercard en los pagos internacionales y le exigió su reducción en un plazo de seis meses, bajo la amenaza de imponerle una sanción diaria del 3,5% de su volumen de negocio, lo que podría significar unos 254.000 euros diarios.

Tras una investigación de cuatro años, el ejecutivo comunitario llegó a la conclusión de que la «comisión de intercambio» de las tarjetas Mastercard y Maestro, que pagan los bancos (propietarios de las terminales instaladas en los comercios) a la entidad emisora de las tarjetas por cada operación, eleva de forma injustificada el coste de operar con ellas.

Según Bruselas, esta comisión se aplica prácticamente a todos los pagos transfronterizos en Europa y, también, en los pagos domésticos en Bélgica, Irlanda, Italia, República Checa, Letonia, Luxemburgo, Malta y Grecia.

Según la comisaria Kroes, el sistema «infla» el coste de las operaciones y supone un riesgo de que los usuarios de las tarjetas paguen dos veces por el mismo servicio: por una parte, pagando la comisión anual aplicada por sus bancos a la tarjeta y, por otra, pagando el incremento de los precios finales de los productos y servicios adquiridos, y que se deriva de la repercusión en cadena de la comisión de intercambio (del banco al comercio y de éste al cliente final). Este sobreprecio, alertaron las fuentes de la Comisión, lo

soportan también los clientes que pagan en metálico. Según la holandesa, la comisión aplicada se asemeja a un «impuesto al consumo».

III.7. *Competencia: abusos de posición de dominio en el mercado comunitario*

La Comisión Europea anunció en octubre su intención de denunciar a España ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por aplicar «descuentos excesivos», de hasta un 50%, a los vehículos pesados en los peajes de las autopistas. Según el ejecutivo comunitario, estos descuentos a los usuarios habituales favorecen principalmente a los transportistas nacionales, lo que vulnera el principio de no discriminación y distorsiona la competencia.

La Comisión subrayó entonces que la Directiva sobre peajes, aprobada en 2006, especifica que los descuentos a los usuarios habituales no deberán superar el 13% del peaje pagado por vehículos equivalentes que no puedan acogerse a esta reducción, mientras que «España está aplicando descuentos de hasta un 50%».

Asimismo, destacó que la norma no autoriza descuentos que superen los ahorros de costes administrativos efectivamente obtenidos, ya que, en este caso, los usuarios ocasionales tendrían que compensar con pagos superiores dichos descuentos excesivos. También en este punto, Bruselas señaló que España «no ha demostrado que los ahorros de costes administrativos justifiquen los niveles de descuento que están siendo aplicados».

El objetivo de la Directiva es, en efecto, establecer un mecanismo para aplicar gravámenes a los transportistas por la utilización de la infraestructura vial sin dar lugar a distorsiones de la competencia entre operadores de transportes de los distintos Estados miembros.

Boletín de Suscripción / Subscription form

Deseo suscribirme a **Cuadernos Europeos de Deusto** / Please enter my subscription to **Cuadernos Europeos de Deusto**
Suscripción anual (dos números) / annual rate (two issues): Zona euro: 32 €; otras zonas: 43 U.S. \$

Nombre / Name

Entidad / Institution

Dirección / Address

Ciudad, Estado / City, State, Country

C.P. / ZIP/Postal Code

CIF o NIF

Condiciones de pago / Payment options

- Cheque adjunto a nombre del Instituto de Estudios Europeos / Check enclosed payable to the Instituto de Estudios Europeos
- Transferencia bancaria a la cuenta 0182/1290/36/0016521104 } Ref: Cuadernos Europeos de Deusto
 Bank money order payable to the account: 0182/1290/36/0016521104 }
- Domiciliación bancaria

Boletín de domiciliación bancaria (sólo España)

Entidad Oficina DC Cuenta

Nombre y apellidos del titular

Fecha

Firma

