REVISTA VASCA DE ECONOMÍA 61

EKONOMIAZ

I · 2006

Economía y Derecho de la competencia
Últimas tendencias y reformas legales en Europa

EKONOMIAZ

N.º 61 - 1.er CUATRIMESTRE - 2006

EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO

OGASUN ETA HERRI ADMINISTRAZIO SAILA

DEPARTAMENTO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2006

CONSEJO DE REDACCIÓN / ERREDAKZIO KONTSEILUA

Iñaki Beristain Etxabe (Director de la revista. Gobierno Vasco) Javier Gúrpide Ibarrola (Subdirector de la revista. Gobierno Vasco) Alberto Alberdi Larizgoitia (Gobierno Vasco), Carlos Agustín Alvarado García (Naturcorp, Universidad de Deusto), Jesús Ferreiro Aparicio (Universidad del País Vasco), Juan Antonio Maroto Acín (Universidad Complutense de Madrid, UCM), Mikel Navarro Arancegui (Universidad de Deusto), Arantza Olalde Maguregui (Gobierno Vasco), Juan Francisco Santacoloma Sanz (Universidad de Deusto), Francisco Javier Sasigain Saenz de Buruaga (Asociación de Empresarios de Guipúzcoa. ADEGI)

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN / ADMINISTRAZIO ETA ERREDAKZIO

Departamento de Hacienda y Administración Pública/Ogasun eta Herri Administrazio Saila
c/ Donostia-San Sebastián, s/n.
01010 Vitoria-Gasteiz
Teléfonos: 945/01 90 38. Administración
945/01 90 36. Redacción

http://www1.euskadi.net/ekonomiaz

SUSCRIPCIÓN ANUAL / URTEKO HARPIDETZA:

Particulares: 18 €. Instituciones y empresas: 30 €.
Precio de un ejemplar/Ale bakarren prezioa: 12 €.

EKONOMIAZ aldizkarian parte hartu nahi dutenek Eusko Jaurlaritzako Ogasun eta Herri Administrazio Sailera igorri beharko dituzte beren idazlanak.

Erredakzio Kontseilua beretzat gordetzen du jasotako artikuluak argitaratzeko eskubidea, aurrez ebaluatzaile anonimo baten edo batzuen iritzia ezagutuko duelarik. Idazlana argitaratzeak ez du, berez, edukiarekiko adostasunik adierazi nahi, beraren erantzunkizuna egilearena eta ez beste inorena izango delarik.

Artikuluak aurkezteko arauak honako web orri honetan daude: http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/articulos_e.asp

EKONOMIAZ aldizkariko artikuluak indexatuak dira ondoko datutegietan: CSICeko ISOC eta American Economic Association elkarteko *Journal of Economic Literature*-k argitaratzen dituen JEL CD formatoan, e-JEL eta EconLit.

Todas aquellas personas que deseen colaborar en EKONOMIAZ deberán enviar sus artículos al Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco.

El Consejo de Redacción se reserva el derecho de publicar los artículos que reciba, previo sometimiento a un proceso de evaluación anónima doble. Su publicación no significa necesariamente el acuerdo con el contenido que será de responsabilidad exclusiva del autor.

Las normas de presentación de los artículos se pueden encontrar en la página web: http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/articulos_c.asp

Los artículos de EKONOMIAZ son indexados en las bases de datos ISOC del CSIC y JEL en CD, e-JEL y EconLit del *Journal of Economic Literature* de la American Economic Association.

Argitaratzailea: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Edita: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián, 1 - 01010 Vitoria-Gasteiz

Fotokonposaketa: Ipar, S. Coop.
Fotocomposición: Zurbaran, 2-4 - 48007 Bilbao

Imprimaketa: Grafo, S.A.
Impresión: Avda. Cervantes, 51 - 48970 Basauri (Bizkaia)

Lege Gordailua: BI - 2.859-03
Depósito Legal:

ISSN-0213-3865

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ECONOMÍA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA — Coordinador:
Últimas tendencias y reformas legales en Europa — **Juan Luis Crucelegui Gárate**

La Política de Defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional	**16**	*Julio Segura Sánchez*
Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades	**40**	*Frédéric Jenny*
Economía y Defensa de la competencia: una visión general	**56**	*Fernando Varela Carid*
El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno	**82**	*María Pilar Canedo Arrillaga*
El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea	**108**	*José Carlos Engra Moreno* *Ana Rodríguez Encina*
El control de las ayudas públicas en la Unión Europea	**136**	*Juan Luis Crucelegui Gárate*
La Defensa de la competencia en España: evaluación del modelo actual ante el reto de la modernización en la Unión Europea	**166**	*Antonio Guerra Fernández*
Las autoridades nacionales de la Defensa de la competencia y las jurisdicciones nacionales: principales actores en la aplicación del Derecho europeo de la Competencia. El caso de Francia	**184**	*Robert Saint Esteben*
La Defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán	**216**	*Lluís Franco i Sala*
Repercusiones del control de las ayudas públicas en el País Vasco	**232**	*Juan Luis Crucelegui Gárate*
Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia	**254**	*Iñaki Alonso Arce*
La Defensa de la competencia en Internet	**278**	*Begoña Prado Mota*

OTRAS COLABORACIONES

Propuestas teóricas y prácticas sobre la congestión de tráfico urbano y su tarificación	**292**	*Carmen Lizárraga Mollinedo*
Descentralización y financiación sanitaria en España: consideraciones para su reforma	**316**	*David Cantarero Prieto*

PRESENTACIÓN

La Competencia, en el ámbito mercantil, se configura como un hecho que implica la existencia de rivalidad entre las empresas que actúan en un determinado mercado con el fin de mantener y atraer nuevos clientes en perjuicio del resto de competidores. No obstante, de conformidad con la teoría clásica, no sólo se trata de un hecho que se constata en el funcionamiento del mercado, sino de un modelo de comportamiento económico que requiere instrumentos específicos de protección frente a las tendencias monopolísticas.

Las medidas jurídicas que hoy en día coexisten en los estados y en las organizaciones internacionales para favorecer el mantenimiento de una libre competencia en los mercados tienen su origen en la Sherman Act norteamericana de 1890. En efecto, el modelo de protección de la competencia surgido en 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 a fin de lograr un funcionamiento más competitivo de los mercados.

En el ámbito de 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, si bien, el sistema europeo de Defensa de la competencia presenta diferencias importan-

tes con respecto al americano si atendemos a sus objetivos políticos y a su contexto económico. En particular, cabe señalar que la aplicación de la política comunitaria de competencia ha buscado de forma preeminente la integración de los mercados nacionales en un mercado único, persiguiendo con dureza todas aquellas prácticas empresariales dirigidas a mantener o establecer barreras en el comercio entre los Estados miembros.

En el Estado español, el origen del derecho de la competencia se remonta a 1963, con la adopción de la Ley 110/1963 de 20 de julio, surgida dentro de un sistema económico proteccionista, dirigista e intervencionista. La aprobación de aquel texto respondía a requerimientos de la política exterior (por exigencia del gobierno norteamericano y para aparentar una adaptación al sistema económico del Mercado común europeo). Tras la adhesión a las Comunidades Europeas, en 1986, la adopción de la Ley 16/1989 de Defensa de la competencia estableció las bases de una política que con el paso del tiempo ha resultado eficaz, siendo homologable a las políticas desarrolladas por el resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

En el curso de estos últimos años, acontecimientos de diversa índole han provocado una transformación importante de las políticas de defensa de la competencia tanto en el ámbito europeo como en el estatal.

En la Unión Europea, la evolución en la aplicación del Derecho de la competencia en sus diferentes vertientes (reglas antitrust, control de ayudas públicas y control de concentraciones) y la progresiva adhesión de nuevos Estados miembros, ha obligado a las instituciones comunitarias a diseñar un nuevo modelo de aplicación de las reglas de Defensa de la competencia para evitar un colapso administrativo en el seno de la Comisión Europea y dotar de mayor eficacia y transparencia a la política europea de competencia. El nuevo modelo establece, en lo que respecta a las reglas antitrust, un sistema de aplicación descentralizada con una responsabilidad compartida entre instituciones públicas administrativas (Comisión y autoridades nacionales de la competencia) y órganos judiciales. No obstante, la reforma más innovadora en el modelo europeo ha sido el establecimiento de un sistema de excepción legal para la aplicación del artículo 81.3 del Tratado, que permite exonerar de la prohibición prevista en el punto primero a ciertas conductas empresariales que, aún siendo restrictivas, tienen un efecto positivo en el funcionamiento del mercado.

En efecto, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 del Consejo ha supuesto una auténtica revolución en la aplicación del Derecho de la competencia, dado que se abandona el «sistema católico de confesión» consistente en la necesidad de notificar cualquier acuerdo o conducta a una sola institución competente (la Comisión Europea) para obtener una exención a la prohibición general establecida en el Tratado, y se establece un «sistema protestante de autoevaluación de las conductas», en el cual las empresas deberán analizar si sus actividades y actuaciones en el mercado se ajustan a las prescripciones marcadas en las reglas del Tratado.

Cabe constatar que la denominada modernización de la aplicación del derecho europeo antitrust se ha complementado con una reforma importante en el ámbito del control de las concentraciones de empresas y, así mismo, en el terreno del control de las ayudas de Estado, disciplina en la que la Comisión quiere introducir modificaciones tendentes a reducir progresivamente la concesión de ayudas y a simplificar los procedimientos para su aprobación. En este sentido, la adopción de reglamentos de exención en bloque para determinadas ayudas y la publicación de encuadramientos o directrices orientativas por parte de la Comisión, otorgarán mayor seguridad jurídica a las administraciones nacionales en la puesta en práctica de sus respectivos programas de ayuda.

En el ámbito estatal, la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia ha permitido a las autoridades de la competencia (Servicio y Tribunal) poner en marcha un sistema de protección de la libre competencia en el mercado interno, siguiendo en su aplicación las pautas y criterios marcados por las instituciones europeas. Actualmente, el ejecutivo estatal ha remitido a las Cortes Generales un proyecto de nueva Ley de Defensa de la Competencia que sustituirá al texto vigente y establecerá nuevos criterios de aplicación, en línea con la nueva normativa europea aprobada en 2004. El proyecto de texto legal incluye además modificaciones de gran relevancia tanto en la estructura institucional, al establecer a escala estatal una única autoridad encargada de la aplicación de la LDC, como en el ámbito material, ampliando los poderes de control de la nueva autoridad de la competencia.

No obstante, en el ámbito estatal, el acontecimiento más relevante en nuestro ámbito ha surgido como consecuencia de la Sentencia 208/1999 de 11 de noviembre del Tribunal Constitucional, en la que se reconoce a las Comunidades Autónomas que tienen asumida la competencia de comercio interior, la facultad de crear sus propios órganos de defensa de la competencia para ejecutar parcialmente la normativa estatal dentro de sus respectivos territorios.

La Ley 1/2002 de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de Defensa de la competencia, establece las normas que regulan las relaciones entre las diferentes autoridades para la aplicación de las normas de competencia. Tras su adopción, Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma en crear órganos propios para llevar a cabo esta función. Posteriormente, se crearon órganos de defensa de la competencia en las CCAA de Cataluña, Galicia, Madrid, Euskadi, Extremadura, Aragón y Castilla-León. Actualmente, se encuentran en fase de creación en las CCAA de Andalucía, Valencia y Canarias. Cabe manifestar que la estructura interna de estos órganos de ámbito autonómico no es idéntica, ya que disponen de libertad para diseñar y regular su estructura, composición y funcionamiento.

El proceso de descentralización puesto en práctica en la Unión Europea a través del Reglamento 1/2003 tiene una doble repercusión en el Estado español, si atendemos al proceso de reparto competencial desencadenado por la propia normativa comunitaria y,

así mismo, por la sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente citada, cuyos principios han sido implementados a través de la Ley 1/2002. Esta nueva distribución competencial permitirá una aplicación más extendida de la política de competencia debido a la proliferación de órganos reguladores cuya cercanía al mercado, además de aumentar el número de resoluciones, permitirá mejorar el conocimiento de la materia y fomentará una mayor cultura de la competencia. No obstante, es preciso que la nueva normativa que se adopte por el órgano legislativo estatal tenga en cuenta el proceso de descentralización para garantizar la máxima coherencia, uniformidad y eficacia en su aplicación.

La creación de los órganos de defensa de la competencia (Servicio y Tribunal) en Euskadi, cuya andadura se inició el 1 de marzo de 2006, constituye un acontecimiento de gran relevancia ya que supone para esta Comunidad Autónoma la asunción de una nueva competencia que contribuirá activamente al desarrollo económico. Por ello, EKONOMIAZ ha considerado de gran interés dedicar un número monográfico al estudio de la Política de competencia, tomando en consideración las reformas que se están produciendo tanto a escala de la Unión Europea como del Estado.

Este número de EKONOMIAZ, en el que han colaborado profesores universitarios, expertos y profesionales de alto prestigio en el mundo de la Competencia, tiene por objetivo dar a conocer la importancia, el alcance y la evolución de las políticas de Defensa de la competencia, y poner de relieve los cambios que actualmente se están produciendo en el entorno europeo para hacer más eficaz la aplicación de esta política, en sus distintas vertientes (antitrust, fusiones y ayudas públicas). Así mismo, se incluyen varios trabajos relativos a la aplicación de la Política de competencia en el ámbito de determinados estados europeos y comunidades autónomas españolas, ya que este enfoque pragmático proporciona experiencias y conocimientos de gran importancia para las empresas y los ciudadanos en general.

Hemos clasificado las colaboraciones que se incluyen en este número de EKONOMIAZ en cuatro bloques, en razón de los temas tratados, según la perspectiva económica o jurídica de análisis utilizada, el ámbito de aplicación material y, finalmente, el impacto en nuestro ámbito territorial. El contenido de todas ellas expone con claridad y sólida argumentación la repercusión de la Política de competencia y su incidencia sobre la estrategia de las empresas.

En el primer bloque, las colaboraciones de Julio Segura, Frédéric Jenny y Fernando Varela ponen de manifiesto, desde la perspectiva económica, la necesidad de potenciar la aplicación de las políticas de competencia en todos los ámbitos de la actividad económica.

Julio Segura Sánchez considera la Política de competencia como el pilar fundamental de las políticas encaminadas a flexibilizar el funcionamiento de los mercados.

Argumenta que velar para que las empresas actúen de forma competitiva, impidiendo abusos de posición dominante, acuerdos colusivos, decisiones que tratan de impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier tipo de práctica encaminada a restringir la competencia, es un objetivo plenamente justificado en términos de eficiencia asignativa. Ofrece un análisis de los fundamentos teóricos de la política de Defensa de la competencia desde diversos enfoques económicos y estudia la problemática de los mercados oligopolísticos y sus efectos en la competencia. Finalmente, aporta un estudio sobre los nuevos criterios de valoración de las conductas restrictivas de la competencia y hace un minucioso análisis de las características y los principios que deben regir el funcionamiento de los órganos de competencia, haciendo especial hincapié en la estructura de los órganos defensa de la competencia de Euskadi.

Frédéric Jenny estudia la naturaleza y el objeto del derecho de la competencia resaltando su importancia como un instrumento necesario para el desarrollo económico, siempre que se aplique dentro de un marco jurídico fiable que aúne previsibilidad y eficacia. Así mismo, ofrece una visión general de las prácticas y transacciones anticompetitivas más frecuentes en los distintos niveles de la actividad económica y, en particular, a nivel local. Finalmente analiza cuáles son las misiones encomendadas a las autoridades de la competencia y los problemas planteados por el carácter físicamente limitado del área de competencia en el que actúan dichas autoridades.

Fernando Varela Carid presenta un estudio pormenorizado sobre las relaciones entre economía y competencia, tomando como referencia las escuelas de pensamiento más relevantes en esta materia. Expone alguna de las aportaciones del análisis económico a la definición y orientación de la política de Defensa de la competencia y estudia la aplicación de varios conceptos económicos y de técnicas de análisis al estudio de casos. Argumenta que la Política de Defensa de la competencia continuará ganando reconocimiento social, arraigo entre los agentes económicos y resultados apreciables, en la medida en que centre sus esfuerzos en la promoción objetiva e independiente de la competencia en los mercados, con el propósito decidido de lograr la máxima eficiencia económica, al margen de consideraciones políticas más o menos circunstanciales.

En el segundo bloque de colaboraciones se abordan los cambios que actualmente se están sucediendo en el Derecho europeo de Defensa de la competencia, con el objeto de descentralizar su aplicación, fomentar la aplicación privada de las normas antitrust, simplificar los procedimientos de control ante la Comisión Europea en materia de concentraciones y de ayudas de Estado y dotar a la política de competencia europea de mayor transparencia y eficacia.

María Pilar Canedo Arrillaga efectúa un análisis del Reglamento 1/2003 del Consejo. Explica las modificaciones que aporta la nueva normativa de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, sus rasgos de funcionamiento y las implicaciones que conlleva su aplicación en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Finalmente, expone con claridad las consecuencias que conlleva la aplicación del nuevo reglamento en el ordenamiento jurídico español, tanto en lo relativo a su aplicación por parte de los órganos de competencia como por los juzgados de lo mercantil.

José Carlos Engra Moreno y Ana Rodríguez Encina describen la nueva política europea relativa al control de concentraciones de empresas, iniciada tras la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 del Consejo, en mayo del mismo año. En este trabajo, tras realizar una detallada descripción sobre el origen y la evolución de la normativa aplicable a las concentraciones desde 1990, los autores exponen las novedades que aporta el nuevo texto jurídico, desde una perspectiva material, jurisdiccional y procesal. Finalmente, se abordan otras repercusiones de carácter no legislativo que se deducen del nuevo texto.

Juan Luis Crucelegui Gárate, en el artículo relativo al control de las ayudas de Estado en la UE, trata de desbrozar las grandes líneas de actuación de la Comisión Europea en materia de control de ayudas de Estado. Se trata de una política que tradicionalmente se ha caracterizado por su enorme complejidad y opacidad. La falta de claridad en su interpretación y de transparencia en su aplicación ha sido proverbial. En este trabajo se analizan las condiciones de aplicación de los artículos 87 a 89 del Tratado, desde una perspectiva histórico-jurídica, en el curso de la cual la Comisión Europea ha establecido diferentes criterios de análisis para la aprobación de las ayudas, en función de una serie de variantes, determinadas en cada periodo no sólo en razón a criterios económicos, sino también a criterios de política social, regional o industrial. Finalmente, se ponen de manifiesto las nuevas directrices que se han elaborado en esta importante materia, y la nueva reforma emprendida por la Comisión Europea con la publicación de nuevos documentos específicos en los que se regula la concesión de las ayudas de Estado en función de su finalidad.

En el tercer bloque se analizan las distintas experiencias de aplicación de la Política de competencia en los Estados miembros. Tomando como referencia el modelo español y el francés, se examina la evolución de la aplicación del Derecho de la competencia en dos Estados miembros con tradición y trayectorias diferentes y el impacto que sobre ellos va a ejercer la actual reforma europea. Por otra parte, a través del ejemplo catalán, veremos la trascendencia que tiene para las Comunidades Autónomas el incipiente proceso de descentralización que se está llevando a cabo en el Estado español para la aplicación del Derecho de la competencia.

En lo que respecta al modelo español, Antonio Guerra Fernández hace un balance positivo de la aplicación de la Ley 16/1989 de Defensa de la competencia en el Estado

español, en el que subraya el papel que ha jugado esta normativa en la creación de un clima y de una cultura de la competencia prácticamente inexistente hasta entonces. Así mismo, teniendo en cuenta los quince años de la entrada en vigor de la Ley, hace un análisis de su aplicación, poniendo de manifiesto las debilidades del sistema y los retos a los que debe enfrentarse teniendo en cuenta la reforma y el proceso de descentralización abiertos en Europa. Finalmente, explica los principales ejes de la reforma iniciada en el Estado para modificar la Ley de Defensa de la competencia.

Por su parte, **Robert Saint Esteben** realiza un análisis magistral de la aplicación de la política de competencia en el Estado francés y, tomando en consideración la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 del Consejo, expone sus consecuencias para las autoridades administrativas y judiciales encargadas de su aplicación. En este sentido, revela los entresijos de la normativa nacional y hace un análisis crítico de la aplicación del Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales de la competencia y por las jurisdicciones nacionales.

Dentro de este mismo bloque, **Lluis Franco i Sala** nos ofrece una visión positiva de la experiencia catalana en la aplicación de la Ley 16/1989, durante sus tres años de recorrido. Expone con claridad diamantina las fases transcurridas para la puesta en funcionamiento de una nueva autoridad de la competencia en un ámbito territorial de actuación reducido, pero no exento de una actividad económica muy dinámica. Analiza el marco jurídico en el que debe actuar el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y, en concreto, hace crítica de la Ley 1/2002 que regula las relaciones entre el Estado y las CCAA en la aplicación de la Política de Defensa de la competencia. Finalmente, aporta datos de interés relativos a la actividad desempeñada por el Tribunal a lo largo de estos años y describe la estructura institucional y el modelo de funcionamiento establecido en Cataluña para el funcionamiento de los órganos de la competencia.

El tercer y último bloque se centra en un análisis concreto de la aplicación del control de ayudas de Estado y su incidencia en Euskadi. Se trata de un tema de gran trascendencia para Euskadi, en particular, porque el Concierto Económico y la normativa foral en materia fiscal han sido protagonistas de una aplicación poco ortodoxa de las reglas comunitarias. En efecto, distintas normas forales que otorgaban beneficios fiscales a las empresas vascas que realizaban ciertas inversiones fueron anuladas por el ejecutivo comunitario que, con distintos argumentos, las han considerado ayudas estatales no compatibles con el Tratado. En algunos casos, la Comisión Europea decidió que las empresas beneficiarias no devolviesen las ayudas ilegalmente recibidas, en otros, decidió lo contrario sin que existiesen motivos objetivos que sustentasen dicha diferencia de trato. Finalmente, también el Tribunal Supremo ha aplicado de forma poco ortodoxa la normativa comunitaria sobre el control de ayudas públicas en contra de algunas normas tributarias forales, sin amparo doctrinal o jurisprudencial de las instituciones comunita-

rias. Así, ha procedido a la anulación de las normas tributarias forales que regulan el Impuesto de sociedades cuando establecen medidas más favorables que las previstas en la normativa común, al considerarlas ayudas públicas ilegales por no haber sido notificadas a la Comisión Europea antes de su aplicación.

No obstante, afortunadamente para los entes forales, la doctrina establecida por el alto tribunal español deberá ser modificada debido a la reciente publicación de una sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que la contradice con meridiana claridad.

Los dos trabajos centrados sobre estos aspectos tratan la problemática planteada desde distintas perspectivas. Juan Luis Crucelegui Gárate intenta esclarecer los criterios que han servido de base para la aplicación de las normas del Tratado a las ayudas concedidas por las instituciones vascas y, en particular, a ciertas normas forales derivadas de la aplicación del Concierto Económico. El artículo de Iñaki Alonso Arce se centra en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 y sus consecuencias en la aplicación del Concierto. Así mismo, examina el asunto de similares características suscitado ante el Tribunal de Justicia Europeo como consecuencia de un recurso de anulación interpuesto por Portugal contra una decisión de la Comisión, en la que esta se posicionaba en contra de la fiscalidad aplicable a las sociedades de las Islas Azores, por ser divergente a la fiscalidad aplicable en el resto de Portugal.

Por su parte, Begoña Prado Mota ofrece una descripción de los principales organismos, fuentes y referencias documentales, bibliográficas y estadísticas en cada uno de los ámbitos de actuación de la Defensa de la competencia que permite una consulta más al detalle de las principales referencias en la materia.

En definitiva, este número ofrece un panorama amplio de la política de competencia, a través del cual el lector podrá apreciar su importancia como factor que dinamiza los mercados y la economía. La Unión Europea y los Estados miembros son conscientes de la misma y por ello intentan reforzar su aplicación y su eficacia. Comisión Europea, autoridades estatales y autonómicas de la competencia, juzgados de lo mercantil y de lo civil son, entre otras, las instituciones que hoy en día pueden aplicar el Derecho de la competencia europeo o estatal a conductas de empresas que restringen la libre competencia en nuestro mercado. Su desarrollo, por tanto, parece garantizado. No obstante, es necesario que los poderes públicos establezcan las bases jurídicas adecuadas para que exista una actuación coordinada de todas las autoridades encargadas de su aplicación que garantice la coherencia y la uniformidad. De lo contrario, el principio fundamental de seguridad jurídica no quedaría debidamente garantizado, lo que iría en detrimento del sistema de empresa y del desarrollo económico.

En la sección «otras colaboraciones» Carmen Lizárraga Mollinedo pone de manifiesto la importancia del problema de la congestión del tráfico urbano, una de las principales externalidades negativas del transporte. Detalla, asimismo, la literatura más reciente sobre las medidas de tarificación empleadas para reducirla. Así, la autora sugiere que tal fallo de mercado requiere una medida correctiva para internalizarlo y, aunque existe consenso teórico sobre la necesidad de llevar a cabo tal corrección, en la práctica, pocas ciudades han puesto en marcha soluciones como los cordones de peaje o licencias de área para disminuir la congestión. En ese sentido, las ciudades que han establecido soluciones tales como los circuitos de peaje urbanos están obteniendo resultados que demuestran que tal medida logra reducir los niveles de congestión y, por tanto, los tiempos medios de viaje.

Finalmente David Cantarero Prieto aborda uno de los asuntos más importantes de la Economía de la salud como es la financiación sanitaria en España, dado el notable crecimiento de los gastos sanitarios y los problemas planteados por el modelo actual de descentralización en España. Propone unas interesantes reflexiones para llegar a un sistema nacional que al conjugar armoniosamente los principios de suficiencia financiera, autonomía y equidad logre un nivel aceptable de atención médica.

La Política de Defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional

Este artículo justifica la importancia de la Política de Defensa de la competencia (PDC) y explica cómo han ido mejorando sus fundamentos analíticos, desde el paradigma inicial estructura-conducta-resultados hasta la nueva economía industrial. En particular, se analizan tres áreas —las fusiones horizontales, las prácticas colusivas y las restricciones verticales— relacionando los desarrollos analíticos con el cambio en los criterios seguidos por la PDC. Por último, se sintetizan los aspectos relativos al diseño institucional de los organismos de Defensa de la competencia haciendo referencia al Decreto de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

Artikulu honek Lehiaren Defentsarako Politikak (LDP) daukan garrantzia justifikatu nahi du, eta azaldu nahi du, orobat, nola joan diren hobetuz politika horren oinarri analitikoak: hasieran izan zuen egitura-portaera-emaitzak paradigmatik, ekonomia industrial berrira arte. Hiru arlo aztertzen dira —fusio horizontalak, jarduera kolusiboak eta murrizketa bertikalak— bereziki; azterketa horren baitan, analisian izandako garapena eta LDPk jarraitu dituen irizpideetan izandako aldaketa lotzen dira. Azkenik, lehiaren defentsarako organismoen erakunde-diseinuaren inguruko alderdiak laburbiltzen dira; horrek aukera ematen du Lehiaren Defentsarako Euskal Auzitegia sortzeko dekretuaren gaineko zenbait komentario egiteko.

This article tries to justify the importance of the Antitrust policy and to explain how its analytical fundamentals have been improved, from the initial paradigm structure-conduct-results to the new industrial economy. Three areas will be analysed —the horizontal mergers, the occlusive practices and the vertical restraint— relating the analytical developments with the change in the criteria followed by the Antitrust policy. Finally it will be given a synthesis about the aspects relative to the institutional design of the antitrust organisms, the fact that allows to make some commentaries about the decree which regulates the creation of the Basque Antitrust Court.

Julio Segura Sánchez
Comisión Nacional del Mercado de Valores

ÍNDICE

1. Introducción
2. Fundamentos teóricos de la Política de Defensa de la competencia: el análisis del ejercicio de poder de mercado
3. Tres casos de comportamientos estratégicos de mercado
4. Cambios en la valoración de algunas prácticas empresariales
5. Aspectos institucionales de la Defensa de la competencia
6. Comentarios al Decreto 81/2005 de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
Referencias bibliográficas

Palabras clave: competencia, fusiones, comportamiento colusivo, restricciones verticales, Política de Defensa de la competencia

N.º de clasificación JEL: L40, L41, L42,D40

1. **INTRODUCCIÓN**

Si algún acuerdo se ha alcanzado con respaldo casi unánime entre los economistas en las últimas décadas es que las políticas de oferta juegan un papel fundamental para aumentar la capacidad de crecimiento potencial a largo plazo. Las políticas de oferta constituyen un heterogéneo conjunto de acciones que, por motivos expositivos, pueden agruparse en tres bloques. El primero, que integra aquellos que tratan de mejorar la calidad de los factores productivos, incluye tanto las políticas tecnológicas y de I+D+i (que persiguen mejorar la calidad del capital físico y tecnológico), como las acciones encaminadas a mejorar los niveles educativos y la cualificación de la fuerza de trabajo. El segundo grupo incluye las políticas encaminadas a flexibilizar el funcionamiento de los mercados y van desde las reformas institucionales en los mercados de factores y de bienes y servicios, a las técnicas regulatorias y supervisoras de determinados mercados. Por último, el tercer bloque es un conjunto de iniciativas que tratan de mejorar la demografía empresarial y mejorar el gobierno de las empresas.

Como es claro, la Política de Defensa de la competencia (PDC) se inserta en el segundo bloque y su importancia no ha dejado de crecer en las últimas décadas. La razón es triple. Una primera de carácter teórico: salvo que se sostenga la hipótesis de que la libertad de vender y comprar tiene una categoría constitucional de libertad fundamental —como en el caso del libertarismo del tipo defendido por Nozick—, la única propiedad positiva de

los mercados es su eficacia como mecanismo de asignación de recursos y dicha eficacia es una propiedad que sólo tienen los mercados competitivos, en que los agentes «actúan paramétricamente» respecto a los precios, y cuando no existen fallos de mercado[1]. Por lo tanto, velar para que las empresas actúen de forma competitiva, impidiendo abusos de posición dominante, acuerdos colusivos, decisiones que tratan de impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier tipo de práctica encaminada a restringir la competencia, es un objetivo plenamente justificado en términos de eficiencia asignativa (ver recuadro n.º 1).

La segunda razón que se encuentra tras la creciente importancia de la PDC es de carácter más práctico: las crisis de la década de los años setenta del s. XX pusieron de manifiesto que sólo los mercados flexibles eran capaces de absorber, con mayor rapidez y menores costes, cambios significativos en los precios relativos derivados de una perturbación de oferta. Y los mercados más flexibles son los competitivos, es decir, aquellos en los que no existen comportamientos estratégicos por parte de las empresas.

Y la tercera y última razón se deriva del proceso de internacionalización de los mercados, lo que ha supuesto que el ámbito geográfico de muchos de ellos ha cambiado profundamente pasando a ser mundial. Esto tiene importancia desde dos puntos de vista. En primer lugar, comportamientos anticompetitivos, de llegar a producirse, pueden tener mayores efectos sobre el bienestar de los individuos que cuando los mercados eran locales o nacionales. En segundo lugar, la inexistencia de autoridades supranacionales de defensa de la competencia (ya que en el caso de Bruselas actúa sobre un mercado único) puede producir problemas de descoordinación que permitan que ciertas decisiones sean efectivas en unos países o áreas económicas y no en otros[2].

El objetivo de este trabajo es revisar algunos cambios de orientación que se han producido en la PDC en las últimas décadas y discutir sobre ciertos aspectos del marco institucional óptimo de la misma, un tema relevante si se tiene en cuenta que el diseño institucional de los organismos reguladores y supervisores es un aspecto esencial de la calidad de las instituciones públicas —un elemento de peso en la explicación de la competitividad y capacidad de crecimiento potencial de las economías—, y que la PDC se instrumenta en tres niveles —la UE, España y las CCAA—, lo que conduce a que los aspectos de coordinación resulten en este caso más importantes que en otras políticas de oferta.

El artículo se organiza de la siguiente forma. En el epígrafe 2 se explican someramente los tres enfoques analíticos que han tratado de fundamentar el ejercicio de poder de mercado; en el epígrafe 3 se repasan los cambios más importantes en el tratamiento de algunos de los temas estelares de la PDC que, en gran medida, tienen su origen en los desarrollos del epígrafe 2, y, en concreto, se abordan las fusiones, las

[1] En caso de fallos de mercado —situaciones en que la asignación competitiva no es óptima por existir efectos externos, información asimétrica, indivisibilidades, etc.— los problemas se sitúan en el área de la política regulatoria y no de defensa de la competencia.

[2] El caso más claro sería el largo contencioso de las autoridades estadounidenses y europeas en el caso *Microsoft*.

Recuadro n.º 1

El mercado y los equilibrios competitivos

Ya Adam Smith, cuando hace más de 200 años formuló la idea de la mano invisible, manifestó serias dudas sobre el interés de los empresarios en la competencia. Su argumento es tan sólido como casi todos los basados en el sentido común y la observación de la realidad: el interés de cualquier agente no es ser un competidor que actúe paramétricamente respecto a los precios de los bienes que vende o compra y de los factores que adquiere u ofrece. Puesto que el objetivo de las empresas es la maximización del beneficio —o del valor capital—, éste es mayor en el caso de que se tenga una posición de dominio del mercado que si se toman los precios como datos, por lo que una economía de mercado genera incentivos a que los agentes se comporten de forma estratégica y no competitiva.

El que una empresa concreta pueda o no alcanzar posiciones de dominio de mercado más o menos acusadas depende de muchos factores. Ciertos elementos estructurales del mercado pueden facilitar este tipo de comportamientos como, por ejemplo, cuando la demanda y la tecnología utilizada hacen que sólo una o pocas empresas puedan ofrecer el producto a costes medios reducidos, o cuando existen ventajas por parte de alguna empresa respecto a la disponibilidad de materias primas, o de tecnología protegida por una patente. Pero, además, las empresas que actúan en un mercado pueden preferir llegar a acuerdos tácitos de reparto de mercado en vez de embarcarse en una lucha competitiva, llegando a una solución colusiva cercana al monopolio. O pueden erigir barreras a la entrada de nuevos competidores mediante estrategias muy diversas como la proliferación de marcas, la publicidad o la instalación de sobrecapacidad más allá de la necesaria para hacer frente a los aumentos futuros de demanda esperados. Para hacer algo más compleja la situación, algunas prácticas que tienden a considerarse intuitivamente como anticompetitivas, por suponer limitaciones que unas empresas imponen a otras, pueden, en determinadas circunstancias, acercar el equilibrio del mercado hacia el resultado competitivo. Y, a veces, estructuras de mercado caracterizadas por un alto número de empresas, pueden traer consigo equilibrios muy alejados del competitivo (como en el caso de la competencia monopolística), mientras que otras en que existen pocos oferentes pueden conducir a asignaciones competitivas (como en los mercados atacables).

conductas colusivas y las restricciones verticales. En el epígrafe 4, se discuten las características que deben tener instituciones del tipo de los tribunales de defensa de la competencia, lo que permite realizar, en el epígrafe 5, una valoración de algunos aspectos del Decreto 81/2005 de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Como es evidente, los epígrafes 2 y 3, de carácter más positivo, tratan de explicar cómo ha evolucionado desde el punto de vista analítico y práctico la PDC, mientras que los epígrafes 4 y 5 exponen las opiniones del autor sobre la

organización institucional más adecuada de la PDC y son, por tanto, de carácter más normativos y discutibles.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PDC: EL ANÁLISIS DEL EJERCICIO DE PODER DE MERCADO

El tema de la PDC y sus fundamentos teóricos y empíricos es casi el paradigma de cómo el diseño y la eficacia de un tipo de política pueden beneficiarse del efecto combinado de tres factores: los desarrollos analíticos de la Economía industrial; la mejora en la información estadística que permite contrastar con creciente precisión nuevas hipótesis de comportamiento de los agentes; y las propias interrelaciones entre los planteamientos teóricos y los empíricos.

La PDC, como es bien sabido, tiene su origen en la Ley Sherman, aprobada por el Senado estadounidense en 1890 en un ambiente de creciente preocupación por la ola de fusiones que afectaba, principalmente, a las industrias siderometalúrgica y química, al transporte ferroviario y a los bancos. Esta preocupación se relacionaba en su origen más con los efectos políticamente perjudiciales de una excesiva concentración de poder económico para el futuro de la democracia que con argumentos de pura eficiencia económica. Es por esto que el ámbito de la Ley fue muy limitado y se circunscribió a la regulación de las fusiones y a los acuerdos de cartelización, sin entrar en otras posibles prácticas anticompetitivas o de ejercicio de poder de mercado.

Pese a su simplicidad, la Ley Sherman instauró dos principios básicos que guiaron durante muchas décadas la acción de la PDC en los temas de cárteles y fusiones. El primero, que todo acuerdo de cártel que segmente un mercado era ilegal *per se* sin necesidad alguna de invocar una *rule of reason*; el segundo, aplicado por primera vez en 1904[3] (sigue operativo en nuestros días) que el Gobierno federal tenía potestad legal para fragmentar los activos de una empresa. La aplicación inicial muy activa de estos dos principios condujo a importantes desconcentraciones en los sectores del refino, tabaco o maíz, aunque fracasó en su intento de desconcentrar la industria siderúrgica. En todo caso, medio siglo después de la aprobación de la Ley Sherman, no existía en los EEUU ningún sector industrial importante que tuviera una empresa cuya cuota en el mercado interior alcanzara el 50%.

Es en la década de los cuarenta cuando empiezan a sentarse las bases analíticas de la moderna PDC —más allá de un mero estado generalizado de opinión en contra de la concentración de poder económico—, en cuya evolución pueden distinguirse tres enfoques o paradigmas: el de Estructura-conducta-resultados (ECR); el de la Escuela de Chicago (ECH) y el de la Nueva Economía Industrial (NEI).

2.1. El paradigma estructura-conducta-resultados

Se encuentra asociado en sus inicios a los nombres de Mason y Bain en Harvard (1956) y al estudio de casos. La hipótesis básica es que las variables de estructura (las características de la demanda del producto y la tecnología y costes de producción, el grado de concentración, la diversificación, la existencia de barreras a

[3] *Northern Securities Co. v. United States.*

la entrada, etc.) determinan la posibilidad de que las empresas ejerzan o no poder de mercado, es decir, su comportamiento competitivo (precio-aceptante), su comportamiento estratégico (colusión, cártel, segmentación, discriminación, etc.), y éste determina, a su vez, el nivel de los resultados obtenidos. Si, por ejemplo, nos encontramos con una industria que opera en mercados cuya demanda es rígida (elástica) y está altamente (poco) concentrada y existen (no existen) barreras a la entrada de nuevos competidores, las empresas podrán ejercer un poder de mercado relevante (escaso) que se plasmará en beneficios unitarios elevados (normales).

Desde el punto de vista analítico, estos resultados provienen de la teoría del oligopolio y la conocida relación inversa entre el índice de Lerner y la elasticidad de la demanda y la relación directa entre índices de resultados y de concentración de Herfindahl[4]. La versión empírica de la hipótesis ECR conduce a ecuaciones en que algún indicador de resultados trata de explicarse en función como mínimo de elasticidades y concentración y permite eludir el problema de encontrar variables que traten de medir el tipo de comportamiento de las empresas.

Desde el punto de vista de la PDC, el enfoque comentado implica que el grado de concentración y el resto de las variables de estructura de un mercado son un indicador privilegiado de potenciales prácticas restrictivas, algo que tiene una aplicación directa en el tema de las fusiones, y que las barreras a la entrada y la proliferación de variedades del producto son también indicativas de posibles comportamientos anticompetitivos.

2.2. **El enfoque de la Escuela de Chicago**

Está asociado a los nombres iniciales de Director o Stigler (1964). La idea central de este enfoque es que el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas solo puede deberse a la existencia de barreras a la entrada porque, de lo contrario, actuarían los mecanismos marshallianos de equilibrio a largo plazo. Sólo en el caso de barreras naturales a la entrada de nuevos competidores, el ejercicio de poder de mercado puede resultar duradero por lo que, si éstas no existen, la única explicación posible al comportamiento no competitivo es la existencia de regulaciones o restricciones públicas que permitan erigir barreras de entrada con carácter indefinido. Incluso, en el límite, un monopolista se enfrenta a la competencia potencial de nuevos entrantes por lo que, en ausencia de regulación, no podrá ejercer su poder de mercado.

Como puede observarse, el modelo de referencia es el de competencia perfecta, hasta el punto de que los partidarios de este enfoque sostienen que, en caso de que existan resultados no competitivos no habiendo barreras a la entrada ni intervención pública, el problema es del analista que, o no ha analizado bien la evidencia (errores de medición, mala especificación de los modelos...) o no ha sido capaz de aplicar adecuadamente la teoría de la competencia perfecta. En suma, la evidencia empírica de poder de mercado no juega papel alguno en la validación o refutación de las proposiciones sobre el comportamiento empresarial: la teoría tiene un estatus superior a la evidencia, si la realidad contradice la teoría: las refutaciones empíricas son irrelevantes.

Pese a este acorazamiento metodológico frente al análisis empírico, la posición

[4] Ver recuadro n.º 2.

Recuadro n.º 2

El índice de concentración de Herfindahl

El poder del mercado puede medirse por la divergencia entre el precio de un bien o servicio y el coste marginal de producirlo. Existe una amplia evidencia de correlación entre el poder de mercado y el grado de concentración de la industria, por lo que la relación entre ambos es un aspecto fundamental. Los índices de concentración deben cumplir tres propiedades:

1. Las curvas de concentración más cercanas a la diagonal se corresponden con índices de concentración menores,
2. Aumentan si una empresa aumenta su cuota de mercado, y
3. Reflejan los procesos de entrada y salida de empresas en la industria.

También son deseables dos condiciones adicionales: que el índice no varíe si dos empresas intercambian su participación en el mercado y que se cumpla la condición de transferencia de Lorenz, que significa que si una empresa con una determinada cuota de mercado transfiere parte de esa cuota a otra con mayor cuota, el índice de concentración no debe disminuir.

El índice de Herfindahl, el más utilizado para medir el nivel de concentración de un sector, se define como la suma de los cuadrados de las participaciones (cuotas de mercado) de cada empresa en el mercado (a_i)

$$H = \sum_{i=1}^{n} a_i^2$$

Los dos factores que influyen sobre el valor de H son: el grado de desigualdad de las cuotas de mercado (su varianza) y el número de empresas en el sector.

El poder de mercado depende de cómo se comporten las empresas al establecer los precios, lo que no depende solo de la cuota de mercado que tengan, porque siempre existe un componente estratégico en el comportamiento que es difícil de predecir o de identificar únicamente mediante información sobre las condiciones estructurales del sector. Por ello, las medidas de concentración resultan más útiles cuando incorporan información acerca de los beneficios observados que cuando incorporan tan sólo información de las condiciones estructurales o de los beneficios esperados.

Los índices de Lerner incorporan información sobre le comportamiento de las empresas, pues miden el margen entre precios (p) y costes marginales (c_i) para cada empresa o para el conjunto del sector. En el caso más sencillo de competencia oligopolística a la Cournot es fácil demostrar que:

$$L_i = \frac{p - cm_i}{p} = \frac{a_i}{\varepsilon}$$

Recuadro n.º 2 *(continuación)*

El índice de concentración de Herfindahl

siendo ε la elasticidad de la demanda del sector. Agregando para el conjunto de la industria, ponderando por a_i y bajo el supuesto de competencia counotiana, obtenemos la siguiente relación entre los índices *L* y *H:*.

$$\sum_i L_i a_i = \frac{\sum_i a_i^2}{\varepsilon} = \frac{H}{\varepsilon}$$

Por tanto, el índice de Herfindahl incorpora información sobre los beneficios reales observados en las empresas.

Los índices comentados son indicadores sencillos de concentración que pueden utilizarse para valorar el poder de mercado en un determinado sector. Pero las conclusiones que, en términos de bienestar, pueden extraerse de los mismos deben ser formuladas con cautela, porque no siempre los precios de monopolio se corresponden con cuotas de mercado elevadas. Por ejemplo:

1. No siempre índices de valor bajo indican situaciones preferibles a índices de valor alto, porque para que se produzcan ganancias de bienestar al aumentar el número de empresas es necesario que el nuevo equilibrio implique menores precios.
2. Las condiciones de funcionamiento de ciertas redes pueden generar situaciones de poder de mercado que poco o nada tienen que ver con los valores de los índices que se acaban de definir.
3. En mercados que funcionan mediante subastas competitivas, el poder de mercado se puede ejercer a través de comportamientos estratégicos relacionados con las reglas de funcionamiento del mercado y no con la estructura sectorial.

En sectores que utilizan redes comunes y existe cierta integración vertical (p.e.:distribución de energía eléctrica), el poder de mercado puede ejercerse a través del dominio de la red y de las condiciones técnicas y económicas para su acceso, más que mediante precios de monopolio en el segmento competitivo.

de Chicago ha hecho mucho a favor de la mejora de la calidad del trabajo empírico, al obligar a sus detractores a ser mucho más cuidadosos en sus estimaciones e interpretaciones para aportar evidencia difícilmente refutable desde el punto de vista técnico.

Por último, en lo que atañe a la PDC, parece evidente que el enfoque comentado no concede valor alguno a la misma, ya que una desregulación generalizada acabaría con los comportamientos anticompetitivos, habida cuenta de que las barreras puramente naturales a la entra-

da de nuevos competidores son muy poco frecuentes y de que la única fuente de monopolio duradero es la intervención pública.

Las diferencias entre el paradigma ECR y la ECH no se limitan al campo académico y se plasman en divergencias sobre la propia concepción y utilidad de la PDC. Para el enfoque ECR, esta política se apoya en la idea de que el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas es el resultado del aprovechamiento por parte de estas de características estructurales de la industria y el mercado. En consecuencia, los TDC deben evitar prácticas (fusiones, reparto de mercados, excesiva diversificación...) que favorezcan el poder de mercado de las empresas. Para la ECH, el ejercicio duradero de poder de mercado solo puede considerarse como una respuesta racional a la intervención pública o a una inadecuada regulación de los mercados. En consecuencia, la PDC es innecesaria y la forma de fomentar la competencia es minimizando la intervención pública y la regulación.

2.3. **El enfoque de la Nueva Economía Industrial**

Está asociado entre otros a los nombres de Tirole y Schmalensee (1982), retoma la idea del paradigma ECR, enriqueciéndolo y centrando el énfasis en el comportamiento frente a la estructura y en las formas en que el mismo afecta a la configuración de la industria haciendo especial hincapié en la generación de comportamientos estratégicos.

La idea central es que la causalidad del paradigma ECR es unidireccional cuando, en realidad, es más compleja. Por ejemplo, los resultados también pueden afectar a la estructura de los mercados, porque un nivel sobrecompetitivo de beneficios puede utilizarse para generar barreras a la entrada (proliferación, publicidad excesiva, patentes durmientes). También la conducta puede terminar alterando la estructura del mercado, por ejemplo, por la vía de acuerdos colusivos tácitos.

En consecuencia, la NEI supone volver a recuperar la idea de ECR del modelo de oligopolio —o la teoría de la competencia imperfecta— como fundamento de la economía industrial, pero considerando que la explicación hay que buscarla más en las variables de comportamiento que en las de estructura.

Desde el punto de vista de PDC esto conduce al abandono de reglas de actuación automáticas basadas en indicadores simples, porque la aplicación de la teoría de juegos[5] conduce a una multiplicidad de resultados, todos ellos correctos analíticamente, pero entre los que no siempre es fácil elegir el adecuado a cada caso concreto. Los desarrollos generados en la década iniciada en los ochenta en los temas de conductas colusivas tácitas, soluciones naturales de Stackelberg, prácticas reputacionales, etc. son algunos ejemplos relevantes.

Como se ha mencionado anteriormente, la evolución resumida constituye un ejemplo de relaciones fructíferas entre el

[5] La aplicación de la teoría de juegos parecía un instrumento idóneo para tratar de modelar situaciones en que dos o más agentes toman decisiones alternativas que afectan a sus resultados y a los de sus competidores y que, por tanto, requieren plantearse el tema de si son más convenientes las estrategias cooperativas o no cooperativas. De hecho, la aparición de la nueva economía industrial se encuentra en buena medida ligada a esta teoría.

análisis teórico, el análisis empírico y la construcción de nuevas bases de datos. Es difícil suponer que los pioneros del enfoque ECR no fueran conscientes del hecho de que la causalidad entre los tres bloques de variables no era unidireccional, habida cuenta de su interés por el análisis de las barreras a la entrada. Sin embargo, no se contaban con los instrumentos analíticos (Teoría de juegos) para poder modelar con precisión los aspectos relativos a la conducta de las empresas en mercados de competencia imperfecta.

Tampoco disponían de datos que permitieran construir indicadores significativos de la conducta, datos que han de ser individuales. La única forma de obviar esto era buscar una justificación analítica que permitiera tender un puente directo entre estructura y resultados, para lo que sí se disponía de información estadística (p.e.: encuestas industriales) que, además, podían tratarse con cierta desagregación (p.e.: sectorial). La aparición posterior de grandes muestras de corte transversal y la aplicación del análisis de regresión a las mismas, fue lo que permitió contrastar las variables que determinan los márgenes precio-coste. Por último, la reciente aparición de los paneles de datos, encuestas repetidas en el tiempo a empresas, ha permitido comenzar a observar el comportamiento a lo largo del tiempo de las empresas en forma desagregada y, por tanto, contrastar algunas inferencias de las nuevas teorías.

Muchas de las hipótesis, interpretaciones y atisbos del enfoque ECR requirieron, por tanto, para depurarse y, en su caso, consolidarse, tanto del instrumental analítico idóneo para discutir comportamientos estratégicos —teoría de juegos—, como de la disponibilidad de datos que permitieran identificar y encontrar indicadores de dichos comportamientos —los paneles de empresas.

3. TRES CASOS DE COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DE MERCADO

Los acuerdos entre oligoplistas pueden tomar diversas formas, desde una coalición o cártel en que las empresas llegan a acuerdos explícitos que conducen a repartirse el mercado en cuotas, o los beneficios conjuntos derivados de la imposición de un precio y unos volúmenes de producción, hasta una fusión en que un conjunto de empresas se convierte en una sola asumiendo los costes fijos de todas ellas. O incluso colusiones tácitas en que no es preciso llegar a acuerdos explícitos, porque existen mecanismos que constituyen incentivos endógenos suficientes para que los oligopolistas coludan.

Por otra parte, a medida que la cooperación entre oligopolistas sea mayor, más altos serán los beneficios obtenidos y, por tanto, mayor será la propensión a que entren nuevos competidores en la industria. Esta intuición, no siempre correcta, señala la importancia crucial del tema de las barreras a la entrada de nuevos competidores.

En resumen, abordaremos los problemas internos de los acuerdos entre oligopolistas suponiendo que el número de empresas está dado, y el problema externo crucial de todo oligopolio: cómo poder preservar en el tiempo una situación de beneficio extraordinario que no sea erosionada por la entrada de nuevas empresas en la industria.

Tres ejemplos, entre otros muchos posibles, de este tipo de relaciones y su influencia sobre la PDC son el *Modelo de empresa líder* —relevante para el caso de colusiones tácitas—, el *Modelo de precio máximo que previene la entrada* —aplicable a barreras a la entrada derivadas de comportamientos estratégicos— y el *Modelo de acuerdos entre oligopolistas* con dificultades de observación de las variables relevantes —significativos de cómo la misma evidencia puede interpretarse de forma muy distinta en el tema de posibles acuerdos implícitos de cartelización.

3.1. **El modelo de empresa líder**

Como es bien sabido, el modelo original de empresa líder (EL) es el de una empresa que tiene ventajas significativas de costes sobre el resto de empresas menores, también llamadas franja competitiva, de forma que considera que las restantes empresas tendrán que actuar paramétricamente respecto al precio que ella fije igualando el mismo a sus costes marginales. En consecuencia, la EL determinará un precio de monopolio sobre la demanda residual —es decir, la demanda total de mercado menos la oferta competitiva de las restantes empresas— que será seguido por éstas, resultando en márgenes precio-coste positivos, cercanos a los de monopolio para la EL (Ono, 1982)[6]. Incluso puede suceder que el índice de concentración no arroje valores muy elevados, porque existan muchas empresas pequeñas y, por tanto, la cuota de mercado de la EL no sea muy elevada[7].

La crítica inmediata es que si la EL tiene suficiente ventaja de costes, preferirá —y podrá— expulsar a la franja competitiva convirtiéndose en monopolista; y si no tiene suficiente ventaja, la franja no aceptará el liderazgo en precios.

Este *impasse* cambió radicalmente cuando se planteó, en términos de juegos, el sentido de las soluciones asimétricas tipo Stackelberg[8], es decir, de la existencia de líderes, en el duopolio con empresas de igual tamaño (Spence, 1977, 1979; Dixit, 1979, 1980). Por una parte, si se suponen empresas idénticas pero una de ellas se instala antes que la otra, se obtiene como única solución la de liderazgo de la empresa que primero se instala.

Por otra parte, suponiendo empresas idénticas pero con distinta información, bien sobre la demanda (Rottenberg y Saloner, 1990) bien sobre el componente aleatorio de los costes (Albaek, 1990), surgen en muchas situaciones soluciones en las que es beneficioso para las dos empresas que una de ellas —la que tiene mejor información— actúe como líder en la fijación de precios. Con los nuevos instrumentos, las

[6] En términos prácticos, de política de defensa de la competencia, el tema es si la observación de que en una industria una empresa concreta hace públicos sus movimientos de precio y siempre resulta seguida por el resto de los productores, puede considerarse como evidencia de comportamiento colusivo o no.

[7] Por ejemplo, una EL con una cuota del 40% y una franja competitiva de 60 empresas con cuotas del 1%, arrojaría un índice de Herfindahl que apenas superaría 1.600.

[8] Frente a la solución de oligopolio de Cournot en que ninguna empresa es líder —todas toman como dadas las cantidades ofrecidas por las demás—, la solución de Stackelberg supone que una empresa adopta la posición de liderazgo, por lo que sus competidores determinan la producción en función de la libremente decidida por ella. Como es obvio, la empresa líder obtiene mayores beneficios que las seguidoras y si todas las empresas tienen la misma tecnología y tamaño es difícil justificar que una de ellas pueda convertirse en líder.

situaciones de liderazgo son posibles entre empresas que carecen de ventajas relativas de naturaleza tecnológica o de costes, pero que presentan ventajas en otros aspectos tales como haber llegado antes al mercado o disponer de mejor información sobre aspectos relevantes de la actividad.

3.2. **El modelo de precio máximo**

En la versión original del modelo de precio máximo que previene la entrada (Bain 1956; Modigliani, 1958; Sylos-Labini, 1962), la empresa instalada amenaza con lanzar un volumen de oferta de forma que si se produce la entrada de un competidor adicional, éste tendrá que hacerlo con un volumen de producción que hará caer el precio hasta el punto de anular su beneficio extraordinario y el del instalado previamente, disuadiendo por tanto la entrada. El problema es que esta supuesta barrera constituye una amenaza no creíble para el entrante potencial, porque, en caso de producirse la entrada, al instalado le sería más beneficioso no cumplir la amenaza —porque anularía sus beneficios— que acomodarse a un régimen de duopolio con beneficios positivos. Es preciso dotar de efectos dinámicos a la determinación de precios, o suponer que el instalado hace frente a una amenaza de entrada *secuencial*, para que la mera fijación de precios pueda constituir una barrera.

Esto, entre otros desarrollos analíticos, ha sido el origen de los modelos de reputación (Kreps y Wilson, 1982; Milgron y Roberts, 1992; Stenbacka, 1990) en los que la determinación de precios por el instalado y la amenaza de desencadenar una lucha de precios persigue convencer a los potenciales entrantes de que está dispuesto a luchar contra ellos y, por tanto, puede conducir a reducir el número final de entrantes en caso de no poder bloquear la entrada.

Si suponemos que el entrante va a hacer frente en cada período del juego a un intento de entrada es posible que le compense asumir decisiones no beneficiosas en los primeros períodos para crearse una reputación de que cumple la amenaza de luchar contra cada entrante y evitar así la aparición de los mismos a partir de un cierto momento, desde el que podrá obtener los beneficios de monopolio.

3.3. **El modelo de acuerdo entre oligopolistas con dificultad de observación por el mercado**

Las empresas oligopolistas tienen poder de determinación de los precios, lo que diferencia al oligopolio de la competencia. Por otra parte, existe más de una empresa, de forma que cada una de ellas tomará sus decisiones bajo hipótesis respecto a cómo actuarán sus competidoras o a cómo reaccionarán las mismas cuando ella se comporte de una determinada forma.

En suma, la clave diferencial del oligopolio se encuentra en el hecho de que las empresas han de tener en cuenta la competencia que suponen los restantes oligopolistas (y también los potenciales competidores que podrían entrar en la industria), lo que implica la existencia de comportamientos estratégicos.

La importancia del oligopolio no radica tan sólo en el posible comportamiento estratégico de los productores, sino también en el hecho de que se trata de la forma de organización de la industria más

frecuente en la práctica, un fenómeno acelerado en las últimas décadas por las transnacionalización de muchas actividades productivas.

El último ejemplo elegido es un modelo en el que existe un acuerdo entre los oligopolistas de restricción de la oferta que es controlado a través de la observación del precio, que es borrosa en el sentido de que viene afectada por una variable aleatoria (Green y Porter, 1989). El cártel fija un precio-umbral de forma que si el observado es mayor, los oligopolistas siguen cumpliendo la restricción de oferta. Pero en el momento en que se observe un precio inferior al umbral, las empresas reaccionarán expandiendo su oferta (compitiendo entre ellas) durante un cierto número de periodos, pasados los cuales, volverán a restringir su oferta (cooperar). Bajo condiciones bastante generales, se demuestra que ninguna empresa encuentra beneficioso romper el acuerdo colusivo, por lo que si se observa un precio inferior al umbral las empresas saben que ha de deberse a un shock de demanda. Lo importante del modelo es que permite dar una interpretación radicalmente distinta en términos de PDC del caso de un oligopolio en el que se observan episodios frecuentes de caídas de precios, no explicables por cambios de los costes o de la demanda, seguidas de elevaciones subsiguientes sin que haya habido modificaciones ni de costes ni de demanda. Antes de disponer del tipo de modelos comentado, esta evidencia se interpretaba como el caso de un oligopolio en el que las empresas instaladas hacen frente con frecuencia a empresas potenciales entrantes (lo que obliga a las instaladas a rebajar por largos periodos de tiempo el precio y, por tanto, las acerca a un comportamiento competitivo) con prácticas predatorias pero transitorias que desaparecían una vez que aquellas desistían de entrar. Este comportamiento se interpreta ahora como un mecanismo de la colusión tácita que genera los incentivos precisos para su mantenimiento, es decir, un comportamiento que funciona como un cártel con una apreciable disciplina.

Debemos subrayar que estos desarrollos analíticos basados en la teoría de juegos no proporcionan una teoría general de las barreras o de las colusiones tácitas, pero esto es inevitable porque tal teoría no existe. No obstante, proporcionan un amplio abanico de sólidas hipótesis sobre aquellas características de los mercados que facilitan prácticas restrictivas de la competencia o sobre la forma de interpretar adecuadamente la evidencia empírica.

El caso del modelo de observación borrosa del precio ya ha sido comentado desde este punto de vista. En cuanto a los desarrollos del modelo de EL, indican que las ventajas de información pueden dar lugar a situaciones de liderazgo y que, por tanto, cuando se analicen mercados en que las empresas tienen distinta información sobre la situación real de la demanda o de los costes, habrá que analizar con detalle este tipo de ventajas porque, dependiendo de su importancia cuantitativa, pueden favorecer la aparición de colusiones tácitas contrarias a la competencia. Por su parte, los desarrollos del modelo de precio máximo que impide la entrada deben generar cautelas respecto a que las prácticas predatorias carezcan de sentido si se trata de situaciones en las que el logro de una reputación frente a potenciales futuros entrantes puede ser beneficioso. Ello hace necesario analizar las características del proceso secuencial de aparición de potenciales empresas entrantes, antes de decidir

si determinados comportamientos de las empresas instaladas constituyen o no prácticas predatorias preventivas.

4. CAMBIOS EN LA VALORACIÓN DE ALGUNAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES

Los desarrollos esbozados en el epígrafe precedente, han conducido a modificaciones significativas en la interpretación de las prácticas restrictivas de la competencia por parte de los TDC, en temas como los acuerdos entre empresas, las fusiones y las restricciones verticales, entre otros.

4.1. Fusiones horizontales

Una posibilidad de mejorar el beneficio obtenido por las empresas respecto a la situación de oligopolio no colusivo es, si el acuerdo entre oligopolistas resulta imposible por los motivos que sea, la fusión o integración horizontal de varias empresas que, dependiendo de la estructura de costes, puede implicar el cierre de todas las empresas fusionadas menos una (la de menores costes para el tramo de producción relevante) y la asunción de los costes fijos de todas, o el cierre sólo de algunas y el mantenimiento de las abiertas como establecimientos de una única empresa.

En sus inicios, la PDC aplicaba una regla mecánica para determinar el carácter potencialmente sospechoso de restringir la competencia de una fusión: si el índice de concentración de Herfindahl[9] resultante superaba el valor de 1.800 se abría una investigación de oficio que, en la mayoría de los casos, conducía a la prohibición. Como toda regla mecánica, resulta fácil criticarla por su simplicidad, ya que permite, por ejemplo, calificar como situación competitiva un oligopolio con seis empresas iguales (H=1.667), pero no uno con 5 (H=2.000); o que podía dar lugar a que en un sector con siete empresas en el que H<1.800. Bastaría con que se fusionen las dos de menor cuota de mercado para que el índice superase ampliamente la cota crítica.

Pero existen, además, razones analíticas para no confiar sólo en la información que proporciona el grado de concentración. Hace ya casi cuatro décadas Williamson (1968) señalaba que la concentración podía ser el resultado de una mayor eficiencia, en el sentido de que las empresas más eficientes terminarán expulsando del mercado a sus competidoras menos eficientes como consecuencia, precisamente, de la propia competencia. La evidencia señala que las relaciones entre competencia, medida por los márgenes de resultados, y concentración no son lineales. Por ejemplo, no es infrecuente que la relación entre resultados y concentración tenga forma de U invertida, indicando que en las etapas iniciales de concentración ésta se produce en detrimento de la competencia pero que, a partir de que las empresas han alcanzado tamaños mayores, los aumentos de concentración vienen acompañados de mayor competencia, en el sentido de menores márgenes[10]. Esto ha traído consigo

[9] Ver recuadro n.º 2.

[10] En general, siempre que en un mercado pueda observarse que las empresas obtienen tasas de beneficio extraordinarias de forma duradera, existe evidencia de que la competencia se encuentra en alguna medida dificultada o impedida, pues de lo contrario el capital se habría dirigido hacia dicho mercado, aumentando la oferta del producto y acercando los beneficios a su nivel normal competitivo.

que la PDC preste cada vez más atención a los motivos económicos, tecnológicos y de demanda de las fusiones y a sus efectos sobre los márgenes más que a los efectos sobre el grado de concentración de la industria, máxime si se trata de sectores regulados[11].

Aparte de lo señalado en este campo las dos modificaciones más importantes que se han producido son: profundizar en un análisis más preciso de las características de la demanda, y establecer la correcta definición del mercado relevante para la fusión. Respecto a la primera, es paradigmático el caso de la industria de aviones a reacción de uso civil de gran cabida, formada a escala mundial por solo dos empresas (Boeing y Airbus), cuyo H se sitúa en torno a 5.000 y en la que, sin embargo, la competencia es muy alta. Factores bien conocidos de discontinuidad temporal en grandes bloques de la demanda, junto a *costes hundidos* previos de diseño, prototipos, etc. garantizan la competencia, que no se vio mermada por la fusión entre Boeing y McDouglas, aceptada en un contexto en el que $H > 3.500$.

En cuanto a la definición de mercado relevante, de producto y geográfico, es inmediato constatar su importancia para el mero cálculo de las medidas de concentración y es preciso señalar: a) en un mundo en el que la diferenciación de producto es cada vez más acusada, el mercado relevante viene determinado por la existencia de sustitutos suficientemente próximos, lo que exige estimaciones precisas de elasticidades cruzadas de demanda; b) también, en un mundo en que las demandas nacionales tienden a homogeneizarse y las barreras al comercio a reducirse, la amplitud del mercado relevante puede cambiar con frecuencia e intensidad (mercados vistos en sentido dinámico); c) y, conectado con los dos apartados anteriores, las dificultades analíticas para definir el tamaño del mercado en el caso de industrias de red y en las actividades relacionadas con la «nueva economía».

Aunque como resultado de los desarrollos comentados las posiciones de las autoridades de defensa de la competencia se han suavizado en términos relativos respecto a las fusiones, es de destacar que las dos desintegraciones verticales más importantes en la historia de la PDC se han producido en los EEUU en pleno apogeo de las ideas de Chicago: la de Bell Co. a comienzos del primer mandato de Reagan, y la de Microsoft al final de la era Clinton. Llama la atención, desde este punto de vista, la posición más permisiva en el tema de las autoridades de la PDC comunitarias autorizando, entre otras, la *joint venture* entre Silicon Carbide, Saint Gobain y Wacker-Chemie (1996) o la Microsoft-Telewest (2000), aunque en el caso europeo es difícil no tener en cuenta el pequeño tamaño relativo inicial de muchas empresas relevantes en campos donde la competencia con los EEUU es crucial.

4.2. **Conductas colusivas**

En este tema cabe considerar dos posibilidades: las colusiones explícitas, que requieren intercambio de información explícito entre las empresas —cuyo ejemplo extremo es la cartelización del

[11] Por ejemplo, en el caso del mercado mayorista del sector eléctrico español, cabe pensar que podría haber más competencia entre 3 empresas si una estuviera larga, otra corta y otra equilibrada, que entre 4 si todas estuvieran equilibradas.

mercado[12]— y las implícitas, que tienen lugar cuando las propias características de las empresas y/o el mercado conducen a situaciones en que resulta beneficioso aceptar el liderazgo de alguna empresa sin que esto requiera un acuerdo explícito.

El hecho de que las colusiones explícitas estén prohibidas en todas las legislaciones, que requieran intercambio de información fiable y, también, que garanticen una disciplina en el cumplimiento de los acuerdos cuando pudiera ser beneficioso para cada empresa individual actuar como *free riders*, ha hecho que los casos de cartelización sean menos frecuentes con el paso del tiempo, aunque existan ejemplos llamativos. En términos generales, las sospechas en este caso se centran en el intercambio de información «excesivo» que puedan proporcionar instituciones de carácter asociativo o patronal. Una información periódica general sobre la marcha del sector, incluyendo análisis de coyuntura y expectativas de evolución de la actividad, demanda, empleo y precios suele considerarse razonable, pero si la información es sobre precios efectivos y detallada por puntos de venta, lo que exige conocer el precio de venta de cada empresa en cada mercado, o sobre cuotas de mercado, o incluye recomendaciones tales como la no práctica de descuentos, no es difícil sospechar que puede tratarse de información encaminada a que los miembros de la asociación puedan comprobar el comportamiento de sus competidores y, por tanto, sus desviaciones respecto a posibles acuerdos.

No obstante, como se comentó en el epígrafe precedente, el mayor énfasis en fechas recientes se ha dirigido al análisis de las colusiones tácitas: aquellas que para llevarlas a cabo no se precisa intercambio de información entre los agentes. Este es uno de los campos en que la diferencia entre escuelas ha sido más radical. En el paradigma ECR no se planteaba el problema de las colusiones tácitas, porque la preocupación eran las de carácter explícito, es decir los cárteles, y el énfasis se dirigía hacia el análisis de las características estructurales que favorecían o dificultaban a priori los posibles acuerdos entre oligopolistas. Por su parte, la escuela de Chicago siempre ha mantenido posiciones reticentes respecto a la importancia de los acuerdos colusivos, destacando la dificultad de conservar la disciplina de cártel. En caso de que la disciplina se derivara de las ventajas de unas empresas respecto a otras, si éstas eran suficientes las empresas más eficientes terminarían expulsando a las menos eficientes —lo que es positivo— y si no lo eran la disciplina sería muy difícil de mantener, salvo que se pudiera detectar con rapidez a los *free riders* y se les pudiera castigar. La aportación fundamental de la NEI en este terreno ha sido destacar la posibilidad de que ventajas de tipo informativo o de experiencia, que no se materializan en ventajas de costes ni de eficacia en la gestión, pueden dar lugar a situaciones en las que es beneficioso para todas las empresas aceptar implícitamente el papel de líder de alguna de ellas. Ello ha dado lugar a que la PDC se

[12] El modelo clásico de cártel señala cuatro tipos de problemas para mantener la disciplina interna del mismo. El primero, la identificación del conjunto de posibles acuerdos entre los oligopolistas; el segundo, la elección de uno de los puntos posibles de acuerdo, es decir, el problema del reparto de las cuotas o los beneficios; el tercero, la detección de los potenciales transgresores del acuerdo (*free riders*) y, por último, la posibilidad de penalización de los transgresores.

haya hecho más sensible al análisis de las características de las empresas hasta entonces no consideradas relevantes y ha llevado a utilizar modelos más complejos de comportamiento dinámico de los precios tratando de establecer relaciones de causalidad temporales que aporten evidencia sobre este tipo de conductas colusivas.

4.3. **Restricciones verticales**

Esta es un área especialmente compleja de la PDC, tanto por la variedad de prácticas que comprende como por la propia interpretación de algunas de ellas, no siendo fácil obtener reglas de carácter universal y, por ello, se han producido cambios significativos de énfasis en las últimas décadas.

Sin ánimo censal, pertenecen a este grupo todos los acuerdos entre agentes relacionados verticalmente —fabricante y distribuidor, mayorista y minorista— que excluyen ciertas prácticas o limitan sus decisiones. Ejemplos frecuentes son: los acuerdos de exclusividad, la limitación geográfica a los comercializadores o la fijación de un precio de reventa por el productor.

La posición inicial de la PDC fue especialmente suspicaz respecto a estas prácticas porque implicaban restricciones a la libertad de decisión de los agentes, es decir, se plasmaban en intercambios condicionados. Por ello, hasta finales de la década iniciada en 1970, las reglas utilizadas fueron mecánicas y fuertemente penalizadoras: cualquier restricción que afectara a un vendedor con una cuota de mercado superior al 10% o a un comprador con una cuota superior al 6% se consideró automáticamente como restrictiva de la competencia y, por tanto, se exigía la desintegración del acuerdo vertical *per se*, sin necesidad de utilizar argumento adicional alguno.

La dificultad de interpretación de estos acuerdos como restrictivos o no de la competencia proviene de que, siendo cierto que constituyen limitaciones a la libertad de decisión de los agentes y, por tanto, pueden utilizarse como forma de aumentar el poder de mercado, también pueden, en ciertos casos, ayudar a eliminar efectos externos negativos de una doble relación vertical previa al demandante final —que no tiene lugar en una relación directa entre el fabricante-comercializador y el usuario último— o bien perseguir la mejora en la información de los consumidores. En este sentido, la teoría de los costes de transacción permite justificar la existencia de actividades integradas verticalmente en una empresa si los costes y beneficios de las transacciones entre esas actividades (efectuadas por empresas independientes), así lo aconsejan[13].

Por todo ello, las dos décadas finales del s. XX presenciaron un cambio significativo de las posiciones descritas apoyado en tres argumentos:

En primer lugar, que la fijación del precio final de venta por el fabricante al minorista, es decir, la prohibición de descuentos,

[13] Se han identificado cinco atributos implícitos de los contratos que determinan unos costes mayores cuando se hacen entre empresas distintas que cuando se hacen mediante una actividad económica integrada en una única empresa. Estos atributos son: 1. La especificidad de las inversiones requeridas para cumplir el contrato; 2. La frecuencia y la duración de transacciones similares; 3. La complejidad y la incertidumbre asociadas a la transacción; 4. La dificultad de medir el grado de cumplimiento de cada contrato; 5. Los efectos externos que una transacción puede generar respecto a otras transacciones de terceros.

y, en el caso de bienes duraderos, la exclusividad, pueden ayudar a mejorar la información obtenida por los consumidores e incentivar la prestación de servicios postventa de mayor calidad[14].

En segundo lugar, que los efectos de la discriminación sobre el bienestar son ambiguos y dependen crucialmente de elasticidades y márgenes precio/coste relativos en cada mercado separable, de forma que no es posible aplicar en estos temas la regla *per se*.

Por último, que en caso de que los bienes se utilicen en proporciones fijas, no existe aumento del poder de mercado derivado de una integración vertical de facto. Como resultado de estas argumentaciones, la posición dominante en PDC pasó a ser bastante tolerante con los acuerdos verticales y, sobre todo, se abandonaron las reglas automáticas en términos de cuotas de mercado utilizadas anteriormente y se exigió en todos los casos el uso de una *rule of reason*.

Simplificando la discusión, cabe distinguir dos problemas fundamentales en el campo de los acuerdos verticales restrictivos. El primero es determinar si el objetivo de dichos acuerdos consiste en dificultar la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, la exigencia de que un distribuidor tenga que adquirir la gama entera de productos del fabricante puede tener cierta justificación en términos de costes de información y garantía de calidad, pero también puede permitir la existencia de subsidios cruzados entre distintos productos de una misma marca que favorezcan la sostenibilidad de un mono(oligo)polio. O, por ejemplo, la exclusividad de los distribuidores se encuentra justificada en el caso de ciertos bienes duraderos de consumo —paradigmáticamente automóviles—, pero también puede ser una práctica encaminada a que un nuevo fabricante tenga que asumir, antes de poder operar, el coste de crear una cadena de distribución propia que ya ha sido amortizada por los fabricantes instalados.

El segundo punto fundamental es determinar si los acuerdos persiguen o no facilitar la discriminación de los consumidores. El caso más claro de esta práctica lo constituyen los acuerdos de restricción geográfica de los distribuidores que, al facilitar la segmentación geográfica del mercado de un producto, pueden dar lugar a precios distintos cuya diferencia no se encuentra justificada por la diferencia de costes de transporte y seguro.

A partir de mediados de la última década del s. XX, se produjo un nuevo movimiento en la dirección más restrictiva, aunque sin llegar al uso generalizado de la regla *per se*. En parte, dicho cambio fue provocado por el desarrollo de modelos teóricos que permitieron calcular de forma más precisa los efectos sobre el bienestar de la discriminación de ciertas restricciones verticales; en primer lugar, por la posibilidad de que algunas restricciones como, por ejemplo, la fijación de precios de venta por el fabricante a los distribuidores, podía ser utilizada como instrumento para mantener la disciplina

[14] La fijación de un precio de venta permite solucionar el problema de maximización del beneficio conjunto, teniendo en cuenta los costes de ofrecer la información a los consumidores. La oferta de dicha información por parte de los distribuidores es lo que permitirá obtener el volumen de ventas que maximice su beneficio, ya que un distribuidor que no ofreciera información vería anularse sus ventas al no tener los consumidores incentivo alguno a comprar a quienes no ofrecieran la información (sería más costoso en términos de tiempo) porque el precio sería igual en todos los distribuidores.

de hipotéticos acuerdos colusivos; en segundo lugar, por el hecho de que si las proporciones en que se utilizan los bienes, o componentes, son variables, las restricciones verticales permiten aumentar el poder de mercado.

En resumen, tal y como ha sucedido en otros temas centrales de la PDC, frente a una posición inicial muy suspicaz respecto a cualquier tipo de acuerdo basada en la idea de que toda restricción contractual limita la libertad de las partes, el péndulo se desplazó hacia posiciones muy permisivas para, más tarde, volver a oscilar hacia interpretaciones de mayor exigencia pero basadas en un análisis económico más preciso y centrado en el tipo de comportamiento de los agentes y no sólo en peculiaridades de la estructura del mercado.

5. ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA PDC

Tras este resumen de los objetivos y fundamentos de la PDC, pasaré a discutir algunos problemas de ámbito institucional relativos a la organización de las funciones de la PDC.

El modelo europeo de PDC se caracteriza por la existencia de tribunales de defensa de la competencia (TDC) que son agencias públicas competentes en estos temas que, en general, carecen de competencias jurisdiccionales directas en la medida en que sus propuestas deben ser refrendadas por el poder ejecutivo, siendo susceptibles de distintos tipos de recursos por la vía contencioso administrativa. Este no es el único modelo posible, porque en el caso estadounidense, son los tribunales ordinarios los que entienden de temas de PDC, pero, por razones obvias, se restringirá la discusión al caso europeo.

La posición que voy a mantener sobre el diseño institucional más deseable de los órganos de defensa de la competencia es, desde mi punto de vista, válida para un conjunto bastante amplio de instituciones públicas que tienen competencias reguladoras, o supervisoras o jurisdiccionales y que abarcan desde Comisiones de carácter sectorial (p.e.: Telecomunicaciones, Energía), o agencias reguladoras y supervisoras (p.e.: Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores), o tribunales como el TDC o el de Cuentas. Algunas de estas instituciones son de carácter exclusivamente estatal, mientras que otras, como la que nos ocupa, tienen también sede autonómica.

La eficacia de este tipo de instituciones, que permite en último extremo que funcione una economía de mercado adecuadamente —desde el punto de vista de la eficiencia y del bienestar general— depende de su *prestigio* y *credibilidad,* lo cual exige cumplir cuatro características: competencia técnica, independencia, neutralidad y transparencia.

5.1. Competencia técnica

Se trata de algo aparentemente tan simple como que los miembros del TDC y de sus servicios sean expertos en el tema, pero la experiencia demuestra que esto no siempre es fácil de conseguir, porque exige que las fuerzas políticas sean conscientes de la importancia real de la institución y no sigan la práctica, no infrecuente, de nombrar a personas con independencia de sus conocimientos y profesionalidad en la materia que se trate. En el caso de los Gobiernos la

motivación de esta laxitud es doble. Por una parte, en la medida en que la decisión final es del Gobierno y, con frecuencia, éste considera que tiene un componente político sustancial, tiende a subestimar la necesidad de unas argumentaciones de calidad que, a su vez, puedan hacer más difícil decisiones en contra de la recomendación del TDC. Por otra parte, los Gobiernos tienden a ser muy suspicaces respecto a instituciones que, en último extremo, imponen algún límite al ejercicio de su discrecionalidad. Por su parte, la oposición suele criticar los nombramientos —al margen de su competencia técnica—, pero no se trata de una crítica sustantiva puesto que probablemente ella haya actuado de la misma forma cuando estuvo en el Gobierno y (posiblemente) piensa hacer lo mismo cuando vuelva a estarlo. La solución de este problema, si existe, solo puede venir por la manera de nombrar a los miembros del TDC y los filtros exigidos para ello, algo que tiene relación con el siguiente punto.

5.2. **Independencia del poder político**

El punto que se suele destacar como central en este tema es que la estabilidad del TDC debe estar desligada del ciclo político, lo que implica que los nombramientos de su presidente y vocales o consejeros deben ser por plazos distintos y mayores, en el caso español, a los cuatro años. Siendo importante este aspecto, y defendiendo su mantenimiento, ya que es así en la casi totalidad de los organismos supervisores y reguladores, no parece sin embargo el más importante. Un nombramiento por un periodo, por ejemplo, de seis años sólo asegura que un nuevo Gobierno tendrá que aceptar, de media, dos años en el TDC las personas nombradas por el anterior ejecutivo, pero esto por sí mismo no los hace más independientes.

Desde el punto de vista de la independencia es mucho más importante, en mi opinión, que los cargos no sean renovables. Es inevitable que alguien que desee ser renovado, lo que constituye un deseo lícito, trate de favorecer su renovación y ello puede socavar su independencia de juicio en la etapa final de su primer nombramiento. Quisiera destacar que, en mi opinión, no se consigue nada limitando el número de posibles renovaciones, como suele ser habitual e, incluso, si se opta por la renovación sería mejor no limitarla debido a la escasez de candidatos adecuados y al valor de la experiencia en instituciones cuya tradición y solidez es fundamental.

Si se está de acuerdo en que la posibilidad de renovación atenta contra la independencia personal y que no es fácil encontrar candidatos idóneos[15], una conclusión obvia es que los plazos de nombramiento deberían ser más largos que los actuales, casi siempre de seis años. Un plazo de ocho años, para un cargo sin posibilidad de revocación más que en condiciones muy tasadas, puede parecer excesivo, pero, por ejemplo, un plazo de cinco renovable una vez es normal que termine siendo un periodo de diez años con menoscabo de la independencia.

Un segundo aspecto de la independencia tiene que ver con el tipo de vinculación de la institución con el poder político.

---

[15] Por un cúmulo de circunstancias, algunas evitables como son las remuneraciones y otras más difíciles de obviar, como las incompatibilidades previas y, sobre todo, las posteriores al desempeño del cargo.

Existen diversos modelos de vinculación que van desde la adscripción a la Jefatura del Estado, hasta al Ejecutivo o al Parlamento. Obviando la primera en el caso español, la dependencia funcional del poder ejecutivo puede plantear problemas aunque, en ciertos casos, resulta imprescindible si la institución no tiene capacidad de ejecutar (*enforcement)* sus decisiones. En el caso del Banco de España, por ejemplo, sus posiciones y actuaciones en el campo de la política monetaria son independientes del Gobierno, pero su actividad supervisora conduce a propuestas de resolución —en su caso sanciones que pueden llegar a la intervención de una entidad de crédito o a la desaparición de la misma— que han de ser aprobadas bien por el Ministerio de Economía y Hacienda, bien por el Gobierno.

No todas las instituciones supervisoras y reguladoras deben tener sus propios medios de ejecución ajenos al poder ejecutivo, pero sí creo defendible esta posición en el caso de los TDC. Expresado en otros términos, es defendible que las decisiones de los TDC sean ejecutivas, estando sometidas a los recursos que la legislación española concede a los afectados frente a cualquier decisión sancionadora tanto si emana de la Administración Pública como si proviene de los tribunales ordinarios de justicia.

Si se defiende, como es el caso, la mayor independencia posible de la PDC respecto al poder ejecutivo, es claro que los controles públicos han de implicar cierta dependencia del Parlamento. Esta dependencia puede criticarse por considerar que puede politizar el funcionamiento del TDC. Sin embargo, una organización cuyos ejecutivos son nombrados por periodos muy largos, que no son revocables salvo en condiciones muy tasadas[16] y tienen gran independencia en sus decisiones respecto al poder ejecutivo, corren el riesgo de escapar a todo tipo de control, aparte del judicial.

Por ello parece sensato que los candidatos o ocupar puestos ejecutivos en la PDC deban superar el filtro de unas sesiones parlamentarias públicas en las que se analice —con todo detalle y exclusivamente— su idoneidad técnica y profesional y los posibles conflictos de interés que impliquen un riesgo en términos de su posible judicialización. Esto, además, tendría el efecto beneficioso de inducir a que se eligieran con más cuidado los candidatos ya que deben demostrar públicamente que son merecedores del puesto para el que son propuestos por sus conocimientos técnicos y su formación profesional específica.

5.3. **Neutralidad y conflictos de interés**

Aquí el primer objetivo es lograr la coherencia de las actuaciones y el tratamiento simétrico de los afectados por las decisiones de los TDC. Este tipo de instituciones públicas debe contar con el respeto de los agentes afectados por sus actuaciones y para ello es imprescindible que éstos tengan la certeza de que un competidor, si estuviera en sus mismas circunstancias, sería tratado de igual forma que le tratan a él. Lograr esto implica no solo poseer competencia técnica y consolidar criterios sistemáticos por parte de los TDC sino, además, la ausencia de conflictos de interés presentes o futuros en sus miembros. Este es un tema sustancial pero difícil de garantizar.

[16] Simplificando: actuaciones delictivas, incompatibilidades sobrevenidas o incapacidad física o mental.

Los conflictos de interés debidos a las vinculaciones profesionales previas al nombramiento son más fáciles de obviar y la legislación española es adecuada, aunque su cumplimiento debería generalizarse a todos los organismos supervisores, reguladores y jurisdiccionales. En lo esencial, una persona competente es difícil pensar que no haya tenido relación alguna profesional con el sector o materia propia del organismo. Esto es evidente en los casos de instituciones relacionadas con el mundo financiero o con sectores de actividad concretos, pero la relación es más tenue en el caso de la PDC por su carácter transversal. Parece, por tanto, que la exigencia de administración ciega de patrimonio, incluyendo la previa liquidación o posterior inmovilización de los activos cuya valoración pueda verse afectada por las actuaciones del TDC, es una norma suficiente para garantizar la ausencia de conflictos de interés previos.

Evitar conflictos de interés a futuro es más complejo porque, tras haber tenido responsabilidades ejecutivas en una agencia pública de cualquier tipo, es razonable que una persona retorne al ejercicio profesional que, por razones obvias, desarrollará en el sector en el que ha tomado decisiones. La fórmula generalmente aceptada es la fijación de periodos de carencia retribuidos. Esto constituye una práctica razonable, pero no evita conflictos de interés en el futuro ya que lo que se consigue con ella es que la información que tenga la persona sobre la situación real de los competidores, los expedientes en curso, etc. deje de ser relevante o confidencial. En el caso que nos ocupa, sin embargo, al tratarse de una actividad transversal, el problema de posibles conflictos de interés futuros es de menor importancia que en el caso de instituciones con competencias reguladoras y supervisoras sectoriales.

5.4. **Transparencia**

Por último, la *transparencia* es otro elemento fundamental de control público y de credibilidad que, en el caso de los TDC, está garantizado por el hecho de que sus decisiones y sentencias son de dominio público. Adicionalmente, la publicación de memorias anuales fácilmente accesibles a los ciudadanos, su presentación y discusión en el Parlamento con sesiones abiertas a los medios de comunicación, la publicación de sus trabajos de análisis —respetando la obligación de confidencialidad y con un cierto desfase temporal—, e incluso la publicación de las actas de sus consejos, pueden ser medidas que aumenten la transparencia de sus actuaciones.

6. **COMENTARIOS AL DECRETO 81/2005 DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

En primer lugar cabe señalar que los TDC, pese a actuar en tres planos territoriales distintos —comunitario, español y autonómico— no plantean en la actualidad problemas de interpretación de competencias una vez resuelto el largo contencioso derivado de algunos artículos de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia a favor de las tesis sostenidas por los Gobiernos vasco y catalán sobre los artículos 4, 7, 10, 11, 25 a) y 25 c) relativos a las competencias en materia de comercio interior. Este proceso culminó con la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades

Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que prevé la creación de órganos de defensa de la competencia autonómicos. El modelo de articulación territorial es por tanto claro, porque el principio de *mercado relevante* facilita la adscripción de competencias y su aplicación ha dado lugar a que, por ejemplo, el caso Microsoft se vea en Bruselas y los temas de horarios comerciales o autoescuelas sean competencia autonómica.

Esta situación de consolidación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia se plasma en el caso vasco en el Decreto 81/2005, por lo que terminaré el artículo haciendo algunos comentarios críticos sobre su contenido no sin antes elogiar la modestia y austeridad del diseño del TDC vasco —lo que a su vez como veremos puede tener también aspectos discutibles— y desearle una eficaz actuación.

La primera observación es que la separación entre TDC y Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) podría haberse eliminado, en la línea defendida en el *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* (MEH, 2005), proponiendo una única autoridad independiente, la Comisión Vasca de Defensa de la Competencia, que subsumiera ambas instituciones. Las razones son de dos tipos. La primera, funcional, porque los SDC desde el punto de vista de sus contenidos no son sino las secretarías técnicas de los TDC, por lo que la separación entre ambos tiene poco sentido. La segunda, más política, porque un SDC siempre es más dependiente de la Consejería de turno, lo que plantea problemas que han sido discutidos en el epígrafe anterior.

El segundo aspecto discutible es la acreditación de los requisitos objetivos de competencia técnica de los miembros del TDC, que se reducen a una antigüedad mínima de 10 años (art. 3.2) en el ejercicio profesional. Aunque esta sea la norma más general —con el frecuente añadido de tratarse de «personas de reconocido prestigio» que nada quiere decir si se carece de criterios objetivos para determinar al prestigio— habría sido preferible un esfuerzo adicional en esta línea. El requisito de tener diez años de experiencia lo puede cumplir cualquier profesional de unos 35 años, por lo que me parece más adecuado que se hubiera creado un filtro adicional por medio de una sesión pública de examen de los candidatos en el Parlamento Vasco.

El tercer comentario se refiere al mandato de seis años renovable por una vez de sus cargos, lo que también se defiende en el citado *Libro blanco*. No me extenderé más en este punto, discutido suficientemente, pero sí quisiera señalar que mis preferencias se dirigen hacia el tipo de modelo que representa la *Competition Commission* británica.

En cuarto lugar, un TDC formado por solo tres miembros en el que el Presidente tiene voto de calidad (art. 7.3) puede plantear problemas de funcionamiento y conceder un poder excesivo al Presidente. El voto de calidad en un organismo de tamaño tan reducido conduce a la posibilidad de que, en caso de enfermedad u otros motivos de ausencia de uno de los miembros del TDC, la opinión del Presidente sea la única válida. Podría argumentarse que el hecho de que la presidencia del TDC sea rotativa, minimiza este problema, pero no es cierto. La rotación lo único que garantiza es que el designado sea un potencial «dictador» solo por un bienio y que todos tengan la misma probabilidad de serlo, pero no elimina el problema sustantivo.

Por último, la categoría de Director General a ostentar por los miembros del TDC (art. 3.4) parece insuficiente. Es estimable el deseo de diseñar un órgano austero, pero el TDC tiene, con frecuencia, que disentir del Gobierno e, incluso, que calificar como contrarias a la competencia algunas posibles decisiones del mismo. En la medida en que tiene, en parte, funciones de órgano de control del poder ejecutivo, el trato entre iguales hace preferible que el rango, al menos del Presidente, fuera superior. Este es un argumento adicional a favor de la crítica realizada a la rotación de la figura del Presidente.

En resumen, el Gobierno vasco ha optado por un diseño del TDC muy clásico, que quizás presenta ciertos aspectos obsoletos y disfuncionales. Esto no implica que su actuación haya de ser inadecuada, porque este tipo de organismos depende en gran medida del acierto en la elección de su primer equipo, pero sí apunta, en mi opinión, a defectos de diseño institucional que podrían crear dificultades en su funcionamiento. No obstante, teniendo en cuenta el rango de la norma legal de su creación, la modificación de algunos aspectos de su organización, en caso de mostrarse necesaria, no plantearía especiales dificultades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBAEK, S. (1990): «Stackelberg leadership as a natural solution under cost uncertainty», *Journal of Industrial Economics*, pp. 335-47.

BAIN, J,S. (1956): *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

BRESNAHAN, T.F. y SCHMALENSEE, R. (1987): «The empirical renaissance in industrial economics: an overview», *Journal of Industrial Economics*, pp. 371-8.

DIXIT, A. (1979): «A model of duopoly suggesting a theory of entry barriers», *Bell Journal of Economics*, pp. 20-32.

DIXIT, A. (1980): «The role of investment in entry deterrence», *Economic Journal*, pp. 95-106.

GREEN, E.J. y PORTER, R. H. (1984): «Noncooperative collusion under imperfect price information», *Econometrica*, pp. 87-100.

KREPS, D. y WILSON, R. (1982): «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, pp. 253-79.

MILGROM, P. y ROBERTS, J. (1982): «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of EconomicTheory*, pp. 280-312.

MODIGLIANI, F. (1958): «New developments on the oligopoly front», *Journal of Political Economy*, pp. 215-32.

ONO, Y. (1982): «Price leadership: a theoretical analysis», *Economica*, pp. 11-20.

ROTEMBERG, J.J. y SALONER, G. (1990): «Collusive price leadership», *Journal of Industrial Economics*, pp. 93-111.

SCHMALENSEE, R. (1982): «The new industrial organization and the economic analysis of modern markets», *Advances in EconomicTheory* (ed. W. HILDENBRAND), Cambridge University Press; Cambridge.

SEGURA, J. (2005): «Competencia, disciplina de Mercado y regulación en presencia de conflictos de interés en las empresas», *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, pp. 135-70.

SPENCE, A. M. (1977): «Entry, capacity, investment and oligopolistic pricing», *Bell Journal of Economics*, pp. 534-44.

SPENCE, A. M. (1979): «Investment strategy and growth in a new market», *Bell Journal of Economics*, pp. 1-19.

STENBACKA, L. R. (1990): «Collusion in dynamic oligopolies in the presence of entry threats», *Journal of Industrial Economics*, pp. 147-54.

STIGLER, G. J. (1964): «A theory of oligopoly», *Journal of Political Economy*, pp. 44-61.

SYLOS-LABIBI, P. (1962): *Oligopoly and technical progress*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

WILLIAMSON, O. E. (1968): «Economics as an antitrust defence: the welfare trade-offs», *American Economic Review*, pp. 18-36.

Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades

El Derecho de la competencia se configura como un instrumento dirigido a garantizar la asignación óptima de los recursos en beneficio de las empresas y de los consumidores. Actúa como factor del desarrollo económico, al prohibir conductas cuyo objetivo es aumentar los precios o frenar la innovación, bien a través de una explotación abusiva que incide negativamente en la relación calidad-precio de un producto, o bien a través de prácticas de exclusión que impiden a nuevos competidores penetrar en un determinado mercado. En mercados locales, los efectos de estas prácticas anticompetitivas, a menudo, perjudican a pequeñas o medianas empresas que deben invocar el Derecho de la Competencia para defender sus intereses. A las autoridades de la competencia les incumbe la misión de hacer una aplicación previsible y comprensible de este Derecho.

Lehiaren Zuzenbidea baliabideak enpresen eta kontsumitzaileen onurarako modu ezin hobean eslei daitezela bermatzera zuzendutako tresna da. Ekonomiaren hazkunderako faktorea da, prezioak haztea edo berrikuntza geldiaraztea helburu duten jarrerak galarazten baititu; geldiarazten dituen jarrerok izan daitezke bai produktu baten kalitate-prezioa erlazioan eragin negatiboa duen larregizko ustiaketa egitea, bai lehiakide berriei merkatu jakin batean sartzea eragozten dieten egozte-jarduerak erabiltzea. Tokiko merkatuetan, lehiaren kontrako jarduera horien ondorioek, sarritan, enpresa txiki edo ertainei eragiten diete kalte, eta enpresok Lehiaren Zuzenbidearen babesa eskatu behar izaten dute dauzkaten interesak defendatze aldera. Lehiaren agintariei dagokie Zuzenbide hori aurreikusteko moduan eta era ulergarrian ezartzea.

The competition policy is an instrument to guarantee the optimum assignment of resources to benefit both enterprises and consumers. Its acts as a factor of economic development, by forbidding conducts that increase the prices and stop innovation, affects negatively upon the quality-price relation of a product using an abusive exploitation or prevent new competitors to enter into a determined market by means of exclusion practices. In local markets, the effects of these anti-competitive practices usually harm small and medium enterprises that have to invoke the antitrust laws to defend its interests. The mission of competition authorities is to make a foreseeable and comprehensible application of this law.

Frédéric Jenny
Presidente del Comité de la Competencia, OCDE

ÍNDICE

1. ¿Por qué es necesario y útil el Derecho de la competencia?
2. Prácticas y transacciones anticompetitivas
3. Misiones y límites de las autoridades de la competencia
4. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Palabras clave: prácticas predadora de precios, acuerdos de precios, acuerdos de distribución, prácticas de explotación, prácticas verticales, prácticas de exclusión

N.º de clasificación JEL: D40,K21, K42, L12, L40

1. ¿POR QUÉ ES NECESARIO Y ÚTIL EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

1.1. Funciones de un mercado competitivo

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 necesaria en cada hogar, en cada empresa, en cada ciudad y en cada estado.

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 la solución descentralizada, 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, de cárteles, que conducirán a un aprovechamiento ineficaz de los recursos colectivos.

De hecho, la rivalidad entre empresas competidoras 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 beneficio, es decir mercados en los que el valor (para los consumidores) de los bienes o servicios producidos es, a costes parecidos, más importante.

El nivel de los precios en los mercados competitivos, llamados *precios de eficiencia*[1], resultado de la confrontación entre la oferta y la demanda para todo bien o servicio, constituye para las empresas un indicador que les permite orientar sus recursos hacia las actividades de mayor utilidad en términos sociales (ahí donde se supone conseguirán el mayor beneficio). Asimismo, el nivel de los precios informa a los consumidores sobre la relación coste-ventajas de las ofertas de los diversos oferentes de bienes y servicios y les permite recompensar por medio de sus compras, a aquellas empresas que mayores satisfacciones les proporcionan.

Para que el mecanismo de mercado pueda funcionar y permitir que los recursos sean invertidos de forma que satisfagan al máximo a los consumidores, es imprescindible, por un lado, que en cada mercado exista competencia, 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.

Así pues, lo que los economistas llaman la asignación óptima de los recursos depende del comportamiento de las empresas, de que acepten plenamente el juego de la competencia, y este comportamiento dependerá asimismo de la estructura del mercado: el hecho de que haya un número de oferentes suficientes para que todos y cada uno de ellos consideren dado el precio de mercado del producto, de que éstos no encuentren obstáculos para entrar o salir del mercado, de que los factores productivos gocen de perfecta movilidad a largo plazo y de que las empresas y consumidores tengan información perfecta.

El paradigma del mercado competitivo consiste en que el rendimiento económico depende del comportamiento competitivo (precio-aceptante) de las empresas, y éste, a su vez, de las condiciones estructurales existentes en dicho mercado. Este paradigma es la base del Derecho de la competencia.

El primer objetivo del Derecho de la competencia así expresado es de carácter estructural: asegurarse de que el número de empresas y su poder respectivo no se verá artificialmente restringido por fusiones o absorciones anticompetitivas y se lleva a cabo mediante el control de las concentraciones de empresas. El segundo objetivo es asegurarse de que las empresas no utilicen estrategias cuyo objeto sea limitar o falsear el juego de la competencia.

Ahora bien, a pesar de las virtudes de los mercados competitivos hay actividades y situaciones económicas importantes en las que no es aconsejable, o mejor aún, sería ineficiente introducir la competencia. La más conocida de ellas constituye uno de los fallos de mercado más conocido y estudiados: los llamados *monopolios naturales*, y en este caso

[1] La eficiencia requiere que el beneficio marginal (curva de demanda) correspondiente a la producción de una unidad adicional de un bien (beneficio adicional) sea igual a su coste marginal, esto es, igual al coste adicional de la producción de una unidad adicional del bien (curva de oferta). Si el beneficio marginal fuese superior al coste marginal, mejoraría el bienestar de la sociedad produciendo una mayor cantidad de bien y si el beneficio marginal fuera menor que el coste marginal, mejoraría el bienestar de la sociedad reduciendo la producción del bien.

la introducción de la competencia está vedada

En determinadas actividades económicas, un mercado puede estar formado por una o pocas empresas debido a la tecnología utilizada para producir el bien o servicio de que se trate. Sería ineficiente que dos empresas instalaran vías ferroviarias distintas y paralelas para ir de una ciudad a otra, o que tendieran cables eléctricos en las calles de una ciudad de manera que una llevara la electricidad a una casa y otra a la de enfrente. De la misma manera, generalmente es más eficiente que las telecomunicaciones, el agua, el gas, etc., sean suministrados por una única empresa. A estas actividades se les denominó *monopolio natural* debido a que la ausencia de competencia se debe a *causas naturales*. Técnicamente hablando, en los monopolios naturales ocurre que los costes medios de producción disminuyen conforme aumenta la escala de producción (economías de escala) por lo que la competencia no es viable, y por tanto una sola empresa o varias integradas verticalmente pueden producir a costes más bajos que si hubiera varias empresas[2].

¿Qué soluciones tiene el Estado para resolver el problema de los monopolios naturales? La primera solución es la nacionalización, es decir, el Estado se hace con la propiedad de la empresa: es la solución tradicional en Europa donde algunos estados nacionalizaron en su día las compañías eléctricas, telefónicas, ferroviarias, aviación y otras empresas de los llamados servicios públicos. La segunda es la regulación; en lugar de nacionalizar una industria se privatiza, dejándola en manos privadas, pero regulada, en otras palabras se trata de establecer un precio igual a los costes medios, que incluyen un rendimiento normal del capital invertido (de tal manera que la empresa no obtenga ningún beneficio monopolístico). Y la tercera es fomentando la competencia, es decir, aun reconociendo que no puede haber competencia perfecta, la competencia limitada puede acarrear algunos de sus beneficios.

En resumen, en los casos en que la libre competencia no pueda ejercerse técnicamente, la regulación directa de los precios (es decir la aplicación de una regulación por la autoridad) impedirá que el *monopolio natural* abuse de su poder de mercado sobre el consumidor estableciendo precios de monopolio.

Concluiremos este apartado diciendo que 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 el beneficio de todos, con una relación calidad precio inmejorable. El fin, pues, del Derecho de la competencia no es solamente el beneficio de los consumidores, su objetivo es doble, es el excedente de los consumidores y el beneficio de las empresas reguladas, de forma que la suma de ambos sea la máxima posible.

---

[2] La propia naturaleza del coste decreciente de la tecnología impide la existencia de competencia perfecta. Considérese qué ocurriría si se fijara un precio igual al coste marginal (competencia perfecta). En un *monopolio natural* los costes medios son decrecientes y los costes marginales son inferiores a los costes medios. Por lo tanto, si se fijara un precio igual al coste marginal, éste sería menor que los costes medios y la empresa tendría pérdidas (beneficios negativos). Si el Estado quisiera que un monopolio natural produjera en el punto en que el coste marginal fuera igual al precio, tendría que subvencionar a la empresa para contrarrestar estas pérdidas.

1.2. **Contexto del Derecho de la competencia**

Por los motivos anteriormente expuestos, el Derecho de la competencia es un instrumento necesario para el desarrollo económico, pero no es el único instrumento que permite desarrollar la competencia. En primer lugar, es importante que exista un Estado de derecho que aúne previsibilidad, eficacia y seguridad jurídica. De hecho, las transacciones comerciales necesitan de un marco jurídico fiable que permita definir los derechos de propiedad de manera eficaz, y asegurar el respeto a los compromisos contractuales. Es necesario, asimismo, que las normativas que tienen una incidencia económica importante (como el Derecho de quiebra, el Derecho laboral, el Derecho fiscal) sean al mismo tiempo claras y fáciles de aplicar.

En segundo lugar, la política comercial y, en particular la liberalización de los intercambios comerciales entre un país y el exterior, constituye también un potente factor de competencia y de desarrollo económico. La liberalización de los intercambios comerciales es especialmente importante para los países pequeños. Por una parte, ofrece a éstos salidas para sus productos y servicios dado que el tamaño de sus propios mercados internos es demasiado reducido para absorberlos o para desarrollar economías de escala en sus industrias. Por otra parte, permite a estos países obtener en el mercado internacional y a bajo precio, bienes y servicios que ellos mismos no podrían producir en condiciones competitivas de coste y diversidad.

En tercer lugar, para facilitar la defensa de la competencia, también es importante que se eliminen ciertos obstáculos legislativos o reglamentarios que restringen inútilmente la libertad de comercio. La revisión de leyes y decretos con objeto de determinar si los objetivos que persiguen estos textos se pueden alcanzar con medidas menos restrictivas para la libertad de la competencia, proceso conocido como *reforma reglamentaria*, contribuye de forma muy intensa al desarrollo de la competencia.

En cuarto lugar, la apertura a la competencia de ciertos sectores que tradicionalmente han sido *monopolios naturales*, como es el caso de las llamadas *industrias de red*[3], (las telecomunicaciones, la electricidad o el transporte ferroviario), permite mejorar la eficacia de la producción de estos servicios, reducir sus costes, y como consecuencia de ello, aumentar la competitividad de las empresas que utilizan esos servicios y de la economía en general. La reforma iniciada para

---

[3] El conjunto de actividades económicas que se encuentra en estas industrias de red es bastante amplio. Cabe citar el suministro de energías finales (electricidad, gas o productos petrolíferos), el transporte (aéreo, carretera o ferrocarril), las telecomunicaciones, el suministro de agua, los servicios postales o la gestión de aguas residuales. Una de las características comunes de estos sectores es que se asientan sobre una infraestructura física, o red, cuyo uso está sujeto a rendimientos de escala crecientes. Nos referimos a los oleoductos, gasoductos, líneas de transporte de electricidad, infraestructuras ferroviarias y carreteras. Este elemento común ha dado lugar a la noción de industria de red. Tal concepto viene siendo utilizado de manera cada vez más extensa y, en consecuencia, también más ambigua, desbordando la noción de monopolio natural. Así, en términos generales, se aplica a infraestructuras o redes compartidas por oferentes y demandantes múltiples, cuyo acceso es preciso para la provisión del servicio. Las características técnicas de tales infraestructuras son muy variadas. Por ejemplo, las redes pueden generar externalidades de diferente tipo (positivas o negativas, de consumo o costes), mostrar (o no) rendimientos de escala, ser un monopolio de *facto* o estar sujetas a la competencia de otras redes (telefonía móvil frente a fija), o de otros activos sustitutivos (carretera frente a ferrocarril). (N. del E.)

abrir a la competencia los antiguos servicios públicos, también llamados servicios de interés económico general (técnicamente *industrias de red*) han incluido alguna de las citadas áreas.

Por lo tanto, el Estado dispone de toda una gama de instrumentos complementarios para fortalecer el juego de la libre competencia en los mercados.

1.3. **Objetivos del Derecho de la competencia**

En la mayoría de los países que disponen de un Derecho de la competencia, el principal objetivo explícito de este derecho es la protección de lo que los economistas denominan el *excedente del consumidor*[4]. Esto implica que queden prohibidas las prácticas (por ejemplo los acuerdos ilícitos) o las transacciones (por ejemplo las concentraciones) cuyo objetivo o cuyo posible efecto sea el aumento de los precios, así como también las acciones susceptibles de frenar la innovación. Este objetivo es coherente con el análisis económico que demuestra que el mercado competitivo tiene precisamente la ventaja estática de forzar a las empresas a mejorar la relación calidad-precio de sus ofertas y mejorar su eficacia, esto es, lograr precios eficientes y la ventaja dinámica de propiciar una innovación permanente.

Pero más allá de los objetivos económicos, hay que hacer constar que el Derecho de la competencia también persigue con frecuencia objetivos de índole sociopolítica.

En efecto, el Derecho de la competencia europeo tiene dos objetivos: por un lado, asegurar el bienestar de los consumidores y, por otro, unificar el mercado europeo eliminando las barreras en el comercio entre Estados miembros. De hecho, los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican solamente cuando el comercio entre dos o más Estados miembros se ve afectado por prácticas que atañen a dichos artículos. Además, hasta tiempos aún recientes, el Derecho de competencia europeo trataba las prácticas verticales con una cierta severidad (los acuerdos exclusivos de distribución, por ejemplo), no tanto porque limitasen la defensa de la competencia (aunque de hecho puedan reducir sustancialmente la competencia en el ámbito de la distribución), sino sobre todo porque contribuyen a separar los mercados de los Estados miembros (al tender los productores a elegir un distribuidor exclusivo en cada Estado miembro y mantener políticas de venta diferenciadas entre estos estados).

Con frecuencia, el Derecho de la competencia se utiliza para satisfacer otros objetivos secundarios tales como la protección de las empresas nacionales, el mantenimiento del empleo, la defensa de

---

[4] La curva de demanda de un consumidor representa la cantidad que estaría dispuesto a pagar por la primera unidad de bien consumida, por la segunda, por la tercera, etc. Como es bien sabido, la utilidad marginal (o disposición marginal a pagar) disminuye conforme aumenta la cantidad consumida. La cantidad total que está dispuesto a pagar por, sean 10 unidades, es el área situada debajo de la curva de demanda hasta la décima unidad. Pero la cantidad que tiene que pagar realmente es mucho menor, es el número de unidades que se consumen por el precio fijo de mercado. El excedente del consumidor es la diferencia entre los dos conceptos (áreas si usamos el cálculo aritmético). Existe un excedente del consumidor, siempre que el consumidor tiene que pagar únicamente un precio fijo por todos los artículos que compra. El hecho de que las curvas de demanda tengan pendiente negativa significa que las primeras unidades que compra son más valiosas que la unidad marginal; estaría dispuesto a pagar más por estas primeras unidades que por la última (N. del E.)

determinados competidores nacionales, la defensa de las pymes, las transiciones en época de crisis, la promoción del comercio exterior, etc.

En algunos casos, ciertos comportamientos anticompetitivos se benefician de una exención de la prohibición de las prácticas anticompetitivas cuando contribuyen a dichos objetivos secundarios. De hecho, algunos derechos nacionales de la competencia permiten a determinados carteles, acuerdos entre pymes o a algunos acuerdos entre exportadores, beneficiarse de una exención. Asimismo, algunos derechos nacionales, pueden permitir concentraciones anticompetitivas si contribuyen al mantenimiento del empleo o a la mejora de la competitividad de las empresas involucradas frente a sus competidores extranjeros, etc.

En otros casos, la satisfacción de objetivos secundarios se desvirtúa. El primer ejemplo que viene a colación y que actualmente es objeto de una viva discusión en Europa, es el de la interpretación de las disposiciones que prohíben los abusos de posición dominante. Este tipo de disposición legal no da en general una definición exhaustiva de las prácticas prohibidas. A partir de ahí, las autoridades de la competencia o los tribunales poseen cierto margen de libertad al determinar lo que constituye una práctica abusiva prohibida. Esta libertad se utiliza a veces para considerar como prohibidas ciertas prácticas de la empresa dominante que son a lo sumo desleales, que dificultan la actividad económica de los competidores, pero que sin embargo no son necesariamente prácticas anticompetitivas desde el punto de vista del análisis económico. Así, el hecho de que una empresa dominante rebaje su precio de venta por debajo de sus costes totales para alinearse con los de un nuevo competidor, se considera a veces como práctica abusiva. Prohibir esta práctica puede entenderse si uno de los objetivos (tácito cuanto menos) del Derecho de la competencia es el de proteger a los competidores, pero es más difícil de concebirse si el objetivo del Derecho de la competencia es simplemente el de salvaguardar el interés de los consumidores.

Cuando un derecho de la competencia tiene varios objetivos, su aplicación implica un riesgo de incoherencia en las decisiones. Además, dada su complejidad, un derecho de la competencia plagado de objetivos múltiples es a menudo difícil de entender y aplicar por las empresas. Esta complejidad y las incoherencias en su aplicación perjudican a su eficacia.

Todo ello no significa, claro está, que los objetivos sociopolíticos de promoción de la competitividad de las empresas nacionales o de protección de las pymes no sean legítimos. Al contrario, sugerimos aquí que la satisfacción de dichos objetivos ha de buscarse mediante instrumentos específicos (por ejemplo mecanismos de incentivos a la investigación para favorecer la innovación o mecanismos de redistribución) en vez de utilizar un Derecho de la competencia cuya finalidad debería fundamentarse exclusivamente en la teoría económica y jurídica.

2. PRÁCTICAS Y TRANSACCIONES ANTICOMPETITIVAS

2.1. Categorías de prácticas anticompetitivas

Veamos ahora las prácticas y las transacciones anticompetitivas que, a escala

local, pueden afectar al poder adquisitivo de los consumidores o bien a la eficacia económica.

Las prácticas anticompetitivas pueden clasificarse en dos categorías principales:

1) aquellas por las cuales las empresas que disponen de un poder de mercado ya sea por sí solas o colectivamente, *explotan* a los consumidores reduciendo de forma artificial la relación calidad precio de sus productos;
2) aquellas por las cuales las empresas que disponen de un poder de mercado ya sea por sí solas o colectivamente, *excluyen* la competencia real o potencial de otras empresas.

En el apartado de prácticas de *explotación*, encontraremos, por ejemplo, el acuerdo sobre precios al que llegan varios competidores para mantener sus precios a un nivel supra competitivo y maximizar los beneficios. Para alcanzar el resultado deseado, deberán protegerse ante la entrada de nuevos competidores (atraídos por las oportunidades de beneficios extraordinarios). Para lo cual habrán de colocarse ciertas barreras de entrada ya sean estructurales o estratégicas. Pero también será necesario que los participantes en el acuerdo limiten la oferta para fijar y mantener precios elevados decididos de mutuo acuerdo, superiores, claro está, a los costes marginales. Así pues, el acuerdo de precios irá acompañado a menudo con acuerdos de reparto del mercado, de restricción de la oferta y asignación de cuotas de producción.

Los consumidores se ven claramente penalizados por tales prácticas ya que sólo van a disponer de un abastecimiento reducido, a un precio superior al que habría sido el precio competitivo. De hecho, estas prácticas penalizan a los consumidores de dos formas: por una parte, algunos habrán de renunciar a la adquisición de algún bien, y, por otra, los que sigan adquiriéndolo, lo pagarán más caro de lo que lo hubieran hecho si las empresas no se hubieran aliado.

Numerosos estados consideran que dichas prácticas son contrarias *per se*, por su propia naturaleza, al interés de los consumidores, sin que la autoridad de la competencia tenga que demostrar en cada caso la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

También se consideran prácticas de *explotación*, aquellas por las cuales las empresas que poseen una situación dominante o de monopolio reducen de forma deliberada su nivel de producción y favorecen la escasez para que el consumidor pague un precio sensiblemente superior al que podría existir en caso de que hubiese competencia. Estas prácticas tienen, de hecho, el mismo objetivo y el mismo efecto que las prácticas de cárteles mencionadas más arriba.

Sin embargo, las autoridades de la competencia no persiguen estas prácticas con el mismo empeño que el utilizado con los acuerdos horizontales anticompetitivos.

Hay dos explicaciones a este fenómeno. En primer lugar, es más difícil averiguar que una empresa con posición dominante hace pagar un sobreprecio a sus clientes (en comparación con lo que estos pagarían si hubiese competencia), que demostrar que las empresas han llegado a acuerdos anticompetitivos. De hecho, cuando algunas empresas se alían para impedir que los precios bajen, es obvio que si no hubiese habido entendi-

miento o acuerdo, la bajada de precios habría sido un hecho, de forma que la prueba de la finalidad y de la potencialidad del efecto anticompetitivo de esta práctica puede deducirse de su propia observación. En cambio, cuando consideramos el precio aplicado por una empresa con posición dominante, teniendo en cuenta el hecho de que dicha empresa no tiene ninguna obligación de abusar de su poder de dominio, no se puede deducir desde la mera constatación del precio, si este es superior al que prevalecería si la competencia funcionara. La autoridad de la competencia es quien tiene que demostrar que el precio observado es superior al competitivo, lo cual suele resultar harto difícil.

En segundo lugar, en caso de haber detectado una práctica de acuerdo de precios o de distribución del mercado, la autoridad de la competencia podrá ordenar a las empresas requeridas abstenerse de todo contacto futuro entre sí. En cambio, el requerimiento hecho a una empresa en posición dominante, de abstenerse en un futuro a establecer precios diferentes a los que resultarían de una situación de competencia efectiva, sería más complejo de controlar y podría implicar el riesgo para la autoridad de la competencia de tener que ejercer una auténtica regulación de los precios practicados por la empresa concernida.

Las prácticas verticales se refieren a pactos entre empresas situadas en diferentes niveles de la cadena de valor (por ejemplo entre un productor y sus distribuidores). Según qué casos, pueden incluirse en la categoría de los acuerdos voluntarios (en caso de un acuerdo de distribución, por ejemplo) o bien en la de las prácticas abusivas de empresas con poder de mercado (en caso de imposición de precios de venta, por ejemplo). Estas prácticas se considerarán asimismo anticompetitivas cuando se traduzcan en un encarecimiento artificial de los precios para el consumidor.

Las prácticas de *exclusión* pueden también proceder de un pacto (por ejemplo en el caso de los miembros de un cártel), del abuso de una empresa con posición dominante (por ejemplo por la negativa a vender o acceder a una red o instalación esencial, o bien por la concesión de ciertos tipos de descuentos) o de contratos verticales (que incluyan, por ejemplo, cláusulas de exclusividad). Estas prácticas son anticompetitivas en la medida en que prohíben de forma artificial el acceso a un mercado de competidores potenciales o bien se dirigen a mantener en el mercado a los competidores ya existentes. Pero, calificarlas como prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia es a veces muy difícil de dictaminar, sobre todo, cuando provienen de una empresa que goza de una posición dominante. Así pues, existe un doble riesgo para la autoridad de la competencia: por un lado, el de impedir que una empresa con posición dominante responda a una agresión competitiva y, por otro, el riesgo de confundir la protección de los competidores con la protección de la competencia.

Sea como fuere, los efectos de las prácticas de exclusión no solamente se oponen a la libertad del comercio e industria, sino que reducen de forma artificial las oportunidades de los competidores, y a largo plazo, se traducen en un debilitamiento de la competencia estructural y, por tanto, de la relación calidad-precio para los consumidores.

Finalmente, las concentraciones de empresas pueden tener como consecuencia, y a veces como objeto, debilitar de forma duradera la competencia estructural. La autoridad de la competencia suele mirar con mayor suspicacia al crecimiento externo (la concentración) que al interno, ya que cuando una empresa adquiere una parte importante del mercado por su crecimiento interno, es porque sirve mejor que sus competidores al consumidor, mientras que cuando una empresa adquiere una posición dominante por crecimiento externo, elimina a sus competidores. En la mayoría de los países que contemplan disposiciones sobre concentraciones, estas operaciones se controlan en el mismo momento en que el proyecto de concentración se materializa, para evitar que se realicen operaciones estructurales difícilmente reversibles.

2.2. **Las prácticas anticompetitivas a escala local**

Las prácticas anticompetitivas se encuentran a menudo en el plano local, en una región o incluso en una ciudad. En primer lugar, pueden afectar a la competitividad de las industrias locales; en segundo lugar, pueden tener como efecto la disminución de los ingresos reales de los consumidores.

En el apartado de prácticas que afectan a la competitividad de las industrias locales, podemos nombrar en primer lugar a las que afectan al sector del transporte. En un cierto número de países o de regiones, los acuerdos de precios entre compañías de transporte marítimo o de transporte por carretera disminuyen la competitividad de los productos exportados e incrementan los costes de las industrias que utilizan productos importados. Otro tanto ocurre con los acuerdos de precios y de distribución de mercados entre las empresas de logística de productos industriales o con los abusos de posición dominante de los gestores de infraestructuras esenciales tales como puertos, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, empresas de almacenamiento, etc.

Pero las prácticas anticompetitivas que afectan a la competitividad de las industrias locales, también incluyen los servicios externos a las empresas. De hecho, el tejido de empresas locales puede verse afectado por acuerdos regionales entre bancos, corredurías de seguros o servicios profesionales (abogados, peritos topógrafos, etc.).

En el sector de materiales de construcción (cemento, hormigón, conglomerado), los acuerdos de precios, de distribución del mercado o los intentos de exclusión de los competidores penalizan a las industrias básicas como la construcción, la ingeniería civil, la construcción de infraestructuras y el turismo. Dichas alianzas son particularmente frecuentes en los procesos de licitaciones y contratos para obras públicas.

En cuanto a la competencia en el sector agrario, se ve frecuentemente afectada por las prácticas anticompetitivas en los mercados de productos y servicios que conforman su consumo intermedio, como lo son por ejemplo, la producción y la distribución de los abonos químicos, la distribución de productos derivados del petróleo, la distribución de automóviles o de tractores.

Por otra parte, las prácticas anticompetitivas pueden afectar, como se ha reiterado, al poder adquisitivo de la ciudadanía.

De hecho, se observan con frecuencia estas prácticas en el sector de productos agrícolas y alimenticios, con acuerdos abusivos en los precios de producción o en la distribución de productos básicos (leche, carne, pollo, harina, pan, café.)

Asimismo, en el sector de bebidas (cervezas, bebidas gaseosas, bebidas alcohólicas), una fuerte concentración horizontal y cláusulas anticompetitivas en los contratos de distribución (como exclusivas de distribución, precios de venta impuestos, prohibición de utilizar ciertos equipamientos como frigoríficos, por ejemplo, para vender productos de la competencia, etc.) producen un encarecimiento de los precios al consumo y una merma en las posibilidades de elección del consumidor.

La distribución de productos de gran consumo, también se ve afectada y penalizada por las prácticas anticompetitivas. En este apartado, anotaremos los boicots colectivos de los distribuidores tradicionales de una región o de una ciudad hacia los proveedores que venden productos de marca a grandes distribuidores o a almacenes de descuento, y la negativa de proveedores a vender a distribuidores que aceptan el juego de la competencia.

El automóvil y la vivienda son materia de inversión o de gasto particularmente importante en los presupuestos de las economías domésticas, por tanto las prácticas anticompetitivas en estos sectores los penalizará de forma especial. Estas prácticas son a menudo acuerdos verticales restrictivos en la distribución del automóvil, acuerdos de precios en el ámbito local entre distribuidores de derivados del petróleo y acuerdos de distribución del mercado entre agentes inmobiliarios de una ciudad o de una región.

Para resumir, las prácticas anticompetitivas en los sectores del transporte y de los servicios, que como acabamos de ver pueden deteriorar la competitividad de las empresas locales, también pueden afectar de forma grave al bienestar de los hogares, al incidir en el transporte de pasajeros (autobús, taxi, autocares, transporte aéreo) o en los servicios profesionales a particulares (agentes de seguros, agentes inmobiliarios, funerarias, agencias de viajes, etc.).

3. MISIONES Y LÍMITES DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

3.1. Misiones

Las misiones son numerosas y no se atienen solamente a la aplicación del derecho aunque la importancia de ésta sea fundamental. Pueden ser reunidas en cuatro categorías.

Misión informativa y divulgativa

La primera misión de una autoridad de defensa de la competencia, como la que se ha creado recientemente en los nuevos Estados miembros, es la de dar a conocer y, más aún, la de hacer que el ciudadano comprenda que el Derecho de la competencia es un derecho protector de la libre empresa y de los derechos de los consumidores. Dado que este derecho suele ser muy técnico y con frecuencia da lugar a interpretaciones erróneas o interesadas, es preciso llegar a los distintos colectivos sociales con un enfoque pedagógico adaptado a la singularidad de cada uno de ellos.

Como quiera que los consumidores y organizaciones de consumidores tienden a menudo a interpretar la regulación pública de precios como un instrumento de justicia social, han de llegar a comprender en qué medida la combinación de libertad de precios y defensa de la competencia hace que se beneficien a la larga de una variedad mayor de productos y a menor precio.

Ha de emprenderse una acción educativa específica dirigida a las empresas y sus representantes. Las empresas cometen con frecuencia el error de ver en el Derecho de la competencia otra intrusión penalizadora del poder público en el libre juego del mercado. Esto les hace obviar el hecho de que las primeras víctimas de las prácticas anticompetitivas adoptadas por empresas con cierto poder de mercado son otras empresas (clientes o proveedores), tal y como lo demuestran algunos de los ejemplos que hemos presentado. Así pues, es necesario difundir el mensaje de que las empresas que han sido víctimas de prácticas anticompetitivas (pymes la mayoría) pueden, merced al Derecho de la competencia, hacer valer sus derechos y recobrar su competitividad.

Las asociaciones profesionales merecen una atención informativa y pedagógica especial. Muchas veces estos organismos profesionales han servido de tapadera a prácticas habituales anticompetitivas de sus miembros; en otros casos, han sido los mismos organismos quienes, pendientes de promover el interés corporativo de sus miembros, provocaron conductas anticompetitivas en detrimento del interés público. Resulta por tanto imprescindible hacerles comprender que, desde el mismo momento en que el poder público se introduce en la vía de la promoción de la competencia, tarde o temprano tendrán que modificar su comportamiento y sus perspectivas.

No es de extrañar que el colectivo más reacio al Derecho de la competencia, al que frecuentemente ha de enfrentarse la autoridad, sea el de los funcionarios públicos, puesto que ejercen un poder sectorial de tutela y creen en las virtudes del intervencionismo del Estado en la marcha de la economía y en las decisiones empresariales. Hay que transmitir a este colectivo, que si bien la regulación se justifica, sin duda alguna, en el deseo de promover y defender ciertos objetivos políticos y sociales esenciales, que debido a los fallos del mercado no quedarían protegidos satisfactoriamente, se imponen ciertos límites a dicha acción reguladora. En efecto, ésta habrá de ser llevada a la mínima expresión necesaria para alcanzar los objetivos buscados y no falsear indebidamente los mecanismos del mercado. El Derecho de la competencia no está necesariamente en contra de la regulación económica (sobre inversiones, precios, etc.) o de la regulación social (medio ambiental, discriminación positiva, etc.), sino que tiene una clara tendencia a hacer que la regulación sectorial no ponga trabas abusivas o inútiles a los mecanismos de los mercados libres y competitivos. El objetivo primordial del Derecho de la competencia es actuar preventivamente y tratar de impedir *a priori* que surjan conductas que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia.

Muchas veces, los responsables políticos desconfían de la competencia y del Derecho de la competencia al que perciben, más como una institución ultraliberal que debilita y hace precarias las situaciones individuales, que como un instrumento

cuyo fin es promover el crecimiento económico global. Es muy importante recordar a este colectivo que el desarrollo económico está directamente relacionado con el crecimiento del comercio internacional, con el recrudecimiento de la competencia mundial y con la búsqueda de una mayor eficacia económica. Si analizamos de forma precisa la historia económica reciente de países como Japón o Corea del Sur, resulta a todas luces notorio que su crecimiento se realizó gracias a sus industrias exportadoras (automóvil, ordenadores, producción de televisores, de videojuegos etc.), esto es, las que más directamente están expuestas a la presión de la competencia internacional, y no gracias al crecimiento de las industrias favorecidas por los poderes públicos con políticas industriales *ad hoc* y medidas proteccionistas (como por ejemplo, la siderurgia, la farmacia o la energía.)

Un último colectivo que es objetivo importante del Derecho de la competencia es el de los letrados y, más concretamente el de los abogados expertos en denunciar o defender casos ante los tribunales de competencia. Dado que asesoran a las empresas o a sus organismos representativos, y dado que suelen tratar con la autoridad de la competencia, han de comprender la especificidad y relevancia de esta rama del derecho, que integra en una fusión mutuamente enriquecedora el análisis económico y el jurídico.

Misión justificativa

La segunda misión de importancia de la autoridad de la competencia es la que consiste en hacer que la aplicación del derecho sea al mismo tiempo previsible y comprensible. Este cometido es tanto más notable por cuanto en muchos países europeos, las disposiciones contra los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante son generalmente breves y poco explícitos respecto a las prácticas prohibidas. El motivo de semejante brevedad, o de su carácter elíptico, reside en que el análisis económico sugiere que una misma práctica puede tener, según el contexto, efectos pro-competitivos y en otras circunstancias, efectos anticompetitivos. Por ejemplo, el hecho de que una empresa practique precios bajos favorece generalmente la competitividad en la medida en que precisamente, uno de los objetivos del Derecho de la competencia es la optimización de la relación calidad-precio para los consumidores (esta relación será mayor si a calidad similar, las empresas fijan precios más bajos). Pero en algunos casos, la empresa en posición dominante fijará precios inferiores a sus costes marginales con la mera intención de arruinar a la competencia o disuadir a las empresas que intentan penetrar en el mercado en cuestión, para después, una vez eliminados tanto los competidores reales como los potenciales, esto es, después de haber conjurado el peligro de *intrusión* en su mercado, proceder a una subida de precios, esto es, fijar precios monopolísticos. Esta práctica de precios bajos también, llamada práctica *predadora* de precios, tendrá como objetivo y como efecto en este caso, el desanimar todo intento de competencia en el mercado. Será por tanto una práctica anticompetitiva y habrá de ser castigada y corregida.

Para descubrir si una práctica es o no es anticompetitiva, la autoridad de la competencia deberá, por tanto, proceder al análisis económico del contexto en el

que se desarrollan las prácticas empresariales.

Este análisis, de elevada complejidad técnica, habrá de exponerse de la forma más clara posible en las decisiones que adopte la autoridad de la competencia, para que, por un lado, las empresas implicadas puedan entender por qué motivos sus prácticas fueron consideradas anticompetitivas, y por otro lado, para que las empresas que pretender adoptar semejantes prácticas puedan comprender en qué medida constituirían una violación de la ley.

Cuando el contexto es especialmente complejo, como por ejemplo en supuestos de abuso de posición dominante o de prácticas verticales que limitan la competencia, podría resultar útil que la autoridad de la competencia publicara unas directrices, tal y como lo hace la Comisión de las Comunidades Europeas, con el fin de dejar claro a los potenciales transgresores los principios jurídicos y económicos que les serán aplicados.

Misión de eficiencia

La tercera misión de la autoridad de la competencia, es buscar la mayor eficiencia para gestionar sus recursos según las funciones que le vayan a ser encomendadas.

Para ello, resulta de cierta utilidad que la autoridad de la competencia seleccione con mimo los casos en los que decida intervenir. Al tener limitaciones en razón a sus recursos disponibles, la autoridad de la competencia no puede, en general, permitirse perseguir de forma simultánea todas las prácticas anticompetitivas que caen bajo su jurisdicción. Son muchos los criterios que debe tomar en consideración para evaluar la relación costes-ventajas de la persecución de las prácticas que le han sido encomendadas (por ejemplo la nueva jurisprudencia de cada caso, su pertinencia económica, la facilidad o la dificultad en reunir pruebas de la práctica o de sus efectos, etc.) Estos criterios permiten a la autoridad de la competencia establecer sus prioridades.

Al comienzo de su actividad, cuando la autoridad de la competencia aún no ha demostrado ni su legitimidad ni su eficacia, puede resultarle de cierta utilidad concentrarse en prácticas cuyo carácter nocivo resulte evidente para el público, en prácticas desarrolladas en sectores que afecten al mayor público posible o en prácticas susceptibles de interesar a la prensa. Este enfoque permitirá que la autoridad de la competencia consiga con mayor rapidez convencer a la sociedad de la utilidad de la represión de estas prácticas y de la legitimidad de su misión. En otras palabras, puede resultar mucho más útil empezar castigando acuerdos de precios entre fontaneros, instaladores de gas o taxis que reprimiendo un abuso de posición dominante en el mercado de rodamientos de bolas (tema complejo en un sector poco conocido).

Misión disuasoria

Finalmente, la cuarta misión de la autoridad de la competencia es la de disuadir con efectividad las prácticas anticompetitivas. Para ello, habrá de emplear una política de sanciones de las prácticas anticompetitivas apropiada, dentro de un techo legal cuyo tope tendría que denunciar si considerase insuficientes las sanciones.

3.2. **Limitaciones a las competencias de las autoridades**

Para terminar, sería ciertamente útil recordar que, por efecto del progreso en las tecnologías y de la liberalización del comercio nacional e internacional, los mercados de bienes y servicios están tendiendo a integrarse económicamente entre regiones de un mismo país, entre países de un mismo continente y entre continentes de forma vertiginosa. Una de las consecuencias que provoca esta integración económica de los mercados es que las empresas de cualquier país o región, en adelante, deberán operar en numerosos mercados regionales o nacionales.

El auge del comercio internacional permite que países pequeños sobrevivan y se desarrollen, abriendo el abanico de mercados para sus productos nacionales y abasteciéndose en los mercados internacionales a precios más competitivos. Por otra parte, el florecimiento del mercado internacional tras la II Guerra Mundial ha tenido como secuela la multiplicación de estados (de un centenar de estados a mediados del siglo pasado, hemos pasado a unos doscientos hoy día). Así pues, mientras que los mercados económicos se han ido integrando, el orden jurídico mundial se ha fragmentado por efecto de la multiplicación del número de países. Esta evolución ha tenido dos consecuencias en el campo del Derecho de la competencia.

La primera de ellas ha sido una cierta merma en la soberanía de las autoridades de la competencia nacionales. Aunque estas autoridades tienen poder para sancionar las prácticas anticompetitivas cuyos efectos se producen en el territorio físico del país en que están establecidas, no siempre este poder de *derecho* puede ejecutarse, sobre todo cuando las prácticas anticompetitivas observadas en sus mercados nacionales provienen de empresas instaladas allende el propio país. De hecho, no pueden utilizar su poder de investigación para reunir las pruebas que necesitarían para aplicar su derecho nacional fuera del país en que estén establecidas.

La segunda consecuencia es un corolario de la primera. Aunque todos los países gocen de un Derecho de la competencia, algunas prácticas anticompetitivas transnacionales quedarán impunes ya que afectarán a los consumidores de un país donde la autoridad de la competencia no podrá sancionarlos, al no haber podido reunir las pruebas necesarias contra ellas. Por ejemplo, un cártel de exportación formado por empresas norteamericanas que exportara a un país europeo no podría ser sancionado si la autoridad competente del país europeo no consigue reunir las pruebas que demuestran la alianza ilícita de la que son víctimas sus consumidores. En este ejemplo, las pruebas necesarias para condenar al cártel se hubieran podido encontrar en los Estados Unidos, país en donde las empresas se aliaron para limitar la competencia a la exportación. Pero desgraciadamente la autoridad de la competencia del país europeo que ha sido perjudicado no tiene medios para proceder a una investigación.

Sin embargo, cuando se dan prácticas anticompetitivas transnacionales por parte de empresas sitas en un Estado miembro de la Unión Europea, que afectan a los consumidores de otro Estado miembro, la Comisión Europea está facultada para investigar en todos los países de la Unión, puesto que es competente en el tratamiento de las infracciones que afecten al comercio entre Estados miembros. Desafor-

tunadamente, el problema persiste cuando las prácticas anticompetitivas afectan a un Estado miembro pero proceden de empresas afincadas fuera de la Unión Europea.

Este problema se le puede plantear con más frecuencia a una autoridad de la competencia regional, ya que los consumidores de dicha región pueden ser víctimas de prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por parte de empresas situadas en otra región del mismo país o en un país extranjero no perteneciente a la Unión Europea.

La única forma que tienen hoy día las autoridades de la competencia de resolver este problema es mediante la firma de acuerdos de cooperación con otras autoridades nacionales y regionales. Gracias a estos acuerdos, la autoridad de la competencia de un país o de una región podría pedir ayuda a la autoridad de la competencia de otro país o de otra región, para poner punto final a una práctica transnacional de la que los consumidores del país o de la región demandante fueran víctimas.

La cooperación internacional entre autoridades de la competencia tiene por tanto una importancia vital en la aplicación de los derechos nacionales.

4. **CONCLUSIÓN**

Tras esta breve descripción de la finalidad del Derecho de la competencia, del papel de las autoridades de la competencia y de los retos que les esperan, es preciso augurar los mayores éxitos a la autoridad vasca de la competencia que recientemente ha comenzado su andadura.

La preservación de la competencia en los mercados es un elemento esencial del florecimiento de la democracia económica que a su vez es un componente fundamental de la democracia política, por ello queremos subrayar la importancia y la nobleza de la tarea que aguarda a las nuevas Autoridades de la Competencia regionales, como es el caso de Euskadi.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUSICK, P., ÁLVAREZ, A., CERNAT, L. (2005): *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (with P. HORNA). Geneve (Suise): United Nations, 2005.

EHLERMANN, C.D., GOSLING, L. (2000): *European Competition Law Annual 1998: Regulating Communications Markets.* Portland, Oregon (USA): Hart Publishing.

FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1994): *Antitrust in a Global Economy.* New York (USA): Juris Publishing.

HAWK, B.E. (1999): International Antitrust Law and Policy. New York (USA): Juris Publishing Inc.

JENNY, F., WEBER, A. (1976): *L'entreprise et les politiques de concurrence.* Editions d'Organisation.

LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES (2001): *L'environnement economique international et les autorités de concurrence. Rapport Public.* Paris (France): La Documentation Française.

Economía y Defensa de la competencia: una visión general

La Política de Defensa de la competencia (PDC), una materia esencialmente económica, se nutre de la Economía, cuya perspectiva es fundamental para definir situaciones, cuantificar efectos, orientar y analizar casos que son objeto de estudio por las autoridades de defensa de la competencia. El artículo examina tres aspectos destacados de la PDC. En primer lugar, se analizan las relaciones entre competencia y economía en las escuelas de pensamiento más relevantes, el paradigma clásico, la escuela neo-clásica y la escuela austriaca. En segundo lugar, se exponen algunas de las aportaciones del análisis económico a la definición y orientación de la PDC. En tercer lugar, se reflexiona sobre la aplicación de varios conceptos económicos y técnicas de análisis al estudio de casos, un campo donde últimamente se están realizando interesantes contribuciones.

«Lehiaren defentsarako politika (LDP), funtsean ekonomikoa den gaia, Ekonomiaz elikatzen da, horren ikuspegia ezinbestekoa baita egoerak definitzeko, eraginak zenbatzeko eta lehiaren defentsarako agintariek ikerketarako helburu dituzten egoerak orientatu eta aztertzeko. Artikuluak aztertu egiten ditu lehiaren defentsarako politikaren garrantzitsuak diren hiru alderdi. Lehenbizi, lehia eta Ekonomiaren arteko harremanak aztertu egiten dira garrantzi handien duten pentsamendu-eskolen bitartez, paradigma klasikoa, eskola neoklasikoa eta Austriako eskola. Bigarrenez, azterketa ekonomikoaren ekarpen batzuk LDPren definizio eta orientabidera azaldu egiten dira. Hirugarrenez, zenbait ekonomia kontzeptu eta azterketa teknika batzuk egoerak aztertzeko aplikatzeari buruzko hausnarketa egiten da. Alor honetan ekarpen interesgarriak egiten ari dira aspaldion».

The Antitrust policy, an essentially economic subject, lives on Economy, and its perspective is fundamental in order to define situations, to quantify effects, to guide and to analyze the cases that are subject of study by the Antitrust authorities. This article examines, first of all, the relationships between competence and economy within the schools of high outstanding thoughts, the classic paradigm, the neoclassic school and the Austrian school. Then, some results of the economic analyses are exposed to the definition and to the orientation of the Antitrust policy. Finally, some reflections are given about the application of different economic concepts and analysis techniques to case studies, a field where interesting contributions are made lately.

Fernando Varela Carid[1]
Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

ÍNDICE

1. Introducción
2. Fundamentos económicos de la Política de Defensa de la competencia
3. Análisis económico, definición y orientación de la Política de Defensa de la competencia
4. Técnicas analíticas aplicadas al estudio de casos
5. Conclusiones
Referencias bibliográfícas

Palabras clave: competencia, eficiencia económica, política de competencia, mercado relevante, poder de mercado

N.º de clasificación JEL: D40, C10, L40

1. **INTRODUCCIÓN**

En los últimos años se viene asistiendo a una creciente importancia de la Política de Defensa de la competencia (PDC), 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. Esta tendencia tiene lugar no sólo en España, donde se está llevando a cabo una reforma de la norma básica de defensa de la competencia y una notable descentralización al nivel autonómico, procesos ambos significativos a este respecto, sino también en la Unión Europea y en el resto de mundo. Hoy día, más de cien 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.

La clave de ese reconocimiento y de la creciente ampliación de la esfera de influencia de la PDC, hay que buscarla en la aplicación objetiva y transparente de unos principios claros de amparo y protección de la competencia misma, que es tanto como decir de amparo y protección del correcto funcionamiento de los mercados, a medida que se han ido abandonando otras motivaciones más relacionadas con efectos políticos de mediano o corto plazo, la protección de grupos económicos más o menos influyentes y otros propósitos para los que la PDC no resulta eficaz, como puede suceder, por ejemplo, con determinados objetivos de política industrial estratégica.

[1] Vocal del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y técnico comercial y economista del Estado. Las opiniones vertidas en este trabajo son totalmente personales y no pueden atribuirse en ningún caso al citado tribunal.

Abandonado a sí mismo, el mercado puede producir desigualdad, ineficiencia e incluso un notable menoscabo de los valores sociales más preciados. El poder público debe intervenir para tratar de modificar esos resultados no deseados. La PDC no puede enfrentarse por sí sola a todos esos problemas, ni siquiera es la única medida de política económica para promover la competencia, pero sí es cierto que es una herramienta poderosa para mejorar la eficiencia económica y estimular un buen funcionamiento de los mercados si se aplica con criterios de independencia, respeto a la legalidad y protección de los intereses económicos generales.

No puede negarse que las decisiones que afectan a la competencia tienen importantes repercusiones políticas, porque, como señala Fernández Ordóñez[2], dan o quitan poder económico, que muchas veces es también la base del poder político. Sin embargo, lo que se defiende en este artículo es que la política de defensa de la competencia, continuará ganando reconocimiento social, arraigo entre los agentes económicos y resultados apreciables en la medida en que centre sus esfuerzos en la promoción objetiva e independiente de la competencia en los mercados, con el propósito decidido de lograr la máxima eficiencia económica, al margen de consideraciones políticas más o menos circunstanciales.

En este artículo se exploran de un modo sucinto las relaciones entre Economía y la PDC, que son, naturalmente, muy estrechas al ser esta última una política de naturaleza esencialmente económica, por más que en España esta materia se enfoque casi siempre desde una perspectiva jurídica.

La imbricación del análisis económico, en sus distintas facetas, y la PDC es obviamente enorme y son numerosos los aspectos que podrían contemplarse al respecto. Un tratamiento detenido de cada uno de esos aspectos está fuera de la dimensión y objetivos de este artículo. Lo que se pretende aquí es ofrecer una panorámica de carácter introductorio de los tres campos principales en que se concretan esas relaciones entre Economía y PDC, que, en opinión del autor, son, en primer lugar, los fundamentos económicos de la PDC, en segundo lugar, las aportaciones del análisis económico a la definición y orientación de la PDC, y en tercer lugar, la aplicación de conceptos económicos y técnicas de análisis al estudio de casos prácticos relativos a la competencia.

El primero de esos asuntos, los fundamentos económicos de la PDC remite, en mi opinión, a un estudio de las razones económicas que subyacen en la aplicación de esa política, y a indagar por qué es bueno proteger la competencia, lo cual a su vez nos lleva a un estudio de qué se entiende por competencia y qué papel desempeña en las economías de mercado. Esto es precisamente lo que se hace, de modo necesariamente sucinto, en el apartado 2 de este artículo, donde se presenta una revisión del concepto de competencia en las principales escuelas del pensamiento económico. Del mismo modo, en el apartado 3, se avanzan algunas de las líneas principales en que se centran actualmente las aportaciones del análisis económico a la definición y orien-

[2] Véase Fernández Ordoñez, M.A. (2000).

tación de la PDC. En el apartado 4, se hacen algunos comentarios sobre la aplicación de varios conceptos y técnicas de análisis económico al estudio de casos, un campo donde últimamente se están realizando interesantes contribuciones. Por último, en el apartado 5 se efectúan algunas conclusiones a la luz de las consideraciones anteriores.

2. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Existen sin duda múltiples motivaciones para aplicar una PDC, es decir, para poner en marcha una actuación pública orientada a defender y promover la competencia. En los orígenes más cercanos de esta política, la Sherman Act americana, tantas veces invocada, fue la amenaza de los monopolios privados sobre el poder democráticamente constituido, la razón principal que motivó su inicio y aplicación durante muchos años. Lo mismo sucedió en Alemania después de la II Guerra Mundial, en que los grandes conglomerados industriales se consideraron como uno de los factores que había contribuido al surgimiento del nazismo. La PDC en ese país se instituyó con el objetivo, entre otros, de debilitar ese poder e impedir una acumulación económica excesiva en manos privadas.

En la actualidad, sin embargo, la aplicación de la PDC con una motivación política es cada vez menos frecuente, al menos de un modo declarado y abiertamente público. Por ello, es conveniente revisar las bases económicas que justifican la aplicación de esta política, cuyo arraigo social depende crucialmente de su aportación al mejor funcionamiento de los mercados y al bienestar económico colectivo.

La PDC actúa a través del llamado sistema de defensa de la competencia, que comprende un conjunto de normas, de ámbito europeo y español en nuestro caso, de varias instituciones que se encargan de la aplicación de esas normas, de varios procedimientos que dan seguridad jurídica y facilitan su aplicación, y, finalmente, de los elementos jurídicos básicos contenidos en las normas, particularmente, la determinación de las conductas que se consideran prohibidas junto con sus exenciones, y el régimen sancionador.

Al hablar de la PDC, nos estamos refiriendo por tanto, en primer lugar, a la represión y castigo de las conductas contrarias a la competencia que, en el ámbito español, son de tres tipos: los acuerdos colusivos horizontales y verticales, el abuso de la posición de dominio, y la competencia desleal cuando hay afectación importante del interés público; en segundo lugar, al control de las estructuras de mercado a través de la autorización o no de las operaciones de concentración, tales como las fusiones y adquisiciones de empresas; y en tercer lugar, al control de las ayudas públicas que puedan tener incidencia sobre el nivel general de competencia en los mercados.

Un campo de actuación de la PDC de especial importancia, particularmente relevante en el contexto de descentralización que se está produciendo a escala autonómica, es la llamada política de *advocacy*, es decir, la promoción de la cultura de la competencia en la sociedad, la mejora del conocimiento de los niveles de competencia en los diferentes sectores eco-

nómicos, y la labor de asesoramiento a las autoridades públicas sobre normas que puedan tener efectos negativos sobre la competencia, a fin de reducir su impacto sobre ella.

Está claro que los esfuerzos públicos organizados alrededor de la PDC deben tener como objetivo la defensa y promoción de la competencia en los mercados. Ahora bien, la competencia no es un bien en sí mismo. Se debe amparar y promover porque se presume que existe una vinculación positiva entre su estímulo y defensa y algún objetivo deseable de carácter social, económico o político. Es en este terreno donde el análisis económico puede ayudar de manera significativa. Como ya he señalado, en mi opinión, la razón fundamental del éxito de la PDC y su creciente importancia es la vinculación entre competencia y eficiencia económica, entre competencia y bienestar social.

La fundamentación económica de la PDC debe encontrarse, por tanto, en esa vinculación entre la práctica de la competencia y la obtención de ciertos efectos o consecuencias económicas positivas. Ello nos lleva al estudio de la competencia como actividad básica y fundamental de las economías de mercado. Ese estudio puede efectuarse desde una triple perspectiva. En primer lugar, mediante el examen del concepto de competencia desde el paradigma económico clásico, con la aportación relevante de Adam Smith; en segundo lugar, mediante la aportación más exhaustiva y acabada de la escuela neoclásica, a través de la caracterización de la competencia como un mecanismo de asignación eficiente de recursos y, por tanto, como instrumento para lograr un mayor bienestar económico; y en tercer lugar, mediante la consideración de la competencia como factor dinámico clave en el proceso de destrucción creadora señalado por Schumpeter, en la línea de un pensamiento darwinista aplicado al ámbito económico.

Se trata, sin duda, de una materia compleja en la cual existen opiniones no coincidentes entre las distintas escuelas. Como señala J. Stanley Metcalfe, a pesar de tratarse de un concepto ampliamente reconocido como uno de los más importantes de la economía, no se ha podido por el momento aclarar propiamente su significado y existen notables divergencias respecto a su significado y su papel en las economías de mercado.

Tomando en cuenta las diversas aportaciones, se pueden identificar dos planteamientos sustancialmente distintos que confluyen en dos visiones diferentes de la competencia. Esas dos visiones son las que girarían en torno a una tríada de dualismos que caracterizarían a la competencia de dos modos divergentes: equilibrio frente a proceso, intercambio frente a rivalidad, y comportamiento uniforme frente a comportamiento heterogéneo. La primera visión es de inspiración neoclásica, que aspira, conceptualmente hablando, a resolver el problema de la utilización de medios escasos susceptibles de usos alternativos para la satisfacción de necesidades humanas; mientras que el segundo se concentra en el análisis del cambio económico, partiendo de una perspectiva esencialmente dinámica. No se trata de dos visiones necesariamente irreconciliables, aunque en la práctica haya habido una distancia considerable entre ambas, con enfoques intermedios que buscan integrar las mejores aportaciones de cada una de ellas.

2.1. **Paradigma clásico y competencia**

La idea de la competencia como fuerza impulsora de la economía encontró su primera formulación en el pensamiento económico liberal de finales del siglo XVIII de la mano de los economistas clásicos, particularmente de Adam Smith. En el paradigma clásico, la preocupación principal era el estudio de las razones económicas que explican la acumulación y a través de ella el crecimiento sostenido de la economía. Se trataba de encontrar las claves de la dinámica económica, entre las cuales, para la mayoría de los autores, la competencia no jugaba un papel especialmente relevante. Sin embargo, fue Adam Smith el primero en hablar de la «mano invisible» del mercado, que es el mecanismo que subyace a la expresión «vicios privados, públicas virtudes» tomada de la Fábula de las Abejas, de Mandeville[3].

En el análisis de Smith encontramos ya, presentadas de un modo genérico, las dos interpretaciones de la competencia que luego han tenido un desarrollo más detallado por tratadistas posteriores. Por una parte, la competencia se entiende como un elemento coordinador de la actividad económica a través del cual se obtiene una asignación eficiente de los factores productivos. Por otra parte, la competencia actúa como fuerza promotora de la actividad económica, por medio de la división del trabajo ampliada.[4]

La función asignadora de recursos se produce, según Smith, en primer lugar porque la competencia hace que los precios de mercado se aproximen a los precios naturales, y en segundo lugar, porque los precios naturales resultan de un proceso de competencia que genera una tasa de beneficio y unos salarios uniformes en los distintos sectores económicos, de modo que los precios acaban alineándose con los costes de producción.

Desde la perspectiva de la competencia como fuerza dinámica, y en aplicación del principio de la «mano invisible», las empresas, en la búsqueda de su beneficio particular, promueven el bienestar colectivo luchando por conseguir mayores cuotas de mercado en competencia con otras empresas, para lo cual deben ofrecer productos y servicios de más calidad y mejores precios que sus competidores, reduciendo costes e introduciendo mejoras técnicas y organizativas en el proceso productivo. Para los consumidores esa competencia de las empresas resulta en menores precios, más calidad y mejores servicios. En última instancia, se producen efectos dinámicos a través de los incentivos a la innovación y al desarrollo tecnológico.

Paradójicamente, fue también Adam Smith 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 llegar a acuerdos con otras empresas y así alterar los precios o los niveles de producción. Esas prácticas pueden y, en muchos casos, consiguen alterar el funcionamiento de la «mano invisible» del mercado. Decía Smith que «*cualquier política que tienda a aumentar el precio del mercado por encima del precio natural* (que era el que se obtenía por el juego de la competencia), *tiende a disminuir la ri-*

---

[3] Curiosamente, Adam Smith rechazaba esa expresión por considerar que mezclaba de un modo confuso vicios y virtudes.

[4] Metcalfe (1998).

queza pública» y «*todos los monopolios y privilegios exclusivos de las corporaciones, sean cuales fueren los fines benéficos para los cuales fueron instituidos originariamente, tienen el mismo efecto pernicioso que los impuestos sobre las importaciones y las exportaciones*»[5].

Tiene interés destacar que este mismo autor fue también el primero en constatar que «*la gente de un mismo gremio rara vez se reúne, aunque solo sea para su entretenimiento y diversión, sin que la conversación no termine en una conspiración contra el público o en algún tipo de medida para elevar los precios*»[6].

2.2. **La competencia en la visión neoclásica**

Para la escuela neoclásica, que surge a mediados del XIX, el problema central de la economía no es investigar las fuerzas dinámicas que explican el desarrollo, sino conseguir una asignación adecuada de los recursos escasos disponibles para la sociedad en un momento dado. Aunque luego se han incorporado diversos elementos analíticos que permiten considerar una perspectiva dinámica dentro de este enfoque de naturaleza estática, este punto de partida ha condicionado en gran medida la evolución de esta escuela de pensamiento y de las propuestas que en su nombre todavía hoy se realizan.

La visión clásica y liberal de Adam Smith fue desarrollada por los economistas neoclásicos en un marco teórico caracterizado por el concepto de utilidad marginal y el principio de escasez donde los precios están determinados por el libre juego de la oferta y la demanda. Aplicando un análisis de equilibrio parcial, es decir, referido a la actividad de los agentes económicos en mercados particulares, más tarde transformado en equilibrio general mediante la agregación de los distintos sectores, los economistas neoclásicos diseñaron el modelo de competencia perfecta, el cual, bajo determinados supuestos, permite maximizar el bienestar social y alcanzar una asignación de recursos eficiente.

Ese modelo de competencia perfecta es una construcción puramente conceptual con el que se consigue demostrar que la «mano invisible» del mercado consigue la eficiencia asignativa, la eficiencia productiva y la eficiencia dinámica, basándose en los presupuestos de comportamiento atomizado de los agentes económicos, en la libertad plena de entrada y salida en cualquier nivel o tipo de actividad, y en un conocimiento perfecto de las condiciones de oferta y demanda en cada mercado.

El estudio de las tres eficiencias mencionadas se basa en la previa definición del excedente del consumidor y del excedente del productor y en la comparación con el modelo de monopolio puro, también desarrollado por la escuela neoclásica y que recoge el supuesto de una sola empresa que atiende todo el mercado.

Si toda la economía funcionase siguiendo el modelo de competencia perfecta, no sería necesaria la intervención del Estado y la PDC no existiría, pues carecería de utilidad. Obsérvese que esa

---

[5] Citado por Dobb, M., en *Teoría del Valor y de la Distribución*, Siglo XXI Editores.

[6] Adam Smith, *The Wealth of Nations*. Citado por Barber, W. (1982).

es, precisamente, la posición de fondo de la Escuela de Chicago que confía de tal modo en el buen funcionamiento de los mercados de manera espontánea que llega a afirmar que, si efectivamente se manifiestan distorsiones en ciertos sectores, es porque previamente el Estado ha intervenido en ellos. El remedio consiste en evitar que la actuación pública se inmiscuya en los mercados. Como señala el profesor Segura, la consecuencia para la PDC es que ésta no es necesaria o es irrelevante dado que siempre puede ser sustituida por una desregulación en profundidad, en ausencia de barreras naturales, por lo demás poco frecuentes. Aún en este último caso, en el supuesto de un monopolio natural, basado en rendimientos crecientes, el poder de mercado podría ser anulado mediante una subasta periódica por parte de los poderes públicos que asigne los derechos de modo temporal a una determinada empresa, para, de ese modo, revertir a la colectividad los beneficios extraordinarios que puedan generarse con esa actividad.

La escuela de Chicago, a pesar de partir de posiciones maximalistas como las expresadas, ha realizado contribuciones destacadas al análisis y la práctica de la PDC. Una de las aportaciones más importantes de esta línea de pensamiento ha sido la generalización del uso de los instrumentos analíticos de la microeconomía como base para el estudio de la PDC y los problemas económicos ligados a ella, lo cual ha rendido importantes frutos.

Sin embargo, lo cierto es que los mercados no siempre se comportan de acuerdo al modelo de competencia perfecta, por dos razones principales. Primero, porque existen los llamados «fallos de mercado» que son situaciones en las cuales el mercado no puede asignar eficientemente el suministro de los bienes o servicios en esa actividad particular. Se incluyen aquí los bienes públicos, las externalidades y las economías de escala, entre otros[7]. La competencia no es la solución apropiada para corregir esos fallos de mercado. Son, por tanto, situaciones en las que no entra la PDC. Es la política de regulación la que se ocupa de estos asuntos.

La segunda razón por la cual la realidad de los mercados es distinta de lo previsto por el modelo de competencia perfecta es que las empresas tratan de conseguir un poder de mercado que les permita cargar precios superiores a los que existirían en situación de competencia. En este segundo supuesto es donde la PDC encuentra su justificación más completa. Se trataría de detectar esas conductas contrarias a la competencia y perseguirlas, velando por el mantenimiento de la competencia en todos los mercados.

En consecuencia, la labor de las autoridades que se ocupan de la PDC sería así sencilla y clara, con una solución de mercado de referencia que permitiría comprobar en cada caso si una conducta debe ser reprobada o no, y con conocimiento de la estructura y organización de mercado

---

[7] Bienes públicos son aquellos en que el precio no permite la exclusión del consumo y que además si están disponibles para un consumidor lo están para todos los demás consumidores, como sucede, por ejemplo, con el sistema de carreteras de un país. En las externalidades, el precio no incorpora los efectos que se producen sobre otras empresas o individuos, como en el caso de las empresas contaminantes. Cuando existen economías de escala, la demanda puede satisfacerse de una forma mucho más económica por una sola empresa, y por tanto mejor en régimen de monopolio o cuasi monopolio que en condiciones de competencia perfecta. Esto da lugar a los llamados monopolios naturales.

a la cual se debería aspirar (aunque el modelo de competencia perfecta no se concibió con esa finalidad).

El problema, sin embargo, es más complejo, porque los supuestos en que se basa el modelo de competencia perfecta son altamente restrictivos y rara vez se dan en la práctica. Cuando se relajan esos supuestos, sucede con frecuencia que la maximización del bienestar ya no se puede conseguir aumentando simplemente la competencia o el número de empresas que participan en el mercado, es decir, tratando de acercar la realidad al modelo. Se rompe, por lo tanto, la relación nítida y directa entre más competencia y bienestar establecida en el modelo de competencia perfecta.

La teoría económica ha ido construyendo nuevos modelos en los que se analiza el comportamiento de los agentes económicos y los efectos sobre la asignación de recursos y el bienestar social considerando supuestos de partida distintos de los utilizados en el modelo de competencia perfecta. Esta evolución ha dado lugar a la llamada Economía Industrial y que podría denominarse de un modo quizá más exacto, como sugiere Cabral, Economía de los Mercados Imperfectos.

Dentro de ese campo de estudio, destaca el paradigma de la Nueva Economía Industrial Empírica, que como señala el profesor Segura en otro artículo de esta misma revista, parte de una profundización en el método analítico Estructura-Conducta-Resultados desarrollado por Mason y Bain a mediados de la década de los cincuenta del siglo pasado, y la combinación de los elementos analíticos tradicionales de la microeconomía con el empleo exhaustivo de la teoría de juegos y las técnicas de análisis econométricas, lo que unido a un mayor disponibilidad de datos, ha permitido un avance considerable del cuerpo teórico y un acercamiento a la realidad económica. Es interesante destacar que en esta línea de pensamiento se incorporan también ciertas aportaciones de la escuela austriaca y de la concepción schumpeteriana de la competencia que presentamos brevemente en el epígrafe siguiente, a través, como señala Cabral, de la consideración de la competencia potencial y la importancia de los aspectos dinámicos.

La consecuencia práctica más relevante del surgimiento de esta línea de análisis para la PDC es que su aplicación se hace más compleja, pero también más próxima a la realidad y probablemente más acertada. Mediante los nuevos desarrollos teóricos es posible iluminar aspectos antes no considerados o simplemente tratados de un modo erróneo en el pasado.

2.3. **Competencia dinámica y darwinismo económico**

En la actualidad, está cobrando fuerza creciente una visión de la competencia basada en la perspectiva dinámica, que retoma la preocupación clásica del estudio del cambio económico, frente al análisis de naturaleza básicamente estática de la asignación eficiente de recursos.

Entre los economistas que han expresado de un modo más claro la naturaleza dinámica de la actividad económica en las economías capitalistas ha sido Schumpeter, quien afirmaba en 1942:

> *El punto esencial que hay que tomar en consideración para entender el capitalismo*

es que se trata de un proceso en constante evolución, y también: *Por su naturaleza, el capitalismo es una forma o método de cambio, y en consecuencia nunca está, y nunca puede estar, en estado estacionario*[8].

Es verdad que al expresar esa opinión, Schumpeter no hacía sino retomar una idea considerablemente extendida entre los economistas clásicos, pero él supo incorporar a esa búsqueda de las razones y mecanismos del cambio económico la idea clave de la *destrucción creadora* como fuerza impulsora de importantes transformaciones en las economías de mercado, y fue quizá el primero en señalar que el proceso de creación, desarrollo y extinción de las empresas es una de las fuentes últimas de crecimiento económico.

En sus propias palabras:

La fuerza fundamental que pone en marcha y mantiene en movimiento la maquinaria capitalista surge de los nuevos bienes de consumo, de los nuevos métodos de producción y las nuevas formas de transporte, la apertura de nuevos mercados y las nuevas formas organizativas que la empresa capitalista crea de modo continuo. Y señala: *La apertura de nuevos mercados, tanto internacionales como internos, y el desarrollo organizativo (…) reflejan el mismo proceso de mutación industrial (…) que revoluciona la estructura económica desde dentro incesantemente, destruyendo la antigua y creando otra nueva. Ese proceso de destrucción creadora es el rasgo esencial del capitalismo*[9].

Partiendo de esas aportaciones, se ha ido construyendo una concepción de la competencia basada en los tres rasgos apuntados al comienzo, que la definen como un proceso dinámico de carácter endógeno que expresa la rivalidad o lucha de los distintos empresarios para intentar conseguir posiciones de ventaja en los mercados, los cuales actúan de un modo diferenciado, heterogéneo, y no uniforme, respecto a sus competidores. En palabras de Metcalfe, la competencia sería, de acuerdo a esta visión:

una sucesión de acontecimientos, un proceso dinámico, un viaje de exploración en lo desconocido en el cual se van introduciendo en los mercados de modo sucesivo productos y procesos de producción superiores, al tiempo que los consumidores descubren quiénes y cómo consiguen satisfacer sus necesidades particulares.

Desde esta perspectiva, es posible contemplar la competencia como una fuerza que impulsa no sólo los procesos de innovación tecnológica y de productos, sino también la selección natural, por así decir, de las empresas, de manera que las más eficientes permanecen en el mercado y se expanden, mientras que las menos eficientes, aquellas que no son capaces de competir con ventaja suministrando productos o servicios de más calidad a precios competitivos, acaban desapareciendo del mercado. Se trata de un proceso de inspiración darwinista aplicado a lo económico, que contribuye de manera positiva al bienestar general a través de la renovación de las empresas, que a su vez favorece el crecimiento de la productividad y la mejora de la competitividad general de la economía.

El aumento de la productividad en un sector es fruto no sólo de las mejoras que introduzca internamente cada empresa, sino también de la desaparición de las empresas menos eficientes que a su vez

---

[8] Joseph Schumpeter (1942), *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* Harper and Row.

[9] Idem nota anterior. El subrayado es mío.

son sustituidas por nuevas empresas entrantes[10]. Debe resaltarse a este respecto que el proceso de selección de las empresas es considerablemente intenso, y puede oscilar entre un 15 y un 25 por ciento de rotación media anual en los distintos sectores de una economía, lo que da idea de la importancia de este fenómeno.

La competencia favorece además los procesos dinámicos dentro de cada sector, de modo que las empresas con mayor productividad se expanden y ganan cuota de mercado, aumentando su tamaño y, por tanto, mejorando en términos relativos la productividad media.

Es oportuno destacar también que, según manifestaba el propio Schumpeter, la existencia de poder de mercado es un incentivo necesario para que las empresas se desarrollen y amplíen su presencia en los mercados, aunque en un proceso de expansión dinámico ese poder es necesariamente transitorio.

Podemos concluir este apartado de indagación de los fundamentos económicos de la PDC, señalando que existen razones económicas sólidas que justifican plenamente los esfuerzos orientados a proteger y promover la competencia. Sin duda alguna la competencia constituye un factor esencial para el correcto funcionamiento de las economías de mercado. En primer lugar, siguiendo la explicación neoclásica ortodoxa, porque permite una asignación de recursos más eficiente, a la vez que a través de ella se alcanza un mayor bienestar económico general y se maximiza la satisfacción de los consumidores. Y en segundo lugar, desde una perspectiva dinámica, entendiendo la economía como un proceso de transformación permanente, porque la competencia resulta esencial para estimular la innovación, el desarrollo tecnológico y los procesos de selección de las empresas más eficientes y más productivas. El resultado final es que mediante el estímulo de la competencia no sólo se alcanza un mayor bienestar social en un momento económico determinado sino que además se refuerza la dinámica empresarial, lo que permite alcanzar en última instancia una mayor productividad y una mayor competitividad de la economía.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO, DEFINICIÓN Y ORIENTACIÓN DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una vez establecida una base razonable para la actuación de la PDC, conviene exponer algunas ideas sobre las aportaciones del análisis económico a la definición, orientación y desarrollo de la PDC, que han sido y continuarán siendo considerablemente destacadas por un doble motivo. Primero, por la naturaleza esencialmente económica de la PDC, y segundo, por el desarrollo que está teniendo la teoría económica en el ámbito de los mercados imperfectos, unido al creciente interés de los economistas por las cuestiones que atañen a la PDC, que va parejo al aumento de la importancia de esta actividad en las economías modernas.

[10] Este enfoque está siendo objeto de una notable atención que se traduce en la realización de estudios empíricos que tratan de contrastar esta *hipótesis schumpeteriana*. Véase por ejemplo el interesante estudio de la OCDE «The Sources of Economic Growth in OCDE countries» (2003). En ese estudio se señala que el proceso de *destrucción creadora* puede explicar entre un 20 y un 40 por ciento de las mejoras de productividad sectorial.

En lo que sigue, se analizan tres aspectos que en mi opinión son especialmente significativos respecto a esta contribución del análisis económico. El primero se refiere a la definición misma de la competencia, el segundo, a la definición, desde la perspectiva económica, de la propia PDC, y el tercero, a los objetivos que debe perseguir la PDC.

3.1. **Definición de competencia**

Puesto que la PDC se refiere al amparo y promoción de la competencia conviene saber con exactitud a qué nos referimos con ese término. En este sentido, cabe considerar cuatro acepciones distintas en el ámbito del análisis económico.

Una primera definición de competencia es la que resulta del modelo de competencia perfecta diseñado por la escuela neoclásica. Se trata, como ya se ha dicho, de un concepto restrictivo basado en los diversos supuestos sobre el comportamiento de los agentes de difícil realización práctica. Sirve, no obstante, ese modelo como referencia o *benchmark* para juzgar la eficiencia económica de modelos alternativos.

Una segunda definición de competencia es la que se conoce como competencia practicable, *workable competition* en la terminología anglosajona, desarrollado por J. M. Clark. Bajo esta perspectiva, dado que es imposible o muy difícil alcanzar la competencia perfecta que postula el análisis microeconómico, el objetivo debe ser tratar de alcanzar la estructura de mercado más competitiva posible. Como señala Whish, ha sido difícil definir con exactitud este concepto de competencia practicable desde un punto de vista teórico, pero ha permanecido el concepto intuitivo y continúa siendo útil. El término aparece en diversos documentos de la Comisión Europea con un uso en ocasiones asimilado al de competencia efectiva.

Una tercera aproximación a la definición de competencia es la que deriva de la teoría de los mercados atacables (*contestable markets*), elaborada por Baumol, Panzan y Willig en 1982. De acuerdo con esta teoría, se producirá una asignación óptima de recursos de modo natural por parte de las empresas cuando en el mercado en que operan no existan barreras de entrada o de salida, particularmente las referentes a costes no recuperables (sunk costs), y por tanto que se trate de mercados atacables. En un mercado perfectamente atacable, es decir, en el que pueden entrar y salir empresas sin coste alguno, no es necesario que exista competencia perfecta para que se produzca una asignación de recursos eficientes. No se necesita tampoco que operen en ese mercado un número elevado de empresas. Bastaría con unos pocos competidores, uno o dos incluso, sujetos a la competencia potencial de nuevos entrantes para que se produjera el resultado optimizador del bienestar que tienen los mercados de competencia perfecta. Como indica Whish, quizá esa sea la aportación más importante de esa teoría, la posibilidad de demostrar que en ciertos mercados sin barreras de entrada y de salida, la concurrencia de unas pocas empresas no necesariamente tiene que provocar efectos adversos para la competencia.

Finalmente, la expresión que está teniendo hoy en día un uso más frecuente, desde el punto de vista práctico, es la de competencia efectiva. Aunque esta ex-

presión no tiene tras de sí la carga teórica de los conceptos anteriores, resulta particularmente útil para referirse a la presión competitiva que, de un modo razonable, los competidores de hecho y los entrantes potenciales junto a los consumidores ejercen en un mercado determinado. En este caso, el papel de las autoridades sería velar por el mantenimiento de esas presiones competitivas en el mercado.

3.2. **Definición de la PDC desde la perspectiva económica**

A la vista de las consideraciones de los párrafos precedentes y de las conclusiones del punto 2 anterior, se podría avanzar una definición de la política de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, aún con todas las reservas que ello pueda suponer. Se presentan a continuación dos definiciones de autores distintos, pero que coinciden en sus aspectos más importantes.

Definir la PDC puede ser útil para identificar con claridad cual es su ámbito de actuación y sus fines básicos desde la perspectiva económica, que pueden ser distintos de los que se le atribuyan desde otras perspectivas, no necesariamente incompatibles, pero que en todo caso deberían explicitarse. De todas maneras, proponer una definición económica de la PDC no quiere decir que no se deban tomar en cuenta otros aspectos también importantes en relación con esa política, solamente que aquí no se recogen y que nuestra atención se centra ahora en el estudio de las aportaciones de la economía en este campo.

Motta (2005) nos ofrece la siguiente definición de PDC, con una orientación eminentemente práctica y que establece con claridad cuál debe ser el fin básico de esta política. Según este autor, la PDC es «*el conjunto de normas y medidas de política económica que aseguran que la competencia en los mercados no se restringe de un modo tal que cause una reducción del bienestar económico*»[11] .

El aspecto más destacado de esta definición es que sitúa el bienestar económico en el centro de la PDC y lo convierte en el objetivo a cuyo servicio debe estar esa política. Ahora bien, lo hace de un modo peculiar porque, según esa definición, la misión de la PDC sería fundamentalmente evitar que las conductas anticompetitivas causen un perjuicio al bienestar económico. La PDC tendría que centrarse, en consecuencia, en la discriminación entre las prácticas que, aún siendo restrictivas, no ocasionen una reducción del bienestar económico y aquellas que sí ocasionan esa reducción de bienestar y que, por lo tanto, deben ser perseguidas.

Implícitamente, con esta definición se reconoce que existen ciertas conductas en el mercado que son restrictivas, pero no por ello son perjudiciales desde el punto de vista económico y por tanto pueden consentirse. Esto supone una interpretación que va más allá del simple modelo de competencia perfecta, en el que cualquier conducta restrictiva ocasiona una pérdida de eficiencia económica. De este modo, el estudio de la PDC se ubica, conceptualmente hablando, en la línea de análisis de la economía de los mercados imperfectos, es decir, en el terreno

---

[11] En el original inglés: «The set of policies and laws which ensure that competition in the market place is not restricted in such a way as to reduce economic welfare». Motta (2005), página 30.

propio de la Economía industrial, donde ya no existe una regla clara que nos permita decidir en todo caso cómo aumentar la competencia, sino que es necesario examinar las circunstancias que concurren en cada caso, y los efectos económicos que de ellas se derivan, para estar en condiciones de decidir lo más conveniente.

No debe perderse de vista que la expresión *bienestar económico* remite a un significado económico preciso, en concreto, la suma del bienestar existente en cada sector de la economía, el cual se obtiene agregando el excedente del consumidor y del productor en cada uno de esos sectores. En última instancia, el bienestar en cada industria o sector se obtiene tomando en cuenta la aportación de cada estado alternativo a la eficiencia asignativa, productiva y dinámica. Es este significado técnico preciso el que permite utilizar esa definición como guía para analizar y valorar opciones de política económica alternativas o, por ejemplo, las distintas orientaciones de la PDC.

Una relajación de esa referencia tan precisa de bienestar económico, probablemente haría que la definición anterior fuese más adecuada para un uso práctico, pero está claro que perdería eficacia y concreción.

Cabe mencionar, por último, que esta definición de la PDC atribuye un papel más bien pasivo a la PDC, sin mucho margen para actividades de promoción proactiva de la competencia. Por ello, se puede plantear una definición, no alternativa, sino complementaria de ésta, que introduce matizaciones distintas respecto a los fines de la PDC y respecto al contexto en que debe operar esta política.

Ordover (1990) cita esta definición de PDC en su interesante trabajo sobre los fundamentos económicos de la política de competencia, tomada de Vickers y Hay. Señalan estos autores que: «*la PDC debe promover y mantener un proceso de competencia efectiva a fin de conseguir una asignación de recursos eficiente.*»

Esta definición, aunque parecida a la anterior, manifiesta varias diferencias de interés. La primera es que aquí sí aparece destacado el papel proactivo de la PDC, que debe «promover y mantener» la competencia en los mercados, que, en mi opinión, es más acorde con las responsabilidades que progresivamente van adquiriendo las instituciones que se dedican a la defensa de la competencia, y la creciente importancia de la labor de *advocacy* que parece necesario desarrollar.

Por otra parte, se contempla la competencia como un proceso, con lo cual se da a entender que no estamos ante un fenómeno puramente estático, sino dinámico. Hay que suponer que para estos autores la asignación eficiente de recursos sólo puede entenderse de manera completa si se tiene en cuenta una perspectiva de mediano y largo plazo y los efectos dinámicos de las distintas decisiones que puedan tomarse, cuestión que está implícita en la definición de Motta al tomar en consideración el bienestar económico de un modo general, pero a la cual no se hacía referencia clara como en este caso.

Otro aspecto interesante de esta definición es que la competencia que debe promoverse y mantenerse es la *competencia efectiva*, con lo cual, por una parte, se propone un objetivo positivo para la PDC y, por otra, se resalta la idea de crear y mantener una presión competitiva razonable

por parte de los empresarios y consumidores que participan en los distintos mercados.

3.3. **Orientación de la PDC**

Un análisis atento de la relación entre poder de mercado, por una parte, y el bienestar económico y las eficiencias asignativa, productiva y dinámica, por otra, como el que efectúa Motta en su obra *Competition Policy. Theory and Practice*, permiten extraer algunas conclusiones interesantes sobre la orientación de la PDC.

Una primera cuestión que es objeto de debate con cierta frecuencia, es si la PDC debe buscar el bienestar económico general o si, por el contrario, debe proteger de modo especial a los consumidores. En otras palabras, se trataría de determinar si en la aplicación de la PDC debe tomarse en cuenta sólo o preferentemente la incidencia de las conductas anticompetitivas sobre la eficiencia asignativa, y por ello, sobre el excedente del consumidor, o si debería prestarse idéntica atención a los efectos de esa conducta sobre las eficiencias productivas y dinámicas, es decir, a la suma de los excedentes del consumidor y el productor. Siguiendo el análisis de Motta, se llega a la conclusión de que el criterio de proteger sólo o preferentemente a los consumidores es claramente inferior al del bienestar general, desde la perspectiva del análisis de la eficiencia económica. En efecto, el excedente del consumidor no tiene en cuenta las ganancias de las empresas, lo cual puede tener consecuencias económicas negativas a medio y largo plazo, y además, en esas circunstancias, se reducirían los incentivos de las empresas para innovar, invertir y crear nuevos productos.

Una segunda conclusión interesante es que la PDC debe ocuparse específicamente de la generación y mantenimiento de poder de mercado por parte de las empresas, que se define como la capacidad para elevar el precio por encima de los niveles que prevalecerían si existiese competencia en el mercado[12]. La razón de ello es que existe una relación directa y clara entre poder de mercado e ineficiencia asignativa. El análisis muestra, además, que la existencia de poder de mercado puede provocar ineficiencias productivas y dinámicas, pero no siempre será así.

Esta preocupación por el poder de mercado conduce a la necesidad de definir con exactitud en qué consiste tal poder y, después, tratar de evaluarlo correctamente para saber en qué grado lo ejercen las empresas participantes en un mercado concreto ejercen ese poder de mercado. Un paso previo imprescindible para el análisis del poder de mercado es la definición del mercado relevante en el cual actúa la empresa o empresas que detentan ese supuesto poder. Más adelante se hacen algunas observaciones sobre estos dos aspectos.

Un corolario de esta segunda conclusión es que la PDC no debe intentar eliminar totalmente el poder de mercado de las empresas, pues no siempre es sinónimo de ineficiencia económica. Puede suceder que la ineficiencia asignativa que se produce cuando las empresas ejercen ese poder de mercado se vea compensada por ganancias

[12] La referencia al precio incluye por extensión cualquier otra condición que afecte a la competencia, el nivel de producción, la calidad del producto o servicio, etc.

en la eficiencia productiva y dinámica. Naturalmente, debe comprobarse que el poder de mercado ha sido ganado legítimamente, sobre la base de una competencia basada en el mérito, con lo cual no sólo constituye una recompensa justa a los esfuerzos del empresario, sino que es un incentivo importante para la continuidad de su actividad innovadora e inversora[13], lo que contribuirá al proceso de eficiencia económica a medio y largo plazo, en línea con lo defendido por Schumpeter.

En estos casos parece plenamente justificado realizar un análisis detenido de los efectos económicos que puedan producirse, como complemento ineludible a los demás aspectos que se analicen, sea en el estudio de conductas o en el control de concentraciones.

Desde esta perspectiva adquiere una importancia crucial la aplicación de la regla de razón, la *rule of reason* de la terminología anglosajona, por la cual los casos son analizados a la luz de las consecuencias que tienen para los demás productores, los consumidores y el bienestar social. De ahí que, por una parte, se asista a un interés creciente por aplicar el análisis económico, cada vez con mayor detalle, a los casos prácticos y a los expedientes en materia de defensa de la competencia; y que, por otra parte tienda a disminuir la relevancia de los supuestos en que se considera anticompetitiva una conducta *per se*, es decir que se rechaza sin atender a sus consecuencias sobre el mercado de referencia o la eficiencia económica, sino por la naturaleza misma de la trasgresión.

Una tercera conclusión que cabe extraer es que la PDC no debe centrarse en proteger a los competidores, es decir, a las empresas que participan en el mercado, sino que debe amparar la competencia misma, la competencia efectiva, en caso de seguir la definición de Ordover. La salida del mercado de empresas ineficientes aumenta la eficiencia económica y permite mejorar la productividad media del sector, tal como prevé la teoría y señalan los estudios empíricos al respecto. Aunque a corto plazo no se observen consecuencias negativas, la protección de las empresas ineficientes suele ocasionar perjuicios a medio y largo plazo. Es cierto que la aplicación de la PDC con el objetivo de proteger ciertos grupos económicos, sean grandes o pequeñas empresas, es una tentación recurrente que puede y debe ser evitada en la medida en que no está justificada por razones de eficiencia económica y la PDC sea capaz de sustraerse a un influjo político no deseado.

Cuestión aparte es que en determinadas circunstancias deba prevalecer una opción concreta por razones de interés general sobre los criterios económicos que inspiran la PDC. En ese caso, se trataría de una situación que va más allá de los objetivos de protección de la competencia, que serían sustituidos por otros, cuya legitimidad debe valorarse desde una perspectiva más amplia, y que deben recibir adecuada consideración, pero siempre fuera de las razones que deben fundamentar la actuación de la PDC.

En cuarto lugar, cabe efectuar una reflexión sobre si la PDC debe tratar en todo caso de incrementar el número de empresas participantes cuando se presentan problemas de competencia en un sector dado. El análisis económico permite concluir que no se debe aumentar

[13] Motta (2005) páginas 70 y 89.

sistemáticamente el número de empresas al objeto de incrementar la competencia. En la medida en que las empresas del sector afectado operen con costes fijos, lo que puede ser una hipótesis plausible en numerosos casos, la existencia de muchas empresas provoca una multiplicación de esos costes, lo que conduce a una pérdida de eficiencia productiva. Aunque la concurrencia de más empresas ocasiona ganancias en la eficiencia asignativa, no es seguro que el resultado sea positivo. El análisis de eficiencias, en la medida en que sea practicable, cobra sentido aquí de nuevo, pero, en todo caso, no puede afirmarse con rotundidad ni, por tanto, aconsejarse que el aumento del número de empresas en un sector favorezca siempre el bienestar económico.

Resulta también oportuno reconocer que el mercado por si sólo no es capaz de eliminar las consecuencias de una conducta restrictiva por parte de las empresas o del ejercicio abusivo del poder de mercado. Contrariamente a lo que supone la línea de pensamiento asociada a la escuela de Chicago, existen numerosas circunstancias, más allá de la pura intervención pública en los mercados, que permiten generar y mantener poder de mercado, tales como la incidencia de costes no recuperables elevados, costes de cambio de suministrador, las externalidades de red, o la práctica de estrategias que intentan disuadir a posibles competidores que quieran entrar en el sector, como los precios predatorios, la negativa de suministro, las ventas ligadas y otros. Se demuestra también que la conjetura de Coase, que supone que incluso un monopolista productor de bienes duraderos deberá fijar sus precios al coste marginal, resulta inútil desde un punto de vista práctico.

Un aspecto que está siendo objeto de una atención creciente es la colusión tácita, que quizá debería llamarse con más propiedad coordinación tácita, como indica Ivaldi y otros (2003). El desarrollo de la teoría de juegos ha sido particularmente fructífero en esta área al demostrar que cuando los participantes en el mercado se enfrentan a decisiones repetidas en numerosas ocasiones es altamente probable que se alcancen soluciones idénticas a las de los acuerdos colusivos explícitos. La Comisión ha declarado que estas prácticas colusivas tácitas caen dentro de la aplicación del artículo 81, dentro de las llamadas «prácticas concertadas», y también en España son perseguibles. Ahora bien, la dificultad estriba en demostrar que efectivamente responden a una voluntad de coludir. La aportación del análisis económico principal ha consistido en demostrar que puede haber manifestaciones similares a las que resultan de prácticas colusivas sin que medien las circunstancias que hacen posibles esos acuerdos.

Además, dada la dificultad práctica de probar la ilicitud de la colusión tácita, el interés se ha desplazado hacia la eliminación de los factores o condiciones que favorecen la aparición de ese tipo de prácticas. El trabajo citado de Vivaldi y otros (2003) muestra, por ejemplo, que la existencia de barreras de entrada, la frecuencia de las interacciones entre las empresas y la intensidad de la innovación favorecen decisivamente la posible aparición de la colusión tácita. Esto es especialmente relevante para el estudio de las operaciones de concentración, a la hora de decidir si se autoriza o no una

determinada fusión. Otros factores que favorecen la colusión tácita pero que a su vez se ven afectados por una fusión prevista son el número de empresas participantes en el mercado, el grado de asimetría existente entre las empresas, o la existencia de acuerdos de cooperación previos o vínculos estructurales entre los participantes. El grado de transparencia prevalente en el mercado, la diferenciación de productos, o las características de la demanda son también factores a tener en cuenta.

Conviene, por último, resaltar la importancia de adoptar una perspectiva dinámica no sólo a la hora de extraer conclusiones teóricas con sentido práctico, sino también en el momento de analizar las conductas anticompetitivas o tomar decisiones que afecten a la estructura de los mercados. Esto conduce, en la práctica, al estudio de la competencia potencial, que se efectúa mediante el análisis del comportamiento de las posibles empresas competidoras en el mercado. Con ello se evita, además, una excesiva atención sobre los aspectos puramente estáticos.

Es cierto que la PDC puede tratar de conseguir otros objetivos económicos distintos de los señalados, pero su justificación en términos de eficiencia económica resulta difícil. Esto no significa que no sean legítimos o que no pueda intentarse su consecución a través de la PDC. Como hemos visto, parece poco defendible en términos de eficiencia económica que la PDC anteponga el interés de los consumidores sobre el bienestar general, excluyendo a los productores. La adopción de medidas que introduzca incentivos equivocados a los agentes económicos no puede tener mucho futuro en una economía de mercado. Hemos visto también que es preferible que la PDC se centre en la protección y estímulo de la competencia y no en la defensa de grupos de interés particulares, por ejemplo de empresas grandes sobre las pequeñas o viceversa. Otras orientaciones u objetivos de la PDC que pueden ser objeto de análisis desde una perspectiva económica son: el intento de promover la unidad de mercado, que es precisamente uno de los objetivos declarados de la PDC en la UE; la protección de la libertad económica, como sucede, por ejemplo en Alemania; combatir la inflación, objetivo utilizado ocasionalmente, o la promoción de la igualdad.

4. TÉCNICAS ANALÍTICAS APLICADAS AL ESTUDIO DE CASOS

Una tercera área donde el análisis económico viene efectuando una aportación importante a la PDC es en el estudio de casos para el análisis de conductas o para el control de concentraciones. Es un campo considerablemente trabajado donde las líneas principales ya han sido establecidas hace tiempo, y sin embargo, en los últimos años se han producido cambios bastantes significativos. Los nuevos desarrollos se centran en la aplicación de técnicas cuantitativas sofisticadas sobre conceptos económicos ya conocidos. Esa aplicación permite obtener resultados más claros y delimitar de un modo más eficiente los aspectos relevantes de los casos presentados para su decisión a los órganos ejecutivos de la PDC. Precisamente, para fortalecer esta línea de análisis, se ha creado en la Unión Europea la figura del economista jefe, auxiliado por un equipo de expertos, que esta integrado en la DG de Competencia.

Además, merced a los resultados del análisis teórico por una parte, y de la experiencia acumulada por los órganos decisorios de la PDC por otra, se van introduciendo cambios en la normativa reguladora de la defensa de la competencia y en las directrices o guías que inspiran su aplicación en determinados ámbitos de especial dificultad. Ejemplo de esto último han sido las modificaciones introducidas en la regulación del control de operaciones de concentración con el cambio del criterio de evaluación de la compatibilidad de las operaciones sujetas a control, al pasar de una posición más preocupada por la creación y mantenimiento de la posición de dominio hacia un criterio basado en el impacto sobre la competencia efectiva, donde el análisis económico adquiere un papel más relevante.

En la mayoría de los casos que se plantean en el ámbito de la PDC resulta crucial definir correctamente el mercado relevante y determinar con la mayor exactitud posible el poder de mercado que pueda tener una empresa o conjunto de empresas. Se debe probar primero que existe capacidad para modificar las condiciones de competencia, y luego analizar si se está ejerciendo o no ese poder de mercado de un modo abusivo. Ambos aspectos son cruciales para el análisis de las conductas supuestamente anticompetitivas, y para determinar si se debe o no autorizar una operación de concentración que altere la estructura de un mercado. Ese estudio se debe complementar con el análisis de la competencia dinámica y el análisis de las eficiencias que puedan derivarse de las conductas o propuestas de concentración objeto de consideración.

Para orientar, a efectos prácticos, el estudio de los aspectos indicados, se han ido elaborando en los distintos países unas guías o directrices que facilitan la labor de los órganos responsables de la instrucción y resolución de los expedientes y de las partes afectadas por la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En este sentido, la Comisión Europea ha publicado varias guías de actuación, entre las que cabe destacar por su mayor relación con el contenido de este apartado, las «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales» del año 2004, y la «Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado relevante» de 1997[14]. En España, aparte de la nota «Elementos Esenciales del Análisis de Concentraciones Económicas» del Servicio de Defensa de la Competencia, se ha publicado recientemente el estudio de Joan María Borrell, bajo el encargo del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, «Una Metodología para el estudio de la competencia en los mercados», que no sólo constituye una encomiable iniciativa, sino que aporta una visión sintética y documentada de los pasos a dar para analizar los diversos aspectos antes apuntados y evaluar las posibles amenazas a la competencia.

A continuación se analizan las dos áreas más significativas del análisis de casos, en las cuales las aportaciones de la economía son más destacadas: la definición del mercado relevante y el estudio del poder de mercado.

---

[14] Otras directrices de la Comisión son la «Comunicación sobre acuerdos de menor importancia», del año 2001, o las «Directrices sobre restricciones verticales», del año 2000.

4.1. **Definición del mercado relevante**

El primer paso en el análisis de casos en materia de defensa de la competencia es la definición del mercado relevante. A partir de esa definición se puede determinar si una empresa o conjunto de empresas tiene o no poder de mercado y, por tanto, se estará en condiciones de analizar si ese poder es excesivo o se está ejerciendo de un modo abusivo.

La Comisión, en la Comunicación relativa a la definición del mercado relevante, señala que:

> *el principal objetivo de la definición del mercado relevante es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición del mercado, tanto desde el punto de vista de producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva*.

Como se ve, la Comisión menciona dos tipos de mercado relevante, el que se refiere al producto y el que corresponde a una dimensión geográfica. En ocasiones, es necesario referirse también al mercado relevante temporal, si la oferta y demanda de un producto o servicio tienen una plasmación estacional o depende críticamente de aspectos temporales.

Para determinar en la práctica el mercado relevante, en cualquiera de esas dimensiones, se utiliza en Europa, al igual que en muchos países, la lógica implícita en el test del monopolista hipotético, también llamado test de SSNIP *(Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price)*, cuyo empleo inicial partió de EEUU. Esta prueba consiste en analizar si resultaría lucrativo para una empresa, supuestamente monopolista, elevar los precios de su producto entre un 5 y un 10 por ciento en el mercado que se pretende definir. Si la respuesta es positiva, es decir, que efectivamente el ingreso de la empresa aumenta al subir los precios en la proporción indicada, significa que no existe competencia para el producto en cuestión y, en consecuencia, ese producto constituye un mercado separado de los demás. En ese caso, el proceso de análisis concluye. Por el contrario, si el ingreso se reduce al subir los precios, quiere decir que existen sustitutos próximos del bien suministrado que forman parte del mismo mercado. En este caso, la prueba debe repetirse hasta encontrar el conjunto menor de bienes que cumpla el requisito de proporcionar un aumento del ingreso al supuesto monopolista cuando sus precios suben en el nivel indicado.

Como es obvio, el resultado del test depende de modo crítico de la elasticidad de la demanda respecto al precio del producto. Si la demanda es elástica, un incremento del precio ocasiona una caída sustancial de la cantidad demandada, lo que llevará a un descenso del ingreso; mientras que si la demanda es rígida, esa misma subida del precio causará una reducción menor de la demanda, de modo que el aumento del ingreso derivado del incremento del precio compensará esa caída y resultará una ganancia neta.

Dado que el test se basa en los precios observados en el mercado, esta prueba debe aplicarse con precaución

para no caer en la llamada «falacia del celofán». Para ello, cuando se analice el comportamiento de una empresa en posición de dominio, se debería partir siempre de la comparación con los precios que prevalecerían en una situación de competencia y no los observados, que podrían estar ya alterados por el ejercicio de esa posición de dominio.

El concepto clave asociado a la definición de mercado relevante, y que subyace en la aplicación del test del monopolista hipotético, es la intercambiabilidad o sustituibilidad del producto o servicio suministrados por la empresa objeto de estudio con respecto a otros productos competidores ya en el mercado e incluso con otros que pudiesen ser fabricados por oferentes potenciales. En la medida en que los bienes suministrados por la empresa sean fácilmente sustituibles por los de sus competidores, la capacidad de alterar la competencia por parte de esa empresa se verá francamente limitada. La sustituibilidad debe analizarse en una triple dimensión, por el lado de la demanda, por el lado de la oferta, y finalmente, la sustituibilidad potencial, que evalúa la posible entrada en el sector de los oferentes potenciales.

En la práctica, el concepto de mercado relevante se aplica a la mayoría de los casos examinados con mayor o menor precisión. En ocasiones el análisis es fundamentalmente intuitivo y se basa en elementos cualitativos. En otras, es necesario el empleo de técnicas cuantitativas sofisticadas que exigen no sólo abundancia de datos sino también especialistas capaces de aplicar esas técnicas. Como señala Whish, la definición exacta de mercado relevante es muy difícil de lograr. La idea básica es sencilla, pero su aplicación es compleja dado que puede no haber datos suficientes, o los disponibles no ser del todo fiables o ser incompletos o deficientes, y además, en ocasiones, unos mismos datos pueden llevar a interpretaciones contradictorias sobre la naturaleza del mercado considerado.

La definición específica de cada uno de los tipos particulares de mercado relevante, de producto, geográfico o temporal, exigen medios algo distintos en cada caso. Sin embargo, el método básico es común en los tres supuestos. Aparte de la aplicación de la lógica del test del monopolista hipotético y del principio de sustituibilidad antes comentados, el análisis se realiza primero sobre la base de criterios cualitativos y después, si es necesario y factible, con el empleo de diversas técnicas cuantitativas. Entre los aspectos cualitativos que son objeto de consideración normalmente cabe citar: el análisis de las características del producto y los usos para los cuales ha sido concebido; la posible existencia de diferenciación de productos en ese mercado; la incidencia posible de costes de cambio de los consumidores; y la posibilidad de que otros productores fabriquen ese mismo producto. Se incluye también en este grupo de criterios cualitativos, la realización de encuestas a los consumidores y a las empresas participantes en el mercado, para saber cuál sería su respuesta ante cambios en el precio u otros aspectos determinantes de la oferta del producto analizado, así como los estudios de mercado que haya disponibles.

Si se dispone de datos fiables y el personal técnico adecuado, se podrán utilizar algunas de las varias técnicas cuantitativas que vienen siendo de aplicación en estos casos. Las que tienen una utili-

dad más directa para la definición del mercado relevante son la estimación de la elasticidad de la demanda respecto al precio y la elasticidad cruzada, es decir, de la demanda propia respecto a variaciones en el precio de productos competidores, pero no siempre se pueden obtener datos fidedignos que permitan calcular estas variables.

En ese caso, se pueden emplear otras técnicas de modo alternativo o complementario, tales como: el estudio de la correlación de precios; la cointegración multivariante; los análisis de causalidad; el estudio de hechos pasados (análisis de eventos); y el análisis de la pérdida crítica (*critical loss analysis*)[15]. Todas estas técnicas permiten una aproximación indirecta, pero eficaz en muchos casos, a la definición del mercado relevante y están siendo objeto de una atención creciente por las empresas y demás sectores profesionales ligados a la defensa de la competencia.

4.2. **Determinación y evaluación del poder de mercado**

Desde un punto de vista estrictamente económico, el poder de mercado se define como la capacidad de una empresa para mantener un precio de mercado por encima del que prevalecería en condiciones de competencia perfecta. Tal como hemos comentado en el apartado 3 de este artículo, la mera existencia de poder de mercado no debería ser motivo de preocupación para las autoridades de competencia. Si ese poder de mercado se ha obtenido con un esfuerzo basado en el mérito y se ejerce de un modo respetuoso con las normas de competencia, puede ser beneficioso para la eficiencia económica y para el bienestar general. Sin embargo, cuando se sobrepasan esos límites y el poder de mercado se ejerce de un modo abusivo o inapropiado desde la perspectiva de la competencia, entonces se entra de lleno en el campo de aplicación de la PDC.

Por ello, es preciso efectuar un análisis cuidadoso del poder de mercado. Las cuestiones principales que conviene despejar partiendo del mercado relevante previamente definido, son las cuatro siguientes. Primero, si la empresa o conjunto de empresas que son objeto de estudio tiene o no poder de mercado. Segundo, cómo se debe medir el poder de mercado. Tercero, a partir de qué umbral se debe considerar preocupante el poder de mercado detentado por una empresa determinada. Y cuarto, si la empresa o conjunto de empresas está ejerciendo ese poder de mercado de un modo indebido o si está en condiciones de ejercerlo[16].

La respuesta a la primera cuestión es inmediata. Como indica Motta, todas las empresas tienen algún poder de mercado,

[15] Véase una explicación sencilla de estas técnicas en Gutiérrez y Padilla (2005) y también en Dippon *et al.* (2005).

[16] Que una empresa ejerza su poder de mercado de un modo indebido es relevante para determinar si existe abuso de su posición de dominio o para valorar si se ha incurrido en prácticas contrarias a las normas de competencia. La cuestión de si una empresa puede ejercer poder de mercado es particularmente importante en el estudio de operaciones de concentración. En este último caso, la cuestión principal es determinar si la modificación de la estructura del mercado que se estudia puede ocasionar una alteración significativa de la competencia efectiva, en la que la creación y mantenimiento de una posición de dominio, que deriva directamente del poder de mercado, juega un papel destacado.

pues sólo en el mundo puramente teórico de la competencia perfecta cabe imaginar empresas que no lo tengan.

La segunda cuestión, de indudable importancia, es cómo medir el poder mercado, lo cual puede hacerse a través de tres enfoques distintos. El primero es un enfoque teórico, de difícil aplicación práctica; el segundo es el enfoque que viene utilizándose en la práctica desde hace tiempo y que podría denominarse enfoque tradicional; en tercer lugar, estaría el enfoque basado en técnicas cuantitativas novedosas, que amplía y complementa el enfoque tradicional.

Partiendo de la definición antes comentada, el poder de mercado vendría determinado por la diferencia entre el precio de mercado efectivamente cargado por la empresa y el coste marginal en que se incurriría para producir ese bien, dado que, en competencia perfecta, el precio debe igualarse al coste marginal y por tanto constituye el elemento de referencia lógico. Cualquier diferencia positiva entre el precio de mercado y el coste marginal es un indicador claro de la capacidad real de las empresas para actuar fuera del nivel de competencia. Esa es la base sobre la que se ha construido el índice de Lerner, que se define como Li = (Pmi – Cmi)/Pmi, donde Pm es el precio de mercado, y Cm el coste marginal.

Ahora bien, cuando se pretende utilizar este planteamiento para medir en la realidad el poder de mercado, surgen varias dificultades. Por una parte, es difícil obtener datos fiables de los costes marginales. Esto ha llevado a emplear costes medios en su lugar, lo cual desvirtúa en cierto sentido este enfoque, y aún así no se despeja del todo esa dificultad. Por otra parte, si la empresa estudiada ya dispone de poder de mercado en una medida relevante, probablemente estará produciendo con costes por encima del nivel óptimo, al incurrir en ineficiencias productivas, con lo cual el sobreprecio que se estimaría con el índice de Lerner estaría subestimando su poder de mercado real.

Entraría en juego, entonces, el segundo enfoque referido, que se basa en varios procedimientos indirectos para estimar el poder de mercado, y que es el que habitualmente se utiliza. El primer paso sería medir el grado de concentración que existe en el mercado relevante. Para ello se emplean diversos indicadores, entre los que destaca la cuota de mercado[17] y el índice Herfindhal-Hirschman (IHH)[18], que se define como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las empresas participantes en el mercado relevante. Otros indicadores serían el número de empresas participantes en el mercado de referencia y el número de competidores que acumula una cuota de mercado significativa.

Normalmente, se establecen umbrales para la cuota de mercado y el IHH a partir de los cuales se considera que existe un nivel de concentración preocupante. También existen umbrales para diversos

[17] La cuota de mercado es la parte del mercado relevante que capta la empresa o conjunto de empresas objeto de análisis. Normalmente se expresa como un porcentaje del total y se calcula a partir de datos del volumen o el valor de las ventas de la empresa. También puede usarse para indicar la cuota de un grupo de empresas líderes. En este caso, la expresión Si indica la cuota de las *i* empresas líderes en el mercado. Por ejemplo, S3 = 65% indica que las tres primeras empresas de ese mercado captan el 65 por ciento de la cuota total.

[18] En términos matemáticos, $IHHi = \sum S_i^2$, donde Si es la cuota de mercado de cada empresa participante en el mercado. Su valor máximo es 10.000.

propósitos, útiles en la aplicación de la PDC[19]. Por ejemplo, suele considerarse que existe una posición de dominio a los efectos del artículo 82 del Tratado de Roma cuando la cuota de mercado es superior al 40 por ciento. Por debajo del 30 por ciento de la cuota del proveedor, se aplican las exenciones por categorías en las restricciones verticales. Finalmente, por encima del 10 por ciento, los acuerdos horizontales dejan de considerarse *de minimis* de acuerdo a las directrices de la Comisión.

En todo caso, la utilización de la cuota de mercado y del IHH, aunque son indicadores potentes, debe hacerse con cuidado y siempre acompañada de la valoración de otros aspectos que son importantes a la hora de determinar el poder de mercado. Por eso es muy importante continuar la investigación de la posición de dominio a través del análisis de los competidores, de las barreras de entrada y salida en el mercado relevante, y del poder compensatorio de la demanda que puedan tener los clientes y proveedores de la actividad en cuestión. El análisis de las barreras de entrada es especialmente interesante. Los tipos de barreras de entrada que se deben considerar son: las legales; las que derivan de la propia estructura del mercado, y que por tanto, no pueden ser modificadas fácilmente por las empresas participantes, tales como los costes no recuperables, los costes de cambio que tengan los consumidores, las externalidades de red y la dificultad de acceso a ciertos recursos esenciales; y, finalmente, las barreras derivadas del propio comportamiento de las empresas, como son los gastos en I+D o en publicidad, y las prácticas de exclusión de competidores, como el uso de precios predatorios, ventas ligadas, o las prácticas de creación de una reputación de conducta agresiva ante posibles intentos de acceso de nuevos competidores.

Finalmente, el último enfoque posible para determinar el poder de mercado es el que se basa en el uso de técnicas cuantitativas asociadas al empleo de la econometría. Pueden mencionarse al respecto, la estimación de las elasticidades de la demanda residual desarrollada por Baker y Bresnahan en 1985, y los modelos de demanda basados en la técnica *logit* inicialmente ideada por McFadden en 1973[20]. La utilidad principal de estas dos técnicas es que permiten eludir los problemas de dimensionalidad, derivados de una excesiva acumulación de variables cuando se estudian, por ejemplo, mercados donde existe diferenciación de productos.

5. **CONCLUSIONES**

Hemos visto que la creciente importancia y éxito de la PDC radica en su aplicación imparcial e independiente, centrada en los objetivos de amparo y promoción de la competencia y orientada a la búsqueda del bienestar económico general y la eficiencia de los mercados. El mantenimiento de esa perspectiva en el futuro será una garantía de que continuará el arraigo de esta política entre los agentes

[19] Véase por ejemplo una relación exhaustiva de umbrales de la cuota de mercado en Whish (2003).

[20] Para una explicación detallada de estas dos técnicas puede consultarse Motta (2005), páginas 124-134. La modelización *logit* es semejante a la regresión tradicional salvo que utiliza como función de estimación la función logística en vez de la lineal.

económicos y se obtendrán los mejores frutos de su esfuerzo.

La PDC es una materia esencialmente económica y, por ello, el pensamiento económico ha efectuado y continuará efectuando importantes aportaciones al fundamento de esa política, a su definición y orientación, y al análisis de casos que son objeto de estudio por las autoridades de defensa de la competencia. En estos momentos, la línea de pensamiento que está realizando una aportación más destacada a la PDC es la llamada Nueva Economía Industrial Empírica, que analiza situaciones de competencia imperfecta partiendo del paradigma ECR y de las contribuciones de la escuela neoclásica y de la teoría de juegos, con aspectos tomados de una interpretación darwinista aplicada a lo económico y la incorporación de una perspectiva dinámica.

En lo referente a la definición y orientación de la PDC es justo reconocer que la motivación económica no es la única, ni acaso deba ser la más importante en ciertas ocasiones, pero es sin duda la que presta una mayor legitimidad y un mejor fundamento a esta política. El análisis del apartado 3 nos ha permitido definir con más claridad la PDC y discriminar entre diversas orientaciones de esa política que son coherentes con la eficiencia económica, así como determinar con más exactitud el coste de oportunidad de dirigir la PDC hacia objetivos distintos del bienestar económico general.

Se ha revisado también, de un modo somero, la aplicación de las técnicas modernas derivadas del análisis económico y la econometría al análisis de casos. En este sentido, hemos visto cómo el estudio de los casos es cada vez más técnico y sofisticado, una tendencia que no hará sino reforzarse en el futuro.

Para terminar, tres breves observaciones. En primer lugar, creo que es conveniente tratar de definir siempre, del modo más claro posible, qué se persigue con la PDC, sean cuales sean los objetivos que se intenten conseguir. Ello añade más transparencia a su aplicación y se puede valorar mejor la racionalidad del esfuerzo público. Esto debe ir unido a una aplicación de esta política lo más independiente posible y a una actuación imparcial por parte de los órganos ejecutivos de la PDC.

En segundo lugar, dada la complejidad creciente del análisis de casos, debería hacerse un esfuerzo para dotar a los órganos centrales y autonómicos encargados de la aplicación de la PDC en España de los mejores medios técnicos, humanos y materiales para afrontar el reto de la incorporación de esas nuevas técnicas y procedimientos analíticos. En lo referente a los órganos autonómicos, estamos asistiendo a una fase inicial de su puesta en marcha, lo que debería aprovecharse para proveerlos de medios en la línea indicada. Respecto a los órganos centrales, el proyecto de ley de reforma de la LDC es una excelente oportunidad en este sentido.

Por último, creo que sería conveniente tratar de estimular nuevas iniciativas que analicen la PDC desde una perspectiva económica. Esto es especialmente necesario en España, donde el enfoque predominante es el jurídico y no parece que se preste, por el momento, una atención especialmente destacada a los aspectos económicos de esta política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSEN, E.S. (2006): Schumpeter´s General Theory of Social Evolution: The early version, Paper for the Conference on Neo-Schumpeterian Economics, Trest.

BARBER, W.J. (1982): *Historia del Pensamiento Económico*, Alianza Universidad, Madrid.

BORRELL, J.R. (2005): *Una metodología para el análisis de la competencia en los mercados. Lecciones de la experiencia comparada*. Universitat de Barcelona.

CABRAL, L. (1997): *Economía industrial,* McGraw-Hill, Madrid.

CARLTON, D. W.; PERLOFF, J. M. (2004): *Modern Industrial Organization*, Boston, Pearson Addison Wesley.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (9/12/1997): «Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law»

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2004/C 31/03): «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas».

DIAZ ESTELLA, F. (2001): «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU», en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 321 a 349.

DIPPON, C.; LEONARD, G.; WU, L. (2005): «Application of empirical methods in merger analysis». NERA Economic Consulting.

FERNANDEZ ORDOÑEZ, M.A. (2000): *La competencia*, Alianza Editorial, Madrid.

GAL, M.S. (2003), *Competition Policy for Small Market Economies*, Harward University Press, Cambridge.

GUTIERREZ, I. y PADILLA, A.J. (2005): «Economía de la competencia», en BENEYTO PÉREZ, J.M. (2005): *Tratado de derecho de la competencia. Unión Europea y España*, Vol. I., Bosch, Barcelona.

IVALDI, M. et alia (2003): «The Economics of Tacit Collusion», Final Report for DG Competition, European Commission.

IVALDI, M. y VERBOVEN, F. (2002): «Quantifying the effects from horizontal mergers in European Competition Policy».

KAHN, A.E. (1988): *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, The MIT Press, Cambridge.

KWOKA, J.E.; WHITE, L.J. (2004): *The Antitrust Revolution. Economics, competition, and policy,* Oxford University Press. Oxford.

METCALFE, J.S. (1998): *Evolutionary Economics and Creative Destruction,* Routledge, Londres.

MOTTA, M. (2005): *Competition Policy, theory and practice,* Cambridge.

NORMAN, G.; THISSE, J.F. (2000): *Market structure and competition policy. Game-Theoretic approaches*, Cambridge University Press.

ORDOVER, J. A. (1990): «Economic Foundations of Competition Policy» en *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*. Harwood Academic Publishers.

PASCUAL Y VICENTE, J. (2002): *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*, Civitas, Madrid.

SEGURA, J. (1993): *Teoría de la Economía Industrial,* Civitas, Madrid.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: «Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia», Subdirección General de Concentraciones. Ministerio de Economía y Hacienda. España.

SUZUMURA, K. (2003): «Competition, Welfare, and Competition Policy», Institute of Economic Research, Hitotsubashi University and Competition Policy Research Center, Fair Trade Commission of Japan.

TIROLE, J. (1990): *La Teoría de la organización industrial*, Ariel Economía, Barcelona.

WHISH, R. (2003): *Competition Law*, Lexis Nexis Butterworths, United Kingdom.

WU, L. (2004): *Economics of Antitrust. New issues, questions, and insights*. NERA.

El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno

El presente artículo pretende abordar las cuestiones más problemáticas que puede plantear la aplicación de la nueva normativa sobre el procedimiento para la aplicación de la regulación comunitaria sobre defensa de la libre competencia entre empresas. El nuevo procedimiento de defensa de la libre competencia que recoge en el Reglamento 1/2003 del Consejo plantea un sistema de aplicación directa de la normativa sin necesidad de notificación previa y basado en la descentralización. Esta situación puede plantear numerosos problemas, fundamentalmente en la confluencia de ordenamientos internos y comunitarios, programas de clemencia y relacionados con procedimientos penales.

Artikulu honek enpresen arteko lehia askearen defentsarako Batasunaren arauketa ezartzeari buruzko prozedura berria ezartzeak ekar ditzakeen auzirik korapilatsuenak zein diren aztertu nahi du. Lehia askearen defentsarako prozedura berria Kontseiluaren 1/2003 Erregelamenduan dago jasota; arauketa zuzenean ezartzeko sistema bat proposatzen du, aurretiazko jakinarazpenik behar ez duena eta deszentralizazioan oinarritutakoa. Egoera horrek hainbat arazo sor dezake, batez ere estatuetako eta Batasuneko ordenamenduak batera ezartzeari, barkamen-programei eta prozedura penalekin izan dezakeen harremanari dagokienez.

This essay tries to analyse the main problematic questions that the new regulation of the application procedure of the European competition law can imply. The new procedure is based in the Council Regulation 1/2003 that implies a directly applicable system without previous notification and based on authority descentralization. This situation can imply some problems relative to the cumulative application of the national and European system, the leniency programs and the criminal proceedings.

María Pilar Canedo Arrillaga
Universidad de Deusto

ÍNDICE

1. El procedimiento comunitario de Defensa de la competencia. Del Reglamento 17 al Reglamento 1/2003
2. El sistema establecido por el Reglamento 1/2003
3. Relaciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho europeo de la competencia
4. La incidencia del régimen comunitario en el ordenamiento jurídico español. Algunas cuestiones problemáticas.
5. Conclusión
Referencias bibliográficas

Palabras clave: Derecho de la competencia, reglamentos europeos de defensa de la competencia

N.º de clasificación JEL: K 33, L41, L42

1. EL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. DEL REGLAMENTO 17 AL REGLAMENTO 1/2003

Las normas comunitarias más relevantes de defensa de la libre competencia aparecen recogidas, en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). En ellos se establece un conjunto de principios generales reguladores de los acuerdos, prácticas concertadas y abusos de posición dominante restrictivos de la competencia que contienen escasas prescripciones de tipo procesal. Si bien los artículos 84 y 85 TCE reconocen poderes a la Comisión y las autoridades internas para comprobar las infracciones a la normativa e imponer las medidas de sanción adecuadas, esta normativa es claramente insuficiente y el propio Tratado prevé en su artículo 83 la posibilidad de un desarrollo reglamentario a este respecto.

En ejercicio de esta potestad el Consejo desarrolló la regulación del procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia por medio del conocido como Reglamento 17, primero de los que desarrolló la normativa material y permitió la puesta en funcionamiento efectiva de la política comunitaria de defensa de la libre competencia[1]. Este Reglamento fue objeto de una modificación de vital importancia para los operadores en el comercio comunitario que vino de la mano

[1] Reglamento n.º 17 de 6 de febrero de 1962, JOCE n.º 204/62 de 21 de febrero de 1962, EE, capítulo 8, Vol. 1, pp. 22 y stes.

del nuevo Reglamento 1/2003[2]. El cambio ha venido a establecer un nuevo marco de acción para las empresas partícipes en el mercado comunitario[3].

Los principios inspiradores del Reglamento 17 eran fundamentalmente la centralización real del sistema en la Comisión y un modelo de notificación previa de los acuerdos tanto para obtener una declaración negativa como una declaración de exención. La prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 81 TCE y la del artículo 82 en su totalidad podían ser puestas de manifiesto, tanto directamente por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales internas de los Estados miembros como por la Comisión. En estos supuestos en que la competencia era compartida se perfilaba un principio de prevalencia 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 Derecho comunitario en el momento en que la Comisión iniciara un procedimiento (artículo 9 R17).

En estos casos las empresas tenían reconocida la posibilidad de dirigirse a la Comisión mediante una notificación de sus acuerdos, con el fin de obtener lo que se conocía como declaración negativa (artículo 4.1 R 17) por medio de la cual la Comisión certificaba que, a la luz de los elementos de que tenía conocimiento, no existían razones por su parte para intervenir (artículo 2 R 17). Esta declaración confería a las empresas destinatarias un umbral adecuado de seguridad jurídica sobre la licitud de las prácticas que llevaban o pretendían llevar a cabo, (LEVER, J., 2002). Igualmente se consideraba que de este modo, la Comisión tendría conocimiento de todas las prácticas que pudieran afectar al mercado comunitario.

Por otra parte, el artículo 81.3 TCE exigía necesariamente la intervención de la Comisión. Ésta tenía encomendada la tarea de determinar 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[4]. Se establecía por tanto un régimen de autorización centralizado.

En cualquier caso la aplicación de la normativa comunitaria no implicaba de ningún modo que debiera dejar de aplicarse la normativa interna de defensa de la libre competencia, (VIENNOIS, J.P., 2002). Se formalizó así lo que se denominó teoría de la doble barrera que implica que a un mismo acuerdo entre empresas se pueda aplicar la regulación comunitaria y cumulativamente la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose incluso

[2] Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE n.º L 1/2003 de 4 de enero de 2003, pp. 1 y stes.

[3] La entrada en vigor del Reglamento se produjo el primero de mayo de 2004 coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea en la que actualmente colaboran veinticinco Estados.

[4] Tanto las notificaciones a que hacíamos referencia en el párrafo precedente como estas solicitudes de exención debían respetar unos requisitos formales muy estrictos y desarrollados por la Comisión en el Reglamento n. 3385/94 de la Comisión de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento 17 del Consejo. La citada norma suponía una referencia fundamental para las empresas destinatarias para la normativa comunitaria.

supuestos de doble sanción (CALVO CARAVACA, A. L.; BLANCO MORALES, P., 2000); CALVO CARAVACA, A.L. FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., 1995).

No parece discutible que en ausencia de esta norma reglamentaria la aplicación de los artículos 81 y siguientes del TCE hubiera dependido de la autonomía de los estados, lo que hubiera puesto seriamente en peligro una interpretación uniforme de la normativa comunitaria en todo el territorio de la actual Unión Europea. En el citado Reglamento se formulaba un modelo de procedimiento que dio lugar, a pesar de sus innegables ventajas, a importantes problemas que derivaban fundamentalmente del incremento de tamaño de la organización y del excesivo formalismo del sistema.

Esta situación justificó la redacción de un Libro Blanco que derivó en una propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, cuya finalidad era sustituir al citado Reglamento 17, transformando algunos de los principios fundamentales en que se basaba el sistema de control comunitario[5]. La citada propuesta dio lugar, más de un año después de lo que inicialmente estaba previsto, al nuevo Reglamento comunitario[6].

Posteriormente la Comisión publicó el conocido como *Modernisation Pakage,* un conjunto de normas de diversa índole, que tienen como finalidad declarada simplificar la labor de los diferentes sujetos afectados por el cambio previsto, desde las propias empresas, hasta las autoridades judiciales y administrativas internas de los Estados miembros pasando por los consumidores[7].

---

[5] Libro Blanco de 28 de abril de 1999, programa de la Comisión n.º 99/27, COM (1999) 101 final, publicado en el DOCE n. C 132/99 de 12 de mayo de 1999, y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 y (CEE) n.º 3975/87, presentada por la Comisión, Bruselas, 27 de Septiembre de 2000, COM (2000) 582 final.

[6] Las dificultades que implicó la adopción del texto del Reglamento se reflejaron incluso en la situación que se produjo en el momento de su publicación. El día 26 de noviembre de 2002, en la reunión del Consejo de Ministros de la Unión Europea, se alcanzó un acuerdo político por unanimidad respecto de la aprobación de un nuevo Reglamento. No obstante, el citado texto se aprobó en una ulterior sesión del Consejo introduciéndose algunas polémicas modificaciones respecto de la propuesta inicial. Las incidencias concretas que se produjeron en aquél momento pueden ser objeto de consulta en CALVO CARAVACA A.L.; CANEDO ARRILLAGA, M. P., (2003): «Libre competencia y descentralizacion» *Revista Española de Derecho Comunitario*, Ed. Civitas, n.º 1, pp. 5 a 45.

[7] Podría decirse que el paquete completo de modernización está formado por el Reglamento de la Comisión y un grupo de comunicaciones cuya referencia completa se recoge a continuación. Reglamento n.º 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE DOUE, n.º L 123/18, de 27 de abril de 2004. Las Comunicaciones en materia procesal son las siguientes: Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia DOUE n.º C 101/43 de 27 de abril de 2004; 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 CE, DOUE n.º C 101/54 de 27 de abril de 2004; Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOUE n.º C 101/65 de 27 de abril de 2004, y 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 (cartas de orientación) n.º C 101/78 DOUE de 27 de abril de 2004. Así mismo se han dictado dos comunicaciones de carácter material: Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado DOUE n.º C 101/81 de 27 de abril de 2004 y Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DOUE n.º C 101/97 de 27 de abril de 2004.

A grandes rasgos puede decirse que el Reglamento 1 supone un giro copernicano 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 notificación previa. Además la nueva regulación pretende una descentralización real que implica un fuerte incremento de los poderes de las autoridades internas tanto administrativas como jurisdiccionales.

El objeto de este estudio será, en primer lugar, presentar breve y sistemáticamente los rasgos fundamentales del nuevo sistema tratando de subrayar los principales pros y contras de la reforma por comparación con el sistema precedente. En un segundo momento presentaremos los problemas que puede implicar el protagonismo que las autoridades internas van a asumir en esta nueva situación y en concreto trataremos de abordar algunos de los problemas que pueden plantearse al aplicar la normativa comunitaria en el sistema de defensa de la competencia establecido en el ordenamiento jurídico español.

2. EL SISTEMA ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO 1/2003

2.1. Rasgos fundamentales de funcionamiento

Una vez analizadas diferentes opciones de cambio, la Comisión optó por la vía de implicar a las autoridades nacionales y establecer un procedimiento más simplificado[8]. Se reduce sensiblemente la carga burocrática y se pone especial cuidado en garantizar la aplicación coherente y uniforme del Derecho de competencia comunitario y un umbral aceptable de

[8] Los modelos que se barajaron como alternativa al finalmente propuesto fueron los siguientes: la primera opción implicaría mantener un sistema de autorización y notificación, aboliendo sin embargo el monopolio para emitir exenciones ostentado actualmente por la Comisión. Esta institución pasaría a compartir ese poder con las autoridades internas siguiendo un sistema de distribución competencial entre ellas basado en el principio del «centro de gravedad» de los efectos del acuerdo.

Como desventajas de esta opción se hace referencia al previsible mantenimiento o incluso incremento en el número de notificaciones, que seguirían siendo en su mayoría banales y exigiendo, como en la actualidad, un número elevado de recursos administrativos que no podrían dedicarse a la investigación de infracciones graves. Además, sería necesario introducir sistemas de notificación en aquellos ordenamientos que carecen del mismo (como Luxemburgo o Francia). Habría que tener en cuenta por otra parte que el efecto de las decisiones de exención emitidas por una autoridad nacional estaría restringido al territorio del estado donde se emitieran, razón por la que las empresas preferirían notificar a la Comisión para obtener una decisión aplicable en todo el territorio comunitario. Otra desventaja, también puesta de manifiesto por la Comisión, por la que las autoridades internas de los estados tratarían a las empresas situadas en su territorio de manera más benévola arriesgando de este modo la necesaria aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Una segunda opción abogaría por el mantenimiento del sistema actual acompañado de una simplificación sensible del procedimiento y una extensión de la aplicabilidad del art. 4.2 R17 que establece un régimen de notificación voluntaria cuando se cumplen unas determinadas circunstancias, como se ha hecho en el caso de las restricciones verticales. Esta opción tampoco se ve como positiva por la Comisión, dado que la simplificación de los procedimientos podría incrementar el número de notificaciones, porque las empresas continuarían realizando esas notificaciones de manera preventiva aunque se ampliara el ámbito de acción del artículo 4 R17 y porque el monopolio de la Comisión continuaría bloqueando la efectiva participación de las autoridades y tribunales nacionales.

seguridad jurídica para las empresas destinatarias del procedimiento[9].

Tomando como base una supuesta «excesiva carga» que implicaría para la industria, y especialmente para las pymes, el sistema de notificación previa que impide, o al menos convierte en arriesgada, la puesta en marcha de los acuerdos empresariales si no han sido previamente notificados, se propone crear lo que se ha venido en denominar un «sistema de excepción legal directamente aplicable»[10].

El citado «sistema de excepción legal directamente aplicable» supone que tanto el artículo 82, como el 81 TCE en su conjunto, podrán ser aplicados directamente, no sólo por la Comisión, sino paralelamente por los tribunales y autoridades internos de los estados (NICOLAIDES, P., 2002) .

Se convierte así el artículo 81 en una norma unitaria y directamente aplicable, que contiene una prohibición en su párrafo primero y un principio de exención en el tercero. Sin necesidad de que exista una decisión administrativa expresa, los acuerdos restrictivos que cumplan las cuatro condiciones recogidas en el párrafo tercero del artículo 81 TCE, se considerarán válidos mientras las sigan cumpliendo (artículo 1 R. 1). No es posible que las empresas partícipes se dirijan a ninguna autoridad, comunitaria ni nacional, para que emita una decisión de exención que cree derechos para las mismas[11].

El nuevo sistema supone por tanto una abolición del procedimiento de exención y no meramente una desaparición del monopolio reconocido a la Comisión para acordarlas (SUBIOTTO, R. AMATO, F., 2001).

De este modo se pretende que, tanto la Comisión como las autoridades internas, puedan asegurar una vigilancia eficaz de los mercados y puedan centrar sus esfuerzos en las denuncias y procedimientos de oficio que deberán previsiblemente llevarles a decisiones de prohibición de aquellos acuerdos que pueden considerarse más lesivos para el mercado comunitario[12].

---

[9] Un completo estudio sobre la propuesta en que se basa puede encontrarse en WILS, W. (2001): «The modernisation of the Enforcement of articles 81 and 82 EC: A legal and economic analisys of the Commission´s proposal for a new Council Regulation repalcing regulation n. 17» en *Fordham International Law Journal,* Junio.

[10] Véase el informe explicativo anexo a la propuesta del Reglamento, p. 4.

[11] Algunos autores han considerado que la dicción literal del Tratado resulta incompatible con el sistema que acabamos de reflejar, dado que el artículo 81.3 TCE mantiene que la prohibición recogida en el párrafo primero «puede declararse inaplicable» y este mandato exigiría una declaración administrativa expresa.

Semejante afirmación parece quizá un poco excesiva. Fundamentalmente, dado que el artículo 83 TCE encomienda al Consejo la labor de desarrollar procesalmente la legislación material y es, precisamente en cumplimiento de ese mandato, por medio del R. 17, cuando se optó por el sistema de notificación. Cabe destacar igualmente que si se hubiera pretendido establecer en el propio Tratado un sistema de notificación, se habría podido optar por la vía del TCECA que en su artículo 65 establece que «La Comisión autorizará…». Si se optó por la vía del art. 81.3, parece que fue para dejar un margen de decisión al Consejo.

[12] En este punto pueden consultarse EHLERMAN, C.D. (2000): «The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution» *Common Market Law Review*, pp. 537 a 590, o SCHAUB, A.; DOHMS, R. (1999): «Das Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorsriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag» *Wirtschaft und Wettbewerb*, pp. 1055 a 1070.

2.2. **Objetivos básicos del nuevo sistema**

Este nuevo sistema tiene como objetivos básicos fomentar la protección de la competencia dentro del mercado común, incrementando la competencia no solo para las empresas situadas dentro de la Comunidad, sino para aquéllas que, aprovechando las oportunidades del mercado globalizado, pretendan operar en él a pesar de estar establecidas en otras zonas (EHLERMAN, C.D., 2000).

Se pretende así, conseguir una protección más efectiva de los intereses de los consumidores que en un sistema de libre competencia real, pudiendo obtener los mejores servicios en óptimas condiciones (EDWARD, D., 2001).

Respecto de las empresas, se pretendería aligerar la tramitación burocrática y evitar los consiguientes retrasos.

Desde el punto de vista legal, y aunque la modificación del sistema comunitario no implica necesariamente un cambio en las normativas internas de defensa de la libre competencia, la aplicabilidad directa del artículo 81 TCE en su conjunto por parte de las autoridades internas, podría derivar en una mayor convergencia de los sistemas nacionales.

2.3. **Autoridades implicadas en la aplicación de la normativa**

Esta modificación implica un considerable incremento en el número de organismos competentes para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 TCE y una relativamente compleja distribución competencial[13]. Tratando de evitar los problemas que han venido existiendo con el régimen precedente y que han limitado la cooperación entre las autoridades nacionales entre sí, y entre éstas y la Comisión, el nuevo Reglamento dedica un capítulo, el IV, a la cooperación entre las diferentes autoridades haciendo referencia tanto a autoridades administrativas como judiciales[14]. Limitándose exclusivamente a las autoridades administrativas, comunitarias e internas, se crea una Red de intercambio de información[15].

Todas esas autoridades participarán directamente en la aplicación del Derecho comunitario. Sea en procedimientos iniciados por denuncia, de oficio, o en el caso de las autoridades judiciales, en demandas de reclamación de daños, podrán analizar la consecución de los requisitos del 81.3 TCE[16].

El papel de la Comisión se ve claramente reforzado tanto respecto de las

---

[13] El Capítulo II del Reglamento 1 dedica los artículos 4 a 6 a establecer las competencias de la Comisión (4), las autoridades nacionales de competencia (5) y las autoridades judiciales (6).

[14] Se denunciaba en el sistema precedente que a la Comisión le resultaba más sencillo cooperar con las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia que con las de los Estados miembros. Los acuerdos bilaterales en materia de competencia suscritos por la organización pueden consultarse en la página web de la Comisión http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral/ (10-05-04). En ella se presta atención preferente a los acuerdos celebrados con Estados Unidos.

[15] Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia Diario Oficial de la Unión Europea n.º C 101/43, de 27 de abril de 2004.

[16] Lógicamente, las autoridades judiciales nacionales seguirían siendo exclusivamente competentes para conocer de las demandas instando la nulidad civil de los acuerdos y los posibles daños y perjuicios que hubiera conllevado.

decisiones que puede adoptar como fundamentalmente respecto de sus poderes de investigación y sanción.

El papel de las autoridades nacionales para aplicar la normativa comunitaria depende, en primer lugar, de las potestades reconocidas por los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados miembros.

La puesta en práctica de esta normativa exigirá que todos los ordenamientos de los Estados confieran a sus autoridades los poderes necesarios para su ejecución[17]. Puede decirse que podrán emitir los mismos tipos de decisiones que en este momento adopta la Comisión, salvo las que suponen que los acuerdos son conformes a la normativa comunitaria y supondrían un mayor umbral de seguridad jurídica para las empresas, ya que en ese caso tan solo podrán decir «que no procede su intervención» (artículo 5 R. 1)[18].

Igualmente podrán imponer multas sancionadoras y coercitivas de acuerdo con la regulación recogida en su normativa nacional, lo cual podría resultar otro de los elementos que ponga en tela de juicio la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario dando incluso lugar a prácticas de *forum shopping*.

No podemos olvidar además que las autoridades internas tienen también encomendada la labor de aplicar la normativa interna de defensa de la competencia con los problemas que esta situación podría acarrear.

El Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes estará formado por representantes de las autoridades de competencia de los Estados miembros y puede considerarse protagonista en la colaboración entre las autoridades comunitarias y las internas.

Las funciones de este órgano se ven reforzadas en la medida en que se plantea incluso la posibilidad de que llegue a emitir informes no vinculantes en determinados asuntos ante las autoridades internas pudiendo incluso convertirse en un foro de discusión de los asuntos más importantes. Se plantea igualmente que podría tener papel de revisión en la decisión sobre la participación de la Comisión como *amicus curiae* y analizar las decisiones de las autoridades internas pudiendo proponer cambios.

Es ciertamente destacable el papel que previsiblemente van a jugar las autoridades judiciales internas de los Estados miembros.

Los jueces nacionales podrán decidir sobre la validez o nulidad de un acuerdo, así como, tal como sucede ahora, sobre los posibles daños derivados del mismo (artículo 6 R. 1).

Este aumento en el papel de los jueces internos puede acarrear problemas derivados, fundamentalmente, de la complejidad no solo jurídica sino fundamentalmente económica que supone la aplicación de esta política. El Tribunal de Justicia ya había reconocido, aplicando la normativa del R. 17, la potestad de los tribunales in-

---

[17] Las autoridades internas pueden consultarse en la página de la Comisión http://europa.eu.int/comm/competition/national_authorities/ (última consulta 12-05-04).

[18] Estas posibilidades de actuación de las autoridades internas se recogen también en la normativa aplicable a las restricciones verticales. Reglamento n.º 1215/1999, DOCE n.º L 148 de 1999, p. 1, que afecta al Reglamento 19/65 y al 2790/1999, DOCE n.º L 336 de 1999, p. 21.

ternos para analizar la posibilidad de aplicación de una exención del 81.3 TCE para dar una respuesta apropiada a sus procedimientos en el caso de la adopción de medidas provisionales[19].

Conscientes no obstante de la entidad del asunto abordado y buscando atenuar los posibles problemas que puedan plantearse, se han tratado de potenciar las posibilidades de la Comisión de dar orientaciones normativas sobre la aplicación correcta de la normativa comunitaria[20]. Igualmente se prevé el establecimiento de sistemas que permitan a los jueces internos elevar consultas a la Comisión en cuestiones económicas, legales y técnicas[21].

Finalmente, queda abierta la posibilidad de presentar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, aplicando el artículo 234 TCE (JAEGER, W., 2000).

2.4. **Cooperación entre las autoridades competentes**

La existencia de un número tan elevado de autoridades a las que se reconoce competentes para aplicar la normativa comunitaria exige el establecimiento de un sistema de relación entre ellas que supone un alto nivel de implicación. El Reglamento dedica el Capítulo IV a la definición del nuevo sistema (FIKENTSCHER, W., 2001).

Esas normas se basan fundamentalmente en la «teoría del efecto restrictivo en el mercado» —por la que se potencia la competencia de la autoridad mejor situada para actuar atendiendo precisamente a su capacidad de analizar tales efectos—, pero sin desconocer la importancia de otros criterios como la efectividad de los poderes de investigación o el interés comunitario. En un sistema como el que se plantea, la posible prohibición de un acuerdo por parte de las autoridades de un estado podría ser suficiente para convertir en inaplicable la práctica contraria a la competencia en el resto de estados afectados, caso de que la actuación en el estado en que se dicta la resolución sea consustancial a la puesta en marcha del acuerdo o práctica. Sin embargo no puede descartarse que resulte necesario llevar a cabo más de un procedimiento para conseguir la prohibición total de una determinada práctica.

De acuerdo con la Comisión, una de las características fundamentales del modelo que se plantea es la búsqueda de una protección más eficaz de la competencia. Para ello se considera elemento básico del nuevo sistema, que la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de la normativa comunitaria[22]. Con el nuevo modelo se trata por una parte de garantizar que se aplica tan solo un *corpus jurídico* a todas las transacciones con consecuencias transfronterizas. Además se trataría de facilitar una asignación eficiente de los asuntos

---

[19] STJCE 28 febrero 1991, *Delimitis / Henninger Bräu,* C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.

[20] Véanse las dos Comunicaciones de contenido material que hemos referido previamente sobre los criterios de aplicación del párrafo tercero del artículo 81 TCE y sobre los efectos en el mercado *cit.*

[21] Ver en este sentido la Comunicación sobre cooperación con las autoridades judiciales *cit.*

[22] Puede consultarse la Exposición de Motivos a la Propuesta de Reglamento, punto C, 1, a), p. 6.

dentro de la red de autoridades de competencia, de manera que cada caso sea tramitado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

Tanto la Comisión como las autoridades internas de defensa de la libre competencia son autoridades de naturaleza administrativa por lo que los principios que rigen su actuación pueden considerarse *grosso modo* coincidentes, empezando por el principio de oportunidad que no les obliga a conocer todos los asuntos que se presenten ante ellas. Este principio puede llevarles a rechazar denuncias cuando existen prioridades superiores que le aconsejan dedicar sus efectivos a cubrir otros objetivos[23]. Esta circunstancia no se verifica evidentemente en las autoridades jurisdiccionales para las que, por ello, se establece un régimen diferente. En esos casos, los denunciantes podrían por tanto preferir dirigirse a una autoridad judicial interna de un Estado miembro[24]. El artículo 11 R 1 se ocupa, básicamente, de las relaciones entre la Comisión y las autoridades administrativas internas de los estados, mientras que el artículo 15 R. 1 se ocupa de las relaciones con las autoridades judiciales.

Resumiendo en grandes líneas el procedimiento de cooperación entre autoridades administrativas, se podría decir que, si una vez iniciado un procedimiento ante la autoridad de un Estado miembro, y se considera que existe otra autoridad que está en mejores condiciones para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, está prevista la posibilidad de transferencia del asunto. Esta transferencia podrá realizarse de manera voluntaria entre autoridades internas.

La Comisión conserva la potestad, en todo momento del procedimiento, de avocar un asunto para sí, aunque del mismo esté conociendo una autoridad interna. En este supuesto no es necesario el acuerdo de la autoridad que había comenzado a conocer del caso.

La colaboración entre las diferentes autoridades administrativas y las judiciales se plantea lógicamente en distintos términos y se centra fundamentalmente en dos líneas de acción.

En primer lugar la Comisión se ofrece para facilitar información a las autoridades judiciales de los estados en el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE y siempre a petición de éstos.

En segundo lugar, se establece un sistema que exige que los ordenamientos procesales internos de los Estados miembros permitan a las autoridades administrativas internas y a la propia Comisión intervenir en los procedimientos judiciales de aplicación de la normativa comunitaria. De este modo se deberá permitir que la autoridad administrativa del estado cuyos tribunales conocen de un asunto o la Comisión, presenten por iniciativa propia observaciones escritas en los procesos internos. En ambos casos, con la venia del tribunal, la Comisión o la autoridad correspondiente podrán presentar en el proceso observaciones orales.

---

[23] STJCE 18 septiembre 1992, *Automec / Commission*, T-24/90, Rec. 1992, p. II-2223.

[24] SCHAUB mantiene que se pretende recoger esos criterios en una comunicación de la Comisión en que se establezcan las líneas básicas de actuación de las diferentes autoridades que permitan a los denunciantes tener elementos de juicio suficientes a la hora de decidir el foro al que acudir a presentar la denuncia. SCHAUB, A.: «Modernisation…» *op. cit.,* p. 9.

En el caso de las autoridades judiciales las exigencias de intercambio de información son lógicamente sensiblemente menores. Así, tanto las autoridades internas como la Comisión pueden solicitar al órgano jurisdiccional que les remita todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto que se trate a los únicos efectos de la preparación de sus observaciones.

En todo caso, la regulación del Reglamento 1 (artículo 15.4) prevé la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales confieran poderes más amplios a las autoridades administrativas internas.

En aras de conseguir información adecuada y completa de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, el Reglamento prevé la obligación a los Estados miembros de transmitir a la Comisión todas las sentencias de sus tribunales que pronuncien sobre la aplicación de los citados preceptos sin dilación, tras notificar a las partes el texto íntegro de la resolución.

Parece claro que no resulta posible obligar a las autoridades judiciales internas a paralizar sus procedimientos por el hecho de que haya comenzado uno la Comisión o ésta haya resuelto sobre los mismos hechos. El artículo 16 R.1 prevé exclusivamente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales internos suspendan sus procedimientos si así lo consideran procedente cuando la Comisión, y no una autoridad interna según la redacción del citado precepto, haya incoado un procedimiento susceptible de finalizar en una decisión que podría entrar en conflicto con lo que la autoridad judicial pudiera resolver.

3. RELACIONES ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES Y EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

El artículo 3 del Reglamento 1/2003 establece las reglas que determinan la relación entre los derechos nacionales de competencia y la Regulación comunitaria. Este es un precepto complejo que ha sido objeto de muy diversas interpretaciones en parte porque es prácticamente el único cambio relevante que se produjo entre la versión provisional y la definitiva del Reglamento y fundamentalmente porque viene a plantear una cuestión realmente controvertida para las empresas y para los propios intereses, fundamentalmente de algunos de los Estados miembros (REIFEGERSTE, S., ,2003).

El Reglamento 17 no contenía regulación alguna respecto de la relación existente entre las diferentes reglas de competencia. Fue el Tribunal de Justicia el que estableció desde 1969 la posibilidad de aplicación cumulativa entre derecho nacional y europeo[25]. Esta interpretación del Tribunal no

[25] Case 14/68, 13 February 1969, *Walt Wilhelm/ Bundeskartellamt*, *Rec.*1969, p.1 ; Case C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P, 15 October 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV and DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc (ICI)/Comisión*, Rec. 2002, ap. 54 a 69. En el mismo sentido LAUWAARS, R.H. (1969): «Annotation» *Common Market Law Review,* pp. 489-490; ZULEEG, M. (1990): «Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht», *Europarecht*, pp. 123-134; HENRIKSEN, U.B. (1994): *Anti-competitive State Measures in the European Community. An Analysis of the Decisions of the European Court of Justice*, Ed handelshojskolens, Dinamarca, p. 21; HOOTZ, C. (1969): «Anmerkung», *Europarecht*, pp. 151-153; BOULOUIS, J. CHEVALIER, R.M. (1983): *Grands arrets de la Cour de Justice des Communnautes europeennes*, Tomos I y II, Ed. Dalloz Sirey, pp. 249.

ha sido objeto de cambios sustanciales y se ha mantenido en un importante número de resoluciones[26]. La aplicación del Derecho europeo de la competencia podía restringir pero no impedir la aplicación del derecho interno (BASEDOW, J., 1997).

El texto original de la propuesta implicaba claramente un cambio muy relevante en la relación entre los ordenamientos teniendo en cuenta que la aplicación a un acuerdo o práctica del Derecho europeo de la competencia hubiera implicado la imposibilidad de aplicarle el derecho nacional.

Este cambio se había considerado como un giro razonable, dado que las autoridades nacionales de la competencia serán las encargadas de aplicar también el Derecho comunitario en la mayoría de las ocasiones, de modo que la doble sanción tendría que ser impuesta por la misma autoridad. Del mismo modo se había considerado que el cambio en la interpretación podría considerarse como una cierta compensación para las empresas, teniendo en cuenta la reducción de garantías procesales que el nuevo sistema implica (HOLMES, K., 2000).

La versión definitiva del artículo 3 ha retrocedido en esta interpretación. Parece claro, dada la dicción del párrafo primero, que se ha aceptado nuevamente la aplicación cumulativa del derecho nacional y el comunitario a los acuerdos, decisiones o prácticas previstos en los artículos 81 y 82. Por el contrario la aplicación cumulativa no tendrá lugar en los casos de concentraciones.

La redacción del párrafo segundo del artículo 3 ha sido objeto de diferentes interpretaciones. «La aplicación del derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral»

Este artículo ha sido interpretado en el sentido de considerar que si el derecho nacional de la competencia no puede implicar una prohibición de los acuerdos o prácticas aceptados por el Derecho comunitario, la aplicación cumulativa no resultaría posible (IDOT, L., 2003).

Incluso cuando esta interpretación podría resultar realmente positiva para las empresas, no sería fácil de conciliar con la redacción del primer párrafo del mismo artículo. En él está claramente expresado

---

[26] Case 253/78, 10 July 1980, *Procureur de la République/Giry y Guerlain*, Rec. 1980, pp, 2327; Case 37/79, 10 July 1980, *Anne Marty SA/Estée Lauder*, Rec. 1980, p. 2481; Case 99/79, 10 July 1980, *Lancôme et Cosparfrance Nederlands/Étos et Albert Heyn Supermart*, Rec. 1980, p. 2511; Case 31/80, 11 November 1980, *L'oreal/Pvba De Nieuwe Amck*, Rec. 1980, p. 3775; Case C-308/90, 21 January 1993, *Advanced Nuclear Fuels/Comisión*, Rec. 1993-I, p. 309; Case T-395/94, 22 November 1995, *Atlantic Container Line Ab y otros/Comisión*, R II, Rec. 1995-II, pp. 2893-2917; Case C-7/97, 26 November 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG y otros*/Comisión, ap. 16.

que cuando las autoridades de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de la competencia a las prácticas que afecten al comercio entre los estados miembros aplicarán «también» a las mismas el Derecho comunitario.

Trataremos de analizar todas las posibles situaciones que plantea este precepto.

Si un acuerdo no es contrario al derecho nacional y también es permitido por las reglas comunitarias, no habrá aplicación cumulativa de ambos sistemas porque ninguno de ellos tendrá que ser aplicado. La aplicación uniforme del Derecho europeo de la competencia impide evidentemente a las autoridades nacionales prohibir acuerdos o prácticas que serán admitidos por el Derecho comunitario. De igual manera, la prevalencia del Derecho comunitario y su aplicabilidad directa por las autoridades nacionales les impide permitir acuerdos o prácticas que serían prohibidos por el Derecho comunitario.

La única situación que nos permite conciliar el artículo tercero en sus párrafos primero y tercero es aquélla en la que un acuerdo o práctica es contraria al Derecho comunitario de la competencia e igualmente al derecho interno. En ese caso la autoridad nacional sancionará la infracción aplicando derecho interno incluso en el caso de que haya aplicado «también» el Derecho comunitario. Esta interpretación nos devuelve a la teoría de la doble barrera o posibilidad de aplicación cumulativa del derecho interno y el comunitario con el riesgo que ello supone de doble sanción y en consecuencia la quiebra del principio *non bis in idem* que prohíbe precisamente no solo esa doble sanción sino incluso el doble enjuiciamiento (Lillich, K., 1978).

La situación no es dudosa en el caso de las prácticas unilaterales. El artículo 3.2 *in fine* establece que:

> *lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas, en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.*

De nuevo, tanto en el artículo 81 como el 82, la aplicación del Derecho europeo de la competencia puede restringir pero no prohibir la aplicación del Derecho nacional de la competencia incluso en los casos en que ambos tengan el mismo objetivo de protección (Calvo, A.L. Canedo, M.P., 2000). Por supuesto la aplicación del Derecho comunitario no implica la imposibilidad de aplicar normativas nacionales que persiguen diferentes objetivos de protección.

4. LA INCIDENCIA DEL RÉGIMEN COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

El Derecho español de la competencia se inspira en el Derecho comunitario ya incluso antes de la adhesión de España a las Comunidades Europeas[27]. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia está inspirada en el modelo comunitario de defensa de la competencia, y

[27] Ya la Ley 110/63, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia se basa principalmente en las normas contenidas en el entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

sobre todo, en los artículos 81 y 82 TCE (FRANCO GARCÍA, 1989). Sus disposiciones prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia en términos similares a los del artículo 81 TCE (artículo 1 LDC) y prevé la posibilidad de obtener exenciones individuales en condiciones que coinciden exactamente con los criterios previstos en el apartado 3 del artículo 81 TCE. Los abusos de posición dominante se abordan en términos similares a los del artículo 82 TCE (artículo 6 LDC).

La identidad entre el modelo español y el comunitario es casi total. De ahí que la aplicación de la normativa estatal por las autoridades internas resulte coincidente con la práctica que ha venido llevando a cabo la Comisión y esto, como veremos a continuación, puede plantear algunos problemas.

4.1. La relación existente entre los procedimientos administrativos sancionadores y judiciales y su afectación al Derecho comunitario de Defensa de la competencia. El principio *non bis in idem*

El nuevo sistema establecido por el R 1 y la normativa de desarrollo se basa, como hemos visto, en una descentralización en la aplicación de la normativa comunitaria que implica un incremento en el protagonismo que se reconoce a las autoridades internas tanto judiciales como administrativas, concediéndose a estas últimas la facultad de aplicar en su totalidad los artículos 81 y 82 TCE.

Existe por tanto una posibilidad más que razonable de que las autoridades administrativas españolas tengan encomendada en algunos casos la tarea de enjuiciar determinadas conductas que pueden considerarse contrarias a la regulación comunitaria, siendo incluso en algunas ocasiones las únicas competentes para imponer las sanciones correspondientes[28].

Igualmente conocemos que el artículo 3 R 1/03 reconoce nuevamente la conocida como teoría de la doble barrera que permite la aplicación cumulativa de la normativa comunitaria y la interna. De este modo, resulta posible que a la misma conducta se le aplique la normativa comunitaria de defensa de la competencia y la normativa interna (BASEDOW, J., 1998).

Además de la regulación administrativa, en el ordenamiento jurídico español existen algunos preceptos en el Código Penal, el 262, el 281 y 284, que tipifican y sancionan determinadas conductas contrarias a la competencia por su afectación al mercado y a los consumidores[29].

Una misma conducta, acuerdo o práctica concertada o unilateral, puede por tanto implicar una triple infracción: infracción a la normativa interna de defensa de la competencia con la posible sanción administrativa impuesta por el TDC español;

---

[28] 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 CE, DOUE n.º C 101/54 de 27 de abril de 2004.

[29] En concreto el artículo 284 establece que «se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

una infracción a la normativa comunitaria con la posible sanción administrativa impuesta por la Comisión o una autoridad interna que sería el mismo TDC, y una infracción de carácter penal con una posible sanción penal impuesta evidentemente por el juez correspondiente.

No vamos a entrar en este momento en los problemas que podría implicar la aplicación cumulativa de dos sanciones de carácter administrativo impuestas ante una misma conducta, sea por dos autoridades diferentes en aplicación de distintas normativas (TDC en aplicación del derecho interno y Comisión en aplicación del Derecho comunitario), o sea por la misma autoridad en aplicación de las citadas normativas (TDC aplicando derecho interno y Derecho comunitario). La oscura redacción del artículo 3 R 1 plantea serios problemas de interpretación que resultan comunes a todos los Estados miembros de la organización.

Vamos a limitarnos por el contrario a comentar cuáles pueden ser las implicaciones que se podrían producir en el sistema español cuando se plantee la posibilidad de llevar a cabo un enjuiciamiento penal (WEIGEND, T.H., 1988).

En nuestro ordenamiento la interpretación que se ha impuesto tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 del principio *non bis in idem* es realmente garantista. Quizá por razones de índole histórica o por lo reciente de nuestro sistema de garantías constitucionales, puede considerarse que el español es uno de los ordenamientos europeos donde los derechos de defensa de los individuos se respetan con mayor celo tanto desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial (GARBERI LLOBREGAT, J., 1994). Esta afirmación que podría aplicarse a buena parte de los derechos de defensa y principios rectores del procedimiento sancionador, resulta si cabe subrayada en el caso del respeto al citado principio *non bis in idem* en el que nuestro ordenamiento resulta más protector incluso que el Convenio de Roma de 1950 sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (MERON, T., 1991).

En el citado Convenio la protección del principio se limita a los procedimientos penales, siendo necesaria la referencia al conocido caso ÖZTÜRK para aplicarlo en determinadas condiciones a los procedimientos sancionadores punitivos —es decir los procedimientos de imposición de sanciones en los que pueda plantearse el «carácter general de la norma», es decir, el hecho de que el precepto se dirija a la colectividad y no a un grupo específico[30] y la «finalidad a la vez preventiva y represiva de la sanción»[31]— dentro de los que podrían sin duda incluirse los comunitarios[32]. En cualquier caso, y dando por sentado que resulta posible la citada extensión, el *non bis idem* se considera respetado cuando las sanciones que se imponen se modulan para respetar el principio de proporcionalidad (DELMAS MARTY, M. TEITGEN COLLY, C., 1992). Esta es la misma inter-

[30] Como ocurre en las sanciones disciplinarias.

[31] Lo que las diferencia de las medidas administrativas de carácter compensatorio.

[32] Sentencia de 21 de febrero de 1984. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73. El asunto surgió porque un ciudadano turco inmigrado en Alemania, impugnó ante los tribunales una sanción pecuniaria que le había sido impuesta de acuerdo con la *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* de 1968, por una infracción de tráfico. Sr. Öztürk alegó violación de las garantías del artículo 6.3 CEDH y, al ser rechazada su pretensión ante los tribunales internos recurrió ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

pretación que, como sabemos ha aplicado el TJCE en jurisprudencia reiterada desde el histórico caso WALT WILHELM[33].

La citada interpretación no se considera acorde a Derecho en el ordenamiento español. En nuestro sistema el principio *non bis in idem* recibe una interpretación sensiblemente más amplia que la que acabamos de referir en dos sentidos (CASES PALLARES, L., 1995).

En primer lugar, en nuestro sistema el interés jurídicamente protegido por las normas jurídicas que son la base de la sanción carece de importancia a efectos de determinar el respeto al principio. Por ello resulta imposible sancionar dos veces la misma conducta basándose en normativas diferentes incluso aunque los intereses por ellas protegidos no coincidan. De ahí que el respeto al principio se imponga tanto en los procedimientos penales, como en los administrativos, como en la confluencia de ambos entre sí. Una sanción penal no solo modera la sanción administrativa, simplemente la impide BENITEZ, M. (1994) LASAGABASTER HERRATE, I. (1994)[34]. Para evitar soluciones injustas se establece un sistema de prejudicialidad que supone que es el procedimiento penal, considerado evidentemente protector de principios más relevantes, el que debe prevalecer. Sin embargo, existe incluso alguna jurisprudencia en que se impide la sanción penal porque, por el mal funcionamiento de la administración de justicia, se ha llevado a cabo en primer lugar el procedimiento administrativo finalizando en una sanción (NIETO GARCIA, A., 1994).

En segundo lugar, en el ordenamiento español se interpreta que el principio *non bis in idem* no supone únicamente una prohibición de doble sanción, sino que implica incluso una prohibición de doble enjuiciamiento (FERNANDEZ CANALES, C., 1992). No se trata de moderar la cuantía de las sanciones, ni de tomarlas en consideración para garantizar el principio de proporcionalidad de la sanción final

---

[33] Asunto 14/68, Sentencia de 13 de febrero de 1969, WALT WILHELM contra Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1969-I, p. 15, Abogado ROEMER. Sobre la protección de los derechos fundamentales dentro de la Unión Europea, resulta interesante el estudio AMEYE, E. (2004): «The interplay between Human Rights and Competition Lawin the EU» *European Competition Law Review,* Vol. 25, n.º 6, junio p. 332.

[34] Antes de seguir adelante, puede resultar conveniente hacer una puntualización. No puede hablarse de potestad sancionadora de la Administración y analizar los principios que le son de aplicación sin hacer referencia a la diferencia existente entre la potestad genérica de sancionar y la potestad sancionadora disciplinaria que ostenta respecto de los funcionarios, ya que es comúnmente aceptado que los principios que rigen una y otra potestad pueden no ser coincidentes. Dado que en el procedimiento objeto de nuestro estudio no existen relaciones especiales de sujeción, centraremos la atención en los principios que rigen la potestad genérica de sancionar, dejando claro que lo que se dice respecto de las sanciones administrativas genéricas no puede predicarse de las sanciones disciplinarias que pueden acumularse con sanciones administrativas genéricas y con sanciones penales.

En general diremos (GARRIDO FALLA F. ,1971) que en cuanto a las relaciones de la potestad disciplinaria con la punitiva son de aplicación las siguientes reglas:

—La potestad disciplinaria es compatible con la penal por lo que pueden recaer sobre un mismo sujeto la sanción penal y la disciplinaria. Lo resuelto por una de las jurisdicciones no prejuzga la resolución de la otra.

—Es compatible la sanción general con la sanción disciplinaria sin que se considere de aplicación el principio de *non bis in idem*.

—Si la atribución de facultad sancionadora se hace específicamente a órganos administrativos cuya única o fundamental misión consiste en el ejercicio de tal potestad, hay que entender que se trata de materia excluida de la jurisdicción penal ordinaria, siempre que la adscripción se haya hecho por ley formal capaz de modificar el Código Penal.

(MANZANO MORENO, E. C., 1985). Se trata de que no cabe llevar a cabo un segundo procedimiento por los mismos hechos que ya se han analizado (GONZALEZ RIVAS, J.J.,1994).

Si tratamos de conjugar esta interpretación del principio *non bis in idem* con la situación de confluencia de normativas protectoras de defensa de la competencia, pueden plantearse problemas importantes.

Supongamos que se inicia un procedimiento ante el TDC español tratando de aplicar normativa española de defensa de la competencia y que, a la vista de los hechos, se llega a la conclusión de que los mismos pueden ser objeto de una sanción de carácter penal. En ese caso, sin la menor duda, el TDC finalizaría el procedimiento dejando que sea la autoridad penal quien lleve a cabo el enjuiciamiento de la conducta (artículo 55 LDC). El respeto al principio *non bis in idem* impediría a la autoridad administrativa conocer de la conducta incluso una vez de que se haya finalizado el enjuiciamiento penal. La sanción penal impide por tanto la sanción administrativa[35].

No existen razones para pensar que esta interpretación pueda cambiarse cuando esta misma autoridad administrativa pretenda conocer los hechos para aplicar la normativa comunitaria (LENAERTS, K. MASELIS, I., 2001). Lo que podría plantear problemas en este caso sería que la solución dada por el TDC español podría claramente diferir de la que darían otras autoridades internas, como pueden ser las francesas, o la propia Comisión (COLETTE-BASECQZ, N., 1996), dada su interpretación del principio que nos ocupa.

Esta situación podría plantear problemas de aplicación no uniforme del Derecho comunitario y, consiguientemente de *forum shopping*, teniendo en cuenta incluso la incidencia que podrían tener los procesos penales.

4.2. **Las exenciones individuales**

Tal como venimos comentando, el sistema de notificaciones y exenciones individuales desaparece del régimen comunitario con las ventajas e inconvenientes que este cambio implica: menos formalismo y exigencia en la tramitación administrativa para las empresas afectadas y en contrapartida un decremento en la seguridad jurídica que puede suponer un costo en sí mismo para las empresas (FOURGOUX, C., 2001).

Independientemente de la valoración que este sistema nos merece, tenemos que poner de manifiesto la situación que esta modificación implica en el ordenamiento jurídico español[36].

---

[35] Salvo en el caso de las sanciones disciplinarias que, como decíamos, pueden ser compatibles.

[36] En efecto la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, (BOE de 18/07/1989) que reproduce en buena medida el régimen comunitario, recoge en su artículo 3 la posibilidad de presentar solicitudes de exenciones individuales. De hecho existe un número relativamente amplio de decisiones individuales de exención emitidas por el Tribunal español de Defensa de la competencia http://www.mineco.es/dgdc/sdc/ y http://www.tdcompetencia.org (última consulta 28-11-05). Vid. FRANCO GARCÍA, (1989): «La reforma de la legislación mercantil (Derecho de la Competencia y Derecho de Sociedades)» *Revista de Derecho Mercantil*, p. 843, o HIERRO ANIBARRO, S. (2003): «La evolución de los órganos españoles de defensa de la competencia desde la perspectiva del Derecho comunitario» *Noticias de la UE*, n.º 226, noviembre, pp. 65 a 76.

Debido a la inspiración comunitaria de nuestro sistema, la regulación interna contempla la posibilidad de conceder exenciones —tanto por categorías (artículo 5) como individuales (artículo 4)— a la prohibición de los acuerdos cuando éstos cumplan una serie de condiciones que coinciden con las del párrafo tercero del artículo 81. De hecho la posibilidad de acordar exenciones individuales se ha empleado por el Tribunal de Defensa de la Competencia español en un número muy elevado de casos[37].

La modificación que se ha llevado a cabo de la normativa española tendente a lograr la adaptación de la regulación interna a la normativa comunitaria antes de la entrada en vigor del R. 1, no ha supuesto cambio alguno respecto de esta cuestión[38]. Así, en aplicación de la normativa española, las empresas podrán dirigirse al TDC para solicitar de éste una exención individual en aplicación de la normativa interna española.

No parece razonable concluir que este hecho constituye en sí mismo una afectación a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria ya que de lo que hablamos es exclusivamente de normativa interna. Ello no obstante, dada la identidad, que va más allá de la mera semejanza, entre el ordenamiento español y el comunitario no sería de extrañar que se produzcan algunas disfunciones.

Así, si una empresa se dirige a la autoridad española para solicitar de ésta una exención individual y de hecho la obtiene en aplicación de la normativa interna, este hecho podría considerarse una cierta garantía de que la misma autoridad no considerará razonable la posibilidad de aplicar en contra del acuerdo la normativa comunitaria que como sabemos tiene idéntico contenido.

Evidentemente la autoridad española no podrá emitir una decisión de exención individual en aplicación de la regulación comunitaria dado que la nueva regulación limita la posibilidad de emitir las citadas decisiones a la Comisión, que las formula de oficio y tan solo en los casos que considere dignos de interés por su importancia atendiendo a diferentes aspectos[39].

Sin embargo la concesión de la exención en el mercado interno podría considerarse un cierto aval para la empresa de forma que se estaría consiguiendo una garantía indirecta del principio de seguridad jurídica que se pone en tela de juicio al desaparecer el sistema de notificación previa.

Es claro que el contenido del ordenamiento español encuentra su razón de ser

---

[37] En los últimos tres años se han producido más de 80 decisiones de exención individual tal como se puede consultar en las memorias publicadas por el Servicio español de Defensa de la competencia. http://www.dgdc.meh.es/memorias.htm (última consulta 28-11-05).

[38] Puede consultarse en este sentido el Real Decreto de 28 de marzo de 2003 por el que se desarrolla la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia 378/2003, (BOE n.º 90 de 15 de abril), o la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE n.º 313 de 31 de diciembre). Igualmente el 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.

[39] *Vid.* art. 10 del R. 1 y 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 (cartas de orientación) n.º C 101/78 DOUE de 27 de abril de 2004.

en la antigua regulación comunitaria y no en una voluntad expresa del legislador interno de separarse del régimen comunitario. Sin embargo, de haber querido cambiarse el sistema, las modificaciones previamente citadas podrían haberse considerado como un cauce adecuado.

En otro orden de cosas, y atendiendo a la aplicación uniforme del régimen comunitario, cabría plantearse en qué medida puede producirse una situación de cierta desigualdad para las empresas.

En cierto modo, en aquellos sistemas internos en los que el derecho material coincida con el comunitario, la autoridad encargada de aplicarlo sea la misma que la que tiene encomendada la tarea de aplicar los artículos 81 y 82 TCE y el procedimiento interno inspirado en el antiguo régimen comunitario no se haya adecuado a la nueva situación del R 1/03, las empresas podrían contar con una vía legal para prever con un nivel de certeza razonable la valoración que merece un determinado acuerdo o práctica.

Por el contrario en los Estados miembros en que no se verifique alguna de las citadas circunstancias, la posición de las empresas sería de mayor indefensión y se verían obligadas a realizar estudios particulares llevados a cabo por asesores privados que en ningún caso les darían una interpretación de la autoridad encargada del procedimiento y en su caso sanción.

El 20 de enero de 2005 se publicó por el Ministerio de Economía y Hacienda un Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia. En este Libro Blanco se plantea un cambio en el sistema español que, previsiblemente, finalizará con buena parte de los problemas a que hemos hecho referencia en este epígrafe[40].

4.3. **La aplicación de los programas de clemencia en el sistema español**

En el ordenamiento jurídico español no existe por el momento ningún programa de clemencia[41]. Se denominan programas de clemencia a aquellos que buscan la colaboración de las empresas partícipes en los acuerdos contrarios a la normativa por medio del establecimiento de sistemas de eliminación o reducción de las sanciones a las empresas que colaboran con la autoridad que lleva a cabo el enjuiciamiento. Sabemos que sólo algunos de los Estados comunitarios han desarrollado los citados programas, por lo que habría sido de esperar que se desarrollaran también en nuestro país. Sin embargo en nuestro caso la citada regulación podría resultar problemática por diferentes circunstancias.

En primer lugar, en el ordenamiento español y, debido al carácter administrativo del TDC, el procedimiento se regula por la normativa general sobre procedimiento administrativo (artículo 50 LDC). En la citada regulación se establece como uno de los principios rectores de todo procedimiento administrativo, y precisamente

---

[40] Puede ser consultado en la página web del Servicio de Defensa de la competencia http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20_Reforma_Def_Competencia.pdf (última consulta 28-11-05).

[41] En la página web de la Comisión se puede encontrar la lista de Estados que han puesto en marcha sistemas de clemencia entre los que, lógicamente, no se encuentra España. *Vid.* COMMISSION OF THE EUROPEAN UNION http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme. pdf (última consulta 28-11-05).

como garantía de los individuos a los que se protege de la discrecionalidad de la administración, el principio de legalidad de la administración. El citado principio impediría a la administración admitir una denuncia condicionada a la impunidad del denunciante.

Lo más semejante que existiría en nuestro sistema, sin desconocer la diferencia que evidentemente existe entre ambos, sería el sistema de terminación convencional del procedimiento (artículo 36 bis LDC) (PEDRAZ, M, 2002). El citado artículo prevé la posibilidad de celebrar un acuerdo entre el afectado y la administración que ponga fin al procedimiento y suponga una reducción de la sanción impuesta, en el caso de que se produzca un pago voluntario antes de que se dicte la resolución[42].

Es importante subrayar que la aplicación de este principio no obsta a la determinación del principio de oportunidad como rector de la actuación de la administración española (artículo 1.3 LDC). En aplicación del mismo, la administración podría decidir no iniciar un procedimiento atendiendo a razones de interés general. Esta posibilidad no parece que pueda servir para resolver el problema que se nos plantea, dado, por una parte, que precisamente lo que se busca con el sistema de clemencia es iniciar procedimientos que finalicen en la sanción de las infracciones más graves a la normativa comunitaria de defensa de la competencia sin que sea razonable prever precisamente la inactividad de la autoridad administrativa. Además por medio de este sistema no se estaría garantizando la impunidad del individuo en la medida en que, al no existir incoación del procedimiento, no se le podría garantizar que la administración no va a modificar su postura por medio del respeto al *non bis in idem* (esta opción sería posible si se absolviera al denunciante que es precisamente lo que no se puede plantear en nuestro sistema).

En otro orden de cuestiones, tal como hemos reflejado en el epígrafe anterior, en nuestro ordenamiento existe una regulación penal sobre defensa de la competencia que también podría verse afectada por un hipotético programa de clemencia.

Así, quien presentara una denuncia ante una autoridad administrativa, se estaría autoinculpando respecto de unas conductas que podrían ser sancionadas penalmente. En nuestro ordenamiento en el caso de que una autoridad administrativa tuviera conocimiento de unos hechos que pudieran ser objeto de sanción penal, estaría obligada a poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o policial correspondiente.

En el ámbito penal la solución, lejos de ser más sencilla, se complica de algún modo. En este ámbito existe una circular de la Fiscalía General del Estado (1989) que establece el conocido como principio de consenso[43]. De acuerdo con el mismo, el inculpado que reconozca un delito y admita la pena puede ver ésta rebajada pero en ningún caso se puede hacer desaparecer. Además, para que esta opción sea posible, y en el caso de que

[42] El artículo 88 de la Ley 30/92 y el 8 del Real Decreto 1398/1993 prevén el fin del procedimiento y reducciones de la sanción.

[43] En este sentido, se puede consultar la Sentencia del juzgado de lo Penal de Madrid de 21 de enero de 2003 en aplicación del 285 CP.

existiera acusación particular, resulta imprescindible que ésta acepte el trato realizado y que el inculpado asuma también la responsabilidad civil derivada del delito.

Teniendo en cuenta que la autoridad administrativa está obligada a suspender el procedimiento administrativo cuando se inicie un procedimiento penal, resulta difícil imaginar cómo podría establecerse un programa de clemencia en España y esta situación nos lleva de nuevo a cuestionar la aplicación uniforme de la regulación comunitaria y los posibles casos de *forum shopping*.

Finalmente esta cuestión plantea otro interrogante. En la Comunicación sobre la cooperación en la Red de autoridades de competencia se establece que las autoridades de competencia pondrán a disposición del resto de autoridades la información facilitada por el solicitante de clemencia previo consentimiento del afectado. Sin embargo, en este caso, la información presentada no se empleará por los otros miembros como base para abrir una investigación ni con arreglo a las normas del Tratado, ni por lo que respecta a las autoridades nacionales de competencia, a sus legislaciones nacionales de competencia (administrativas o penales en nuestro caso) u otras leyes (como puede ser por ejemplo la legislación de carácter fiscal).

En la propia Comunicación se establecen una serie de situaciones en las que el consentimiento del afectado no se considera necesario para la transmisión de la información a la «Red». Entre ellas está el hecho de que la autoridad receptora haya presentado el compromiso escrito de no utilizar la información recibida para imponer sanciones.

En el ordenamiento jurídico español este compromiso no podría prestarse debido al principio de legalidad que, como veíamos, rige la actuación administrativa y que le obliga a imponer las sanciones previstas en la norma y a poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes si tiene noticia de que ha cometido un delito, por lo que ya a priori podemos considerar a la autoridad española como al margen de la información que otras autoridades reciban en ejercicio de los programas de clemencia.

Sin embargo, esta precisión no evita, al menos expresamente, la posibilidad de transmitir la información a aquellas autoridades que, comprometidas a no imponer sanciones, tuvieran sin embargo el mandato de informar a otras autoridades, por ejemplo de la comisión de un delito.

De este modo la Comunicación de la Comisión estaría protegiendo al denunciante contra la aplicación de la normativa administrativa interna de defensa de la competencia descuidando la posibilidad de que pueda ser objeto de sanciones más graves incluyendo las penales.

5. **CONCLUSIÓN**

Aparte de otras consideraciones de carácter crítico que se pueden realizar sobre la modificación normativa en materia de procedimiento operada por el Reglamento número 1, puede concluirse que la descentralización en la aplicación hace que las autoridades internas tengan un protagonismo importante.

Este incremento de importancia del papel jugado por las autoridades administrativas y judiciales debe ser puesto en rela-

ción con la remisión a los ordenamientos internos que se realiza en cuestiones relevantes de la regulación y sobre todo con la posibilidad de la aplicación cumulativa del ordenamiento interno y comunitario establecida en el artículo 3 del Reglamento.

Esta nueva regulación lleva a las empresas a una reducción acusada de la seguridad jurídica que puede incluso llevarles a inhibirse en la realización de determinados acuerdos si no cuentan con la asistencia de asesores legales privados que pueden implicar un coste realmente elevado.

Serán precisamente esos asesores los que puedan prevalerse de las diferentes posibilidades procesales que los distintos sistemas jurídicos internos aplicables abren a las empresas con la consiguiente quiebra del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

Confiemos en que los desarrollos normativos que acompañan a los reglamentos, la aplicación de los mismos y las adaptaciones de las regulaciones internas (véase la situación existente en el ordenamiento jurídico español) y vengan a aclarar las sombras que plantea este sistema y arrojen la necesaria luz sobre empresas, consumidores y autoridades internas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2001): «Las reformas del sistema comunitario de intervención administrativa en materia de competencia» *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 81 a 117.

BASEDOW, J. (1997): «Souveraineté territorialité et globasisation des marchés: Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence», *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, vol. 264, Ed. Marthinus Nijhoff, La Haya, pp. 9-178.

BASEDOW, J. (1998): «Souveraineté territorialité et globasisation des marchés: Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence», *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1997, vol. 264, Ed. Marthinus Nijhoff, La Haya, pp. 9-178.

BENEYTO, J.M (1999): «Hacia un nuevo derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86» *Gaceta Jurídica de la CE,* n. 202, pp. 9 a 19.

BÖSE, M, (1996): *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrect*. Studien zum Internationales Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht. Band 94, Institut für Volkerrecht der Universität Göttingen, Ed. Karl Heymans, Berlín, p. 175.

CALVO CARAVACA, A. L.; BLANCO MORALES, P., (2000): *Derecho Comunitario de Defensa de la Competencia,* Ed. Colex, Madrid, pp. 407 a 429;.

CALVO CARAVACA, A. L.; CANEDO ARRILLAGA, M. P., «El principio *non bis in idem* en Derecho Comunitario de Defensa de la competencia».

CALVO CARAVACA, A.L. (1995): *Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, Ed. Tecnos,.

CALVO CARAVACA, A.L.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1995): *Derecho Mercantil Internacional,* Ed. Tecnos, 2.ª Ed, Madrid, pp. 319 y 320.

CALVO, A.L. CANEDO, M.P. (2000): «Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE en relación con el principio *non bis in idem*», CALVO CARAVACA, A.L. BLANCO MORALES LIMONES, P.: *Derecho Europeo de la Competencia,* Ed. Colex, Madrid, pp. 407-428.

CASES PALLARES, L. (1995): *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 62, o ROUX, X.; VOILLEMONT, D. (1982): *Le Droit de la concurrence de la CEE,* ed. Joly, París, p. 6.

CASES PALLARES, L. (1995): *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 62.

COLETTE- BASECQZ, N. (1996): «Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales: l'application du principe non bis in idem» *La justice pénale et l'Europe. Travaux des XV journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal,* Ed. Bruylant, Bruselas, pp. 463- 472.

COLETTE-BASECQZ, N. (1996): «Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales: l'application du principe non bis in idem», *La justice pénale et l'Europe. Travaux des XV journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal,* Ed. Bruylant, Bruselas, p. 465.

COUNCIL OF EUROPE (1996): *The administration and you. Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. A handbook*, Ed. Council of Europe Publishing, p. 30.

DANNECKER, G. (1990): «La recente giurisprudenza della Corte federale di giustizia sul significato dei principi "nullum crimen sine lege" e "ne bis in idem" per il diritto penale e penale-amministrativo dell'economia» *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Fasc. 2-3, p. 437.

DELMAS MARTY, M.; TEITGEN COLLY, C. (1992): *Punir sans Juger? De la Répresion Administrative au Droit Administrartif Pénal,* Ed. Economica, París, p. 100.

DERINGER, A. (2000): «Stellungnahme zum Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der art. 85 und 86 EG-Vertrag» *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 5 a 11.

DOMINGUEZ VILA, A. (1997): *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Ed. Gobierno de Canarias, Marcial Pons, Madrid.

EDWARD, D. (2001): «Competition and the law. Where are we going?» *Wirtschaft un Wettbewerb*, pp. 1185 a 1190.

EHLERMAN, C.D. (2000): «The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution» *Common Market Law Review*, pp. 537 a 590.

FARINELLI, S. (1991): «Sull'applicazione del principio *ne bis in idem* tra gli stati membri della comunità europea» *Rivista di Diritto Internazionale*, pp. 878-909.

FERNADEZ FARRERES, G. «Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos y cajas de ahorros y otras entidades de crédito» en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, Vol III, pp. 2545 a 2601.

FERNANDEZ CANALES, C. (1992): «Potestad sancionadora de la Administración Pública y Principio *non bis in idem*. Comentario a la STS (Sala 3.ª Secc. 7.ª) de 7 de Julio de 1992», *La Ley*, 4, p. 515.

FIKENTSCHER, W. (2001): «Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weissbuch und VO Entwurf zu art. 81, 82 EG-Vertrag» *Wirtschaft und Wettbewerbs*, pp. 446 a 458.

FOURGOUX, C. (2001): «Un nouvel Antitrust européen. Espoirs et craintes» *Revue de Jurisprudence Commerciale*, pp. 51-65.

FRANCO GARCÍA, (1989): «La reforma de la legislación mercantil (Derecho de la Competencia y Derecho de Sociedades)», *Revista de Derecho Mercantil*, p. 843.

GARBERI LLOBREGAT, J. (1994): *El Procedimiento administrativo sancionador. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación*, Ed. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 177.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981): «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración», *Revista Española de Administración Pública,* n.º 29, p. 362.

GARCIA MACHO, R. (1992): «En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción» en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del s. XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Ed. Complutense, Madrid, Vol. 2, pp. 1471 a 1483.

GARRIDO FALLA, F. (1971): *Tratado de derecho administrativo, Vol.II Madrid, pags 197y stes.*

GEIGER, A. (2000): «Das Weissbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG Eine Reform besser alr ihr Ruf» *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 165 a 169.

GONZALEZ PÉREZ, J. (1991): *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo,* Ed. Civitas, Madrid, pp. 1267.

GONZALEZ RIVAS, J.J (1994): *Las Sanciones Administrativas en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Ed. Actualidad, pp. 44.

GRABITZ, E. HILF, M. BANDILLA, R. (2000): *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zur Europäischen Union*, Ed. Beck; KERSE, C.S. (1998).

GUAYO CASTIELLA, I. (1993): «El control Jurisdiccional de la Potestad Sancionadora de la Administración Judicial» en *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez. La Protección Jurídica del Ciudadano. (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional*), Tomo II, Ed. Cívitas, Madrid, pp. 1617 a 1646,.

HOLMES, K. (2000): «The EC White Paper on Modernisation», *World Competition*, n. 23, 4, pp. 51-79;.

HOLMES, K. (2000): «The EC White Paper on Modernisation», *World Competition*, n. 23, 4, pp. 51-79.

IDOT, L., (2003): «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Réglement 1/03 et projects de textes d'application), *Cahiers de Droit Européen,* n.º 3-4, pp. 302-308.

JAEGER, W. (2000): «Die möglichen auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationales Gerichte» W*irtschaft und Wetwebwerb*, n.º 11, pp. 1063 a 1075.

KORAH, V. (1996): *Cases and materials on E.C. Competition Law*, Ed. Sweet and Maxwell.

LASAGABASTER HERRATE, I. (1994): *Las Relaciones de Sujeción Especial*, Ed. Cívitas, Madrid,.

LENAERTS, K.; MASELIS, I. (2001): «Procedural Rights and Issues in the Enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty» en *Fordham International Law Journal,* Junio, n.º 24.5, pp. 1615 a 1654.

LEVER, J. (2002): «The german Monopolies Commission's Report on the Problems Consequent upon the Reform of the European Cartel Procedures» *European Competition Law Review,* Julio, pp. 321 a 325.

LILLICH, K. (1978): *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutchen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Ed. Dunker & Humblot, Schriften zum Prozeßrecht, Band. 56, Berlín, pp. 66 y stes.

LOPEZ BENITEZ, M. (1994): *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones especiales de Sujeción*, Ed. Cívitas, Madrid.

LORENZO, S. (1996): *Sanciones Administrativas*, Ed. Julio César Faira, Uruguay.

LUCIANO PAREJO, A.; JIMENEZ BLANCO, A.; ORTEGA ALVAREZ, L. (1990): *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, pp. 251.

MANZANO MORENO, E. C. (1985): «El ilícito penal y el administrativo, el principio non bis in idem y la jurisprudencia», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 15 de Junio, n.º 1386, pp. 3-14.

MERON, T. (1991): *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary law,* Ed. Claredon Paperbacks, Oxford, p. 97.

MESTMÄCKER, E. J. (1999): «Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU» *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* pp. 523 a 529.

MESTMÄCKER, J. (1999): «Versuch einer kartellpolitischen wende in der EU. Zum Weissbuch der Kommission die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Ar. 85 und 86 EGV. A F. (art. 81 und 82 EGV n F)» *Europäische Zeitschrift für Wirtchaftsrecht*, pp. 523 a 529.

MODERNE, F. (1993): *Sanctions administratives et justice constitutionelle. Contribution à l'etude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Ed. Economica, París, p. 268.

MONTI, M. (2001): «European Competition for the 21st Century», *Fordham International Law Journal,* Junio.

MONTI, M. (2002): «The international Dimension of Competition Policy», *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy,* 31 de octubre, p. 5.

MÖSCHEL, W. (2000): «Change of Policy in the European Competition Law?» *Common Market Law Review,* pp. 495 a 499.

MOURGEON, J. (1967): *La répression administrative,* Ed. L.G.D.J., París, p. 277.

MUÑOZ QUIROGA, A. (1985): «El Principio non bis in idem. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, recurso de amparo», *Cívitas Revista Española de Derecho Administrativo*, Enero- Marzo, n.º 45, pp. 129-142.

NAZERALI, J.; COWAN, D. (1999): «Modernising the Enforcement of E.U. Competition Rules, Can the Commission claim to be preaching to the Converted?» *European Competition Law Review*, pp. 442 a 445.

NICOLAIDES, P. (2002): «Reform of EC Competition Policy: A significant but Risky Proyect», *Eipascope*, n. 2, pp. 16 a 21.

NIETO GARCIA, A. (1994): *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 2.º Edición, Madrid, p. 398;.

NIETO MARTÍN, A. (1994): «Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia», *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, pp. 111-137.

NIETO, A., (1990): «El principio non bis in idem», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 28, pp. 157-170.

ORTIZ BLANCO, L. (1994): *El procedimiento en derecho de la competencia comunitario. Los procedimientos en particular, procedimientos de infracción, procedimiento de declaración negativa y de exención individual, procedimientos especiales*, Ed. Fundación Universidad-Empresa.

PAPPAS, S. (1995): *Procedural Aspects of EC Competition Law,* European Institute of Public Administration;.

PEDRAZ, M, (2002): «Cuestiones que planta la aplicación en España de programas de arrepentimiento en defensa de la competencia» en *Anuario de la competencia*, pp. 327 a 362.

PELLICER ZAMORA, R. (1986): *Derecho comunitario de la competencia: artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Ed. Trivium.

PETTITI, L.E. (1987): «Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, vol. 1, enero-marzo, p. 174.

PLIAKOS, A. (1987): *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Ed. Bruylant.

PRALUS, M. (1996): «Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis» *Revue du Science Criminelle*, n 3, juill- sept. pp. 551-574.

PRALUS-DUPUY, J. (1993): «Cumul et non Cumul de Sanctions en Droit Disciplinaire», *Recueil Dalloz*, 19.º Cahier, Chonique, pp. 135-140.

PRALUS-DUPUY, J. (1995): «L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répresion disciplinaire», *Revue du Science Criminelle*, n.º 4, pp. 723-749.

PRIETO SANCHIS, A. (1982): «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, pp. 115.

QUERALT, J. J. (1992): *El Principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, p. 9.

REIFEGERSTE, S., (2003): «L'articulation du droit communautaire et du Droit National de la Concurrence. Le règlement n.º 1/03 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des régles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE», *La semaine juridique, Ed. Générale*, n.º 15-16, 9 avril 03, p. 657.

REY GUANTER, S. (1990): *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social,* p. 111.

RITTER, L.; DAVID, W.; RAWLINSON, F. (1999): *Ec Competition Law. A Practitioner's Guide,* Kluwer Law International.

RIVERA TEMPRANO, E. (1994): «Principios de la potestad sancionadora en la ley 30/92», *Cuadernos de Derecho Judicial. Estudio de la L.R.J. de las Administraciones Públicas y del proce-*

dimiento administrativo común, Tomo II, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Abril, pp. 173-175.

ROBERT, J.H. (1984): «Application ou non application de la regle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives» *Archives de Politique Criminelle*, pp. 136-144.

RODGER, B.J. (1999): «The Commission White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 E.C Treaty» *European Law Review*, pp. 653 a 663.

RUBIO DE CASAS, M. G. (1984): «Potestad sancionatoria de la administración y garantía del administrado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de Febrero de 1984: el caso Ötztürk», *Revista de administración pública,* n.º 104, pp. 375 and 390.

SCHAUB, A.; DOHMS, R. (1999): «Das Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorsriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag» *Wirtschaft und Wettbewerb*, pp. 1055 a 1070.

SCHERMERS, H.G. (1987): «Non Bis in Idem» CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.D.; FROWEIN, J.; JACOBS, F.; JOLIET, R.; KOOPMANS, T.; KOVAR, R.: *Du Droit International au Droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Eds. Nomos, Baden Baden, pp. 601 a 612.

SCHERMERS, H.G. (1987): «Non Bis in Idem» CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.D.; FROWEIN, J.; JACOBS, F. JOLIET, R.; KOOPMANS, T.; KOVAR, R. (1987) (eds.): *Du Droit International au Droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden Baden, pp. 601-612.

SUAY RINCON, J. (1989): *Sanciones administrativas*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

SUBIOTTO, R. AMATO, F. (2001): «The reform of the European Competition Policy concerning vertical restraints», *Antitrust Law Journal.*

TEITGEN COLLY, C. (1990): «Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes», *Les Petites Affiches*, 17 enero n.º 8, p. 39.

TRAYTER JIMENEZ, J. M.; AGUADO, I.; CUDOLA, V. (1995): *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales*, Ed. Cedes, Derecho Administrativo, Barcelona, pp. 71-88.

TRAYTER, J.M. (1991): «El principio non bis in idem en la jurisprudencia», *Poder Judicial*, n.º 22.

VARINARD, A.; JOLY-SIBUET, E. (1988): «Les problemes juridiques et pratiques posés par la difference entre le droit pénal et le droit administratif pénal», *Revue International de Droit Penal*, 1988, p. 209.

VENIT, J. S., (2003): «Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty», *Common Market Law Review,* n 40, p. 545.

VIENNOIS, J. P. (2003): «Rapports entre droit Communautaire de la concurrence et droit national: Les apports du réglement CE n.º 1/03 du 16 Décembre 2002», *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, n.º 5 p. 1.

VIENNOIS, J.P. (2002): «La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du camp d'application exclusif du droit national» *Revue Trimmestrielle de Droit Communautaire*, pp. 1 a 16.

WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. (2002): *Concurrence*, Ed. Université.

WEIGEND, T.H. (1988): «The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative law», *Revue International de Droit Penal,* n.º 1 and 2, pp. 84.

WESSELING, R. (1999): «The Commision White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of alternative Options» *European Competition Law Review,* pp. 420 a 433.

El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea

La adopción del Reglamento (CE) 139/2004 ha supuesto una importante reforma del sistema comunitario de control de concentraciones con el objeto de mejorar el análisis de los efectos que este tipo de operaciones pueden tener sobre la competencia. La entrada en vigor del nuevo Reglamento ha ido acompañada de la aprobación de diversas normas adicionales de desarrollo, lo que ha supuesto en la práctica una revisión integral del marco normativo aplicable a las operaciones de concentración entre empresas. El presente artículo tiene por objeto analizar las novedades más significativas introducidas a este respecto, haciendo especial referencia a los cambios introducidos en los ámbitos material, jurisdiccional y procesal del nuevo sistema comunitario de control de concentraciones.

139/2004 (EE) Erregelamendua onartzeak aldaketa garrantzitsua ekarri du kontzentrazioen kontrolerako Batasuneko sistemari dagokionez, mota horretako eragiketek lehiaren gain izan ditzaketen eraginen azterketa hobetze aldera. Erregelamendu berria indarrean sartzearekin batera, hori garatzeko zenbait neurri osagarri ere indarrean sartu dira, eta horrek, praktikan, enpresen arteko kontzentrazio-eragiketei ezartzen zaien arau-esparrua guztiz berrikustea ekarri du. Artikulu honek arlo horretan ezarri diren berrikuntzarik esanguratsuenak aztertzea du xede; kontzentrazioen kontrolerako Batasuneko sistema berriko arlo material, jurisdikzional eta prozesalean sartu diren aldaketak aipatuko ditu, bereziki.

The adoption of Regulation (EC) 139/2004 has entailed an important reform of the EU merger control system to improve these kind of transactions have on competition. The entering into force of the new Regulation has been coupled with further implementation rules, which in practice results a global modification of the regulatory framework applicable to the concentrations among enterprises. This article aims to analyse the most significant developments in this field making special reference to the amendments introduced in matters connected with the material, jurisdictional and procedural aspects of the new EU merger control system.

José Carlos Engra Moreno
Ana Rodríguez Encina
*Abogados de Uría Menéndez**

ÍNDICE

1. Introducción: el nuevo sistema comunitario de control de concentraciones
2. Novedades desde el punto de vista material
3. Novedades desde el punto de vista jurisdiccional: la distribución de competencias entre la comisión y los Estados miembros
4. Novedades desde el punto de vista procesal
5. Novedades de carácter no legislativo
Referencias bibliográficas

Palabras clave: Derecho de competencia, transparencia, neutralidad, colisión, fusiones

N.º de clasificación JEL: K21, L12, L13, L41, L44

1. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

La adopción por el Consejo del Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante el «Reglamento 139/2004»)[1] ha culminado un proceso de reforma de las normas comunitarias aplicables a las operaciones de concentración económica que introduce importantes modificaciones desde las perspectivas jurisdiccional, material y procesal.

La normativa de control de concentraciones a escala comunitaria data de finales de los años ochenta, cuando el Consejo aprobó el ya derogado Reglamento (CEE) 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 (en adelante el «Reglamento 4064/89»)[2], mediante el que se dotó a la Comisión Europea (en adelante la «Comisión») de facultades específicas de control de las concentraciones empresariales a fin de garantizar, con arreglo a los objetivos del Tratado CE, que la competencia no fuese falseada por este tipo de operaciones. Para tal fin se adoptó un cuerpo homogéneo de normas materiales y procesales que evaluaban la compatibilidad de las concentraciones con el mercado común, vinculando por igual a todos a todos los operadores que desarrollasen actividades económicas en territorio comunitario.

* Abogados de Uría Menéndez, destacados en las oficinas de Bruselas y Madrid, respectivamente. Las opiniones expresadas en este artículo son personales de los autores y no vinculan a Uría Menéndez.

[1] DO L 24/1 de 29 de enero de 2004.

[2] DO L 395/1 de 30 de diciembre de 1989, versión rectificada en el DO L 257/13 de 21 de septiembre de 1990.

La Comisión se erigió en la única autoridad competente para aplicar estas normas a las operaciones de concentración que tuviesen dimensión comunitaria, definida esta última con arreglo a determinados umbrales de negocio que debían alcanzar las empresas partícipes en la concentración (vid. *infra* Sección 3.1.1). Esto es, el reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en materia de control de concentraciones se organizó mediante un sistema denominado de «ventanilla única» (*one stop shop*), confiriéndose a la Comisión la jurisdicción exclusiva sobre las concentraciones de dimensión comunitaria, sin perjuicio de ciertos mecanismos de remisión entre los Estados miembros y la Comisión[3].

El Reglamento 4064/89 fue objeto de reforma parcial en 1997 mediante la adopción del Reglamento (CE) 1310/97 aprobado por el Consejo el 30 de junio de 1997[4] que modificó los umbrales de notificación existentes, al objeto de permitir que notificaciones múltiples (esto es, concentraciones notificadas en varios Estados miembros) pudieran ser consideradas de dimensión comunitaria, y extendió el concepto de concentración a las «empresas en participación con plenas funciones». El objetivo de la reforma de 1997 era someter al control de la Comisión un mayor número de concentraciones que podían tener efectos a escala comunitaria.

No obstante, fue a finales de 2001 cuando se inició un proceso de revisión más amplio y profundo, con la publicación por parte de la Comisión del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89[5]. En él se exponían las líneas directrices de la reforma que se pretendía llevar a cabo con el objeto de mejorar la eficacia en la aplicación de estas normas en un contexto económico cada vez más global e interrelacionado. A la publicación del Libro Verde siguió un largo período de consultas y debates que terminaron, primero, con la publicación de un proyecto de nuevo Reglamento y, finalmente, con la adopción del Reglamento 139/2004, por el que se deroga el Reglamento 4064/89.

La aprobación y entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento 139/2004 ha ido acompañada asimismo de la progresiva adopción de un amplio paquete normativo cuyo objeto es adaptar las disposiciones ya existentes y desarrollar e interpretar el nuevo texto normativo.[6] Las

[3] El Reglamento 139/2004 mantiene el principio de «ventanilla única» (artículo 21.1) y los mecanismos de remisión (artículos 9 y 22). No obstante, como se expondrá más adelante, introduce posibilidades adicionales de remisión.

[4] Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 180/1 de 9 de septiembre de 1997).

[5] Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, presentado por la Comisión (COM (2001) 745/6 de 11 de diciembre de 2001).

[6] El paquete normativo de desarrollo viene constituido por las siguientes normas:

—Directrices de la Comisión, de 5 de febrero de 2004, sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31/03 de 5 de febrero de 2004) (las «Directrices Horizontales»);

—Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133/1 de 30 de abril de 2004) (el «Reglamento 802/2004»);

—Código de Buenas Prácticas en la tramitación de los procedimientos de control de concentraciones. Este texto no ha sido publicado en el DO, pero se encuentra disponible en la página *web* de la Comisión: *http://www.europa.eu.int/comm*.

Junto a ello, se está procediendo gradualmente a la adopción por la Comisión de varias Comunicacio-

reformas se han extendido también al proceso interno de adopción de decisiones de la Comisión, mediante la adopción de una serie de medidas no legislativas a las que se hará referencia en la Sección 5 *infra*.

En definitiva, el sistema comunitario sobre control de concentraciones está formado en la actualidad por un grupo heterogéneo de normas, tanto por su forma de adopción, como por su naturaleza jurídica. Así, junto a normas vinculantes en todos sus elementos, como el Reglamento 139/2004, adoptado por el Consejo de la UE, están vigentes toda una serie de Directrices, Comunicaciones y textos interpretativos adoptados por la Comisión, en los que esta institución, además de codificar su práctica decisoria existente, proporciona instrucciones y orientaciones acerca de cuestiones materiales y procesales del análisis de control de concentraciones.

El presente artículo tratará de analizar las novedades más significativas que el Reglamento 139/2004 y su desarrollo normativo han introducido en el sistema comunitario de control de concentraciones, así como sus principales consecuencias prácticas para los operadores comunitarios[7].

2. NOVEDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL

2.1. Nuevo *test* sustantivo para la evaluación de la compatibilidad de las concentraciones

La principal novedad introducida en el sistema comunitario de control de concentraciones por el Reglamento 139/2004 es

---

nes interpretativas del Reglamento 139/2004, en sustitución de las que hasta la fecha estaban vigentes. A fecha de hoy han sido adoptadas por la Comisión las siguientes:

- —Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo (DO C 56/32 de 5 de marzo de 2005);
- —Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DO C 56/24 de 5 de marzo de 2005) (la «Comunicación sobre restricciones accesorias»);
- —Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DO C 56/02 de 5 de marzo de 2005).

La Comisión Europea prevé adoptar además nuevas comunicaciones, que sustituirán a las actualmente vigentes, en relación con los compromisos para facilitar la aprobación de una concentración, los conceptos de concentración y de empresa en participación con plenas funciones, el cálculo del volumen de negocios, y los efectos verticales y conglomerales derivados de una operación de concentración.

[7] Prácticamente al mismo tiempo y en gran medida influido por la revisión emprendida por la Comisión de las normas comunitarias sobre control de concentraciones, se ha iniciado en España un proceso de reforma integral de su norma material reguladora de la competencia, esto es, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la «LDC»), cuyo punto de arranque fue la publicación el 20 de enero de 2005 del Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia (el «Libro Blanco»).

La reforma tiene por objeto mejorar la eficiencia en la tramitación de los procedimientos y en el empleo por las autoridades españolas de competencia de los recursos que disponen. Junto a ello, la reforma pretende ajustar el sistema de Defensa de la competencia a los cambios recientes introducidos en la normativa europea de competencia. Como es obvio, las normas nacionales aplicables al control de concentraciones no escapan a esta reforma que las autoridades españolas tienen intención de acometer.

A la fecha de redacción de este artículo no se ha publicado todavía el proyecto de ley de reforma de la LDC. Por el contrario, el Libro Blanco sí está disponible en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia (www.dgdc.meh.es), en la que figuran también los comentarios al mismo formulados por diversas organizaciones profesionales, despachos, asociaciones y operadores económicos.

sin duda el nuevo sistema de evaluación para la autorización o prohibición de una operación de concentración.

Conforme al antiguo artículo 2.2 del Reglamento 4064/1989, resultaban incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que *creasen o reforzasen una posición dominante* a resultas de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Esto es, la declaración de compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común se basaba en el requisito previo de que dicha operación no conllevase la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado o mercados afectados como resultado de la concentración. Este criterio material de análisis de las operaciones de concentración se conoció como el denominado *test* de dominancia.

A este respecto, el concepto de posición de dominio se definió como:

> *una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores*[8,9,10].

Así, la creación o reforzamiento de dicha posición era por sí misma condición necesaria pero no suficiente para que una concentración fuese declarada incompatible con el mercado común. Era preciso que se produjese además una distorsión significativa de la competencia en los mercados afectados. Pese a ello, la creación o reforzamiento de una posición de dominio constituía un requisito previo ineludible, que, de no darse, impedía a la Comisión prohibir una concentración (aunque incluso éste produjera distorsiones en la competencia).

En el proceso de revisión del Reglamento 4064/89 iniciado con la publicación del Libro Verde, la Comisión planteó la posible sustitución de este criterio de evaluación de concentraciones por un criterio más flexible que permitiese centrar el análisis de una concentración en los efectos de ésta sobre la competencia en los mercados afectados, esto es, en la *reducción sustancial de la competencia* que la concentración pudiese producir (de forma real o potencial) sobre el mercado. Ello requería la realización de un análisis de carácter económico de los efectos derivados de una operación de concentración en el mercado y era similar a los criterios de evaluación de concentraciones utilizados en otras jurisdicciones como

---

[8] Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia («TPI») de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión*, as. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, considerando 200; y de 21 de septiembre de 2005, *EDP - Energías de Portugal, SA c. Comisión*, as. T-87/05, pendiente de publicación, considerando 48.

[9] Los Tribunales comunitarios realizaron una interpretación finalista del concepto de posición de dominio en el contexto del control de concentraciones, entendiendo que concurría cuando «*la operación de concentración producía efectos sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, que pudieran resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado*» (vid. sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») de 31 de marzo de 1998, *Francia c. Comisión*, as. C-68/94, Rec. 1998, p. I-1375, considerando 170).

[10] No obstante, el concepto de posición de dominio fue interpretado por los Tribunales comunitarios de manera más flexible que en su aplicación a la figura de abuso de posición de dominio prevista por el artículo 82 del Tratado CE.

Canadá, Australia, Reino Unido, Irlanda y, en particular, los Estados Unidos[11].

El amplio debate iniciado a raíz de la propuesta de la Comisión[12] culminó con la adopción del actual *test* de compatibilidad contenido en el artículo 2.3 del Reglamento 139/2004, que puede considerarse un híbrido entre los dos criterios de evaluación mencionados (i.e. el «test de dominancia» y el test de «reducción sustancial de la competencia»).

Así, con carácter general, el nuevo criterio sustantivo señala que se declararán

---

[11] El criterio de evaluación contemplado en la normativa norteamericana es el denominado *test* de «*disminución sustancial de la competencia*» (*substantial lessening of competition*).

Con la modificación del criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones se pretendía controlar aquellas concentraciones que pudieran producir una disminución significativa de la competencia en el mercado sin crear o reforzar una posición de dominio individual o colectiva. El debate principal giraba en torno a la necesidad, alegada por la Comisión, de ejercer un control efectivo sobre los oligopolios no colusorios, esto es, sobre aquellas situaciones en las que con posterioridad a la concentración, las empresas partícipes están en condiciones de ejercer un poder de mercado significativo sin recurrir a mecanismos de coordinación y sin necesidad de incrementar su cuota en el mercado de referencia. El caso *Baby foods* (as. *Heinz/Beech-Nut*, 246, F.3rd 708, D.C. Cir. 2001), aunque analizado al amparo del Derecho norteamericano de control de concentraciones, permite ilustrar este tipo de situaciones. En este asunto, la *Federal Trade Commission* («FTC») se opuso a la fusión del segundo y tercer operador del mercado de la alimentación infantil, cuya cuota de mercado conjunta (28%) no superaba la del líder (65%), por entender que afectaba significativamente a la competencia en el mismo. El factor determinante para que la FTC se opusiese a la operación fue que la realización de ésta supondría la desaparición de la fuerte competencia existente entre el segundo y tercer operador. En efecto, mientras la marca de la empresa líder estaba presente en el 90% de los supermercados, existía una fuerte competencia entre el segundo y el tercer operador por conseguir colocar sus productos como segunda marca (los principales distribuidores sólo operaban con dos marcas: la marca líder y una segunda marca). Además, ambas empresas competían activamente en el desarrollo de nuevos productos. Esto generaba a su vez una importante presión competitiva sobre el líder del mercado, que le impedía incrementar los precios y le obligaba a invertir en innovación a fin de mantener su posición. Por estos motivos, la FTC consideró que la fusión del segundo y el tercer operador habría supuesto una importante disminución de competencia en el mercado afectado.

[12] Algunos países (el Reino Unido, Francia o España) entendían que determinadas concentraciones susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia no quedaban cubiertas por el artículo 2 del Reglamento 4064/1989. Sin embargo, otros países (principalmente Alemania) entendían que la supuesta laguna podía cubrirse mediante una interpretación más amplia del criterio de dominancia. Abogaban en este sentido por equiparar el concepto de posición de dominio al de poder económico, tal y como en cierto modo venía haciendo la jurisprudencia. Así, cabe destacar la sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, as. 27/76, Rec. 1978, p. 207, considerandos 65 y 66; y la sentencia del TPI de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris c. Comisión*, as. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, considerando 147, en las que el concepto de posición de dominio se define como: «*una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate (…)*».

La doctrina legal y económica se encontraba igualmente dividida. En concreto, un sector abogaba por la sustitución del criterio de dominancia por un criterio basado en los efectos de la concentración sobre la competencia, entendiendo que una mera modificación del artículo 2 que se limitase a equiparar la posición de dominio con el poder económico suponía distorsionar el concepto de posición de dominio hasta hacerle perder su significado, con el único fin de poder mantener el acervo comunitario existente (jurisprudencia y decisiones de la Comisión). Vid. en este sentido R. WHISH: «Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance», *International Competition Network, First Annual Conference,* Nápoles, 28 de septiembre de 2002, disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/whish_icn_naples_full_version.pdf.

Sin embargo, otro sector estimaba suficiente la modificación del concepto de posición de dominio en el sentido indicado o, simplemente, la adopción por la Comisión de una Comunicación conteniendo las directrices para la evaluación de concentraciones, que incluyese de modo expreso los oligopolios no colusorios en el ámbito de aplicación del criterio de dominancia (vid. V. SELVAM: «The EC Merger Control Impasse: is there a Solution to this Predicament?», *European Merger Control Review,* 2004, núm. 1, p. 52).

incompatibles con el mercado común aquellas concentraciones que sean susceptibles de *obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo* (sin necesidad de que se cree o refuerce una posición de dominio). La cuestión principal radica pues en si existirá o no un nivel de competencia suficiente tras la operación. No obstante, el artículo 2.3 mantiene una referencia expresa a la creación o refuerzo de una posición de dominio como una muestra particular de obstaculización significativa de la competencia, por lo que este concepto seguirá constituyendo un elemento clave en el sistema de control de concentraciones comunitario.

2.2. **Criterios para la evaluación de los efectos anticompetitivos de las concentraciones**

El *test de obstaculización significativa de la competencia,* como criterio de carácter general para la evaluación de concentraciones económicas de dimensión comunitaria, se manifiesta en diversos efectos que deben ser objeto de valoración para determinar la compatibilidad de una operación con el mercado común. Los eventuales efectos anticompetitivos de una operación de concentración pueden ser de naturaleza coordinada o no coordinada, en función de que incremente el poder individual de una empresa o la posibilidad de colusión tácita entre la entidad resultante de la concentración y el resto de empresas presentes en el mercado afectado por la operación. Tales efectos son objeto de valoración en las Directrices horizontales, que desarrollan el nuevo criterio sustantivo de evaluación de concentraciones introducido en el Reglamento 139/2004[13].

Efectos anticompetitivos no coordinados (unilaterales)

Esta categoría se corresponde en buena medida con lo que bajo el Reglamento 4064/1989 venía calificándose como posición de dominio individual. Sin embargo, amplía el ámbito de actuación de la Comisión puesto que permite sancionar los efectos anticompetitivos materializados en un incremento del poder de mercado de las empresas afectadas con posterioridad a la operación, con independencia de que exista o no una posición de dominio individual resultante de la concentración.

Los efectos no coordinados de una operación de concentración pueden derivar de la creación o refuerzo de una posición de dominio *individual*, a raíz de la cual la entidad resultante de dicha operación disfrutará de un poder de mercado frente a sus competidores, clientes o suministradores que implicará una obstaculización significativa de la competencia real o potencial. Esto es, los efectos no coordinados suponen la eliminación de la

---

[13] Apartados 22 a 57 de las Directrices Horizontales. La propuesta inicial de la Comisión distinguía tres categorías de efectos anticompetitivos: (a) la denominada «posición de liderazgo en el mercado» («*paramount market position*»), que equivalía a la posición de dominio individual bajo el Reglamento 4064/89, (b) la posición de dominio colectiva y (c) los oligopolios no colusorios. Esta clasificación reflejaba la intención de la Comisión de examinar aquellas concentraciones que generasen este último tipo de oligopolios. La versión final sin embargo ha subsumido la primera y tercera categorías dentro de los denominados efectos «*no coordinados*», dando lugar a una categoría más abstracta que podría dar cabida a concentraciones con efectos anticompetitivos incluso en mercados no oligopolísticos.

presión competitiva que existía sobre una o varias de las empresas partícipes en la operación con anterioridad a la misma, en la medida en que dispondrán de un mayor poder de mercado por sí solas (esto es, sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado o estratégico). Así, el efecto más directo de la concentración será la desaparición de la competencia entre las empresas que se fusionan. A modo de ejemplo cabe indicar que si una de las empresas hubiera subido sus precios antes de la concentración, habría perdido parte de sus ventas en beneficio de la otra empresa participante en la concentración. La concentración pondría fin a esta presión competitiva.

Sin perjuicio de lo anterior, las empresas del mismo mercado que no participan en la fusión también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante de la concentración, ya que la subida de precios realizada por las empresas que van a fusionarse puede desviar parte de la demanda hacia sus competidores, para los que también puede resultar rentable incrementar los precios. La reducción de estas presiones competitivas puede conducir a un importante aumento de los precios en el mercado de referencia. Tal es el caso en particular de mercados oligopolísticos[14], en los que además de la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían previamente entre sí, la concentración también puede conllevar la reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, aun cuando resulte poco probable la coordinación entre los miembros del oligopolio.

Efectos anticompetitivos coordinados

Esta segunda categoría se corresponde con lo que, bajo el Reglamento 4064/1989 había venido denominándose posición de dominio colectiva.

El hecho de que los efectos coordinados resultantes de una operación de concentración también estén cubiertos por el «test de compatibilidad» del artículo 2.3 del Reglamento 139/2004 tiene como objetivo principal incluir bajo su ámbito de aplicación los oligopolios colusorios. Esto es así debido a que una fusión en un mercado concentrado puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, al aumentar la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de llegar a un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado CE.

Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración, bien sea robusteciendo la coordinación o permitiendo que las empresas acuerden unos precios aún más altos.

Con la positivización de esta categoría en las Directrices horizontales, la Comisión ha venido a admitir de modo expreso el concepto y los parámetros ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria

[14] El término «mercado oligopolístico» hace referencia a una estructura de mercado caracterizada por la presencia de un número limitado de empresas de tamaño considerable. Como el comportamiento de cualquiera de ellas tiene un impacto considerable sobre las condiciones de competencia en el mercado, y por tanto indirectamente en la situación de todas las demás, las empresas oligopolísticas son interdependientes.

para determinar la existencia de efectos coordinados, esto es: (1) posibilidad de establecer mecanismos de coordinación en el mercado relevante; (2) posibilidad de controlar las desviaciones de ciertos operadores respecto de los mecanismos de coordinación; (3) existencia de sistemas efectivos de disuasión y penalización para aquellas empresas que se separen de la política marcada por el oligopolio; y (4) que el resultado de dicha coordinación no sea fácilmente neutralizable tanto por las empresas que no participan en ella, como por los competidores potenciales o los clientes[15].

2.3. **Instrumentos estadísticos de evaluación**

Las Directrices horizontales han reconocido diversos criterios para evaluar el grado de obstaculización de la competencia susceptible de producirse como consecuencia de una operación de concentración. En particular, establecen los siguientes parámetros que permiten evaluar el grado de concentración en el mercado de referencia, y la importancia en el mismo de las partes de la concentración y sus competidores: (1) la cuota de mercado y (2) el índice «Herfindahl-Hirschman» («IHH»). La Comisión señala en las Directrices que estos indicadores deben constituir el punto de partida o «índice primario» para el análisis de una concentración.

La cuota de mercado ya venía constituyendo un punto de referencia básico para el análisis práctico de las concentraciones bajo el Reglamento 4064/1989. La novedad introducida por las Directrices horizontales reside en el establecimiento de porcentajes máximo (50%) y mínimo (25%), a los que se vincula una presunción de existencia o inexistencia de obstaculización efectiva de la competencia[16] Ambos límites porcentuales habían sido repetidamente mencionados por la jurisprudencia en diversas sentencias y eran tomados como referencia en la práctica decisoria de la Comisión[17], si bien hasta el momento, carecían de reflejo en los textos legales[18].

La referencia al IHH[19] constituye por el contrario una novedad que parece responder a un deseo por parte de la Comisión

---

[15] Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, *Airtours c. Comisión*, as. T- 342/99, Rec. 2002, p. II-2585.

[16] Apartados 17 y 18 de las Directrices horizontales.

[17] Vid. a este respecto las sentencias del TJCE, de 3 de julio de 1991, *Akzo Chemie BV c. Comisión*, as. C-62/86, Rec. 1991 p. I-3359, considerando 60; y de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión*, as. T-102/96, Rec. 1999 p. II-753, considerando 205, que establecen una presunción «*iuris tantum*» de la existencia de una posición de dominio cuando la empresa ostenta cuotas de mercado superiores al 50%; y la decisión de la Comisión de 27 de julio de 2001, *Nestlé/Ralston Purina*, as. COMP/M. 2337, apartados 48 a 50. En sentido contrario, cuotas de mercado inferiores al 25% suelen conducir a los Tribunales comunitarios y a la Comisión a concluir la inexistencia de posición de dominio. Vid. por ejemplo la sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Comisión (SABA II)*, as. 75/84, Rec. 1986, p. 3021, considerando 85; y las decisiones de la Comisión de 9 de octubre de 2000, *DaimlerChrysler/Detroit Diesel Corporation*, as. COMP/M. 2127, apartados 25 a 31; y de 19 de diciembre de 2000, *Repsol Química/Borealis/JV*, as. COMP/M.2092, apartados 18 a 21.

[18] A diferencia de lo que ocurría en otros sistemas, como el alemán, que establece expresamente una presunción de existencia de posición de dominio individual en aquellos supuestos en que la cuota de mercado de una empresa supere un tercio del mercado y colectiva si la cuota conjunta de menos de tres empresas es superior al 50%. Vid. E. Navarro Varona, *et. al.*: *Merger Control in the European Union,* Second Ed., Oxford University Press 2005, p. 152, apartado 6.29.

[19] Apartados 19 a 21 de las Directrices horizontales.

de conceder mayor peso al análisis económico en la toma de decisiones. Este índice, previsto también en las Directrices norteamericanas de concentraciones horizontales (*1992 Merger Horizontal Guidelines*), mide el grado de concentración existente en un determinado mercado con anterioridad y con posterioridad a la concentración.

Al igual que ocurre con la cuota de mercado, si el IHH se sitúa por debajo de determinados niveles, la Comisión presume que no existen problemas de competencia horizontal. No obstante, esta presunción está rodeada de excepciones que desvirtúan la seguridad jurídica que debería proporcionar a las empresas la aplicación de este índice.

Por otra parte, la introducción del IHH podría implicar una ampliación de la intervención de la Comisión, ya que los índices de concentración a los que la Comisión vincula la presunción de compatibilidad con el mercado común son reducidos y resultan por tanto fácilmente superables.

2.4. **Factores de contrapeso**

Las Directrices horizontales hacen referencia, por otra parte, a diversos factores de contrapeso que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar si una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia. Entre tales factores, cabe destacar el poder de la demanda en el mercado relevante o el nivel de competencia potencial, entendida como la capacidad de acceso al mercado en un periodo de tiempo razonable (dos años)[20].

Junto a ello, y a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del Reglamento 4064/1989, las Directrices horizontales establecen parámetros para la valoración de las posibles eficiencias derivadas de una operación de concentración, considerando éstas como un factor a tomar en consideración en la evaluación de concentraciones horizontales. No obstante, debe indicarse que, en la práctica, la Comisión ya venía tomando en consideración los efectos favorables que una concentración podía generar para los consumidores en el análisis de la posible creación o reforzamiento de una posición de dominio[21]. Esta práctica se ha reflejado expresamente en las Directrices horizontales[22], que destacan que se tendrán en cuenta las eficiencias resultantes de la operación siempre y cuando cumplan cuatro condiciones: (1) que produzcan beneficios para los consumidores; (2) que resulten inherentes a la operación de concentración; (3) que sean susceptibles de verificación; y (4) que se materialicen en un periodo de tiempo breve posterior a la operación (a las que habría que añadir una quinta ya que las Directrices exigen que los beneficios de estas supuestas eficiencias sean tan intensas como los daños causados a la competencia).

La necesidad de que las eficiencias se trasladen a los consumidores (el denomi-

[20] Apartados 64 a 75 de las Directrices Horizontales.

[21] La Comisión analizó por primera vez las eficiencias como factor de evaluación de concentraciones en su decisión de 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, as. IV/M.053 (DO L 334/42 de 5 de diciembre de 1991). La Comisión también se ha referido a las posibles eficiencias de las operaciones de concentración en sus decisiones, entre otras, de 4 de julio de 2000, *BOSKALIS/HBG*, as. IV/M.1877, apartado 22, y de 25 de julio de 2001, *De Beers/LVMH*, as. COMP/M.2333 (DO L 29/40 de 5 de febrero de 2003, apartado 102).

[22] Apartado 78 de las Directrices Horizontales.

nado «*pass-on requirement*») del mismo mercado en el que se producen los efectos negativos constituye el criterio básico e indispensable para que pueda apreciarse su existencia[23]. Por ello, la eficiencia que las Directrices horizontales considera más relevante es la reducción de precios como consecuencia de la concentración. No obstante, también se valoran las eficiencias que produzcan efectos beneficiosos para el mercado, siempre y cuando no resulten perjudiciales para los consumidores[24].

Las eficiencias deben ser además específicas de la operación de concentración, de tal modo que no habrían podido generarse sin ésta. Sin embargo, también habrá que probar que no existe posibilidad alguna de lograr dichas eficiencias de forma menos restrictiva y perjudicial para la competencia. Esta condición será difícil o más bien imposible de cumplir en la práctica, dado que supone la prueba de un hecho negativo o inexistente (¿cómo se prueba que no existe algo?). Además, concede gran discrecionalidad a la Comisión, que podrá declarar incompatible una concentración que produzca importantes efectos pro-competitivos si las partes no han demostrado suficientemente que no hay un modo menos restrictivo para la libre competencia de alcanzar ese resultado.

En cuanto a la necesidad de que las eficiencias resulten verificables, se trata de un requisito de difícil satisfacción[25]. Así, en ocasiones resultará difícil proporcionar una cuantificación detallada de cada eficiencia[26].

Adicionalmente al cumplimiento de las cuatro condiciones anteriores, las Directrices horizontales establecen que la intensidad de los efectos beneficiosos producidos por las eficiencias deberá ser proporcional a la obstaculización de la competencia que la concentración pudiera producir, de modo que si los efectos anticompetitivos son significativos el beneficio que se traslade a los consumidores deberá igualmente ser sustancial.

Cabe destacar que la carga de la prueba (*onus probando)* de las eventuales eficiencias recae sobre las partes, a las que corresponde no sólo la aportación de documentos que sirvan como prueba de las eficiencias conseguidas, sino también la justificación del cumplimiento de los requisitos indicados. En este sentido, la

---

[23] La inclusión de este criterio como punto central de referencia para la valoración de las eficiencias, supone la opción por el denominado «modelo del beneficio para el consumidor» o «*consumer welfare model*» frente a un modelo basado en los «beneficios totales generados por la operación» o «*total surplus model*». Esta opción, elegida también por Estados Unidos o el Reino Unido, es criticada por cierto sector de la doctrina, en la medida en que impide la consideración de aquellos efectos que, pese a ser beneficiosos para la economía en general, no se trasladen directamente a los consumidores (tales como la mejora o racionalización de la distribución de un producto en un mercado distinto al afectado negativamente por la operación). Vid. al respecto, C. LUESCHER: «Efficiency considerations in European Merger Control-Just Another Battle Ground for the European Commission Economist and Competition lawyers?», *European Competition Law Review*, 2004, núm. 2, p. 72.

[24] Apartado 79 de las Directrices Horizontales.

[25] Como han señalado algunos autores, la Comisión exige a las partes que las eficiencias resulten verificables a fin de que la propia Comisión pueda verificarlas. Vid. C. LUESCHER, *op.cit.*, p. 85.

[26] Ciertos efectos beneficiosos de una concentración, tales como el lanzamiento de un nuevo producto o las mejoras introducidas en un producto ya existente resultan difíciles de cuantificar, ya que no puede predecirse el grado de aceptación y los beneficios que los consumidores extraerán del mismo.

Sección 9 del nuevo formulario de notificación[27] detalla las informaciones y documentos que deberán proporcionar las empresas notificantes para cada una de las eficiencias que acompañen a la concentración notificada.

3. NOVEDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISDICCIONAL: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

3.1. Principio de *ventanilla única (one stop-shop)*

El control de concentraciones en la UE se basa en un sistema de control *ex ante*, en virtud del cual las concentraciones que reúnan los requisitos previstos en el Reglamento 139/2004 deben ser notificadas a la Comisión con carácter previo a su ejecución a fin de permitir a esta institución analizar y evaluar los efectos que dichas operaciones puedan tener sobre los mercados afectados.

A tal efecto, existe una distribución de competencias entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros (ANC) con arreglo a la cual la Comisión tiene competencia exclusiva para el conocimiento de aquellas concentraciones que tengan dimensión comunitaria[28]. Ello implica que el sistema comunitario de control de concentraciones y los diversos sistemas nacionales de los Estados miembros sean regímenes excluyentes, en el sentido de que estos últimos deben abstenerse de aplicar sus normas nacionales de competencia a las operaciones de dimensión comunitaria. Por el contrario, el análisis de las concentraciones sin dimensión comunitaria es competencia de las ANC.

Este sistema de distribución de competencias, fundamentado en el denominado principio de «ventanilla única» facilita pues la centralización en una sola autoridad de las notificaciones de concentraciones con dimensión comunitaria. De este modo, las empresas partícipes en una concentración con efectos en varios Estados miembros no se ven obligadas a notificar aquélla en cada uno de esos países a fin de obtener las múltiples autorizaciones nacionales que sean necesarias bajo regímenes legales y procedimientos administrativos distintos.

El carácter comunitario de una concentración se determina en función del volumen de negocios de las partes afectadas. A este respecto, se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total —a escala mundial, comunitaria y, en su caso nacional— de las empresas afectadas por la concentración supere determinados umbrales cuantitativos con independencia de que aquéllas tengan o no su sede o actividades principales en la UE. Así, una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando[29]:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y

[27] Anexo I del Reglamento de Procedimiento.

[28] Artículo 21 del Reglamento 139/2004.

[29] Vid. 1.2 y 1.3 del Reglamento 139/2004.

b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro[30].

Alternativamente, una concentración que no alcance los anteriores umbrales tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros;
b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;
c) en al menos tres de los Estados miembros referidos anteriormente, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

La finalidad de este segundo nivel de umbrales, vigente desde la reforma del antiguo Reglamento 4064/89 por el Reglamento 1310/97, radica en permitir que operaciones de menores dimensiones, esto es, que en aquellos casos en los que las empresas partícipes en la operación realicen, conjunta o individualmente, un mínimo de actividades en tres o más Estados miembros se integren en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 y así evitar que deban ser analizadas en diversas jurisdiccionales nacionales con arreglo a múltiples legislaciones.

Cabe señalar que los anteriores umbrales de volumen de negocios constituyen un criterio jurisdiccional objetivo y fácilmente cuantificable para la distribución de competencias entre la Comisión y las ANC a diferencia de otras disposiciones *antitrust* del Tratado CE cuya valoración puede implicar un mayor grado de complejidad. Tal sería, por ejemplo, el caso del requisito relativo a la «afectación al comercio entre los Estados miembros» al que se refieren los artículos 81 y 82 del

[30] El no cumplimiento del criterio de los dos tercios del volumen de negocios en un único y mismo Estado puede resultar fundamental para declarar la dimensión comunitaria de una concentración y atribuir así la competencia para su análisis a la Comisión. Tal ha sido el caso de la operación de concentración consistente en el proyecto de adquisición de la compañía eléctrica Endesa, S.A. por la sociedad Gas Natural. Aun cuando dicha operación fue notificada inicialmente a las autoridades españolas de defensa de la competencia con fecha 12 de septiembre de 2005, la Comisión analizó, a raíz de una denuncia interpuesta por Endesa, si el análisis de dicha operación era de su competencia. La Comisión llegó a la conclusión de que en el año 2004 tanto Gas Natural como Endesa obtuvieron al menos el 75% de su volumen de negocios comunitario en España, esto es, más de dos tercios del total de dicho volumen, por lo que concluyó, con arreglo al artículo 1 del Reglamento 139/2004, que la operación carecía de dimensión comunitaria (vid. IP/05/1425 de 15 de noviembre de 2004).

Tratado CE para determinar si un acuerdo restrictivo de la competencia o una conducta abusiva de una posición de dominio deben ser analizados por la Comisión o las ANC.

3.2. **Excepción: mecanismos correctores basados en un sistema de remisiones**

Sin perjuicio del sistema de distribución de competencias exclusivas entre la Comisión y las ANC basado en la dimensión comunitaria de una operación de concentración, el Reglamento 139/2004 prevé una serie de mecanismos correctores al objeto de garantizar que el análisis de una operación de concentración se efectúe por la autoridad mejor situada para realizar dicho examen, sea ésta la Comisión o la ANC de un Estado miembro.

Esta posibilidad de remisión a solicitud de los Estados miembros aparecía ya recogida en los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89. La novedad es que el Reglamento 139/2004 simplifica y flexibiliza (ampliando los plazos) el sistema de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, con el objetivo de garantizar, de conformidad con el principio de subsidiariedad, que cada caso sea examinado por la autoridad de competencia mejor situada, como se expone a continuación.

En efecto, bajo el Reglamento 139/2004, la distribución de competencias entre la Comisión y las ANC se completa mediante un sistema de remisiones entre ambas autoridades que pueden tener lugar tanto antes como después de la notificación. Así, los Estados miembros y la Comisión siguen estando facultados para remitirse entre sí una concentración una vez que ésta haya sido objeto de notificación, tal y como contemplaba el Reglamento 4064/89. Pero la novedad más significativa del Reglamento 139/2004 reside en que se faculta a las partes notificantes para solicitar la remisión de una concentración a la Comisión o a un Estado miembro de forma total o parcial con carácter *previo* a la notificación en la jurisdicción que en principio sería competente.

Remisiones pre-notificación

Remisión a la Comisión de operaciones de concentración sin dimensión comunitaria

Las partes podrán solicitar la remisión a la Comisión de aquellas concentraciones que, si bien carecen de dimensión comunitaria, tienen que ser notificadas en al menos tres Estados miembros conforme a su normativa nacional[31]. El objetivo es evitar a las empresas la notificación en un gran número de Estados miembros (con la consiguiente multiplicación de los trámites administrativos de notificación), solicitando a la Comisión que intervenga. Sin embargo, esta posibilidad obliga a las empresas a examinar la regulación nacional de control de concentraciones en cada uno de los Estados miembros donde ésta produzca efectos.

En efecto, al objeto de solicitar la remisión, las partes deberán cumplimentar un formulario especial denominado «Formulario EM»[32], que obliga a facilitar informa-

---

[31] Artículo 4.5 del Reglamento 139/2004.

[32] Las siglas EM se corresponden con las iniciales de las palabras «Escrito Motivado» de conformidad con lo previsto en los apartados 4 y 5 del Reglamento 139/2004. El Formulario EM se adjunta como Anexo III del Reglamento 802/2004.

ción muy detallada sobre la operación en dichos Estados, y que puede constituir una carga de trabajo importante, prácticamente equivalente a la preparación de una notificación. Teniendo en cuenta que la aceptación de la solicitud de remisión no está garantizada, dado que cualquier Estado miembro afectado por la operación puede oponerse sin necesidad de motivación alguna, resultaba incierto en los primeros meses de aplicación del Reglamento 139/2004 en qué medida las empresas realizarían el esfuerzo necesario para solicitar la remisión.

En efecto, la remisión no es automática, sino que requiere la conformidad (aunque sea tácita) de todos los Estados miembros en los que la operación debería haber sido notificada. La Comisión informará a dichos Estados de la solicitud de remisión y éstos dispondrán de un plazo de quince días laborables para oponerse, que se computarán desde la recepción del escrito remitido por la Comisión. Transcurrido dicho plazo sin que se haya manifestado oposición, la concentración deberá ser considerada de dimensión comunitaria y examinada por la Comisión de conformidad con el Reglamento 139/2004. Sin embargo, la práctica desde la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 demuestra que esta posibilidad está siendo objeto de utilización por las empresas de forma creciente, sin que los Estados miembros se hayan opuesto a ello en la mayor parte de las operaciones en las que se ha solicitado[33].

Remisión de operaciones de concentración con dimensión comunitaria a los Estados miembros

El Reglamento 139/2004 permite también que las partes notificantes soliciten a la Comisión la remisión a un Estado miembro de operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Esta posibilidad se prevé para aquellos supuestos en que la operación afecte significativamente a la competencia en el mercado de dicho Estado[34].

En este caso, el procedimiento de remisión se inicia con la presentación a la Comisión de una solicitud de la que ésta dará posteriormente traslado a todos los Estados miembros. A partir de la recepción de la solicitud de remisión, la ANC del Estado al que se pretende remitir la concentración, dispondrá de un plazo de quince días para manifestar su desacuerdo. Pero en este caso el consentimiento de la ANC no supondrá la remisión automática de la operación. La Comisión goza de discrecionalidad para decidir en un sentido u otro, en el plazo máximo de veinticinco días laborables contados desde la recepción de la solicitud. De no hacerlo así, se presumirá que su decisión es positiva, debiendo proceder a la remisión de la concentración al Estado miembro afectado.

Esta posibilidad está también siendo objeto de utilización creciente por las empresas desde la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, si bien su número es claramente inferior al de las solicitudes de remisión formuladas bajo el artículo 4.5

[33] Hasta la fecha, la remisión de operaciones a la Comisión con carácter previo a su notificación bajo el Reglamento 139/2004 ha sido solicitada por las empresas afectadas en 19 ocasiones en 2004 y en 24 durante 2005 y concedida en 39 de ellas (se ha rechazado en 2 ocasiones en 2004 y en otras 2 en 2005). Las estadísticas relativas a la aplicación del Reglamento 139/2004 se encuentran disponibles en: http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html.

[34] Artículo 4.4. del Reglamento 139/2004.

(esto es, solicitudes de remisión a la Comisión)[35].

Remisiones post-notificación

Remisión de operaciones de concentración con dimensión comunitaria a los Estados miembros

Los Estados miembros pueden solicitar la remisión del análisis de una concentración con dimensión comunitaria inicialmente notificada a la Comisión en dos supuestos:

a) Si la concentración amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido[36]; o
b) Si la concentración afecta a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común[37].

En cualquier caso, aun cuando la Comisión concluya que concurren las circunstancias anteriores goza de discrecionalidad para remitir el caso total o parcialmente a la ANC demandante o, por el contrario, para rechazar la petición de remisión efectuada y tramitar directamente el asunto con arreglo al Reglamento 139/2004[38].

La remisión de una operación de concentración a las ANC de un Estado miembro debe ser solicitada a la Comisión por dichas autoridades en un plazo de quince días laborables desde la recepción de la copia de la notificación.

El plazo para que la Comisión adopte una decisión sobre la solicitud de remisión varía en función de que se haya incoado o no la segunda fase del procedimiento de examen de la operación. Si la solicitud

[35] Hasta la fecha, la remisión de operaciones a los Estados miembros con carácter previo a su notificación bajo el Reglamento 139/2004 ha sido solicitada por las empresas afectadas en 2 ocasiones en 2004 y en 10 durante 2005, y concedida en todas ellas. Vid. http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html.

[36] Artículo 9.2.a) del Reglamento 139/2004. Por «mercado definido» se entiende aquel territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, para lo que debe tenerse en cuenta la naturaleza y características de los productos y/o servicios de que se trate, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores y la existencia entre el territorio considerado y los territorios vecinos de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precio sustanciales (artículo 9.7 del Reglamento 139/2004). Vid. a este respecto, sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, *Cableuropa y otros c. Comisión*, as. ac. T-346/02 y T-347/02, Rec. 2003, p. II-4251.

[37] Artículo 9.2.b) del Reglamento 139/2004.

[38] De los casos remitidos en su integridad por la Comisión a las ANC españolas, cabe destacar las operaciones siguientes: (1) *Heineken/Cruzcampo*, as. IV/M.1555, relativo a la adquisición por Heineken Internationaal Beheer BV del control del Grupo Cruzcampo, S.A., en cuyo marco las autoridades españolas solicitaron el análisis de los efectos de la operación en el mercado de suministro de cerveza en el circuito HORCA (hoteles, restaurantes y cafeterías) en España; (2) *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital,* as. COMP/M.2845, relativo a la integración de las empresas Sogecable, S.A. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., en donde la solicitud de las autoridades españolas se refería al mercado de plataformas digitales de televisión en España y (3) *Leroy Merlin/Brico*, as. COMP/M.2898, relativo a la adquisición por la empresa francesa Leroy Merlin de diversas empresas pertenecientes al Grupo Brico, en el que las autoridades españolas analizaron los efectos de la operación en el mercado de venta de productos de bricolaje en España. La Comisión también remitió parcialmente a las ANC españolas (y francesas) la operación *Carrefour/Promodès*, as. COMP/M.1684, relativo a la adquisición por Carrefour, S.A. de la compañía Promodès, S.A., en el que el análisis de las autoridades españolas se limitó a determinados mercados locales de distribución minorista en España, manteniendo la Comisión la investigación respecto a Portugal, Italia y Grecia junto a otras zonas geográficas de España y Francia.

de las ANC es enviada a la Comisión cuando ésta aún no ha incoado la última fase, la Comisión dispone de treinta y cinco días laborables desde la presentación de la notificación para adoptar una decisión. Si, por el contrario, la solicitud se recibe una vez incoada la segunda fase del procedimiento, dicho plazo se extiende a sesenta y cinco días laborables a partir de la notificación de la operación en cuestión.

En caso de que la Comisión no haya adoptado la decisión de remisión de una operación de concentración a las ANC del Estado miembro solicitante en el plazo de sesenta y cinco días a partir de la notificación, se entenderá que la Comisión ha aceptado tal remisión[39].

Una vez que la Comisión decide remitir el expediente de una concentración a un Estado miembro, el Reglamento 139/2004 no reconoce a esta institución ningún medio especial para controlar el cumplimiento por parte de dicho Estado de las obligaciones que le incumben en virtud de las normas comunitarias de competencia. A este respecto, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido que la Comisión sólo puede actuar en el marco del artículo 226 del Tratado CE, por el que se le faculta para incoar un procedimiento de infracción contra los Estados miembros que presuntamente hayan infringido el Derecho comunitario, pudiendo en su caso interponer un recurso contra dichos Estados[40] por incumplimiento.

Remisión de operaciones de concentración sin dimensión comunitaria a la Comisión

Alternativamente, los Estados miembros pueden, individual o conjuntamente, solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que carezca de dimensión comunitaria siempre que concurran dos condiciones: (1) que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros y (2) que amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o Estados miembros solicitantes[41].

La solicitud de remisión deberá realizarse en un plazo máximo de quince días laborables a partir de la fecha de notificación en cuestión o, si no se exige notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro en cuestión. La Comisión deberá informar a continuación sin demora a las ANC de los Estados miembros y a las empresas afectadas de dicha solicitud. En todo caso,

---

[39] Artículo 9.5 del Reglamento 139/2004. La jurisprudencia comunitaria ha reconocido que las decisiones de remisión son actos de naturaleza impugnable que reúnen los requisitos del artículo 230 del Tratado CE y que, por consiguiente, pueden ser recurridos ante el TPI por personas físicas o jurídicas que tengan la condición de partes interesadas en el marco de la operación (i.e. competidores, suministradores, clientes, etc.). Así lo ha reconocido el TPI que ha señalado que, aun cuando una decisión de remisión no afecte a la posición competitiva de dichas partes (pues sólo la decisión final que adopten las autoridades nacionales puede producir dicho efecto), aquéllas están legitimadas para impugnar la decisión de remisión dado que afecta directa e individualmente a su situación jurídica. Y ello puesto que dicha decisión supone un cambio del régimen jurídico aplicable al examen de la operación, que priva a las partes interesadas de los derechos procesales que se les reconoce en el marco del procedimiento comunitario, así como de la posibilidad de impugnar posteriormente ante el TPI las apreciaciones que hubiera podido realizar la Comisión de no haberse producido la remisión (vid. sentencia del TPI, *Cableuropa y otros c. Comisión*, *op.cit.*).

[40] Vid. auto del TPI de 25 de mayo de 2005, *Retecal y otros c. Comisión*, as. T-443/03, pendiente de publicación, considerando 43.

[41] Artículo 22.1 del Reglamento 139/2004.

cualquier otro Estado miembro tendrá derecho a sumarse a la solicitud inicial en el plazo de quince días laborables a partir de la fecha en que haya recibido de la Comisión la información sobre la solicitud inicial[42].

El artículo 22.2 del Reglamento 139/2004 precisa que el cómputo de todos los plazos nacionales relativos a la concentración quedará suspendido hasta que se haya decidido la jurisdicción que examinará la concentración. A este respecto, tan pronto como un Estado miembro haya informado a la Comisión y a las empresas afectadas por la operación de que no desea sumarse a la solicitud, finalizará la suspensión de sus plazos nacionales.

La Comisión dispone de diez días laborables para adoptar la decisión de examinar la concentración. Si no adopta ninguna decisión dentro de dicho plazo, se considerará que ha decidido examinar la concentración.

4. NOVEDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL

El Reglamento 139/2004 también ha introducido numerosas novedades procesales, relativas, en particular, a: (1) los plazos de notificación y tramitación de los expedientes; (2) los poderes de inspección y decisión de la Comisión; y (3) el tratamiento de las restricciones accesorias.

4.1. Flexibilización de los plazos de notificación y tramitación

Plazos de notificación

El Reglamento 4064/89 establecía en su artículo 4.1 un plazo de una semana para la notificación, que se computaba desde la fecha de «*conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje o de la adquisición de una participación de control*». Este plazo había suscitado numerosas críticas debido a su rigidez. Sin embargo en la práctica, la Comisión venía interpretándolo de forma flexible, no recurriendo a la imposición de la multa por notificación tardía prevista en el antiguo artículo 14.1.a), salvo en caso de que se hubiese procedido a la ejecución de la operación con carácter previo a su notificación.

La reforma introducida por el Reglamento 139/2004 ha flexibilizado las normas relativas a los plazos de presentación de una notificación.

Así, en primer lugar, se suprime la obligación de notificar los acuerdos de concentración en el plazo de una semana desde su conclusión. El Reglamento 139/2004 exige únicamente que la concentración sea notificada y aprobada con carácter previo a su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control[43].

---

[42] Las ANC españolas han hecho uso de esta facultad en varias ocasiones. Así, han solicitado el reenvío a la Comisión de manera conjunta con las ANC de otros Estados miembros en los asuntos: *Promatech/Sulzer Textil*, as. COMP/M.2698, relativo a la adquisición por la empresa Promatech SpA de la división textil mecánica de la empresa Sulzer Ltd.; *GEES/Unison*, as. COMP/M.2738, relativo a la adquisición de la compañía Unison Industries Inc. por General Electric Company; y *GE/AGFA NDT*, as. COMP/M.3136, relativo a la compra también por General Electric Company del negocio de pruebas no destructivas de Agfa-Gevaert.

[43] Artículo 4.1 del Reglamento 139/2004.

La supresión del plazo de notificación introduce una flexibilidad que resulta muy beneficiosa para las partes, al permitirles decidir en qué momento notificar la concentración en función de sus intereses. Es previsible además que se produzca una mejora en la coordinación con las autoridades de competencia de otras jurisdicciones (en particular con la FTC norteamericana), que podría reducir el riesgo de resultados divergentes en aquellos procedimientos de control de concentraciones que produzcan efectos en varias jurisdicciones[44].

En segundo lugar, el Reglamento 139/2004 prevé que las partes puedan proceder a notificar cuando demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo con miras a una concentración propuesta y demuestren a esta institución que su plan para dicha concentración es suficientemente concreto, presentando, por ejemplo, un acuerdo de principio, un memorando de acuerdo o una carta de intenciones firmada por todas las empresas afectadas[45]. En el caso de una oferta pública de adquisición, se prevé que las partes puedan notificar la operación una vez hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta.

Esta flexibilización del plazo de notificación merece una valoración positiva. La posibilidad de notificar una concentración en un estadio más o menos temprano de las negociaciones evita los elevados costes que pueden derivarse de su no autorización por la Comisión (costes de negociación del acuerdo final, cláusulas penales por falta de ejecución, etc.). Igualmente permite reorientar la negociación del acuerdo vinculante a la vista de los compromisos que pueda exigir la Comisión para la aprobación de la operación, sin incurrir en los costes adicionales y la negociación entre las partes que supone la modificación de un acuerdo ya firme.

No obstante, con carácter previo a la adopción del Reglamento 139/2004, la Comisión apuntó el riesgo[46] (remoto si atendemos a la experiencia en países que, como España, actualmente aplican este sistema), de notificaciones meramente especulativas que «desperdiciarían» los escasos recursos de la Comisión.

Plazos de tramitación de los expedientes por la Comisión

Se introduce también cierta flexibilidad en la tramitación de los expedientes y se establecen plazos adicionales para determinados supuestos:

a) en caso de que las partes propongan compromisos en primera y segunda fase para compatibilizar la concentración con el mercado común, el plazo será ampliado en diez y quince días, respectivamente. El Reglamento 4064/89 sólo preveía esta posibilidad en primera fase. Se permite así disponer de tiempo suficiente para el análisis y la prueba de mercado de dichas ofertas de

[44] En este mismo sentido vid. W. Berg y P. Ostendorf: «The Reform of the EC Merger Control: Substance and Impact of the Proposed New Procedural Rules», *European Competition Law Review*, 2003, núm. 11, p. 594; E. Navarro Varona, *et al.*: *Merger Control in the European Union*, *op. cit.*, pp. 362-363, apartado 12.40; y Libro Verde, apartados 180 a 186.

[45] Considerando 34 del Reglamento 139/2004.

[46] Libro Verde, apartado 185.

compromisos y para consultar a los Estados miembros y a terceros interesados[47].

b) durante el procedimiento en segunda fase si así lo solicitan las partes o bien la Comisión con el consentimiento de éstas, a fin de conceder a la Comisión un plazo adicional de veinte días para investigar.

En todo caso, la duración total del procedimiento no podrá exceder de treinta y cinco días laborables en primera fase y de ciento veinticinco días en segunda fase. Con carácter general los plazos se computarán por días laborables en lugar de semanas quedando por lo tanto los sábados, domingos y festivos[48] excluidos del cómputo del plazo. Una descripción más detallada del cómputo de los nuevos plazos se adjunta como anexo.

De nuevo la reforma merece en este punto una valoración positiva, si bien algunos extremos resultan susceptibles de crítica. En particular, la sujeción de la posibilidad de ampliación del plazo de investigación de la Comisión al consentimiento por las partes resulta más hipotética que real. Teniendo en cuenta que las operaciones objeto de examen en segunda fase son aquellas que *prima facie* (a primera vista) plantean problemas de compatibilidad con el mercado común y que, en la mayoría de los casos, requerirán la presentación de compromisos que deberán ser aceptados por la Comisión, resulta difícil imaginar que las partes vayan a oponerse a la solicitud de la Comisión, dadas las consecuencias que dicha negativa puede llevar aparejada. Ello puede dar lugar a retrasos innecesarios, si la Comisión recurre de modo sistemático a la necesidad de ampliar su investigación para obtener un plazo adicional (algo que, no obstante, no parece estar ocurriendo en estos primeros dos años de aplicación del Reglamento 139/2004).

4.2. Ampliación de los poderes de inspección de la Comisión e incremento del importe de las multas

Poderes de investigación e inspección

El Reglamento 139/2004 amplía los poderes de investigación de la Comisión en la línea establecida por el Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado («Reglamento 1/2003»)[49].

[47] La rigidez de los plazos de tramitación de los procedimientos, en particular del procedimiento en segunda fase, había sido objeto de severas críticas, dado que las empresas estaban obligadas a presentar compromisos en el plazo de tres meses desde la fecha de incoación del procedimiento (artículo 18 del Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/89 del Consejo, DO L 61/1 de 2 de marzo de 1998) sin poder obtener extensión alguna del plazo máximo de tramitación del expediente que les permitiese debatirlos con la Comisión de forma detallada para facilitar su aprobación. Teniendo en cuenta además que este plazo habitualmente expiraba pocos días después de la audiencia, las partes se veían obligadas a realizar un doble esfuerzo: (i) defensa frente a las objeciones planteadas por la Comisión y (ii) paralelamente, presentación de compromisos a fin de conseguir que decayesen dichas objeciones. Por otra parte, la rigidez de este plazo planteaba problemas para la propia Comisión en aquellos casos en que la evaluación de la operación o de los compromisos requería un análisis económico complejo y resultaban necesarios estudios adicionales y consultas a terceros.

[48] Artículo 24 del Reglamento de Procedimiento. La Comisión Europea publica cada año en el DO una lista de los días festivos a estos efectos.

[49] DO L 1/1 de 4 de enero de 2003.

Entre las facultades de investigación que el Reglamento 139/2004 faculta a la Comisión, están las siguientes:

1) Solicitar información a las empresas, bien mediante solicitud simple de información o bien mediante decisión firme.
2) Entrevistar a toda aquella persona física o jurídica que acepte ser entrevistada (y no sólo a los representantes de la empresa, como establecía el Reglamento 4064/1989).
3) Precintar locales, libros o documentos de la empresa (si bien únicamente podrá realizarse en circunstancias excepcionales y por el periodo de tiempo que resulte estrictamente necesario para realizar una inspección, en principio no superior a 48 horas[50]).

No obstante, el Reglamento 139/2004 no prevé el derecho de la Comisión a inspeccionar el domicilio particular de los representantes de la empresa, posibilidad que contempla el Reglamento 1/2003 para inspecciones en el ámbito de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Esta ampliación de las facultades de la Comisión en el marco de los procedimientos de control de concentraciones ha sido vista con reticencia por cierto sector doctrinal que duda de su utilidad a la vista del escaso número de precedentes en los que la Comisión ha llevado a cabo investigaciones en el pasado[51]. En cualquier caso, no cabe duda de que va a permitir a la Comisión realizar un examen mucho más profundo y documentado de las operaciones de concentración.

Incremento del importe de las multas

El Reglamento 139/2004 eleva las multas que la Comisión puede imponer, tanto con carácter sancionador como coercitivo, de nuevo alineándose con lo previsto en el Reglamento 1/2003. En los supuestos de negativa a suministrar información a la Comisión, así como de remisión de informaciones incorrectas o engañosas, la multa sancionadora podrá ascender hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa y la coercitiva hasta el 5% del volumen diario de negocios total. Por último, la multa por omisión del deber de notificación podrá elevarse hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa afectada.

4.3. **Cambios en los poderes de decisión de la Comisión**

El Reglamento 139/2004 contiene una referencia expresa a la posibilidad de que la Comisión solicite a las empresas la disolución total de la concentración o la venta de la totalidad de las acciones o activos adquiridos, en el supuesto de que la misma haya sido declarada incompatible con el mercado común o ejecutada en contravención de las condiciones impuestas en la decisión de autorización.

Igualmente, se establece la posibilidad de que la Comisión adopte medidas cautelares para restaurar la competencia efectiva, en aquellos supuestos en que la concentración sea ejecutada en contravención de la obligación de suspensión (que subsiste hasta que se autoriza la operación), es decir, la decisión de prohibición de la concentración si no se respetan las condiciones impuestas en la decisión de autorización.

---

[50] Considerando 39 del Reglamento 139/2004.
[51] Vid. W. Berg y P. Ostendorf, *op.cit.*, p. 602.

4.4. **Restricciones accesorias**

Bajo el Reglamento 139/2004 se mantiene el principio general de evaluación en virtud del cual serán consideradas compatibles con el artículo 81 del Tratado CE las restricciones aceptadas por las empresas afectadas que estén directamente vinculadas a la realización de la concentración y sean necesarias a tal fin (denominadas restricciones accesorias).

Sin embargo, el Reglamento 139/2004 introduce como novedad que dichas restricciones quedarán automáticamente cubiertas por la decisión en virtud de la cual se autorice una concentración, en la medida en que reúnan los requisitos exigidos, y aunque no se haga ninguna mención expresa en la decisión[52]. A tal efecto, las partes deberán analizar en qué medida las cláusulas restrictivas están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin, y ello a la luz de los precedentes en los que la Comisión se ha pronunciado sobre la materia. La nueva Comunicación sobre restricciones accesorias[53] proporciona directrices adicionales acerca del modo de evaluación de las restricciones que acompañan a una operación de concentración al objeto de determinar su carácter accesorio.

No obstante lo anterior, el Reglamento 139/2004 prevé una excepción a este principio general: en aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a situaciones de auténtica incertidumbre, la Comisión deberá, a instancia de las empresas afectadas, evaluar expresamente si una restricción determinada está directamente vinculada a la realización de la concentración y es necesaria a tal fin. La Comunicación sobre restricciones accesorias precisa que por cuestiones nuevas se entenderán únicamente aquellas que no hayan sido objeto de tratamiento en una decisión previa de la Comisión publicada en su página web.

La Comunicación sobre restricciones accesorias presenta otras novedades significativas respecto de la Comunicación aplicada bajo la vigencia del Reglamento 4064/1989[54], en particular, en relación con: a) las cláusulas de no competencia y confidencialidad; y b) los acuerdos de suministro y/o distribución complementarios a una operación de concentración.

Por lo que se refiere a las cláusulas de confidencialidad, la Comunicación prevé que serán consideradas accesorias si su duración no excede de la prevista para las cláusulas de no competencia (tres años). En este sentido, señala expresamente que las cláusulas de confidencialidad relativas a clientela, precios o cantidades (que en el pasado se admitían por periodos superiores a tres años) no podrán superar este plazo. No obstante, la obligación de no revelar información relativa a conocimientos técnicos, podrá quedar autorizada por un periodo más amplio (en la práctica, la Comisión permite que tenga carácter indefinido, en tanto los co-

---

[52] Considerando 21 y artículo 6.1.b) del Reglamento 139/2004. Esta modificación responde a la sentencia del TPI, de 20 de noviembre de 2002, *Lagardère y Canal+ SA c. Comisión*, as. T-251/00, Rec. 2002, p. II-4825, que había recordado a la Comisión la obligación de pronunciarse sobre las restricciones accesorias en el marco de la decisión de autorización bajo el antiguo Reglamento 4064/89.

[53] Vid. nota a pie de página 6.

[54] Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2001, relativa a las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (DO C 188/5 de 4 de julio de 2001).

nocimientos técnicos continúen siendo secretos).

Por su parte, las cláusulas de no competencia entre las matrices de una empresa (*joint venture*) y esta última, se entienden como accesorias durante toda la vida de la empresa en participación y no únicamente por un periodo de cinco años, como establecía la Comunicación anterior.

En cuanto a los contratos de suministro y distribución concluidos entre las partes de la operación, se consideran necesarios para garantizar la continuidad de las actividades de la empresa adquirida por un plazo de cinco años, frente a los tres previstos en la Comunicación anterior.

5. NOVEDADES DE CARÁCTER NO LEGISLATIVO

La Comisión también ha adoptado varias medidas no legislativas destinadas a mejorar la toma de decisiones en los casos de concentración, y que pretenden responder a las críticas de los operadores y de los Tribunales comunitarios[55].

5.1. Reestructuración organizativa

Se ha reestructurado la Dirección General de Competencia («DG Comp»), eliminando el sistema centralizado de examen de las concentraciones por una unidad especializada (la «*Merger Task Force*» - «MTF»). El nuevo sistema organizativo ha supuesto la práctica desaparición de esta unidad, cuyos funcionarios se han integrado en las direcciones sectoriales preexistentes. En consecuencia, el reparto y asignación de asuntos en materia de concentraciones (como ya venía ocurriendo en materia antimonopolio) ha pasado a realizarse en función del sector en el que se encuadre la operación.

5.2. Introducción de la figura del «economista jefe»

A fin de conceder un mayor peso al análisis económico en materia de concentraciones, se ha procedido, siguiendo el modelo americano, al nombramiento de un Economista jefe[56], que depende directamente del Director General de Competencia. El nombramiento se realizó por un periodo de tres años no renovable, a fin de mantener la necesaria independencia de criterio. El Economista jefe cuenta a su vez con un equipo de apoyo formado por varios economistas especializados.

Su función consiste en proporcionar a los servicios de la Comisión un análisis económico independiente, con los siguientes objetivos:

- Contribuir al desarrollo de la política de competencia a través del análisis económico y econométrico, participando en la redacción de líneas directrices.
- Prestar asesoramiento puntual, mediante la emisión de opiniones motivadas sobre extremos económicos

[55] Así ocurrió en las sentencias del TPI, *Airtours c. Comisión*, *Tetra Laval B.V. c. Comisión* y *Schneider Electric SA c. Comisión* ya citadas.

[56] El 16 de julio de 2003 se procedió al nombramiento de D. Lars-Hendrik Röller como Economista jefe de la DG Comp (vid. IP/03/1027 de 16 de julio de 2003).

complejos, durante la tramitación de asuntos concretos.

— Participar en todo el procedimiento de análisis de las concentraciones particularmente relevantes (en función de su impacto económico y de la relevancia de las empresas partícipes), que susciten cuestiones económicas complejas.

En los casos que así lo requieran, emitirá un informe confidencial destinado directamente al Comisario responsable de Competencia, en el que refleje su opinión. Corresponderá al propio Comisario decidir si se hace público dicho informe.

5.3. **Creación de «Equipos de revisión»**

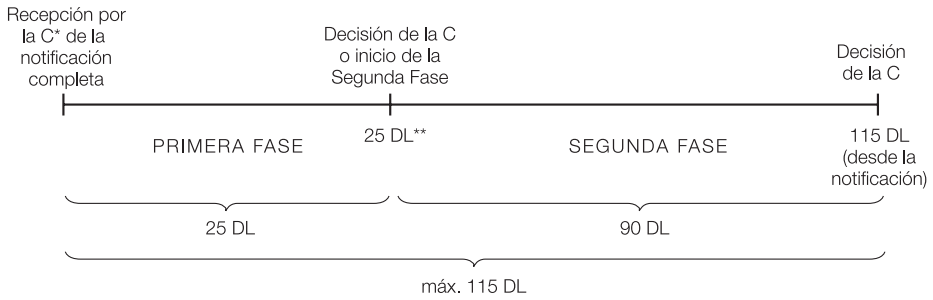
Por último, la Comisión ha creado grupos de evaluación independientes, formados por funcionarios de reconocida experiencia, cuya tarea consiste en revisar con ojos críticos las conclusiones del equipo de investigación encargado de evaluar el impacto de una concentración, a fin de reducir al mínimo la posibilidad de que se produzcan errores de apreciación[57].

[57] IP/02/1856 de 11 de diciembre de 2002.

Gráfico n.º 1

Plazos del procedimiento

(Situación más sencilla)



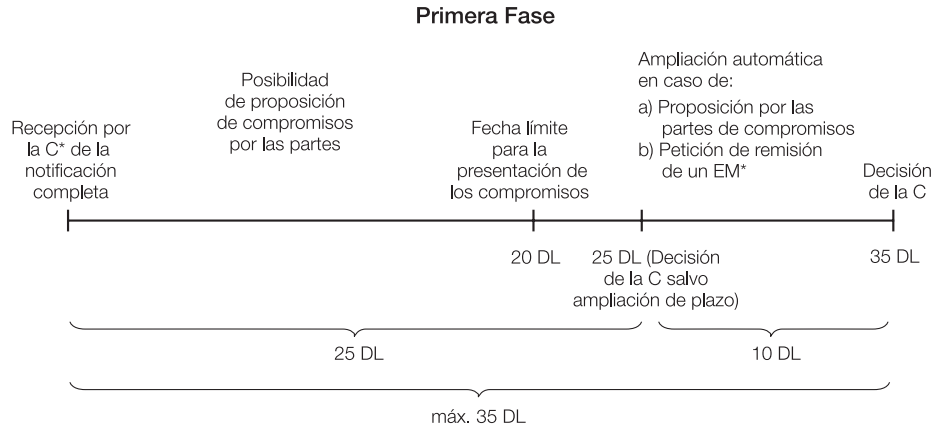
* DL = Días laborables.
* C = Comisión.

Fuente: Elaboración propia.

Gráfico n.º 2

Plazos del procedimiento

(Situación más compleja)



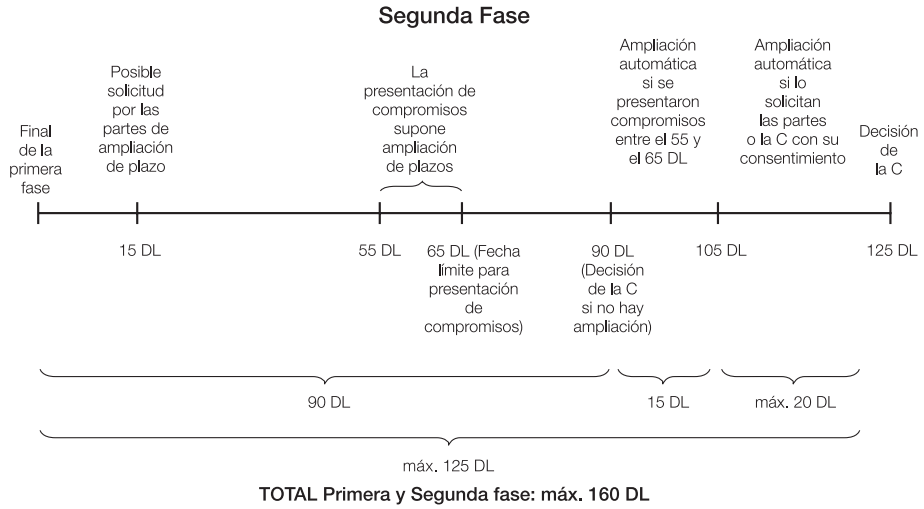
* EM = Estado miembro.
C = Comisión.
DL = Días laborables.

Fuente: Elaboración propia.

Gráfico n.º 3

Plazos del procedimiento

(Situación más compleja)



TOTAL Primera y Segunda fase: máx. 160 DL

Fuente: Elaboración propia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALISTAIR, L. (2003): *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*. Sweet & Maxwell. London.

BERG, W.; OSTENDORF, P. (2003): «The Reform of the EC Merger Control: Substance and Impact of the Proposed New Procedural Rules». *European Competition Law Review*, n.º 11, pp. 594-603.

BRANDENBURGER, R.; JANSSENS, T.; RENSHAW, A. (2001): *EC merger regulation green paper: the best of all possible worlds?*. International Merger Control: Prescriptions for convergence. International Bar Association. Reino Unido.

COLLEY, L. (2004): «From "Defence" to "Attack"? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers». *European Competition Law Review,* n.º 6, pp. 342-349.

EDITORIAL COMMON MARKET LAW REVIEW (2003): «The next step in reform of EC competition law: merger control». *Common Market Law Review,* n.º 1, pp. 1-7.

FOUNTOUKAKOS, K.; RYAN, S. (2005): «A New Substantive Test for EU Merger Control». *European Competition Law Review*, n.º 5, pp. 277-297.

HEIM, M. (2003): «Tied up in the timetable: the EC´s merger reform». *Global Competition Review,* n.º 1, pp. 30-45.

HUDSON, C.; ROBERTPAST, G. (2004): «Co-ordination and the Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers». *European Competition Law Review*, n.º 3, pp. 163-168.

JONES, T.; DRAUZ, G.; WHITE, A.; PFLANZ, M.; GILCHRIST, J. (2001): *New Direction in merger control*. Clifford Chance. Bélgica.

KOKKORIS, I. (2005): «The Concept of Market Definition and the SSNIP Test in the Merger Appraisal». *European Competition Law Review*, n.º 4, pp. 207-213.

KOKKORIS, I. (2005): «The Reform of the European Control Merger Regulation in the After-math of the Airtours Case-the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test». *European Competition Law Review*, n.º 1, pp. 37-48.

LEVY, N. (2003): *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation*. Lexis Nexis. Reino Unido.

LEVY, N. (2003): «EU Merger Control: From Birth to Adolescence». *World Competition Law and Economic Review*, n.º 2, pp. 195-218.

LUESCHER, C. (2004): «Efficiency Considerations in European Merger Control-Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?». *European Competition Law Review*, n.º 2, pp. 76-86.

MAITLAND-WALKER, J. (2001): «Commission Launches Review of Merger Regulation and Simplifies Procedure for Unproblematic Mergers». *European Competition Law Review,* n.º 1, pp. 1-2.

MARTÍNEZ-LAGE, S. (2003): «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 225, pp. 3-11.

MARTÍNEZ-LAGE, S. (2004): «El nuevo Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 229, pp. 3-13.

NAVARRO VARONA, E.; BACHES OPI, S, (2004): «El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 8, pp. 37-50.

NAVARRO, E.; FONT, A.; FOLGUERA J.; BRIONES J. (2005): *Merger Control in the EU.* Second Edition. Oxford University Press. Oxford.

POLLEY, R. (marzo 2005): «Merger control: when to refer to Brussels». *International Financial Law Review*, vol. XXIV 3, pp. 65-66.

RENSHAW, A. (2003): «EU merger control reform: the Commission focuses on improving the process». *Global Competition Review*, n.º 2, pp. 22-24.

REYNOLDS, F.M.B.; DRAUZ G. (2003): *EC Merger Control. A Major Reform in Progress*. International Bar Association. Richmond.

SÁNCHEZ GRAELLS, A.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. (2004): «La reforma del control de concentraciones en la Unión Europea: novedades, luces y sombras». *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 5, pp. 1-34.

SELVAM, V. (2004): «The EC Merger Control Impasse: is there a Solution to this Predicament?». *European Merger Control Review*, n.º 1, pp. 52-67.

SINCLAIR, D. (2002): «Reflections on the European Commissions Proposals to Amend the Jurisdictional Texts in the Merger Regulation: A Hall of Mirrors?». *European Competition Law Review,* n.º 7, pp. 326-330.

SOAMES, T.; MAUDHUIT, S. (2005): «Changes in EU Merger Control: Part 1». *European Competition Law Review,* n.º 1, pp. 57-65.

SOAMES, T.; MAUDHUIT, S. (2005): «Changes in EU Merger Control: Part 2». *European Competition Law Review*, n.º 2, pp. 75-83.

SOAMES, T.; MAUDHUIT, S. (2005): «Changes in EU Merger Control: Part 3». *European Competition Law Review*, n.º 3, pp. 144-150.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONCENTRACIONES (enero 2004): «La reforma del sistema comunitario de control de concentraciones». *Boletín ICE Económico*, n.º 2790, 12-25, pp. 3-7.

VERLOOP, P.; LANDES, V. (2003): *Merger control in Europe. EU, Member States and Accession States*. Kluwer Law International. La Haya.

VÖLCKER B. S. (2004): «Mind The Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives In EC Merger Control». *European Competition Law Review*, n.º 7, pp. 395-409.

WEITBRECHT, A. (2005): «EU Merger Control in 2004-An Overview». *European Competition Law Review,* n.º 2, pp. 67-75.

WHISH, R. (2001): *Substantive analysis under the EC merger regulation: Should the dominance test be replaced by «substantial lessening of competition»?* International Merger Control: Prescriptions for convergence. International Bar Association. Reino Unido.

WHISH, R. (2002): «Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance». *International Competition Network, First Annual Conference*, Nápoles.

El control de las ayudas públicas en la Unión Europea

El control de las ayudas estatales constituye una de las vertientes fundamentales de la política europea de Defensa de la competencia. La Comisión y el Tribunal de Justicia han sido los artífices e impulsores de esta política, debido a la escasa normativa en la materia durante más de cuarenta años, pero su eficacia debe mejorar. En la actualidad, esta política se encuentra en plena fase de transformación para adaptarla a los objetivos establecidos en la Cumbre de Lisboa y hacer frente a los desafíos de la Europa de veinticinco Estados.

Lehiaren inguruko Europako politikaren funtseko aldeetako bat estatuek ematen dituzten laguntzen kontrola da. Batzordeak eta Justizia Auzitegiak bultzatu dute politika hori, lehiaren arloa arau bidez garatu gabe egon baita berrogei urtean zehar. Gaur egun, politika hori guztia berrikuntza fasean dago, bete-betean, Lisboako Goi-bileran ezarri ziren helburuetara egokitu behar baita eta zabalkuntza osteko Europak aurkezten dituen erronkei aurre egin behar baitie.

The control of State Helps constitutes one of the fundamental parts of Antitrust European policy. The Commission and the Court of justice have been the driving force of this policy, and this fact is due to the lack of regulative development in this field during forty years. Nowadays, this policy is in a reform stage in order to be adapted to the objectives established at Lisbon Summit, and to face the challenges of the broaden Europe.

Juan Luis Crucelegui Gárate[1]
Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia

ÍNDICE

1. Consideraciones previas
2. El régimen jurídico aplicable a las ayudas estatales
3. El procedimiento de control regulado por el Reglamento 659/1999 del Consejo
4. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Palabras clave: defensa de la competencia, ayudas públicas, procedimiento de control

N.º de clasificación JEL: K22, H25, L40, K21

1. **CONSIDERACIONES PREVIAS**

El control de las ayudas públicas constituye un elemento clave de la política de competencia de la Unión Europea. En efecto, el uso inadecuado de los fondos públicos utilizados para apoyar a empresas o sectores económicos de un estado puede constituir una fuente de conflictos para el buen funcionamiento del mercado por motivos de diversa índole. En principio, la concesión de un beneficio a una o varias empresas causa el correspondiente perjuicio a las competidoras, al encontrarse éstas en una situación de desventaja competitiva. En algunos casos, las ayudas pueden actuar como barreras a la entrada de nuevas empresas que quieran incorporarse al mercado, al tener que superar dificultades suplementarias para poder competir con empresas que disfrutan de ventajas provenientes de las arcas públicas. En otros supuestos, las ayudas pueden trasladar los problemas sectoriales de unas empresas al resto de los competidores, al mantener de forma artificial el *statu quo* de empresas no competitivas. Las ayudas de Estado pueden igualmente interferir negativamente en un sistema de competencia efectiva evitando una asignación eficiente de los recursos, al modificar de forma artificial el equilibrio entre la oferta y la demanda.

Los autores del Tratado establecieron un sistema de control de las ayudas para garantizar el funcionamiento de un régimen de competencia no falseada en el que la Comisión, a quien le fue reservado un papel exclusivo en la representación del interés comunitario en esta materia, es la encargada de velar por el cumplimiento de las normas establecidas. Ha dispuesto para ello de un poder discrecional que le ha permitido a lo largo de los años perfilar determinadas políticas comunitarias (in-

[1] Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Las opiniones vertidas en este trabajo son totalmente personales y no pueden atribuirse en ningún caso al TVDC.

dustriales, sectoriales o regionales), y ello a pesar de la manifiesta falta de cooperación activa de los Estados miembros inicialmente prevista, debido fundamentalmente a su reticencia a dejar en manos de la Comisión este instrumento fundamental de su política económica[2].

La complejidad del régimen de control de ayudas ha sufrido una constante evolución en su aplicación, basada en actuaciones de la Comisión bajo el control de legalidad ejercido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. En efecto, las escasas referencias de las disposiciones previstas en el Tratado CE han exigido un desarrollo y una precisión jurídica de los diversos conceptos que aparecen en las mismas, muy especialmente por parte del Tribunal de Justicia que se ha convertido así en una instancia fundamental para equilibrar, suplir y completar las carencias e insuficiencias del régimen previsto en el Tratado.

Por otra parte, cabe subrayar que la falta de desarrollo legislativo en esta materia durante un periodo tiempo prolongado[3] ha obligado a la Comisión a interpretar de forma flexible las disposiciones del Tratado para poder aprehender las diferentes formas de intervención estatal dirigidas a apoyar a las empresas y a facilitar su permanencia en el mercado[4].

En efecto, el Tratado CE establece reglas genéricas para el control de las ayudas de Estado, que requieren una interpretación adecuada para que su aplicación sea eficaz.

El artículo 87 establece la regla general de prohibición de las ayudas públicas (apartado 1.º), así como las excepciones a la misma (apartados 2.º y 3.º). El artículo 88 diseña un sistema de control y análisis de compatibilidad, mediante un método de notificación previa de los proyectos de ayuda y de control permanente sobre su concesión. Finalmente, el artículo 89 regula el procedimiento a seguir para la adopción de normas de desarrollo por el Consejo de ministros.

En virtud de esta última disposición, en 1999, el Consejo adoptó la primera normativa que regula el procedimiento para la aplicación de los artículos 87 y 88[5]. Un año antes había otorgado poderes a la Comisión para legislar en materia de ayudas a través de la adopción de reglamentos de exención en bloque, aplicables a cierto tipo de ayudas (ayudas de mínimis, ayudas a la formación, al empleo, al medio ambiente, a las pymes y ayudas regionales)[6]. Esta normativa aporta pocas novedades ya que se basa en principios

---

[2] La falta de colaboración en esta materia provocó como reacción de la Comisión el establecimiento de unas reglas de procedimiento rigurosas que obligaban a la notificación previa de todas las ayudas y a la recuperación de las concedidas ilegalmente.

[3] Hasta el año 1998, salvo en ámbitos concretos relativos a ciertos sectores (sector naval, agricultura y pesca, transportes, etc.), el Consejo no ha adoptado normativa alguna dirigida a precisar la aplicación y el alcance de las disposiciones del Tratado tanto en el plano formal como en el material.

[4] En materia de ayudas la Comisión ha debido realizar múltiples precisiones sobre la aplicación de las disposiciones del Tratado, tanto en el plano material como en el procedimiento, adoptando para ello una variedad de actos sin valor jurídico que, no obstante, en la práctica han servido para delimitar su poderes de control y para guiar a los poderes estatales en la puesta en práctica de sus políticas de apoyo a empresas.

[5] Reglamento 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 88). DOCE L 83 de 27 de marzo de 1999.

[6] Reglamento 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas horizontales. DOCE L 142 de 14 de mayo de 1998.

desarrollados durante años por la Comisión y el Tribunal de Justicia en sus resoluciones e institucionalizan los criterios interpretativos de las reglas del Tratado.

Actualmente, la Comisión ha iniciado un periodo de consulta pública sobre las modificaciones que pretende poner en práctica, con el fin de actualizar y adaptar la política de ayudas a los objetivos proclamados en la Cumbre de Lisboa y a la adhesión de los diez nuevos Estados miembros. En este sentido, el Ejecutivo comunitario ha publicado una serie de documentos relativos a las nuevas orientaciones en el control de ayudas públicas, que van a constituir la base de una nueva política en esta materia.

En este artículo analizaremos las reglas del Tratado aplicables a las ayudas estatales desde la perspectiva de la práctica administrativa de la Comisión europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Trataremos las disposiciones que regulan las ayudas, las condiciones que deben concurrir para su aplicación, los tipos de ayuda que pueden concederse y los criterios aplicados para realizar el análisis de compatibilidad. Finalmente, haremos mención a las reformas anunciadas por el Ejecutivo comunitario para los próximos años.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS AYUDAS ESTATALES

2.1. El principio de incompatibilidad de las ayudas públicas con el Tratado (artículo 87.1): requisitos para su aplicación

En materia de control de ayudas, el Tratado utiliza conceptos muy genéricos e indefinidos en las disposiciones que regulan su ámbito de aplicación. Por ello, es necesario efectuar una interpretación de estas normas que haga eficaz la aplicación de la política de competencia para lograr sus objetivos (economía de mercado e integración económica), tomando en consideración los problemas estructurales de la Comunidad y estableciendo una seguridad jurídica entre los operadores económicos.

Noción de ayuda de Estado

La noción de ayuda ha sido desarrollada tanto por el Tribunal de Justicia como por la Comisión a través de sus resoluciones.

La noción de ayuda es amplia ya que acoge todo tipo de medida que suponga la obtención de un beneficio para una o varias empresas o sectores económicos, con cargo a fondos públicos. El ejercicio de poder público puede llevar a adscribir de forma directa a un beneficiario recursos públicos provenientes del presupuesto estatal o por vías indirectas, a través de medidas que conllevan una disminución de los recursos del Estado, produciéndose en ambos casos una reducción de los costes de explotación de la empresa beneficiaria.

Hasta 1993 se tomaban en consideración de forma alternativa las ayudas concedidas por el Estado o por medio de recursos del Estado. A partir de esa fecha, el elemento fundamental que determina si hay elementos de ayuda es el origen público del recurso atribuido[7].

El órgano concedente puede ser una administración pública o bien entes públicos

[7] Sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1993 Sloman Neptum C-73-1991.

o privados que gestionen fondos públicos. Esto es, se considera que la intervención es estatal, aunque de forma indirecta, cuando un recurso de origen público queda, mediante el ejercicio legislativo o administrativo del poder público, afectado a una determinada producción o empresa[8].

Forma que pueden adoptar las ayudas

Las ayudas de Estado no deben adoptar una forma predeterminada sino que cualquier tipo de medida que suponga la concesión de una ventaja económica (en dinero o especie) o bien una reducción de costes para la empresa es susceptible de constituir ayuda pública, cuando la afectación del recurso haya sido decidida o influida determinantemente por el ejercicio del poder público[9].

Por otra parte, la aplicación del artículo 87 interviene, no sólo en los casos en que actúa el poder central, sino que, en particular, en Estados descentralizados, cualquier administración territorial es susceptible de conceder ayudas de Estado[10].

En la práctica, los ejemplos de nuevos supuestos de ayuda son ilimitados y la capacidad innovadora de los Estados miembros es ilustrativa a este respecto, por lo que el concepto comunitario de ayuda resulta cada vez más amplio, a fin de abarcar a todos los tipos de intervención estatal. Al respecto, especial relevancia revisten las medidas públicas de intervención en determinadas empresas o sectores económicos a través de la participación en su capital social bien directamente o a través de organismos o holdings públicos, así como las acciones a favor de empresas públicas.

La problemática surge ante la necesidad de deslindar lo que es ayuda de lo que es la normal actividad del Estado como inversor, ante la igualdad que debe imperar en el trato a las empresas sin diferenciar su carácter público o privado[11]. El criterio aceptado para lograr este discernimiento es el aplicado a la práctica normal en una economía de mercado, comparando la medida en cuestión con el comportamiento que supuestamente adoptaría un empresario privado en una situación semejante, en una razonable búsqueda de rentabilidad, haciendo abstracción de cualquier otra consideración. Si una vez aplicado el criterio la medida adoptada tuviera una justificación en términos de rentabilidad económica, se ex-

[8] Ver al respecto la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1977, asunto 78/76. Rec. P. 595. En este asunto se trató la problemática concerniente a unas exacciones fiscales sobre determinadas transacciones privadas que alimentaban un Fondo público a través del cual un organismo privado promocionaba la comercialización de productos alemanes. En el mismo sentido, entre otras, Sentencia de 30 de enero de 1985 Comisión /Francia, asunto 290/83, Rec. p. 439.

[9] En su sentencia de 21 de marzo de 1991(asunto C-303/88, Rec. p. I-1433) el Tribunal estableció que «…no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda la conceden organismos públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionar la ayuda».

[10] Así lo ha determinado el Tribunal de Justicia en diversas sentencias, entre las que cabe destacar la Sentencia de 14 de octubre de 1987 (asunto 248/84. Rec. p. 4013), donde establece que «… el hecho de que este programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1.º del artículo 92 del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo… De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros cualesquiera que sean su estatuto y denominación deben también ser examinadas en el sentido del artículo 92 del Tratado».

[11] Dicha igualdad ha sido puesta de manifiesto en diversas ocasiones. Ver al respecto, Sentencia de 21 de marzo de 1991, asunto 305/89, Rec. p. I-1603.

cluiría la aplicación del régimen de control de ayudas.

La forma que pueden adoptar las ayudas es, por tanto, muy variada: subvenciones, préstamos bonificados o a un interés mas bajo que el de mercado, bonificaciones o exoneraciones de impuestos (incentivos fiscales), etc. En algunos tipos de ayuda la Comisión ha publicado comunicaciones dirigidas a precisar los supuestos en que ciertas medidas estatales pueden ser constitutivas de ayuda pública en el sentido del Tratado y consecuentemente deben ser notificadas previamente a su concesión[12].

Carácter selectivo de la ayuda

Además de cumplir los requisitos propios de la ayuda (cargo a fondos públicos, afectación a la competencia y a los intercambios), la medida debe ser selectiva, esto es, debe favorecer a determinadas empresas o producciones.

El carácter selectivo puede darse de diversas formas. Por un lado, existirá ayuda de Estado si su concesión se supedita al respeto de condiciones no superables por todos los operadores económicos (por limitar el acceso a la misma en función del sector, talla de la empresa, fecha de constitución, montante mínimo de la inversión, creación de puestos de trabajo, etc.) También se considera que existe ayuda, en el sentido previsto en el Tratado, cuando se trata de medidas en cuya concesión el órgano concedente dispone de un poder discrecional, salvo cuando este poder discrecional se derive de la naturaleza o economía del sistema.

Tanto la Comisión como el Tribunal de justicia europeo han interpretado de una forma amplia el requisito de selectividad[13]. Sin embargo, se trata de un requisito que genera discrepancias en el ámbito fiscal. A título de ejemplo, el carácter selectivo de algunas medidas tributarias forales ha sido y continúa siendo objeto de discusión entre las instituciones vascas y las del Estado, en particular, como resultado de la polémica interpretación de las reglas del Tratado realizada por el Tribunal Supremo con respecto a ciertas medidas fiscales adoptadas por las diputaciones

---

[12] En concreto cabe señalar los siguientes comunicados:

- —Participación pública en el capital de empresas públicas o privadas (directiva 80/723/cee de la Comisión).
- —Ayudas en forma de garantía (Comunicación de la Comisión, DO C 71 de 11 de marzo de 2000) para prestatario o prestamista.
- —Ayudas en las ventas de terrenos y construcciones (Comunicación de la Comisión, DOCE C 209 de 10 de julio de 1997).
- —Ayudas en la fiscalidad directa a empresas (DOCE C 384 de 10 de diciembre de 1998).
- —Las ayudas a servicios de interés económico general (DOCE C 17 de 19 de enero de 2001).

En el caso de la financiación de servicios públicos, la intervención estatal puede ser considerada ayuda cuando supone una ventaja que la beneficiaria no la hubiera obtenido en condiciones normales de mercado. En la sentencia de 23 de julio de 2003 (Almark, asunto c-280/00) el Tribunal de Justicia señaló que «no existe ventaja si la intervención financiera pública corresponde al pago de una contraprestación por la ejecución de un servicio público». Las recientes comunicaciones de la Comisión dejan entrever que durante esta legislatura va a poner especial atención en el gasto público para la financiación de ciertos servicios (transporte, salud pública, educación, etc.).

[13] La Comisión ha puesto de manifiesto su punto de vista en varios Informes anuales. En particular cabe señalar el 25.º Informe sobre la Política de Competencia, punto n.º 160 y el 26.º Informe sobre la Política de Competencia, punto 172.

El Tribunal confirmó la doctrina de la Comisión en el Asunto Kimberly Clark. Sentencia de 26 de septiembre de 1996. Asunto C-241/94 Rec. I-4551.

forales en aplicación del Concierto económico.

En cualquier caso, si la medida es calificada como ayuda, su compatibilidad con el Tratado deberá apreciarse en el marco de los artículos 87.2 u 87.3.

Los efectos de las ayudas: distorsión de la competencia

La aplicación del artículo 87.1 exige que la ayuda sea susceptible de falsear la competencia. Para ello, debe causar un perjuicio que sea perceptible en el mercado (dificultar el acceso de competidores, aumentar la capacidad productiva, trasladar problemas estructurales, etc.).

La Comisión ha sostenido de forma reiterada una interpretación amplia de la expresión distorsión de la competencia, de manera que, en principio, las ayudas de Estado distorsionan la competencia *per se*[14].

El Tribunal, sin embargo, se ha mostrado muy prudente cuando ha interpretado esta condición. Así, en su jurisprudencia siempre ha exigido a la Comisión que, en la valoración de la compatibilidad de una ayuda con el Tratado, examine cuáles son sus efectos probables en la competencia y exprese el resultado de dicho examen junto a los motivos que le han llevado a una conclusión[15]. No obstante, en la práctica es realmente excepcional que una ayuda pública concedida a una empresa no conlleve un falseamiento de la competencia o una afectación de los intercambios comerciales, ya que una ayuda normalmente reforzará la posición de la empresa beneficiaria con relación a las demás empresas competidoras[16].

La Comisión ha determinado que ciertas ayudas, de poca cuantía económica, no son susceptibles de restringir la competencia al no producir un efecto sensible en los intercambios. Así, desde el año 1992, la Comisión ha admitido el carácter irrelevante de las denominadas *ayudas de minimis* cuando se cumplen ciertas

---

[14] En la primera encuesta sobre ayudas estatales en la Comunidad Europea la Comisión afirmaba lo siguiente: «… la Comisión considera que las ayudas repercuten de forma directa e inmediata sobre la competencia ya que, según la definición de su especificidad, se dirigen a determinados objetivos de forma muchas veces selectiva y discriminatoria. Así para favorecer a las empresas beneficiarias de las ayudas es preciso gravar con impuestos al resto de los sectores económicos. Por tanto, no sólo son las empresas de los demás Estados miembros las que quedan en desventaja competitiva porque las ayudas que favorecen a las empresas beneficiarias son instrumentos ajenos a los regímenes fiscal y de Seguridad Social que contribuyen a mantener el equilibrio entre Estados miembros, sino que también se perjudica a las empresas del mismo Estado miembro que no reciben ayuda alguna, pues han de pagar mayores impuestos directa o indirectamente».

[15] En la Sentencia de 14 de noviembre de 1984, Intermills/Comisión (323/84, Rep. 3809), el Tribunal indicó que la Comisión no se puede limitar a realizar afirmaciones generales en sus decisiones acerca de la compatibilidad de las ayudas, sino que tiene que acompañarlas de los datos e informaciones concretas que avalen dichas afirmaciones.

En aplicación de esta jurisprudencia, en la Sentencia de Leeuwarder Papierwarenfabriek (asuntos 296 y 318/82) el Tribunal anuló una decisión de la Comisión por falta de motivación suficiente.

[16] El examen de compatibilidad de la ayuda se realiza tomando en consideración varios parámetros. En particular, la ayuda debe ir dirigida a compensar un fallo o deficiencia del mercado (objetivo), debe ser proporcional y no causar un perjuicio en la competencia. En el asunto Steinike (Asunto 78/76), el Tribunal afirmó que las ayudas dirigidas a compensar las desventajas que experimenta una empresa como consecuencia de las ayudas recibidas por empresas competidoras situadas en otros Estados miembros distorsionan la competencia, ya que los efectos perjudiciales de estas medidas no se compensan sino que, por el contrario, se acumulan, con las consiguientes consecuencias para el mercado común.

condiciones en su concesión[17]. En 2001, la Comisión las eximió de la obligación de notificación previa tras la adopción de un Reglamento de exención en bloque relativo a dichas ayudas[18].

Afectación de los intercambios entre Estados miembros

Otra condición esencial exigida para la aplicación del artículo 87 se refiere a la afectación del comercio entre Estados miembros.

Los efectos de las ayudas sobre los intercambios comerciales pueden ser actuales o potenciales[19]. El beneficiario de la ayuda no tiene porqué ser exportador, ya que su efecto puede repercutir negativamente en las empresas de otros Estados miembros que quieran introducirse en el mercado en el que actúa la empresa nacional[20]. Por otra parte, resulta indiferente el tamaño o el sector al que pertenece la empresa a los efectos de la aplicación de esta disposición.

En la práctica, aunque la afectación del comercio se produce incluso en supuestos en los que la empresa no es exportadora[21], el Tribunal de Justicia exige a la Comisión la prueba que acredite la concurrencia de la condición de afectación de los intercambios entre Estados miembros[22].

2.2. **Las ayudas compatibles con el Tratado *per se***

El Tratado prevé tres tipos de ayuda que son compatibles de forma imperativa, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 87.2.

En particular, los supuestos previstos en esta disposición son los siguientes:

- Las ayudas de carácter social destinadas a los consumidores individuales, concedidas sin discriminación en cuanto al origen de los productos (art. 87.2 a). El programa Renove, destinado a particulares, constituye un ejemplo del tipo de ayuda permitida por esta disposición.
- Las ayudas concedidas para reparar perjuicios por desastres naturales u otros acontecimientos de carácter excepcional (art. 87.2 b). Estas ayudas deben ser proporcionales a los daños producidos.
- Las ayudas para compensar las desventajas de la división de Alemania (art. 87.2 c). Esta disposición hoy en día es anacrónica, sin embargo el

[17] Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas (DOCE C 213 de 19 de agosto de 1992, punto 3.2). Estas directrices fueron modificadas y actualizadas en 1996 (DOCE C 68 del 6 de marzo de 1996). Ver p. 19.

[18] Reglamento 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001. DOCE L10 de 13 de enero de 2001, p. 30. El 20 de septiembre de 2006 la Comisión ha aprobado un proyecto de Reglamento que modifica el anterior y eleva a 200.000 € el montante de ayuda entregada.

[19] En el asunto Heracles (asuntos T-447/93, T-448/93 y T-449/93) el Tribunal puso de manifiesto que en el análisis de compatibilidad la Comisión debe tener en cuenta los efectos potenciales de la ayuda analizando la evolución previsible de la competencia y los intercambios.

[20] Sentencia Philip Morris de 17 de septiembre de 1980, 730/79.

[21] En el asunto Leuna-Werke la Comisión entendió que, a pesar de que la empresa beneficiaria no exportaba a otros Estados miembros, cabía la posibilidad de que incrementara su producción en el mercado nacional y consecuentemente que los importadores verían sus ventas reducidas. Ver 25.º Informe anual de la Política de Competencia, punto 162.

[22] El Tribunal ha confirmado esta doctrina en diversas sentencias, entre las que destacamos la Sentencia Intermills de 14-11-84.

Estado alemán no ha permitido que se proceda a su supresión.

Las ayudas concedidas por los Estados, previstas en esta disposición, deben ser notificadas a la Comisión de la misma forma que el resto de las ayudas. Sin embargo, en estos casos, la Comisión no dispone de un poder discrecional para poder oponerse a la ayuda en función de sus efectos. La Comisión se limitará, por tanto, a verificar si la ayuda cumple las condiciones de aplicación de esta disposición y si son proporcionales al objetivo perseguido.

2.3. **Las ayudas que pueden ser compatibles facultativamente a criterio de la Comisión**

El artículo 87.3 del Tratado establece las excepciones que de forma discrecional se pueden aplicar a la regla de prohibición establecida en el artículo 87.1[23]. Su aplicación para cada supuesto corresponde a la Comisión, en exclusiva.

Los motivos de excepción fueron redactados de forma genérica, por lo que son susceptibles de ser interpretados en función del interés que se quiere proteger. En cualquier caso, la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para declarar compatibles con el Mercado común las categorías de ayudas previstas en esta disposición[24].

El examen de compatibilidad se realiza conforme a criterios comunitarios, de forma que, para considerarla compatible con el Tratado, una ayuda tiene que ofrecer una justificación adicional, que exige la prueba que acredite que sin la ayuda no se hubiesen obtenido los objetivos compensatorios previstos en alguna de las excepciones a la prohibición. En todo caso, la ayuda debe ser indispensable y proporcional para la obtención del objetivo perseguido.

Ante un eventual recurso contra una decisión de la Comisión, el Tribunal de Justicia, normalmente, no pone en duda las valoraciones económicas de la Comisión sobre los efectos de las ayudas en el mercado, debido a la complejidad de los datos que se utilizan para efectuar estos análisis económicos.

La mayor parte de las ayudas concedidas por los Estados miembros encuentran su justificación en la letra c) del artículo 87.3., que permite la concesión de ayudas para facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, siempre que no alteren los intercambios en una medida contraria al interés común. El resto de las excepciones

---

[23] El artículo 87.3 dispone: «Podrán considerarse compatibles con el Mercado común:

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

[24] Así lo ha mantenido el Tribunal de Justicia desde la Sentencia Philip Morris (Asunto 730/79).

previstas hacen referencia a ayudas específicas[25].

Históricamente, debido a que durante muchos años el Consejo de ministros no ha legislado en esta materia, a pesar de la necesidad existente, la Comisión ha debido interpretar estas normas y establecer las pautas y criterios de actuación a través de actos generales sin fuerza vinculante (encuadramientos, directrices, comunicaciones o cartas a los Estados miembros) que posteriormente se han formalizado en decisiones individuales refrendadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Estos actos contribuyen a garantizar la seguridad jurídica, guían la actividad de las administraciones y suponen un instrumento válido para las empresas que se ven perjudicadas por la concesión de ayudas públicas ilegales a sus competidores.

La Comisión clasifica las ayudas en función de sus objetivos. A partir de los años setenta las ordenó en tres categorías: ayudas regionales, sectoriales y generales. Posteriormente, a medida que la experiencia lo ha permitido, estas categorías de ayudas de tipo vertical se han ido completando con otras de carácter horizontal: pymes, I+D+i, medio ambiente, formación, empleo etc. Actualmente, la Comisión trata de limitar y encauzar el uso de las ayudas públicas hacia estos objetivos horizontales, mejor definidos y más acordes con el desarrollo de objetivos de interés común.

En cuanto a su elaboración, el Ejecutivo comunitario está obligado a negociar las directrices con los Estados miembros antes de su adopción, sobre todo cuando suponen la modificación de otras directrices en virtud de las cuales se han aprobado programas de ayudas todavía en vigor (artículo 88.1)[26].

En 1998, el Consejo adoptó el Reglamento 994/98 que permite a la Comisión adoptar reglamentos de exención en bloque para las ayudas horizontales y regionales[27]. Hasta entonces, el Consejo apenas había hecho uso de la facultad que le concede el Tratado para legislar en esta materia[28]. Este reglamento ha permitido a la Comisión adoptar, hasta el momento, cuatro reglamentos de exención por categorías de ayuda[29].

---

[25] A través de la letra a) sólo se pueden justificar las ayudas a regiones con un nivel económico anormalmente bajo en comparación con el resto de las regiones europeas. A este respecto, la referencia clave a tener en consideración a estos efectos es el PIB de la región, que debe ser inferior al 75% de la media comunitaria. La excepción prevista en la letra b) tiene una aplicación muy limitada en la práctica, ya que hace referencia a proyectos de interés común europeo o a una grave perturbación de la economía de un Estado. La letra d) se refiere a ayudas para promover la cultura y la conservación del patrimonio y por tanto tienen un carácter sectorial específico. Finalmente, la letra e) se refiere a las categorías determinadas por el Consejo por mayoría cualificada, que trataremos en el siguiente capítulo.

[26] En la sentencia del Tribunal de Justicia de 29-6-95 España/Com c-135/93 y de 15-4-97 España/Com (rep.1997 1-1949), se hace referencia al método a seguir para la adopción de directrices en esta materia. La Comisión en todo caso esta vinculada por el contenido de estas directrices (sentencia Deufil de 24-2-87, asunto C 310/85) y ello en garantía del principio de seguridad jurídica.

[27] El Reglamento 994/98 permite a la Comisión la adopción de Reglamentos de exención para ayudas a pymes, medio ambiente, investigación y desarrollo, formación, empleo y desarrollo regional.

[28] Reglamento 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998. DOCE L 142 de 14 de mayo de 1998. Cabe señalar, no obstante, que el Consejo ha legislado en materia de ayudas al sector naval y también en materia de ayudas al sector del transporte y a la agricultura.

[29] — Reglamento 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 sobre ayudas de minimis. DOCE L10 de 13 de enero de 2001.

En adelante, los Estados miembros podrán poner en vigor programas de ayuda sin notificarlos previamente a la Comisión cuando dichos programas respeten las disposiciones establecidas en los reglamentos de exención. En caso contrario, las ayudas estatales deberán ser notificadas a la Comisión previamente a su concesión para obtener su autorización, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88.3 del Tratado.

Desde el punto de vista de la práctica administrativa, la Comisión establece una clasificación de las ayudas en función de su finalidad, distinguiendo las ayudas regionales, sectoriales y horizontales.

Las ayudas de carácter regional

Se consideran ayudas regionales a aquellas en cuya concesión se da prioridad a la localización geográfica de la empresa o empresas beneficiarias, de manera que su objetivo fundamental es favorecer el desarrollo de una región, comarca o zona determinada.

Para acordar su autorización, estas ayudas deben dirigirse a favorecer el desarrollo de regiones económicamente poco desarrolladas con respecto a la media comunitaria, o bien de zonas castigadas por el declive industrial y el desempleo. Para determinar las zonas susceptibles de poder beneficiarse de las ayudas regionales, la Comisión ha elaborado diferentes documentos en los que explica los criterios aplicables a estas ayudas y establece la lista de regiones que pueden recibir este tipo de ayudas, teniendo en cuenta su situación económica con respecto a la media comunitaria[30].

A partir de 1987, con la entrada en vigor del Acta Única Europea, la cohesión económica y social se incluyó como uno de los objetivos a alcanzar para la realización del mercado interior único. La Comisión procedió a modificar la política de control de ayudas con finalidad regional para mejorar su eficiencia y hacerla compatible con la política regional comunitaria, ya que en aquella época las divergencias dentro de la Comisión, entre las políticas desarrolladas por las direcciones generales de Competencia y de Política regional eran perceptibles.

Actualmente, la concesión de estas ayudas debe ajustarse a las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional de 1998, cuya aplicación se prevé

— Reglamento 68/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 sobre ayudas a la formación. DOCE L10 de 13 de enero de 2001. Modificado por el Reglamento 363/2004 de 25 de febrero de 2004. DOCE L 63 de 28 de febrero de 2004.

— Reglamento 70/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 sobre ayudas a Pymes. DOCE L 10 de 13 de enero de 2001. Modificado por Reglamento 364/2004 de 25 de febrero de 2004. DOCE L 63 de 28 de febrero de 2004.

— Reglamento 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 sobre ayudas al empleo. DOCE L 337 de 13 de diciembre de 2002.

[30] En materia de ayudas regionales, hasta la entrada en vigor del AUE la Comisión publicó diferentes documentos en los que expresaba los criterios aplicables a este tipo de ayudas:

Comunicación de 1971: en ella la Comisión establecía un límite máximo único para las regiones centrales (20%).

Comunicación de 1973: tras la entrada de los nuevos estados (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) se aprecian mayores disparidades económicas entre las regiones y se comienza a establecer diferentes límites.

Comunicación de 1978: se limita el volumen y la cuantía de las ayudas en función de la región a la que se destinan. Se conforman cuatro grupos de regiones a las que se pueden conceder ayudas y se elabora un sistema de cálculo para poder comparar y coordinar los diferentes tipos de ayuda en términos de subvención neta equivalente (SNE).

hasta finales de 2006[31]. Se trata de un documento de gran interés porque ha introducido varias novedades que facilitan la labor de control y otorgan mayor transparencia a esta política[32]. El País Vasco esta considerado como una zona susceptible de poder recibir estas ayudas según la letra c) del artículo 87.3[33].

De manera complementaria, la Comunicación sobre la política regional y la política de competencia fue adoptada para evitar las divergencias que habían sido fuente de conflictos entre las Direcciones generales competentes en las respectivas políticas[34]. Esta Comunicación trata de dar coherencia a la política regional con respecto a la de competencia, delimitando las zonas susceptibles de recibir ayudas nacionales con finalidad regional (art. 87.3 a y c) y ayudas regionales comunitarias de los fondos estructurales[35].

Finalmente, cabe mencionar que a finales del pasado año, la Comisión hizo públicas las grandes líneas de actuación en materia de ayuda regional para el periodo 2007-2013[36].

Con arreglo a las nuevas Directrices, la cobertura global de población que puede obtener ayuda regional se fija en el 43,1% de la población de la UE-25. Se incluye aquí una red de seguridad que garantiza que ningún Estado miembro pierda más del 50% de la ayuda a la que tiene derecho actualmente.

Las regiones con un PIB *per cápita* inferior al 75% de la media de la UE-25 (es decir, desfavorecidas) pueden optar a los tipos de ayuda más elevados, así como a las ayudas de funcionamiento (ayuda regional dirigida a reducir los gastos corrientes de una empresa). Estas regiones representan un 27,7% de la población de la UE-25. Dada la disparidad enorme de la riqueza existente entre estas regiones, que oscila entre el 32,2% y el 74,9% de la media comunitaria, éstas se dividen en tres categorías, lo que significa que cuando se concede ayuda a grandes empresas situadas en estas regiones, los tipos máximos de ayuda son los que se recogen en el cuadro n.º 1.

---

[31] DOCE C 74 de 10-3-98, p. 9. Modificadas parcialmente mediante Comunicación publicada en el DOCE C 258 de 9 de septiembre de 2000, p. 5.

[32] Las características de esta comunicación son las siguientes:

—Transparencia, actualización y simplificación.
—Delimitación de regiones elegibles de la letra a) y c) en función de su nivel económico y reducción de los niveles de ayuda.
—Criterios de elegibilidad: situación económica, nivel de desempleo, situación geográfica, densidad de población.
—El objeto de las ayudas: inversión productiva, creación de empleo y ayudas al funcionamiento (87.3 letra a).
—Periodo aplicable: 2000-2006.

[33] El umbral de ayuda permitido es de hasta un 20% sobre el total de la inversión.

[34] Comunicación sobre la política regional y la política de competencia: concentración y coherencia (DOCE 90 de 26 de marzo de 1998).

[35] Como es bien sabido, las regiones del obj. n.º 1 (aquellas con un PIB inferior al 75% de la media comunitaria, territorios ultraperiféricos y de baja densidad demográfica) reciben ayudas que encuentran su justificación en el art 87.3 a). Las regiones del obj. n.º 2 (zonas en reconversión económica, rural, transformación, barrios urbanos marginados, etc.) reciben ayudas que pueden ser compatibles al amparo del art. 87.3 c.

La comunicación propone una nueva definición de subdivisión de zonas de intervención para los fondos estructurales y las ayudas estatales. La Comisión fijó en el 42,75% el porcentaje de población susceptible de poder recibir ayudas estatales de finalidad regional (art. 87.3 a y c). La población cubierta por los obj. n.º 1 y 2 corresponde al 40% (22% letra a y 18% letra c), consecuentemente los estados disponen del 2,7% para conceder ayudas estatales con finalidad regional en zonas donde no se perciben ayudas de los fondos estructurales.

[36] Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2005 (IP/05/1653).

Cuadro n.º 1

Datos previstos en la nueva Comunicación sobre ayudas públicas de carácter regional

PIB regional en % del PIB de la UE-25	% de la población UE-25	Tipos máximos de ayuda para grandes empresas
<75%	14,05%	30%
<60%	6,30%	40%
<45%	7,37%	50%

Fuente: Elaboración propia.

Debido a sus desventajas específicas, las regiones ultraperiféricas se consideran desfavorecidas, en el sentido del artículo 87.3.a), con independencia de su PIB relativo.

Las llamadas «regiones del efecto estadístico» —cuyo PIB es inferior al 75% de la UE-15 pero superior al 75% de la UE-25 (3,6% de la población de la UE-25)— serán consideradas transitoriamente «desfavorecidas» y pueden optar a los tipos más bajos de ayuda con arreglo al artículo 87.3.a) del Tratado, con un tipo de ayuda del 30% para las grandes empresas hasta el 2010. La situación de estas regiones se revisará en dicho año.

Por lo que se refiere a las regiones con un PIB *per cápita* superior al 75% de la media de la UE-25, los Estados miembros podrán conceder ayuda regional con unos tipos más bajos (entre el 10% y el 15%) de conformidad con el artículo 87.3.c) del Tratado en unas zonas que podrán definir ellos mismos según la política nacional de desarrollo regional, con un máximo de cobertura de población y unas condiciones mínimas destinadas a evitar fraudes.

Se prevén unas disposiciones transitorias que estarán vigentes hasta 2010 para aquellas regiones que experimenten mayores recortes de los tipos de ayuda, y hasta 2008 para las regiones que dejan de ser subvencionables con arreglo a las nuevas Directrices.

En todas las zonas subvencionadas, los tipos de ayuda pueden incrementarse un 20% si la ayuda se concede a pequeñas empresas y un 10% si se concede a empresas medianas.

Se permitirá una nueva forma de ayuda, destinada a fomentar la creación de empresas en las zonas subvencionadas, que se aplicará a las fases de lanzamiento y expansión de las pequeñas empresas durante los primeros cinco años.

Recientemente, en base a la facultad otorgada por el Reglamento 994/98 del Consejo, la Comisión ha publicado un proyecto de Reglamento relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 a ayudas

regionales a la inversión que se prevé entre en vigor el 1 de enero de 2007[37]. Los Estados miembros que pongan en vigor programas de ayuda regional, respetando el mapa de ayudas regional aprobado por la Comisión y las disposiciones previstas en el reglamento, quedarán exentos del deber de notificación previa prevista en el artículo 88.3 del Tratado.

Ayudas de carácter sectorial

Son aquellas que se conceden tomando en consideración de forma prioritaria el sector al que pertenece una empresa. Así mismo, las ayudas individuales se analizan preferentemente desde una perspectiva sectorial.

En la práctica, la evolución del control de ayudas sectoriales ha dependido en gran medida de los periodos de crisis que han afectado a algunos sectores industriales, debido a la sobrecapacidad de producción y a la competencia proveniente de países terceros[38]. La Comisión ha sido muy rigurosa en el control de las ayudas a empresas de sectores en crisis, permitiendo únicamente la concesión de ayudas para el cierre de instalaciones o, en ciertos supuestos, para la realización de inversiones en I+D o en materia medioambiental.

En los últimos años, la Comisión ha adoptado un marco multisectorial para regular la concesión de ayudas (sectoriales o regionales), aplicable a todos los sectores. Así mismo, en este apartado cabe mencionar el marco de ayudas a empresas en dificultades, que constituye una referencia importante en la política de control de ayudas sectoriales debido a sus efectos perniciosos en la competencia.

a) Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión[39]

Su adopción responde a la necesidad de efectuar un control más férreo en este tipo de ayudas, las cuales, a pesar de cumplir una función de equilibrar la situación de desventaja económica de ciertas regiones, pueden distorsionar gravemente la competencia. Así pues, pretenden evitar efectos sectoriales negativos.

La adopción de este marco va a suponer la supresión progresiva de las directrices sectoriales existentes[40], a fin de analizar las ayudas con un único enfoque, independientemente del sector de actividad al que pertenezca la empresa.

En su examen, la Comisión tendrá en cuenta tres factores: los efectos en la competencia dentro del sector, la relación entre la inversión y la creación de

[37] DOUE C120 de 20 de mayo de 2006.

[38] Los sectores en crisis a los que se limitaba la posibilidad de conceder ayudas a partir de los años ochenta fueron los siguientes: siderurgia, naval, textil, fibra sintética y vehículos automóviles.

[39] Aprobadas por la Comisión el 16 de septiembre de 1997, su aplicación finalizó el 31 de diciembre de 2002. No obstante, el 19 de marzo de 2002 se prorrogó su vigencia con algunas modificaciones (DOCE C70 de 19 de marzo de 2002, p. 8). Las nuevas directrices entraron en vigor el 1 de enero de 2004, salvo en el sector siderúrgico (entraron en vigor el 24-07-2002) y en el sector de vehículos a motor y fibras sintéticas (entraron en vigor el 1-01-03).

[40] Actualmente los sectores regulados son el sector naval (Rto. 1590/98 l202 de 18 de julio de 1998) el sector automóvil (DOCE C 279 de 15 de septiembre de 1997) y el sector aéreo (DOCE C 350 de 10 de diciembre de 1994).

puestos de trabajo, y la incidencia en el desarrollo regional.

Según lo establecido en las directrices, las ayudas (regionales o sectoriales) que se pretendan conceder deberán ser notificadas individualmente, a pesar de formar parte de un régimen general previamente autorizado, cuando sobrepasen ciertos umbrales[41].

b) Directrices comunitarias para las ayudas al salvamento y a la reestructuración de empresas con dificultades

Las ayudas dirigidas a empresas con dificultades deben ajustarse a las condiciones establecidas en la nueva comunicación para ser autorizadas[42].

La Comisión se reserva la aprobación de estas ayudas teniendo en cuenta las condiciones siguientes:

- que la empresa se encuentre al menos en situación de suspensión de pagos (al no existir una definición uniforme de empresa en dificultades),
- que las empresas de nueva creación (con menos de tres años de antigüedad) no puedan beneficiarse de estas ayudas,
- que las empresas beneficiarias de estas ayudas no puedan percibir otro tipo de ayuda, y
- así mismo, no podrán acceder a estas ayudas las empresas que no hayan reembolsado previamente ayudas que hayan sido declaradas ilegales.

La Comisión distingue dos tipos de ayuda: las de salvamento y las de reestructuración.

Las ayudas al salvamento deben dirigirse a resolver problemas de tesorería y consistirán en préstamos o garantía de los mismos durante un periodo de seis meses (con prórroga de otros seis) o, excepcionalmente, durante el tiempo necesario para realizar el plan de viabilidad[43].

Las ayudas a la reestructuración son susceptibles de perjudicar gravemente a la competencia ya que si no se utilizan de forma adecuada pueden trasladar los problemas económicos y sociales del sector a otras empresas y a otros Estados miembros. Por tanto, sólo serán autorizadas si su concesión no es contraria al interés de la Comunidad, esto es, si conlleva ventajas que compensen el efecto negativo de la

---

[41] Los Estados miembros están obligados a notificar los proyectos de ayuda cuando superan los siguientes umbrales:

- Hasta 50 millones de inversión (gastos subvencionables) si la ayuda llega al 100% del umbral regional permitido.
- Entre 50 y 100 millones, si la ayuda supera el 50% del límite regional.
- Más de 100 millones, si supera el 34% del limite regional.
- Si la ayuda supera los 100 millones.
- Los proyectos no serán subvencionables si el beneficiario tiene una cuota de ventas superior al 25% o si la obtendrá tras realizar la inversión.

Las directrices permanecerán en vigor hasta el 31-12- 2009.

[42] Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. DOCE C 244 de 1 de octubre de 2004.

[43] En las ayudas al salvamento rigen los principios siguientes:

- Se conceden en forma de préstamos reembolsables.
- Las directrices de 2004 admiten la posibilidad de conceder ayudas a la reestructuración en el mismo periodo.
- Se establece un periodo de examen acelerado (1 mes) a fin de permitir la concesión de estas ayudas siempre que no sobrepasen una cantidad determinada que en ningún caso podrá superar los 10 millones de euros.

ayuda (desde el punto de vista social. local, sectorial o competencial).

La Comisión condiciona la autorización de estas ayudas a que se trate de empresas con dificultades que dispongan de un plan de reestructuración validado por la Comisión, que permita restablecer la viabilidad de la empresa a largo plazo, según hipótesis realistas con respecto a un mercado de referencia del que debe adjuntarse el correspondiente estudio de mercado[44].

Estas ayudas deben concederse una sola vez (*one time, last time*) a una empresa, de manera que no se podrá otorgar una nueva ayuda por el mismo motivo salvo en casos excepcionales y por causas no imputables a la empresa (por circunstancias imprevisibles). Cuando la empresa es vendida a un tercero el principio de ayuda única no se aplicará si el nuevo empresario no tiene relación con el anterior, si adquirió la empresa a precio de mercado y si la venta no se realizó para evitar la aplicación del principio de ayuda única.

En las regiones asistidas (donde se pueden conceder ayudas regionales), la aplicación de las directrices será similar, si bien en la concesión de la ayuda se tomará en consideración el factor regional. No obstante, no sería admisible mantener artificialmente una empresa en el mercado gracias a la concesión de ayudas públicas. Para las pymes se aplicarán las mismas reglas, aunque las compensaciones o contrapartidas que impondrá la Comisión serán más reducidas.

En empresas pertenecientes a sectores en crisis, el plan de reestructuración deberá implicar una reducción drástica de la producción (normalmente una media del 16%).

Las ayudas horizontales: I+D, medio ambiente, formación, pymes, empleo y mínimis

a) Las ayudas a la I+D

En 1986 la Comisión hizo público el primer marco de ayudas a la investigación y desarrollo (I+D), en el cual se exponían los criterios de aplicación del artículo 87 a inversiones en materia de I+D tecnológico, así como los porcentajes de ayuda que podían concederse para las mismas. En 1996, tras un periodo de diez años de experiencia, la Comisión adoptó el segundo encuadramiento de ayudas I+D que actualmente está en vigor y que es mucho más explícito en lo que se refiere al tipo de inversiones incluidas bajo los

---

[44] Las condiciones que se deben cumplir son las siguientes:

- —El plan debe hacer un diagnostico de las causas que han llevado a la empresa a la situación de dificultad y describir las medidas tendentes a superarlas para garantizar su viabilidad a largo plazo.
- —También deben adoptarse medidas para atenuar el efecto negativo en los competidores para que no sea contrario al interés común (perder presencia en el mercado, disminuir la capacidad de producción).
- —La ayuda debe limitarse al mínimo indispensable en función de las disponibilidades económicas (aportaciones de los socios, aportaciones financieras, etc.) y debe ser destinada íntegramente a resolver los problemas de la empresa y no a otros objetivos que pueden tener efectos negativos sobre la competencia.
- —Se exige una contribución real al coste de la reestructuración por parte del beneficiario. Esta contribución debe ser del 25% en pymes, el 40% en medianas empresas y el 50% en grandes empresas.
- —La Comisión puede supeditar la concesión de la ayuda al cumplimiento de otras condiciones: abrir el mercado a otros competidores, no conceder otro tipo de ayudas, cumplimentar la decisión, etc.

conceptos de investigación tecnológica y desarrollo industrial[45].

En el documento se distingue la investigación básica (susceptible de poder ser subvencionada hasta el 100%), industrial (subvencionable del 25% al 50%) y la fase de desarrollo (que incluye diferentes niveles de ayuda). Se prevé la posibilidad de conceder un 10% suplementario para pymes.

No serán consideradas ayudas de Estado, si las medidas van dirigidas a apoyar inversiones realizadas por centros o entidades sin ánimo de lucro y se respetan ciertas condiciones relativas a su posterior explotación.

La naturaleza del proyecto y los riesgos de distorsión de la competencia constituyen factores relevantes a la hora de analizar la compatibilidad de las medidas.

En cuanto a la base jurídica para admitir este tipo de ayuda, son aplicables las excepciones del artículo 87.3 letra b), si se trata de proyectos de interés común europeo, o de la letra c), si la ayuda no altera los intercambios en una medida contraria al interés común. Las directrices adoptadas por la Comisión establecen los criterios que los Estados miembros deben respetar en la concesión de estas ayudas, para beneficiarse de estas excepciones.

Recientemente, tras efectuar una consulta pública acerca de los nuevos planteamientos previstos para estas ayudas, la Comisión ha publicado un borrador del nuevo marco comunitario sobre ayudas a la investigación, desarrollo e innovación a fin de ajustar la política de control de estas ayudas a los principios marcados en el Plan de Acción 2005-2009.

El objetivo del nuevo marco es aumentar mediante ayudas estatales la eficiencia económica y contribuir de ese modo al crecimiento sostenible y el empleo. En consecuencia, las ayudas estatales de I+D serán compatibles cuando quepa esperar que contribuirán a una mayor I+D y el falseamiento de la competencia no se considere contrario al interés común, lo cual, para la Comisión equivale a eficiencia económica. El nuevo Marco pretende facilitar que los Estados miembros orienten mejor las ayudas a la corrección de las posibles deficiencias del mercado. Su aplicación se prevé para principios de 2007. La Comisión hizo público el 8 de septiembre de 2006 el borrador del marco comunitario sobre ayudas estatales de I+D+i.

b) Las ayudas al medio ambiente

La Comisión adoptó las primeras directrices relativas a las ayudas a inversiones en materia medioambiental en 1974. Posteriormente, se modificaron en 1980 y 1986.

En 1987, con la entrada en vigor del Acta Única Europea, la protección del medio ambiente se instituyó como un nuevo objetivo de las políticas comunitarias. Durante ese mismo año se publicaron unas nuevas directrices en las que se introdujo como fundamento de la política medio ambiental el principio de que «quien contamina paga»[46].

[45] Diario Oficial C45 de 17/02/1996 p. 0005 - 0016. En 2002 la Comisión publicó una comunicación para prorrogar la vigencia del encuadramiento I+D (DOCE c 111 de 8-5-2002) hasta el 31 de diciembre de 2005.

[46] Los principios enunciados son los siguientes:

—Se aplican a todos los sectores y prevé tres tipos de ayuda: inversión, medidas de apoyo y ayudas al funcionamiento.

—Las ayudas pueden alcanzar desde el 15% (para la adaptación de instalaciones ya existentes) hasta el 30% (nuevas instalaciones que mejoran el nivel de protección exigido por las normas).

—10% suplementario para pymes.

En 1994 se adaptaron las directrices y en ellas la Comisión estableció que solo los costes ambientales no integrados en los costes productivos podrían ser suplidos por las ayudas públicas[47].

En 2001, la Comisión publicó nuevas directrices[48], actualmente en vigor, con las siguientes características:

- Sigue en vigor el principio «quien contamina paga» para conseguir un desarrollo sostenible (desde 1993-5.º programa de acción)
- La política de control de ayudas tiene una doble exigencia: garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados e integrar las exigencias de la política medioambiental.
- Todos los costes ambientales deben ser integrados en los productivos.
- No cabe conceder ayudas dirigidas a la adaptación de instalaciones para cumplir las normas (en el marco anterior era posible), salvo para las pymes (hasta el 15%).
- La cuantía de las ayudas se puede incrementar si las inversiones implican superar las exigencias medioambientales exigidas por la normativa (hasta el 30%).

Las directrices prevén la concesión de ayudas en el sector energético con unos porcentajes máximos, dependientes del tipo de inversión[49].

Estas directrices estarán en vigor hasta finales de 2007. La Comisión ha iniciado en esta materia un proceso de consulta pública para dar a conocer sus propuestas y estudiar las reacciones que presenten las empresas, administraciones y ciudadanos en general. Los resultados de la consulta fueron hechos públicos en junio de 2006, no obstante, de momento la Comisión no ha presentado propuestas relativas al nuevo marco que se aplicará a partir de 2008.

c) Las ayudas a la formación

La Comisión admite sin problemas este tipo de ayudas porque desempeñan una labor importante en la estrategia de creación de empleo y fortalecen la competitividad de la empresa europea.

Estas ayudas contribuyen a corregir la falta de formación en las empresas, sobre

---

[47] DOCE C 72 de 10 de marzo de 1994.

[48] DOCE C 37 de 3 de febrero de 2001.

[49] Las ayudas *en el sector energético pueden llegar a los siguientes porcentajes:*

- En inversiones para ahorro energético hasta el 40%.
- En inversiones a favor de inversiones renovables hasta el 40%.
- En inversiones para el establecimiento de instalaciones renovables que permitan el autoabastecimiento a toda una comunidad, hasta el 50%.
- Bonificación suplementaria: 5% regiones asistidas de la letra c), 10% regiones asistidas de la letra a) y pymes. Estas son acumulables, pero lógicamente la ayuda nunca podrá superar el 100%.
- En inversiones para el saneamiento de instalaciones industriales contaminadas (deterioro de suelos y aguas sub. o sup.) hasta el 100% de los costes subvencionables y 15% de las obras.
- En inversiones para el traslado de empresas: si el traslado se justifica por razones de medio ambiente, cumpliendo la normativa medio ambiental (30%+bonificación).
- Asesoramiento a pymes (previsto en el Reglamento 70/2001).
- Ayudas al funcionamiento: se admiten si se limitan a compensar los costes de producción adicionales en gestión de recursos o ahorro energético (temporales 5 años y decrecientes o no- 50%).
- Exenciones de impuestos medioambientales (hasta 10 años con una reducción gradual).

todo en las pymes. Para facilitar la concesión de estas ayudas, la Comisión adoptó en 1998 la primera comunicación sobre las ayudas a la formación, en la que establecía los criterios de concesión[50].

En 2001 se adoptó un nuevo marco normativo a través de un reglamento específico de exención en bloque[51]. Se distingue la formación general y la específica, excluyendo del ámbito de aplicación las que superen 1 millón de euros[52]. Las ayudas que cumplan todas las condiciones del reglamento quedarán exentas de notificación. El Reglamento estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006.

d) Las ayudas a las pequeñas y medianas empresas

Las ayudas a pymes siempre han recibido un trato preferencial por parte de la Comisión. Hasta 1992 no había una definición uniforme de pyme, ni en los Estados miembros, ni en la propia Comunidad europea[53]. La Comisión puso de manifiesto el problema planteado por la aplicación de diversidad de definiciones en el desarrollo de un sistema de competencia no falseado y adoptó una comunicación sobre ayudas a pymes, en la que exponía los criterios de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado[54].

En 1996 la Comisión hizo pública una recomendación a los Estados miembros sobre la definición de pyme[55] y asimismo adoptó unas nuevas directrices sobre ayudas a pymes. En 2003 publicó otra recomendación que acoge también la definición de microempresa y en la que se invita a todas las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a adoptar la misma definición[56]:

- Mediana empresa: menos de 250 personas, facturación inferior a 50 millones de euros o balance general anual inferior a 43 millones de euros.
- Pequeña empresa: menos de 50 personas y facturación o balance anual inferior a 10 millones de euros.

---

[50] DOCE C 343 de 11-11-1998.

[51] En 2001, en virtud de los poderes conferidos por el Reglamento 994/98 del Consejo, la Comisión adoptó el Reglamento 2204/2002 de 22 de diciembre, sobre la aplicación del art. 87 del Tratado a las ayudas a la formación. DOCE L 10 de 13-1-2001. Este Reglamento fue posteriormente modificado por el Reglamento (CE) n.º 363/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004. *Diario Oficial n.º L 063 de 28/02/2004 p. 0020 - 0021.*

[52] Las intensidades de ayuda admitidas para la formación son las siguientes:

- Formación especifica: hasta el 25% o 35% (pymes).
- Formación general: hasta el 50% o 70% (pymes).
- En ambos casos estas intensidades pueden aumentar: 5 puntos en regiones letra c, art. 87.3; 10 puntos en regiones de la letra a, art. 87.3; 10% trabajadores desfavorecidos.
- Establece una obligación a los estados miembros de información permanente a la Comisión (anexos ii y iii del formulario previsto al efecto).

[53] La definición de pyme del Banco Europeo de Inversiones, o de la Dirección General de Investigación en nuevas tecnologías era divergente a la de la Dirección General de Competencia (más restrictiva). La Comunicación fue publicada en el DOCE C 213 de 19 de agosto de 1992.

[54] En un primer informe presentado al Consejo en 1992 a petición del Consejo «Industria» de 28 de mayo de 1990, la Comisión proponía ya que se limitase la proliferación de las definiciones utilizadas en el ámbito comunitario; en particular proponía la utilización de los cuatro criterios siguientes: número de empleados, volumen de negocio, balance general e independencia, así como unos umbrales de 50 y 250 empleados para las empresas pequeñas y medianas respectivamente.

[55] DOCE L 107 de 30-4-96.

[56] Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. DOCE L 124 de 5 de mayo de 2003.

—Microempresa: menos de 10 personas y facturación o balance anual inferior a 2 millones de euros.

En 2001, la Comisión adoptó un Reglamento de exención para las ayudas a pymes[57]. Su aplicación afecta a todos los sectores, salvo a las ayudas a la exportación o a las que impliquen una discriminación de los productos importados. En adelante, quedarán exentas de notificación previa las ayudas a la inversión y a la creación empleo que se ajusten a lo dispuesto en el Reglamento[58].

En 2004 se modificó este Reglamento para ampliar su ámbito de aplicación a las ayudas a la investigación y desarrollo[59].

Finalmente, otra novedad importante en esta materia, dentro de los objetivos que se ha marcado la Comisión para aumentar las fuentes de financiación de inversiones para pymes, es el relativo al fomento de las actividades de capital-riesgo. Se trata de una actividad de gran interés para facilitar el acceso de la pyme a una financiación con garantías, pero que no cuenta con mucha tradición en nuestro entorno. Para ello, en julio de 2006 la Comisión ha hecho pública una Comunicación sobre las líneas directrices aplicables a las ayudas de Estado dirigidas a promover las actividades de financiación a riesgo, en pequeñas y medianas empresas[60].

e) Las ayudas al empleo

La Comisión adoptó un reglamento de exención en bloque para las ayudas dirigidas a promover la creación de empleo[61]. Esta normativa facilita la concesión de determinadas ayudas destinadas a la creación de empleo y a favorecer la contratación de minusválidos y de otros colectivos de personas *desfavorecidas.*

Su aplicación se limita a regiones asistidas (regiones que pueden percibir ayudas regionales) y a las pymes, teniendo en cuenta la normativa aplicable a las mismas.

Las ayudas individuales y las que no generan un aumento efectivo de plantilla deberán ser notificadas a la Comisión siguiendo el procedimiento formal. Por otra parte, esta normativa no se aplica al sector del carbón, transportes y construcción

---

[57] Reglamento 70/2001 de 12 de enero de 2001. DOCE L 10 de 13 de enero de 2001.

[58] Las ayudas a pymes autorizadas son las siguientes:

—Ayudas a la inversión:

- Intensidad bruta: 15% pequeñas y 7,5% medianas empresas.
- Posibilidad de aumentar la intensidad: 10 puntos a empresas de regiones de la letra c, art. 87.3 (máximo de 30%) y 15% en regiones de la letra a del art.87.3 (máximo de 75%).
- Las ayudas se aplican si la inversión se mantiene al menos 5 años y la financiación con fondos propios es del 25%.

—Ayuda a la creación de empleo: deberán crear los puestos en un plazo de tres años, con incremento neto de plantilla y mantenerse durante 5 años como mínimo.

—Ayudas para gastos de consultoría:

- Hasta el 50% para consultores externos.
- Hasta el 50% para participar en ferias.

[59] Reglamento (CE) n.º 364/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 70/2001 con vistas a ampliar su alcance a las ayudas de investigación y desarrollo**.** *Diario Oficial n.º L 063 de 28/02/2004 p. 0022 - 0029.*

[60] Texto todavía no publicado en el DOUE, pero al que se puede acceder a través de la página Web de la Comisión.

[61] Rto. 2204/2002 de la Comisión. *DOCE L 337 de 13 de diciembre de 2002.*

naval, ya que son sectores sometidos a normativas específicas.

El Reglamento exime de la obligación de notificación previa a las ayudas que se ajusten a sus prescripciones[62].

f) Las ayudas *de mínimis*

Son ayudas que, por su volumen, no tienen una incidencia negativa relevante en la libre competencia. La Comisión adoptó en 2001 el Reglamento de exención en bloque sobre la ayudas de mínimis, aplicable a todos los sectores salvo a los del transporte, agricultura, acuicultura y pesca[63]. Asimismo, se excluyen las actividades relacionadas con la exportación y aquellas que discriminen a productos importados.

La ayuda autorizada podrá alcanzar los 100.000 euros por empresa durante un periodo de tres años, con independencia del objetivo y de la forma que adopte (subvención, préstamo, aval, etc.).

Se establece un sistema de control que exige a los Estados miembros el mantenimiento de un registro con toda la información relativa al otorgamiento de ayudas en aplicación del Reglamento.

En setiembre de 2006, la Comisión ha hecho público un proyecto de reglamento que sustituirá al actual a partir de 2007, en el que se propone un aumento del montante de ayuda permitido hasta 200.000 euros para el mismo periodo de tres años.

Las ayudas para la promoción de la cultura y la conservación del patrimonio

Esta excepción fue introducida en 1992, en el Tratado de Maastricht[64].

Con la inclusión del nuevo apartado d) se confirma la aplicación de los artículos 87 a 89 a este tipo de ayudas y así mismo se reconoce su especificidad. Normalmente las ayudas más frecuentes afectan a políticas de promoción del sector cinematográfico, televisivo y del libro. La aplicación de la excepción no suele plantear problemas cuando las ayudas son proporcionales y no establecen discriminaciones por razón de la nacionalidad.

2.4. **La reforma prevista en el Plan de Acción 2005-2009**

Durante el año 2005, la Comisión ha publicado una serie de documentos de consulta sobre las propuestas de reforma que prevé llevar a cabo durante los próxi-

---

[62] La intensidad de la ayuda permitida por el Rto. es la siguiente:

—Fuera de zonas asistidas: ayudas a pymes 15 y 7,5%.
—En zonas asistidas: deben ajustarse a las intensidades máximas admitidas en función del mapa regional, así como, en su caso, al marco multisectorial.
—La concesión de la ayuda prevé una duración máxima de dos años: si hay aumento neto de asalariados durante al menos 3 años (2 en pymes) y beneficien a jóvenes o parados.
—Personas desfavorecidas: 50% costes y cotizaciones en 1 año.
—Personas minusválidas: 60% costes y cotizaciones en 1 año.
—Estas ayudas pueden acumularse con otras hasta el 100% de los costes.
—Transparencia y control: los estados deben informar sobre la aplicación del Rto. (utilizando los anexos).

[63] Rto. n.º 69/2001 de la Comisión de 12 de enero. DOCE L 10 de 13 de enero de 2001.

[64] Hasta entonces su compatibilidad con el Tratado se analizaba en el marco de la letra c) del artículo 87.3.

mos cinco años en el ámbito del control de ayudas estatales. El Plan de Acción de Ayudas Estatales 2005-2009 constituye un documento de consulta importante que establece la necesidad de proceder a una reforma exhaustiva de la política de ayudas estatales, con el fin de adecuarla a los desafíos marcados en la Cumbre de Lisboa y a las nuevas condiciones surgidas tras la adhesión de diez nuevos Estados miembros[65].

A estos efectos, el objetivo general que se ha marcado con esta iniciativa es contribuir más eficazmente al crecimiento sostenible, a la competitividad, a la cohesión social y regional y a la protección del medio ambiente. Para ello, se presenta un conjunto de reformas basado en los siguientes elementos:

- Diseñar una política que restrinja la concesión de ayudas a objetivos mejor definidos.
- Aplicar un enfoque económico reajustado.
- Establecer unos procedimientos más eficaces para mejorar la aplicación y dar mayor transparencia y,
- Compartir la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Tratado entre la Comisión y los Estados miembros.

Las medidas propuestas por la Comisión en el citado Plan van a tener una incidencia importante en el desarrollo de las políticas de apoyo a la empresa gestionadas por los Estados miembros, puesto que van a condicionar su contenido y alcance en un futuro próximo.

Menos ayudas con objetivos mejor definidos

La voluntad mostrada en las cumbres de Jefes de Estado de reducir el número de ayudas estatales y enfocarlas hacia la consecución de objetivos concretos de interés común, se llevará a efecto teniendo en consideración la evolución de las empresas, sectores y regiones económicas de la Unión. Esta evolución será analizada de forma objetiva, de manera que las propuestas sean eficaces para hacer frente a las deficiencias que presente el mercado.

La Comisión propone que las ayudas estatales otorguen prioridad a varios objetivos fundamentales: fomento de la innovación, investigación y desarrollo, apoyo a las pymes, formación y empleo, protección del medio ambiente y desarrollo regional (de forma más restrictiva que en la actualidad).

— En las ayudas a pymes, la Comisión es consciente de la importancia de la pyme como motor del desarrollo económico de la Unión Europea. Además de potenciar objetivos horizontales, se prevé ampliar el montante de ayudas de mínimis (100.000 euros para tres años) actualmente permitido. De esta manera, la mayoría de las ayudas concedidas a pymes estarían exentas de notificación y las administraciones podrían actuar con mayor celeridad y eficacia en sus políticas de apoyo empresarial.

— La innovación, investigación y desarrollo tecnológico constituyen, así mismo, objetivos prioritarios de protección en la Unión europea. La Comisión ha hecho pública una Comunicación en la que se anuncia una reforma importante de su política dirigida a promover tres objetivos:

[65] Publicado en julio de 2005 por la Dirección General de la Competencia de la Comisión europea.

- Promover la creación y el crecimiento de empresas innovadoras en fase de arranque (menos de cinco años).
- Incrementar las aportaciones de capital riesgo.
- Apoyar los riesgos inherentes al lanzamiento de productos novedosos.

Se prevé que las ayudas dirigidas a promover estas actividades se concentren en pymes ya que las grandes empresas tienen más medios para desarrollar estas actividades sin necesidad de recibir fondos públicos.

— Las inversiones en capital humano son imprescindibles para lograr y mantener un nivel elevado de empleo, un crecimiento duradero y una cohesión económica y social. En consecuencia, la Comisión continuará permitiendo la concesión de las ayudas dirigidas a financiar las inversiones en formación y empleo, en los términos que actualmente se utilizan y con los mismos niveles de ayuda.

— Especial importancia para las regiones europeas reviste la modificación que se ha adoptado por la Comisión en sus nuevas directrices de ayuda regional para 2007-2013, cuyas grandes líneas han sido expuestas anteriormente. La entrada de diez nuevos estados en la Unión ha hecho que los datos estadísticos regionales se hayan alterado sustancialmente, de forma que gran parte de las regiones que entraban dentro de la letra a) del artículo 87.3 quedarán fuera de la misma cuando transcurra el periodo transitorio concedido. Para regiones susceptibles de percibir ayudas según la letra c), la Comisión propone una seria de modificaciones tendentes a reducirlas progresivamente y reconducirlas hacia la consecución de los objetivos de la agenda de Lisboa.

La modernización de las prácticas y de los procedimientos de control

En el plan de acción se pone de manifiesto que las formalidades administrativas que los Estados miembros deben respetar en el procedimiento de notificación previa a la Comisión, constituyen una rémora importante para las administraciones públicas por los dilatados plazos que conlleva su análisis. En efecto, las notificaciones previas y su tramitación ante la Comisión implican una ralentización de la actividad de las administraciones nacionales que en muchas ocasiones obstaculiza la eficiencia de las políticas de apoyo empresarial. El periodo de examen previo, unido a la solicitud de informaciones complementarias que paralizan el procedimiento y los plazos de análisis de compatibilidad de la ayuda previstos en el Reglamento 659/1999 del Consejo, muchas veces son difíciles de respetar, si atendemos a las obligaciones presupuestarias que deben cumplir las administraciones nacionales.

En el caso del Estado español, los plazos previstos se amplían aún más dado que el interlocutor ante la Comisión a efectos de notificaciones es el Gobierno central y ello obliga a los órganos autonómicos a notificar sus expedientes siguiendo un procedimiento interno a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Para garantizar el cumplimiento del Tratado y agilizar los trámites exigidos en la concesión de ayudas públicas, la Comisión considera necesario delegar a organismos o a autoridades independientes situadas en los Estados miembros parte de la gestión del control. Para ello, tomará en consideración los beneficios que ha aportado la experiencia adquirida en los

nuevos Estados miembros, gracias al sistema de colaboración establecido con autoridades independientes.

En particular, las funciones a efectuar por los organismos designados podrían ser: consultivas (labor de promoción, concienciación y comprensión de la política europea de control de las ayudas públicas en un entorno geográfico determinado), de control (controlar la correcta aplicación de las normas de procedimiento en cada territorio), de colaboración con la Comisión (comprobar y hacer un seguimiento de la ejecución de las decisiones de la Comisión) y de auxilio a las jurisdicciones nacionales (tomar parte en procedimientos ante los tribunales nacionales en los que se planteen incumplimientos del procedimiento).

Finalmente, la Comisión prevé la adopción de un reglamento general de exención por categorías de ayuda, para eximir a algunas de ellas de la obligación de notificación previa. Este es un aspecto esencial que será desarrollado con el fin de simplificar la normativa existente, facilitar la actuación de las administraciones nacionales y garantizar una mayor seguridad jurídica a las empresas. Por otra parte, la reducción de notificaciones que conllevaría la adopción del citado reglamento permitiría a la Comisión, concentrarse en otro tipo de actividades menos transparentes tales como la financiación de los servicios de interés económico general.

Revisión de otros documentos de la Comisión

La Comisión procederá a modificar varios documentos, actualmente en vigor, con el fin de facilitar la comprensión de su política y otorgar mayor coherencia al nuevo sistema de control.

A este respecto, cabe mencionar la necesidad de respetar las decisiones que imponen a los Estados miembros la recuperación de las ayudas ilegales. Se trata de una cuestión de gran trascendencia para la proveer de eficacia a la política de competencia y sin embargo continua siendo una asignatura pendiente debido a las dificultades que entraña la recuperación de ayudas en algunos Estados miembros. La recuperación se debe llevar a efecto a través de procedimientos regulados por el Derecho interno, pero no se descarta que en un futuro se establezca, a escala comunitaria, un sistema que garantice la coherencia y la uniformidad en la aplicación y el cumplimiento de las decisiones de la Comisión para evitar las divergencias existentes en los Estados miembros y otorgar una mayor eficacia a la política de la Comisión.

Por otra parte, cabe mencionar, por sus repercusiones en el País Vasco, la Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, publicada en 1998. Este texto establece las pautas y criterios a tener en cuenta para la aplicación de las normas de competencia a las medidas de fiscalidad directa de las empresas. Como es conocido, en el Estado español coexisten cinco regímenes fiscales complementarios y excluyentes. La existencia de varios regímenes fiscales dentro de un mismo Estado miembro no tiene parangón en la Unión europea. Por motivos de seguridad jurídica, sería conveniente que en una futura Comunicación, la Comisión tomara en consideración, de forma expresa, las consecuencias de esta diferenciación, con el fin de evitar las discordancias que se ma-

nifiestan en la aplicación de las normas de competencia a las políticas fiscales nacionales. Cabe manifestar que tras la adopción de la sentencia relativa a la fiscalidad de las Islas Azores (sentencia de 6 de setiembre de 2004, Asunto C-88/03) la Comisión dispone de un precedente jurisprudencial de gran valor jurídico para complementar la Comunicación sobre fiscalidad.

3. EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL REGULADO POR EL REGLAMENTO 659/1999 DEL CONSEJO

El Reglamento 659/1999 del Consejo establece las normas de procedimiento para el control de las ayudas públicas[66]. El texto es innovador, ya que introduce una mayor certidumbre jurídica. Así, aporta nuevas reglas en el procedimiento (prescripción, posibilidad de controles *in situ*, nuevos plazos, recuperación provisional de ayudas, etc.) y otorga mayor transparencia y seguridad jurídica. Fundamentalmente, consolida una práctica desarrollada sobre los procedimientos de notificación y de análisis de compatibilidad, con alguna variante, mediante su inclusión en un texto de derecho positivo.

En el texto se regulan los procedimientos aplicables a las ayudas notificadas, las ayudas ilegales (concedidas sin respetar el procedimiento de notificación previa), las abusivas y las ayudas existentes.

3.1. **Las ayudas notificadas**

La notificación previa

Los artículos 2 y siguientes del Reglamento se aplican a las ayudas nuevas o a la modificación de ayudas existentes y obligan a los Estados miembros a notificar a la Comisión con suficiente antelación toda la información necesaria sobre los proyectos de ayuda que pretenden conceder.

El procedimiento aplicable a las ayudas nuevas se desarrolla en dos fases sucesivas: una fase preliminar denominada de examen previo y otra posterior de investigación formal. No obstante, en muchas ocasiones, cuando la medida no constituye una ayuda o bien no plantea dudas de compatibilidad con el Tratado, el procedimiento puede finalizar en la fase de examen previo sin entrar en la segunda fase de investigación formal.

El examen previo tiene lugar en el plazo de dos meses después de la notificación, a partir de la recepción de toda la información necesaria[67]. En dicho plazo, la Comisión adoptará una decisión de autorización de la ayuda (de no formular objeciones) o,

[66] El texto desarrolla las disposiciones previstas en el artículo 88 del Tratado, siguiendo fielmente los criterios desarrollados en la práctica, por la Comisión y el Tribunal de Justicia. Durante este periodo, el ejecutivo comunitario ha debido establecer las pautas de actuación en el procedimiento a seguir para el control de las ayudas concedidas en los Estados miembros. La falta de regulación durante un periodo tan prolongado ha permitido a la Comisión, con el refrendo del Tribunal de Justicia, establecer mecanismos de control con un amplio margen de maniobra. Vid. Ernesto García-Trevijano Garnica: *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado.* Ed. Civitas, 2002.

[67] La Comisión debe estar en posesión de toda la información necesaria para poder adoptar una decisión. En caso de que la información enviada por el Estado no sea suficiente, la Comisión le remitirá una solicitud de información adicional. En caso de que el Estado no responda a esta solicitud en el plazo concedido, se considerará que desiste tácitamente de la notificación y por tanto la Comisión lo comunicará al Estado miembro (artículo 5 del Reglamento).

en caso de duda, adoptará una decisión de apertura del procedimiento de investigación formal del artículo 88.2[68].

Si al cabo de los dos meses, tras haber recibido toda la información necesaria, la Comisión no adopta una decisión, se entenderá que el Estado miembro en cuestión puede ejecutar la ayuda. No obstante, deberá dar un preaviso a la Comisión.

La apertura del procedimiento de investigación formal

Cuando la Comisión decide iniciar el procedimiento de investigación formal lo publica en el Diario Oficial, para que el Estado miembro y los terceros interesados puedan enviar sus observaciones en el plazo dispuesto.

La Comisión procurará adoptar una decisión en el plazo de 18 meses desde la apertura del procedimiento. Si expira este plazo sin que la Comisión haya adoptado una decisión, el Estado interesado podrá solicitarle que adopte una decisión en un plazo de dos meses, a partir de la fecha del requerimiento[69].

El procedimiento finalizará con una decisión de la Comisión en la que podrá declarar la compatibilidad, la compatibilidad condicionada o la incompatibilidad de la medida con el Tratado.

Cabe la posibilidad de que la Comisión, tras dar la posibilidad al Estado miembro de presentar sus observaciones, revoque una decisión de autorización, si comprueba que la adoptó basándose en informaciones incorrectas. En este supuesto abrirá el procedimiento formal de investigación antes de adoptar una nueva decisión[70].

3.2. **Las ayudas no notificadas (ayudas ilegales)**

La ayuda es ilegal cuando se concede sin respetar el procedimiento previsto, esto es, sin haberla notificado previamente o sin esperar a la decisión de la Comisión, en contra de lo dispuesto en el artículo 88.3 del Tratado[71].

La Comisión incoará el procedimiento de investigación formal tan pronto tenga conocimiento de la existencia de la ayuda.

Tras ofrecer al Estado miembro la posibilidad de presentar sus observaciones, podrá requerirle que suspenda la concesión de la ayuda[72].

También es posible que antes de adoptar una decisión final le requiera para que

---

[68] Según el artículo 4.5, «el plazo podrá prorrogarse con el consentimiento tanto de la Comisión como del Estado miembro interesado».

[69] El artículo 7.7 deja en manos de los Estados miembros este recurso para evitar demoras en la toma de decisiones. No obstante, si transcurridos los dos meses la Comisión no se pronuncia, el Estado no podrá poner en práctica la ayuda ya que en este caso no cabe la aplicación de la técnica del silencio positivo. El único remedio que tendría el Estado interesado en ese caso sería el de presentar un recurso por omisión (artículo 232) ante el Tribunal de Justicia.

[70] El artículo 9 del Reglamento 659/1999 establece una auténtica vía de revisión de oficio de las decisiones cuando se basan en datos incorrectos aportados por el Estado miembro.

[71] Artículo 1 f) del Reglamento 659/1999.

[72] El artículo 88.3 del Tratado obliga a los Estados miembros a notificar los proyectos de ayuda a la Comisión y a esperar la decisión de ésta, antes de proceder a su concesión. Esta disposición dispone de efecto directo, por lo que puede ser invocada ante las jurisdicciones nacionales por cualquier competidor de la empresa beneficiaria para solicitarle la anulación de la ayuda. En tal caso, la ayuda quedaría anulada y su concesión suspendida, no pudiendo con posterioridad ser concedida, ni tan siquiera en el caso de que tras efectuar el examen de compatibilidad, la Comisión decida positivamente sobre la misma.

recupere la ayuda provisionalmente. Ello podrá ocurrir cuando:

- no existan dudas sobre la existencia de la ayuda,
- sea urgente actuar y
- exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor.

Si el Estado miembro hace caso omiso, la Comisión podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia.

En el examen formal de estas ayudas, la Comisión no tiene porqué atenerse a los plazos establecidos para analizar las ayudas notificadas.

Cuando la Comisión adopta una decisión que obliga a la recuperación de la ayuda concedida, el Estado miembro destinatario deberá tomar las medidas necesarias para recuperar la ayuda junto con los intereses devengados (desde la concesión hasta la recuperación) en un plazo razonable. Para ello, el Estado seguirá el procedimiento establecido por su normativa interna. En materia de recuperación de ayudas, la falta de colaboración de algunos Estados miembros resta eficacia a la política de control de ayudas. La Comisión es consciente de este problema y ha manifestado su preocupación en el Plan de Acción 2005-09, advirtiendo que de poco vale adoptar decisiones en esta materia si los Estados no ejecutan debidamente las decisiones que exigen la recuperación de las ayudas ilegalmente concedidas.

El reglamento establece un plazo de 10 años para la prescripción de la ayuda.

Finalmente, el Reglamento prevé la posibilidad de realizar controles *in situ*, si la Comisión lo estima oportuno, tras avisar al Estado interesado. En la práctica, por el momento, la Comisión no ha hecho uso de esta facultad, que puede servir para comprobar la veracidad de las informaciones que le remiten los Estados miembros.

3.3. **Las ayudas existentes**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88.1 del Tratado, el Reglamento, en los artículos 17 a 19, prevé la posibilidad de que la Comisión revise los programas de ayuda existentes[73].

En caso de que la Comisión estime que el régimen de ayuda en cuestión debe ser modificado o suprimido, enviará una Recomendación al Estado interesado, para adecuar el régimen a los cambios que la Comisión proponga. En caso de incumplimiento, la Comisión podrá iniciar el procedimiento de examen para analizar la compatibilidad de la ayuda con el Tratado, si bien, en estos casos no podrá adoptar medidas cautelares de suspensión y de recuperación provisional.

3.4. **El procedimiento de notificación de proyectos de ayuda en el Estado español**

Oficialmente, el Gobierno central es el único interlocutor válido ante las instituciones de la UE.

---

[73] El artículo 1 b) del Reglamento considera ayuda existente la que existe antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro respectivo, la ayuda autorizada, la que deba considerarse autorizada en virtud de silencio administrativo, la que deba considerarse como tal por haber transcurrido el plazo de prescripción y la que en el momento que se llevó a efecto no era ayuda pero con posterioridad, debido a la evolución del mercado común, pasó a ser ayuda sin haber sido previamente autorizada.

En materia de ayudas de Estado, desde 1987 se instituyó un organismo encargado de la coordinación de las relaciones con la Comisión en esta materia. Así, mediante el RD 1755/1987 de 23 de diciembre, se instauró el procedimiento a seguir para la comunicación de los proyectos de ayuda de todas las administraciones o entes públicos a la Comisión Europea.

En su virtud, los órganos competentes de las distintas administraciones públicas deberán enviar sus proyectos de ayuda a la Secretaría de la Comisión interministerial para asuntos económicos relacionados con la UE para su notificación oficial.

La Comisión interministerial actúa como canal de notificaciones y vigila el cumplimiento de las formalidades exigidas en el procedimiento.

4. **CONCLUSIONES**

Las ayudas estatales contienen elementos que pueden distorsionar gravemente la libre competencia en el mercado europeo. Por ello, su concesión queda supeditada a una autorización previa que debe ser otorgada por la Comisión Europea, de manera que aquellas ayudas que se concedan sin cumplir este requisito serán consideradas ilegales y susceptibles de ser devueltas por sus beneficiarios.

A lo largo de los más de cuarenta años de funcionamiento de la Comunidad Europea, la Comisión ha gestionado esta política de manera autónoma, sin la colaboración del Consejo de ministros ni de los Estados miembros y sometida al control del Tribunal de Justicia. En general, su labor ha sido positiva ya que ha conseguido encauzar en gran medida la utilización de los fondos públicos hacia objetivos de interés general, sin embargo, no se pueden ignorar una serie de carencias y debilidades que han restado eficacia y credibilidad a su política.

La Comisaria de Competencia, Nellie Kroes, que tomó posesión de su cargo a principios de 2005, es consciente de los problemas que subsisten en este ámbito de la política europea y por ello se ha propuesto llevar a cabo una profunda reforma durante su mandato. Para ello, tomando como referencia fundamental el objetivo marcado por los Jefes de Estado en la Cumbre de Lisboa, de reducir progresivamente las ayudas estatales y reconducirlas hacia objetivos de interés común, ha hecho pública una serie de documentos de consulta en los que se pueden vislumbrar los objetivos de la nueva política que entrará en vigor a partir del próximo año.

La reforma va dirigida a simplificar los procedimientos de control y a aumentar su eficacia. Para ello, es necesario que la Comisión concentre sus esfuerzos en el control de las ayudas más perjudiciales y facilite la concesión de ayudas a objetivos horizontales (I+D, medio ambiente, formación y empleo). También, se prevé establecer un sistema de colaboración con organismos de los Estados miembros, para mejorar y agilizar la puesta en marcha de su nueva política y conseguir un eficaz cumplimiento de sus decisiones, sobre todo en lo que respecta a la recuperación de las ayudas ilegales.

La tarea no es sencilla, si nos atenemos a la experiencia adquirida hasta el momento, en particular, en el cumplimiento efectivo de las decisiones de la Comisión, que obligan a los Estados miembros

a proceder a la recuperación de las ayudas concedidas ilegalmente. Por otra parte, la adhesión de diez nuevos Estados miembros tendrá como resultado un considerable aumento de las notificaciones y de procedimientos administrativos para analizar ayudas concedidas sin notificación previa.

Sin duda, la capacidad de la Comisión puede verse desbordada si no se adoptan medidas tendentes a aligerar la carga administrativa que supone la instrucción de los procedimientos. Por otra parte, la colaboración de los Estados miembros resulta esencial en el cumplimiento de las decisiones de la Comisión para no privar de *efecto útil* a su política. Aunque, en este momento resulte precipitado proponer una descentralización del control de las ayudas de Estado, como ha ocurrido en el ámbito de la política *antitrust,* es preciso adoptar mecanismos que conlleven la delegación de competencias de control a entes situados en los Estados miembros, para preservar la eficacia de esta política y adaptarla a los objetivos proclamados en la cumbre de Lisboa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

SOUTY, François (1999): *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*. Clefs. Politique.

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael (1999): *Código de Derecho de la Competencia*. EINSA, Madrid.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos (1993): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Editorial Civitas.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (2002): *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado.* Cuadernos Civitas.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego (1999): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Civitas, Madrid.

DÍEZ MORENO, J. (2001): *Manual de Derecho de la Unión Euro*pea. Ed. Civitas.

GUY, Isaac (1997): *Manual de Derecho Comunitario General*. Ed. Ariel.

SCHINA, D. (1987): *State Aids under EEC Treaty-Articles 92 to 94*. ESC Publishing Ltd. Oxford.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J.; VANDAMME, J. (1988): *Interventions Publiques et Droit Communautaire*. Ed. Pedone, Paris.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis (2001). *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Colex, Madrid.

Artículos

WINTER, Jan A.: «Redefinning the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty». *Common market law review*, Vol. 41 N.º 2 (2004).

MARCOS MARTÍN, M.ª Teresa (2004): «Comentario al reglamento de procedimiento en materia de ayudas de estado a los cinco años de su adopción». *Boletín europeo de la Universidad de la Rioja*. sup, n.º 12/13 mayo.

BRACQ, Stéphane (2004): «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente (à propos de la décision: CJCE 24 juill. 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00)». *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, N.º 1.

PADRÓS REIG, Carlos (2004): «La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia». *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 231.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando (2004): «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2003». *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 231.

FOUQUET, Thierry (2004): «Chronique des aides publiques (deuxième semestre 2003)». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, N.º 478 mai.

KEKELEKIS, Michael (2004): «L'obligation des autorités nationales de recouvrer les aides d'Etat versées illégalement: défenses et implications». *Eipascope*, N.º 2.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio (2004): «Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión». *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 232 julio / agosto.

SAMANIEGO BORDIU, Gonzalo (2004): «Reflexiones sobre las medidas fiscales que pueden ser consideradas como ayudas de Estado encubiertas y las ayudas que fomentan el traslado de empresas en la Unión Europea». *Noticias de la Unión Europea*, N.º 235 / 236 agosto / septiembre.

ALEXIS, Alain (2004): «Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'Etat ». *Revue du droit de l'Union Européenne*, N.º 2.

RIVAS, Andrés y GUTIÉRREZ, Gisbert (2000): «Un comentario crítico al reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado, Reglamento n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 209.

HEREDIA BENOT (2001): «Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196.

LÜBBIG, Thomas (2003): «L'application de l'article 87 du traité de Rome aux aides fiscales: un coup d'Etat communautaire?». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n.º 465.

FOUQUET, Thierry (2002): «Les critères spécifiques d'identification des aides d'Etat aux entreprises en difficulté». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n.º 461.

SCHUTTERLE, P. (2002): «State aid control - An accession criterion». *Common Market Law Review,* n.º 3.

HEREDIA BENOT, Déborah (2001): «El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas». *Noticias de la Unión Europea* n.º 196.

KARPENSCHIF, Michaël (2001): «La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n.º 659/1999: du mythe à la réalité?». *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* N.º 3.

La Defensa de la competencia en España: evaluación del modelo actual ante el reto de la modernización en la Unión Europea

La defensa de la competencia en España afronta una reforma integral de su normativa que persigue dotar al modelo de mayores niveles de eficacia, eficiencia e independencia. Partiendo del reconocimiento de la necesidad de emprender esta reforma el autor considera que para que tenga éxito es fundamental hacer un correcto balance de las fortalezas y debilidades mostradas por el sistema vigente, así como identificar correctamente los retos planteados por el proceso de descentralización iniciado en la Unión Europea mediante la promulgación del Reglamento 1/2003.

Lehiaren defentsa, Espainian, araudiaren birmoldaketa osoa ari da jasaten, eta horren xedea da eraginkortasun, eragimen eta independentzia maila handiagoa ematea ereduari. Egileak onartzen du birmoldaketa hori egin beharrekoa dela, eta, hortik abiatuta, adierazten du birmoldaketa arrakastatsua izan dadin behar-beharrezkoa dela indarrean dagoen sistemak dituen sendotasun eta ahulezien balantze egokia egitea, bai eta Europar Batasunean, 1/2003 Erregelamendua aldarrikatzearekin batera, abiarazi zen deszentralizazio-prozesuak sortarazi dituen erronkak egoki identifikatzea ere.

The Antitrust Policy in Spain is facing up an integral reform of the rules that pursue to give to the model a major level of efficacy, efficiency and independence. Recognising the necessity of implementing this reform, the author considers that in order that this reform could be successful, it will be necessary not only to establish a correct balance of the strengths and the weaknesses showed by the existent system, but also to identify correctly the challenges set out by the decentralization processes, that began in Europe by the promulgation of the 1/2003 Regulation.

Antonio Guerra Fernández[1]
Tribunal de Defensa de la Competencia

ÍNDICE

1. Evaluación de la evolución reciente de la Defensa de la competencia en España
2. Debilidades del modelo actual de Defensa de la competencia
3. El reto de la modernización de la Defensa de la competencia en la Unión Europea
4. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Palabras clave: competencia, modernización, modelo descentralizador, Unión Europea

N.º de clasificación JEL: K21,H78,D41

1. EVALUACIÓN DE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

Tras más de quince años de aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el Gobierno inició a mediados del pasado año un proceso de reforma integral del sistema con la intención de dotar al mismo de mayores niveles de eficacia, eficiencia e independencia.

Para ello, se elaboró un Libro Blanco[2] para la reforma del sistema de defensa de la competencia que, a partir del análisis exhaustivo de las fortalezas y debilidades del actual modelo, los retos que ha de encarar a corto y medio plazo y las experiencias que en nuestro entorno han tenido éxito, plantea una revisión profunda que afecte a todas sus vertientes: institucional, sustantiva y procedimental.

Hasta ese momento la Ley de Defensa de la Competencia había sido objeto de numerosas modificaciones[3] sobre temas puntuales de mayor o menor calado pero que, en casi ningún caso, afectaban sustancialmente a las bases del modelo[4].

Esta sucesión continuada de parches legislativos a la norma de defensa de la competencia comenzaba a evidenciar la

[1] Director del Gabinete de Presidencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. Las opiniones vertidas en este trabajo son totalmente personales y no pueden atribuirse en ningún caso al TDC.

[2] El 20 de enero de 2005 el Ministro de Economía y Hacienda presentó públicamente el Libro Blanco para la reforma del sistema que quedó sometido a un proceso de consulta pública a través de la página de Internet del Servicio de Defensa de la Competencia durante el cual numerosos colectivos presentaron sus observaciones y sugerencias.

[3] Entre las que 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.

[4] La introducción de la notificación obligatoria de las operaciones de concentración empresarial que cumplan los requisitos establecidos por el artículo 14 LDC puede considerarse la reforma con mayores efectos sustanciales sobre el modelo español.

necesidad de abordar un proceso de reforma global en la línea seguida por la evolución de esta materia, que se ha extendido a diversos ámbitos, a lo largo de la última década y media.

Por un lado, la actuación estratégica de las empresas ha variado notablemente, orientándose hacia una visión más internacional. Por otro lado, la evolución en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea exige crecientes niveles de coordinación y cooperación de las autoridades de los Estados miembros entre sí y con la Comisión. Al mismo tiempo, han venido apareciendo nuevos instrumentos jurídicos que están mostrando una gran eficacia en aquellas jurisdicciones que los han introducido. Y, de la misma forma, la experiencia compartida de más de 90 países aplicando legislaciones de defensa de la competencia está permitiendo identificar aquellos modelos y tipos de actuaciones más eficaces para combatir las prácticas contrarias a la libre competencia o analizar los procesos de concentración empresarial.

Si a estos cambios legislativos y enseñanzas prácticas de nuestro entorno añadimos las lecciones que se pueden extraer de los quince años de aplicación de la ley española de defensa de la competencia, parece obvio concluir que estamos en disposición de abordar una reforma integral del modelo, orientada a dotar al mismo de mayores niveles de eficacia.

No obstante, esta indudable necesidad de reforma no es óbice para reconocer el importante papel que ha jugado la normativa y las instituciones de la normativa y las instituciones de la defensa de la competencia en España en estos últimos años. De hecho, cualquier proceso de modificación debería partir de este reconocimiento.

Esta valoración global positiva se basa en numerosos argumentos. En primer lugar, es necesario reconocer el relevante papel que la defensa de la competencia ha desempeñado en la evolución de la economía española en la pasada década y media, tanto en términos de fuerte crecimiento como de apertura, desregulación y liberalización.

La citada Ley dota a las autoridades españolas de defensa de la competencia de diversos instrumentos para velar por el mantenimiento de las condiciones de competencia en los mercados entre los que destacan la posibilidad de sancionar las conductas prohibidas por la Ley, analizar las operaciones de concentración empresarial que superen los umbrales establecidos a tal efecto y elaborar un abanico amplio de informes relacionados con esta materia. Cada uno de estos instrumentos posee características propias y su fin es satisfacer objetivos diferentes.

Desde nuestro punto de vista, las autoridades españolas de competencia han sabido adaptar sus actuaciones a estos distintos instrumentos y a las cambiantes necesidades de la economía desde comienzos de los años noventa.

En una primera etapa las actuaciones más relevantes del Tribunal se centraron en el diseño de las líneas maestras a seguir por los procesos de liberalización que se comenzaban a acometer a fin de garantizar que dichos procesos se encaminaran correctamente hacia la creación de estructuras de mercado basadas en los principios de la libre competencia.

A este respecto, el informe elaborado por el Tribunal en 1993 con el título «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar

el daño causado por los monopolios» tuvo especial trascendencia porque, además de sentar las bases doctrinales que explican el traslado de los beneficios de la libre competencia al conjunto de la sociedad[5], abordaba directamente el diseño de recomendaciones concretas para emprender procesos logrados de liberalización en sectores tales como telecomunicaciones[6], suelo o transporte.

Estas recetas liberalizadoras se han venido completando en años posteriores mediante la elaboración en 1995 del Informe titulado «La competencia en España: balance y nuevas propuestas» y algunos otros informes de carácter sectorial como el dedicado al sector del libro en 1997, a la legislación autonómica de distribución comercial de 2003 o a la situación del mercado de servicios de inspección técnica de vehículos (ITV) de 2004.

La lectura detenida de estos informes permite identificar numerosas recomendaciones concretas que se han venido traduciendo, con el paso de los años, en pilares importantes de los procesos de liberalización y desregulación acometidos en la gran mayoría de sectores de la economía española desde mediados de la década pasada.

A esta etapa, que podríamos llamar de «impulso» a los procesos de liberalización de la economía española, sucedió otra en la que las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia se han centrado fundamentalmente en dos aspectos; a) la persecución de conductas prohibidas, en particular en aquellos sectores que estaban siendo objeto de procesos de liberalización, y b) la contribución a la ordenación del mapa empresarial que estaba surgiendo del proceso de reestructuración de la economía española, por medio del análisis de las operaciones de concentración.

En el primer caso, el principal objetivo de las actuaciones de las autoridades de competencia era asegurar que los procesos de liberalización y desregulación con origen en situaciones de monopolios públicos pudieran culminar en estructuras de mercado basadas en la libre competencia en las que pudieran participar sin obstáculos todos aquellos competidores que lo desearan. En el segundo caso, el análisis de las operaciones de concentración empresarial, se ha orientado a garantizar que, respetando las libres decisiones estratégicas de las empresas para ganar el tamaño necesario para competir en el nuevo escenario marcado por la globalización, no se distorsionara la situación de competencia en el mercado español.

De esta forma, los principales sectores de la actividad económica han sido objeto de análisis detallado por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia en estos últimos seis o siete años, bien desde la óptica del control de concentracio-

---

[5] La siguiente frase condensa el argumento principal que subyace en el informe: «aquellos países que sometieron su industria a la libertad durante la Revolución Industrial son hoy los que gozan de empresas multinacionales capaces de competir internacionalmente, mientras que aquellos países que protegieron su industria y la abrigaron de la competencia se encontraron con industrias incapaces de competir en los mercados internacionales. La política de proteger hoy para competir mañana resultó nefasta para esos países.»

[6] En el caso del sector de las telecomunicaciones se incluían algunas recomendaciones que luego se han convertido en presupuestos básicos de la regulación como la necesidad de separar los organismos reguladores de los agentes regulados, de mantener el servicio universal, de diseñar un sistema de tarifas que, al mismo tiempo que garantizara la rentabilidad del antiguo monopolio, permitiera la llegada de nuevos operadores o de mantener un ritmo de liberalización congruente con las directivas comunitarias.

nes o desde la de la persecución de conductas prohibidas. Sectores como telecomunicaciones, servicios postales, banca, seguros, alimentación y bebidas, transporte, energía, medios de comunicación o colegios profesionales han sido objetos habituales de estas actuaciones.

En ambos casos, la contribución del Tribunal de Defensa de la Competencia en aras de garantizar que la internacionalización de la economía española y los procesos de liberalización y desregulación se tradujeran en verdaderos beneficios para el conjunto de la sociedad, ha sido muy importante.

Otro motivo por el que la valoración global del modelo de defensa de la competencia que viene funcionando en nuestro país desde comienzos de los años noventa debe ser positiva es el elevado nivel de ratificación de las actuaciones de las autoridades administrativas por parte de los órganos judiciales.

El artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) establece que: *contra las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.* Es decir, en el modelo español de defensa de la competencia las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en primera instancia, y del Tribunal Supremo, en caso de recurso de casación, tienen conferida la competencia de revisar la legalidad de las actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Por ello, cualquier balance del funcionamiento del sistema español de defensa de la competencia durante estos últimos quince años no puede hacerse pasando por alto el nivel de confirmación judicial de las resoluciones de los órganos administrativos especializados.

En este sentido, las cifras no dejan lugar a dudas. Desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 13 de mayo de 2005, el Tribunal de Defensa de la Competencia había dictado 1.431 resoluciones recurribles ante la Audiencia Nacional de las que sólo 395 fueron efectivamente recurridas (un 27,6%).

De estas 395 decisiones recurridas, en 251 ocasiones (el 63,5%) ya había en esa fecha un pronunciamiento judicial firme con los siguientes resultados: en 214 casos (un 85,3%) se ha producido una confirmación de la decisión del Tribunal, en 17 casos (un 6,8%) el pronunciamiento judicial ha anulado parcialmente la decisión del Tribunal y en los 20 casos restantes (un 8%), la anulación ha sido total. Es decir, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo sólo han anulado, parcial o totalmente, 37 decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia de las 1.431 resoluciones recurribles desde la entrada en vigor de la Ley.

Se trata de cifras suficientemente elocuentes para afirmar con contundencia que los órganos judiciales han refrendado la actuación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

Esta primera valoración se confirma si profundizamos en el análisis de las 37 decisiones del Tribunal anuladas parcial o totalmente por los órganos judiciales. De estas 37 sentencias anulatorias; 28 corresponden a expedientes sancionadores; 6, a recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, y las 3 restantes a expedientes sobre medidas cautelares. Y ahondando más en el examen comprobamos que de las 28 sentencias anulatorias que corresponden a ex-

pedientes sancionadores resueltos por el Tribunal, en 13 casos (46,4%) la Sentencia confirma la decisión de fondo del Tribunal y se limita a reducir o anular la multa impuesta por éste.

En los otros 15 casos las Sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo anulan la decisión del Tribunal aduciendo diversos motivos entre los que destacan: la falta de prueba sobre la afectación del mercado, la insuficiente evidencia de la infracción, la falta de aptitud para falsear la competencia, la existencia de confusión normativa o la prescripción de la infracción durante la fase de instrucción.

No es objeto de este artículo entrar en detalle en el análisis de estas sentencias sino, simplemente, corroborar el elevado nivel de confirmación judicial de las actuaciones del Tribunal que debe interpretarse como un parámetro adicional del buen funcionamiento del modelo.

Por último, esta valoración global positiva de la evolución de la defensa de la competencia en España en estos últimos años se debe relacionar necesariamente con el nivel de madurez que esta materia ha alcanzado en nuestra sociedad. Hay muchos síntomas que corroboran el nivel de madurez alcanzado por la defensa de la competencia en España pero sólo me gustaría recordar algunos de ellos. Uno de los más intangibles pero, al mismo tiempo, más relevantes es el que tiene que ver con la propia actitud de los agentes económicos respecto a sus responsabilidades y obligaciones en esta materia.

En este sentido, hace no demasiado tiempo era habitual escuchar declaraciones públicas de directivos de empresas alardeando *de lo bien que se lleva su empresa con la competencia* o «de que los problemas del sector se solucionan reuniéndonos y repartiendo la parte del mercado que le corresponde a cada uno». En esa época se consideraba normal la convivencia pacífica entre los distintos agentes de un mismo sector y la competencia se identificaba con un elemento de distorsión que daba pie a comportamientos comerciales agresivos, incompatibles con la «vida tranquila» a la que aspiraban numerosos directivos y empresarios.

Sin embargo, hoy día no es tan sencillo encontrar comentarios de ese tipo. Eso no quiere decir, por supuesto, que no existan situaciones de colusión entre competidores pero lo más importante es que la percepción ha cambiado notablemente. Mientras hace un par de décadas lo normal era aspirar y alardear de esa *vida tranquila*, hoy día prevalecen los criterios de competencia en los mercados. Y la sociedad, además de la Ley, sanciona el comportamiento colusorio como contrario al bienestar general y, por tanto, éste no sólo se ve penalizado según las normas vigentes sino también socialmente rechazado.

Hoy día la mayoría de la sociedad comparte los efectos beneficiosos de la defensa de la competencia. La competencia ha pasado de ser algo ajeno a los intereses públicos a convertirse en un elemento indispensable para el bienestar general en el marco del funcionamiento de nuestra economía de mercado.

Al hilo de esta mayor conciencia social favorable a la defensa de la competencia aparece el segundo de los síntomas definitorios de su nivel de madurez. En las pasadas elecciones generales españolas los dos partidos políticos mayoritarios incluyeron en sus respectivos programas la necesidad de potenciar el sistema a tra-

vés de reformas legislativas y de fortalecer las instituciones encargadas de aplicar la Ley.

Esta realidad pone de manifiesto que el debate en la arena política puede surgir respecto a la manera de fortalecer el sistema pero no sobre su necesidad. Por otro lado, esta situación, especialmente llamativa en el caso de los dos partidos citados, se extiende al resto del arco parlamentario español dado que ningún otro partido se ha manifestado en contra de la puesta en marcha de ese reforzamiento tras la publicación del Libro Blanco para la reforma del modelo por parte del Ministerio de Economía y Hacienda.

Esta sensación viene confirmada por las decisiones de algunas comunidades autónomas gobernadas por partidos políticos distintos a los dos principales a nivel estatal (los casos de Euskadi y Cataluña[7]) de crear instituciones de defensa de la competencia de ámbito autonómico en virtud de las competencias reconocidas por la Ley 1/2002[8].

De esta creciente relevancia se hacen eco también otros ámbitos de la sociedad como el universitario. Cada vez es más habitual encontrar departamentos especializados de universidades o escuelas de negocios que se ocupan de estos asuntos[9].

El interés del mundo académico por la defensa de la competencia era habitual en la mayor parte de países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Reino Unido o Estados Unidos) pero en España prácticamente inexistente hasta hace escasos años dado que se la identificaba con una rama menor del Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil o la Organización Industrial.

Por último, también podemos encontrar signos de esta mayor conciencia social sobre la importancia de la defensa de la competencia analizando la atención que le dedican los medios de comunicación. Hoy día los medios de comunicación y, en especial la prensa escrita, hacen un seguimiento exhaustivo y detallado de todas las actuaciones de las instituciones de defensa de la competencia tanto españolas como comunitarias lo que, indudablemente, es un indicador infalible del grado de interés por estos temas por parte del conjunto de la sociedad.

En resumen, el consenso de los partidos políticos a favor de fortalecer el sistema de defensa de la competencia, la creación de departamentos específicos en las universidades y escuelas de negocios, la existencia de abogados y economistas especializados en esta materia o el seguimiento dado por los medios de comunicación, no dejan lugar a dudas respecto a la existencia de una conciencia social amplia y creciente que reconoce el valor de la defensa de la competencia para el interés público y el bienestar general.

---

[7] En el caso de Cataluña, las autoridades de defensa de la competencia se crearon durante la etapa de Gobierno liderado por la formación política Convergencia i Unió.

[8] 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.

[9] A modo de ejemplo cabe citar iniciativas como el Observatorio de Competencia del Instituto de Empresa, la Cátedra de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación ICO y la Universidad Antonio de Nebrija o las del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, de la Universidad de Barcelona o de la Universidad de Vigo que han surgido en estos últimos años creando una base de profesores y catedráticos universitarios dedicados a estudiar en profundidad estas cuestiones.

2. DEBILIDADES DEL MODELO ACTUAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A pesar de esta evaluación global positiva del funcionamiento del modelo durante los últimos quince años, también se han detectado, obviamente, algunas debilidades.

La más importante es la escasa eficacia mostrada en la lucha contra los cárteles. Desde 1989 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto alrededor de cincuenta expedientes relacionados con acuerdos horizontales prohibidos por el artículo 1 de la LDC. En principio esta cifra no muestra una debilidad especial si tenemos en cuenta el tamaño de nuestro mercado en relación con el de otros países europeos.

La mayoría de expedientes se refieren a conductas localizadas en un ámbito geográfico provincial o autonómico[10] o, incluso, menor[11]. En otros casos, se trata de recomendaciones colectivas para la fijación de precios o condiciones comerciales iguales emanadas de acuerdos tomados en el marco de una asociación empresarial[12]. Existen también expedientes que se refieren a acuerdos entre competidores para presentar ofertas homogéneas a concursos públicos[13]. En la misma línea se encuentran resoluciones relativas a conductas colusorias puntuales o de características específicas[14].

Se trata, indudablemente, de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas. En efecto, los efectos de la presentación de ofertas iguales a concursos públicos por parte de un grupo de empresas competidoras, la suscripción puntual de Acuerdos Interlínea anticom-

---

[10] Las Resoluciones de 19 de diciembre de 2001 relativa al Expediente 506/00, Transporte Mercancía Vizcaya, en la que el Tribunal impuso multas que totalizaron casi 1,3 millones de euros a un grupo de empresas de transporte ubicadas en el puerto de Bilbao por la fijación de precios y condiciones comerciales homogéneas; de 4 de junio de 2001 relativa al Expediente 492/00, Hormigón Gerona, en la que el Tribunal multó con 450.000 euros a un grupo de empresas fabricantes de hormigón que homogeneizaron sus políticas de precios para la zona de Gerona, o de 31 de octubre de 2000 relativa al Expediente 475/99, Prensa Vizcaya, en la que se sancionó a la Asociación Provincial de Editores y Distribuidores de Prensa y Publicaciones de Vizcaya con una multa de 150.253 euros por adoptar acuerdos anticompetitivos tendentes a controlar el mercado minorista de venta de prensa diaria en Vizcaya.

[11] Las Resoluciones de 4 de marzo de 2003 (Expediente 532/02, Autoescuelas Coslada), de 21 de septiembre de 2000 (Expediente 474/99, Lonja Pescado Vigo), de 23 de mayo de 2000 (Expediente 462/99, Autoescuelas Tenerife), de 9 de marzo de 2000 (Expediente 461/99, Autoescuelas Alcalá), de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos), de 29 de diciembre de 1998 (Expediente 422/98, Arquitectos Andalucía) o de 14 de abril de 1998 (Expediente 374/96, Aparejadores Valencia y Alicante).

[12] Las Resoluciones de 1 de diciembre de 2000 (Expediente 479/99, UNESPA), en la que se sancionó a la Unión Española de Entidades Aseguradoras con una multa de 480.809 euros por adoptar una recomendación colectiva de subida de la prima del seguro de automóvil dirigida a todas las empresas que formaban parte de la Asociación, o de 3 de junio de 1997 (Expediente 352/94, Industrias lácteas), en la que el Tribunal sancionó con multas globales de 7,1 millones de euros a un grupo de empresas fabricantes de productos lácteos por adoptar una política común de precios a través de una recomendación colectiva hecha desde la Federación Nacional de Industrias Lácteas.

[13] Las Resoluciones de 25 de octubre de 2000 (Expediente 476/99, Agencias de Viaje), en la que el Tribunal impuso sanciones que totalizaron 4,5 millones de euros a un grupo de agencias de viaje que habían acordado presentar ofertas iguales a un concurso del INSERSO; o de 30 de septiembre de 1998 (Expediente 395/97, Vacunas antigripales), en la que el Tribunal impuso sanciones por un monto total de 722.266 euros a un grupo de empresas fabricantes de vacunas antigripales por acordar la fijación de los mismos precios en sus ofertas a un concurso convocado por el Sistema Andaluz de Salud.

[14] La Resolución de 29 de noviembre de 1999 (Expediente 432/98, Líneas Aéreas) en la que se sancionó a un grupo de líneas aéreas con una multa global de 841.416 euros por la suscripción de Acuerdos Interlínea restrictivos de la competencia.

petitivos por parte de líneas aéreas o las recomendaciones colectivas en el marco de asociaciones empresariales o colegios profesionales, son realmente graves.

2.1. **Los «hardcore cartels» y los «programas de clemencia»**

Ahora bien, aun siendo graves los efectos de estas conductas colusorias no lo son tanto, para el funcionamiento competitivo de los mercados, como los derivados de los llamados *hardcore cartels* (núcleo duro de los carteles).

Los *hardcore cartels* son acuerdos de colusión que no se limitan a un determinado sector o actividad, sino que afectan a las actuaciones comerciales claves de las empresas implicadas y cuyos efectos se extienden a un área geográfica amplia por un período prolongado de tiempo.

Sin embargo, si profundizamos en el análisis, comprobaremos que son muy pocos los expedientes relacionados con el tipo de cárteles más dañino *(hardcore cartels)* en sectores fundamentales para el conjunto de la economía y de un ámbito geográfico nacional.

Estos son los acuerdos colusorios que la teoría económica reiteradamente ha venido reconociendo como los más dañinos para el funcionamiento competitivo de los mercados y, por ende, para el conjunto de la sociedad[15].

Es, paradójicamente, en la persecución de este tipo de conductas, las más graves, donde el sistema español de defensa de la competencia ha mostrado mayor debilidad. Son muy pocos los expedientes sancionadores relativos a *hardcore cartels* resueltos por el Tribunal en los últimos quince años.

Entre los escasos ejemplos al respecto encontramos las Resoluciones del 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas azucareras con multas globales de casi 8,8 millones de euros por concertar el precio de venta del azúcar para usos industriales; la del 11 de diciembre de 1998 (Expediente 409/97, Sandoz), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas fabricantes de productos dietéticos con multas globales de 751.866 euros por la fijación coordinada de los precios de venta al público de alimentos dietéticos infantiles, o la del 10 de junio de 1997 (Expediente 370/96, Desmotadoras de algodón), en la que el Tribunal sancionó a un grupo de empresas desmotadoras de algodón con multas globales de más de un millón de euros por acordar precios.

No es fácil encontrar explicación a esta escasez de eficacia en la lucha contra este tipo de conductas. Probablemente no hay una única razón pero no cabe duda de que las características específicas de estas actuaciones empresariales y los retos que deben afrontar las autoridades para emprender una lucha eficaz contra las mismas permiten detectar algunas pistas de utilidad.

En este sentido, conviene no olvidar que en el caso de los expedientes relativos a abusos de posición de dominio, la mayor complejidad para las autoridades

---

[15] Buena muestra de ello es el reconocimiento que la OCDE incluye en su documento *Effective Action Against Hard Core Cartels* de 1998 en el que se señala que «los *hardcore cartels* son la más egregia violación de la normativa de competencia y perjudican a los consumidores en muchos países incrementando precios y restringiendo la oferta, impidiendo por tanto el acceso a los bienes y servicios a algunos compradores y encareciéndolos innecesariamente para el resto».

administrativas se centra en la calificación jurídica de los hechos. En este tipo de casos el acceso a documentación y pruebas que verifiquen los hechos denunciados no suele ser un problema importante en las actuaciones de instrucción. La dificultad principal gira alrededor de la correcta delimitación de conceptos jurídicos importantes como la definición del mercado relevante, la existencia o no de posición de dominio o el carácter abusivo de la conducta enjuiciada. Los hechos suelen ser aceptados por las partes, reduciéndose la confrontación de pareceres a determinar su calificación jurídica precisa.

Sin embargo, en el caso de los cárteles ocurre lo contrario. La dificultad de este tipo de expedientes no suele girar en torno a la calificación jurídica de las conductas sino a la existencia o no de documentación probatoria de las mismas. En estos casos las empresas que han llevado a cabo la conducta colusoria son normalmente conscientes de su carácter ilegal por lo que suelen adoptar medidas preventivas para eliminar pruebas y documentación comprometida.

Esta circunstancia provoca que la investigación sea a menudo extraordinariamente compleja y que, en muchas ocasiones, resulte imposible recabar las pruebas necesarias para demostrar la existencia de infracción. Si a ello añadimos la escasez de medios disponibles por el Servicio de Defensa de la Competencia[16] para llevar a cabo este tipo de investigaciones, estaremos muy cerca de poder explicar la escasa eficacia mostrada por el modelo español de defensa de la competencia en su lucha contra los *hardcore cartels*.

¿Qué podría hacerse para solucionar esta situación? Por supuesto, dotar de mayores medios al Servicio de Defensa de la Competencia, pero esto no sería suficiente. Hay que disponer de nuevos instrumentos jurídicos[17] que faciliten las labores de investigación y, entre éstos, deben merecer una especial atención los llamados «programas de clemencia» (*leniency,* en inglés) debido a los excelentes resultados que están ofreciendo en aquellos países donde ya se están aplicando.

Los «programas de clemencia» son llamados así porque la empresa que denuncie la existencia de un cártel en el que ella misma haya participado y aporte pruebas concluyentes a la autoridad instructora se podrá beneficiar de una reducción e, incluso, exención de la sanción que la autoridad competente imponga en el expediente correspondiente[18]. Tales programas están ya presentes en la jurisdicción comunitaria, en Estados Unidos y en dieciocho sistemas nacionales de la Unión Europea.

La Comisión Europea publicó el pasado 19 de febrero de 2002 una Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel[19] en la que se establece la filosofía que subyace a este tipo de programas y los procedimientos para que

[16] El organismo encargado de la instrucción de los expedientes sancionadores en el actual modelo español de defensa de la competencia.

[17] Consultar página de la Dirección de la Competencia en Europa. Ver artículo de Begoña Prado.

[18] Existen diversas modalidades de programas de clemencia con características propias pero su análisis detallado no es objeto de este documento.

[19] La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 19 de febrero de 2002 puede encontrarse en: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2002/c_045/c_04520020219es00030005.pdf

las empresas se beneficien de ellos. Es en el apartado cuarto de la introducción de la Comunicación de 2002 donde se sientan los principios pragmáticos que explican la puesta en marcha de este tipo de programas:

> *La Comisión considera que redunda en el interés de la Comunidad conceder un trato favorable a las empresas que cooperen con ella. Para los consumidores y ciudadanos prima el interés por que se descubran y prohíban los cárteles secretos sobre el interés en que se multe a las empresas cuya colaboración haya permitido a la Comisión detectar y prohibir tales prácticas.*

El éxito de este instrumento de la Comisión Europea en la lucha contra los cárteles desde la publicación de la Comunicación de 2002 es indudable: alrededor del 80 por ciento de los cárteles que la Comisión sanciona actualmente tienen su origen en la cooperación de una empresa que decide acogerse a este tipo de programas. De hecho, en los últimos años este instrumento está permitiendo a la Comisión Europea detectar cárteles muy dañinos para los consumidores europeos en sectores como la banca, los seguros, los productos químicos o los productos farmacéuticos. Esta efectividad provoca que en numerosos foros se destaque la lucha contra los cárteles como uno de los instrumentos más eficaces del modelo comunitario de defensa de la competencia.

La eficacia no se limita al ámbito de la Comisión Europea sino que similares resultados podemos encontrar en aquellas jurisdicciones nacionales que los vienen aplicando como Estados Unidos, Reino Unido o Francia. Por ello, creo que el sistema español de defensa de la competencia no puede permitirse mantener más tiempo su debilidad en la lucha eficaz contra los cárteles y se hace necesario hacer una profunda reflexión sobre la posibilidad de introducir este tipo de programas en nuestro modelo.

2.2. **Déficit de independencia del modelo de regulación**

Una segunda debilidad mostrada por el modelo español vigente desde 1989 es la existencia de algunas características de los procedimientos que limitan su nivel de independencia. En este punto es importante distinguir el concepto «independencia» en dos niveles: el de las instituciones[20] y el del sistema.

a) *La fase de instrucción de los expedientes*

Por mi parte, voy a referirme únicamente a las lagunas normativas de independencia que subyacen en el sistema vigente que son, fundamentalmente, dos. La primera tiene su origen en que la fase de instrucción de los expedientes sancionadores recaiga en un departamento del Ministerio de Economía, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC). Y la segunda se refiere a que las operaciones de concentración de empresas puedan ser aprobadas por el Ministro de Economía en primera fase, sin oír al Tribunal de Defensa de la Competencia, o que, en aquellos casos en los que se solicita el

[20] La Ley de Defensa de la Competencia encarga su aplicación a dos instituciones: el Servicio de Defensa de la Competencia, que es un departamento «integrado en el Ministerio competente por razón de la materia» al que no se exige independencia, y el Tribunal de Defensa de la Competencia que es un organismo autónomo que debe ejercer «sus funciones con plena independencia».

informe al Tribunal, la decisión final sea adoptada por el Consejo de Ministros.

Respecto a la primera situación cabe decir que, según el procedimiento actualmente vigente en el modelo español, en el caso de conductas prohibidas el SDC tiene la potestad para archivar una denuncia o sobreseer un expediente sancionador previamente incoado cuando considere que no existen indicios de infracción a la Ley.

Esta facultad del SDC se viene criticando como una debilidad del sistema en términos de independencia. En todo caso, no debe olvidarse que la propia Ley prevé un mecanismo que palia en cierta forma esa debilidad al permitir que estas decisiones del SDC se recurran ante el Tribunal[21].

El funcionamiento real del modelo durante estos últimos años muestra que el Tribunal actúa efectivamente como controlador de la legalidad de las decisiones del Servicio que ponen fin a los procedimientos y que, en numerosas ocasiones, decide estimar los recursos planteados y devolver el expediente para que continúe la tramitación[22] permitiendo, de esta forma, la creación de un balance institucional sólido entre las fases de instrucción y resolución de los expedientes.

b) *Decisión última y control de las concentraciones*

El supuesto segundo déficit de independencia del modelo se refiere al control de concentraciones. En este caso las críticas a la falta de independencia del sistema se centran en dos cuestiones. La primera se deriva del artículo 15 bis LDC que prevé que el Ministro de Economía pueda aprobar una operación de concentración en un plazo de un mes sin solicitar el informe consultivo del Tribunal de Defensa de la Competencia. En estos supuestos, que son más del 90% de los casos, no existe intervención del órgano independiente del sistema.

La segunda cuestión se refiere a que, de acuerdo con el artículo 17 LDC, el Consejo de Ministros es el órgano competente para declarar la procedencia o improcedencia de las operaciones de concentración en aquellos casos en los que se haya solicitado informe consultivo al Tribunal. En estos casos sí existe intervención preceptiva del Tribunal pero sin efectos vinculantes.

Más allá de reconocer este *déficit* de independencia del sistema no debe olvidarse que a pesar de su carácter consultivo, el informe del Tribunal, como se ha venido poniendo de manifiesto durante estos últimos años, es de gran relevancia

---

[21] Me refiero al mecanismo previsto en la sección quinta del capítulo primero del Título III de la Ley de Defensa de la Competencia que contempla un sistema de recursos ante el Tribunal contra los actos del SDC.

[22] A modo de ejemplo, cabe señalar que entre el año 2000 y abril de 2005 el Tribunal ha resuelto un total de 235 recursos contra actos del Servicio. De estos 235 expedientes, en 32 ocasiones se ha declarado la inadmisibilidad del recurso al no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC, en 8 casos se aceptó el desistimiento de los recurrentes al considerarse que no existía afectación al interés público y se archivó el caso y en otros 3 casos se declaró la caducidad del expediente o se archivó el recurso por carencia sobrevenida de objeto.

De los 192 recursos restantes, el Tribunal resolvió desestimar el recurso correspondiente en 149 ocasiones (es decir, un 77,6%) y su estimación parcial o total en los 43 casos restantes (un 22,4%). Este ejercicio de revisión de la actuación del Servicio se completa con los cinco casos en los que la Audiencia Nacional ha ordenado el desarchivo de las actuaciones y la continuación de la investigación.

para la decisión final que pueda adoptar el Consejo de Ministros. De hecho, sólo en seis ocasiones de casi 100 informes remitidos al Ministro de Economía, la decisión del Consejo de Ministros se ha desviado totalmente de la recomendación hecha por el Tribunal[23].

En conclusión, tanto en el caso del control de concentraciones como en lo relativo a la instrucción de los expedientes sancionadores, el sistema español de defensa de la competencia carece de suficiente independencia. Pero estos déficit teóricos se han visto minimizados en la práctica tanto por la actuación del Tribunal como por la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso de las fusiones empresariales.

2.3. **Excesiva duración de los procedimientos**

Por último, el modelo ha mostrado una tercera debilidad importante en estos quince años de vigencia. Me refiero a la excesiva duración de los procedimientos.

A pesar de todo, la constatación de esta realidad debe partir del reconocimiento indudable del esfuerzo llevado a cabo por el legislador en estos últimos años en pos de la reducción de los plazos de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores. En un principio, la Ley no preveía plazos para estas fases del procedimiento; posteriormente, se introdujo un plazo de dieciocho meses para cada una de ellas, y, finalmente, este plazo se ha reducido a doce meses.

Se trata de un avance muy importante en poco tiempo. Sin embargo, la realidad del funcionamiento de los mercados pone de manifiesto que los dos años que tarda en resolverse un expediente sancionador en la vía administrativa puede resultar un plazo de tiempo excesivamente largo para que la decisión adoptada en relación a determinadas conductas tenga efectos reales en el funcionamiento competitivo de los mercados[24].

La principal explicación a esta situación se deriva del esquema institucional del sistema. La ubicación de las fases de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores en distintos organismos[25] provoca que, en buena medida, algunos trámites del procedimiento se dupliquen.

---

[23] En este sentido es importante recordar lo que establece el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de de 2 de abril de 2002 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Prosegur contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2000 por el que se aprobaba con condiciones la operación de concentración entre Prosegur y Blindados del Norte:

En efecto, el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los proyectos de concentración que le son remitidos analiza todas las circunstancias significativas (delimitación y estructura de los mercados relevantes, posibilidades de elección de los afectados, poder económico y financiero de las empresas, evolución de la oferta y la demanda, competencia exterior, entre otros) para verificar si aquéllos pueden obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Su análisis de los posibles efectos restrictivos de la concentración, que ha de extenderse también a los eventuales aspectos beneficiosos que ofrezca (mejora de los sistemas de producción o comercialización, fomento del progreso técnico o económico, aumento de la competitividad, beneficios para los consumidores o usuarios, entre otros), incorpora, pues, la motivación suficiente para justificar, en su caso, la negativa o las condiciones impuestas a la concentración. Si el Consejo de Ministros se conforma con el dictamen, basta con remitirse a él; si disiente, ha de motivar por qué.

[24] La Ley prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares pero la experiencia no está mostrando hasta el momento la eficacia de este instrumento.

[25] No es objeto de análisis aquí las indudables ventajas inherentes a la separación de las fases de instrucción y resolución en organismos distintos.

A modo de ejemplo, en el modelo español una vez que el Tribunal ha recibido el informe-propuesta del Servicio se pone de nuevo el expediente a disposición de las partes para que soliciten la celebración de vista o propongan nuevas pruebas. Tras la celebración de la vista o la práctica de cuantas pruebas el Tribunal estime procedentes se vuelve a dar intervención a los interesados para que presenten sus conclusiones.

Si tenemos en cuenta que los interesados ya han tenido diversas oportunidades para presentar sus alegaciones y proponer pruebas en la fase de instrucción ante el Servicio, incluso al Pliego de concreción de hechos, estas nuevas posibilidades que se abren en la fase del procedimiento ante el Tribunal pueden considerarse como una duplicación de actuaciones que en la mayoría de las ocasiones no supone la aportación de nuevos datos o pruebas significativas para la resolución de los expedientes.

Por otra parte, el problema de la excesiva duración de los procedimientos se extiende también a la resolución de los recursos judiciales presentados contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En estos momentos los recursos contencioso-administrativos presentados ante la Audiencia Nacional contra sus resoluciones tardan un promedio de dos o tres años en resolverse. En el caso de los recursos de casación ante el Tribunal Supremo el promedio se eleva a cinco años. Estos dilatados plazos implican que desde que un expediente es iniciado en el Servicio de Defensa de la Competencia hasta que el Tribunal Supremo dicta sentencia relativa al recurso de casación correspondiente y, por tanto, se considera que la resolución es firme, pueden transcurrir alrededor de diez años.

Es indudable que tanto el legislador como los órganos administrativos especializados y los jueces vienen haciendo esfuerzos importantes para reducir la duración de los procedimientos en materia de competencia, conscientes de la necesidad de adoptar decisiones rápidas. No obstante, en el marco del proceso de reforma emprendido recientemente se impone la necesidad de hacer un esfuerzo adicional en esta dirección.

En fin, la reforma del modelo español de defensa de la competencia debe partir de una valoración global, francamente positiva, del sistema vigente desde 1989 pero que, al mismo tiempo, sea capaz de identificar claramente las debilidades mostradas en este período y los retos a encarar en el futuro inmediato. Entre ellos, destaca especialmente el proceso de descentralización iniciado en la Unión Europea coincidiendo con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

3. EL RETO DE LA MODERNIZACIÓN DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

El reto actual más importante para la defensa de la competencia en la Unión Europea es el derivado de la entrada en vigor el 1 de mayo del 2004 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Este Reglamento que sustituye al Reglamento 17/1962, supone un cambio de gran calado en la aplicación de la normativa comunitaria de competencia tanto desde el punto de vista procedimental como institucional. Es la culminación de un proceso de modernización emprendido por la

Comisión Europea en abril de 1999 mediante la elaboración de un Libro Blanco que identificaba los cambios que se habían producido en la aplicación de la defensa de la competencia en la Unión Europea en los últimos cuarenta años y diseñaba un plan estratégico para afrontar los retos que esta evolución planteaba junto a los derivados de su ampliación a nuevos Estados.

Durante los más de cuarenta años que ha estado en vigor el Reglamento 17, la mayoría de Estados miembros han aprobado normativas modernas de defensa de la competencia, inspiradas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y en el Reglamento 4064/1989, de 21 de diciembre, del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; han creado autoridades administrativas especializadas en esta materia y han desarrollado un notable conocimiento, técnica y experiencia así como una extensa jurisprudencia en la aplicación tanto de las normas nacionales como de las comunitarias. Asimismo, las decisiones de la Comisión Europea y las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han consolidado como guías a seguir por las autoridades de los Estados miembros, abarcando casi todas las materias relativas a esta rama del Derecho.

El dilatado tiempo en vigor de esta normativa unida a las necesidades nuevas surgidas por la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados, ha obligado a las instituciones comunitarias a emprender un arduo y difícil camino de modernización del sistema de aplicación de las normas de competencia del Tratado que culminó el 1 de mayo del año pasado con la entrada efectiva en vigor del Reglamento 1/2003.

Este nuevo Reglamento introduce reformas muy importantes, la mayoría de ellas procedimentales e institucionales, entre las que destacan las cuatro siguientes: un nuevo régimen de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado[26], el reconocimiento expreso de competencias de las autoridades jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia, una mayor descentralización en la aplicación de estas normas entre los Estados miembros y mayores poderes de investigación y sanción para la Comisión Europea.

Régimen de exención legal

En primer lugar, el Reglamento 1/2003 introduce un cambio radical en el sistema de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado al eliminar la exclusividad de la Comisión Europea y pasarse de un régimen de autorización *ex post* a uno de exención legal.

Este nuevo sistema conlleva un cambio trascendental en la forma de actuar de las empresas que habrán de decidir internamente si los acuerdos o contratos que vayan a firmar y que puedan infringir dicho apartado se beneficiarán de la exención del apartado tercero, puesto que ya no contarán con la posibilidad de notificar previamente el acuerdo a la Comisión para conocer su parecer.

Esta reforma ha generado alguna preocupación en la comunidad empresarial y sus asesores legales, pero debe entenderse que los beneficios, en términos de mayor agilidad en la actuación de las empresas, al eliminarse burocracia administrativa, y la posibilidad de que la Comisión Europea

[26] Excepciona la prohibición de acuerdo entre empresas cuando ésta contribuya al fomento de la producción de los productos o del progreso económico en general, al mismo tiempo que los usuarios no sufran perjuicio alguno.

destine mayores recursos a la persecución de las conductas prohibidas más graves, se traducirán en un sistema más eficaz.

Competencia de los jueces nacionales

La segunda novedad importante del Reglamento 1/2003 es el reconocimiento de las competencias de los jueces nacionales para la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Esta novedad supone también un cambio importante respecto a la situación actual en la que sólo las autoridades administrativas nacionales, en el caso español, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, tenían reconocidas expresamente estas competencias.

Esta novedad presenta el aspecto positivo para el conjunto del sistema de abrirse nuevas instancias para que aquellas empresas que se consideren perjudicadas por conductas contrarias a los artículos 81 y 82 del Tratado CE puedan defender sus posiciones e intereses. Indudablemente, las normas de defensa de la competencia persiguen un interés general pero de ellas también se derivan derechos en la esfera privada de las personas físicas y jurídicas.

Así, el reconocimiento expreso de competencias de los jueces nacionales abre la puerta para una mejor protección de estos derechos mediante el desarrollo de acciones civiles en esta materia que, hasta ahora y a diferencia de lo que ocurre al otro lado del Atlántico, habían sido escasísimas en el modelo comunitario de defensa de la competencia.

De esta forma, se permite que las autoridades administrativas sigan enfocando su actuación en la preservación del interés público; abriéndose la vía de la jurisdicción civil para la defensa de los derechos de la esfera privada.

El legislador español ha asignado estas competencias a unos juzgados especializados en materia mercantil y que, por tanto, tendrán un mejor conocimiento de la naturaleza y funcionamiento de los mercados y de la actividad empresarial.

Aún es pronto para valorar las consecuencias de esta reforma pero, en todo caso, la judicialización de la defensa de la competencia, un paso que tarde o temprano tenía que haberse dado, marca un auténtico hito. El riesgo más obvio del nuevo sistema es la inseguridad jurídica que se podría derivar si se tomaran decisiones distintas por parte de los órganos judiciales y los órganos administrativos especializados. Para minimizar este riesgo el Reglamento 1/2003 propone algunas medidas pero, en cualquier caso, la solución habrá de identificarse individualmente por cada Estado miembro dado que se trata de cuestiones de carácter fundamentalmente procedimental.

Descentralización de casos desde la Comisión Europea a las autoridades nacionales

La tercera novedad importante, que desde nuestro punto de vista condensa todas las demás, es la descentralización de casos que se produce desde la Comisión Europea a las autoridades nacionales. Como regla general se ha considerado que la Comisión Europea se hace cargo sólo de aquellos expedientes que afecten a más de tres Estados miembros; en el resto de casos, han de ser las autoridades nacionales las que, coordinadamente, instruirán y resolverán los correspondientes expedientes.

Para el buen funcionamiento de este nuevo sistema se ha diseñado un conjunto de directrices encaminadas a fortalecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades de distintos Estados miembros, y entre éstas y la propia Comisión Europea, así como para la asignación de casos.

El primer efecto de esta reforma es que permite a la Comisión Europea centrar su actividad en aquellas conductas más graves y con consecuencias más dañinas.

Al mismo tiempo, el tratamiento de algunos aspectos claves en este nuevo marco de profundización de la colaboración y cooperación internacional como la información confidencial o la clemencia otorgada a empresas que denuncien y aporten pruebas sobre la existencia de cárteles, plantea un nuevo debate respecto de la búsqueda de una mayor homogeneidad institucional entre las autoridades de los Estados miembros. La coexistencia de diferentes esquemas institucionales en la Unión Europea supone un obstáculo añadido a la ya compleja estructura de coordinación entre autoridades nacionales prevista por el Reglamento 1/2003 y las Comunicaciones que completan el paquete de modernización.

Estas dificultades han salido a la luz en las múltiples reuniones celebradas por la *European Competition Network,* la red que agrupa a las autoridades nacionales de los Estados miembros y a la Comisión Europea, relativas a la fijación de los detalles de estos sistemas de coordinación.

Mayores poderes de investigación y sanción

Por último, la cuarta novedad importante es la relativa a los mayores poderes de investigación y sanción que tendrá la Comisión Europea en el proceso de instrucción de los expedientes por infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado.

Además de estos mayores poderes, el nuevo Reglamento y las Comunicaciones que lo desarrollan establecen un sistema de apoyos a la Comisión durante estas investigaciones por parte de las autoridades nacionales que buscan hacer más eficiente la lucha contra los cárteles a escala europea.

En fin, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 supone, probablemente, el reto de mayor calado que ha afrontado el modelo comunitario de defensa de la competencia desde su creación. Este reto exige que las autoridades especializadas de los Estados miembros, la Comisión Europea y los jueces nacionales estrechen aún más sus lazos de coordinación y colaboración.

El nuevo Reglamento es un paso decisivo en la consolidación del sistema europeo de defensa de la competencia; respetuoso con la independencia de cada autoridad nacional pero, al mismo tiempo, integracionista, homogéneo y buen reflejo de la nueva realidad política, económica e institucional de la Unión Europea.

Todo ello obliga a las autoridades de cada Estado miembro a reflexionar concienzudamente sobre las posibles reformas a llevar a cabo en los respectivos modelos nacionales en aras a lograr un sistema que facilite la plena efectividad del nuevo paquete de modernización en beneficio del sistema europeo de defensa de la competencia.

4. **CONCLUSIONES**

La defensa de la competencia en España se encuentra en un momento crucial. Después de casi quince años de

aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia ha llegado la ocasión de plantear una reforma integral que, a partir de las enseñanzas prácticas de esta pasada década y media y con la vista puesta en los retos a afrontar en el corto y medio plazo, busque dotar al sistema de mayores niveles de eficacia, eficiencia e independencia.

La aplicación práctica de la Ley de 1989 ha llevado la defensa de la competencia en España a los patrones establecidos en los principales Estados miembros de la Unión Europea, ha sabido contribuir al buen desempeño de la economía española, ha logrado extender entre el conjunto de la sociedad el entendimiento y valoración generalizados de los beneficios de la libre competencia y, en conclusión, ha alcanzado un nivel de madurez adecuado para emprender con garantías el proceso de reforma que se inició formalmente con la publicación del Libro Blanco por parte del Ministerio de Economía a comienzos de este año.

Al igual que la actividad empresarial y la dinámica económica, la defensa de la competencia ha sido objeto de un proceso muy dinámico de evolución a nivel mundial en los últimos años. Esta evolución plantea retos de gran calado tanto a nivel doctrinal como institucional respecto a los que las autoridades españolas no pueden ser ajenas.

Es en este marco en el que se desarrolla el proceso de reforma en el que actualmente estamos inmersos. De su éxito depende que la defensa de la competencia siga cumpliendo sus objetivos y razón de ser con la eficacia que lo ha venido haciendo al menos en los últimos quince años e incluso mejorarla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEYTO, J. M. y MAÍLLO, J. (2005): *Tratado de Derecho de la Competencia,* Bosch.

BENEYTO, J. M. (2005): *Control de concentraciones empresariales,* Dykinson.

CASES, Ll. (2004): *Anuario de la Competencia,* Fundación ICO, Marcial Pons.

CREUS, A. (2003): *Código de Derecho de la Competencia,* Thomson Aranzadi.

GOYDER, D. (2003): *EC Competition Law,* Oxford, Clarendon.

GREAVES, R. (2003): *Competition law,* Aldershot, Ashgate, Dartmouth.

HYLTON, K. (2003): *Antitrust Law. Economic Theory & common law evolution,* Cambridge University Press.

KLEIT, A. (2005): *Antitrust and Competition Policy,* Edward Elgar.

KORAH, V. (2004): *An introductory guide to EC competition law and practice,* Oxford, Hart.

MARTÍNEZ-LAGE, S. y PETITBÓ, A. (2005): *Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea,* Fundación Rafael del Pino.

NAVARRO, E.; FONT, A.; FOLGUERA, J. y BRIONES, J. (2002): *Merger Control in the EU,* Oxford University Press.

VARIOS AUTORES (2004): *International Antitrust Law & Policy,* Fordham University School of Law.

VARIOS AUTORES (2005): *Merger Control 2005,* Global Competition Review.

VARIOS AUTORES (2005): *Dominance: The regulation of dominant firm conduct in 37 jurisdictions worldwide,* Global Competition Review.

VARIOS AUTORES (2005): *Modernisation in Europe,* Global Competition Review.

VARIOS AUTORES (2005): *Merger Control,* Global Legal Group.

Las autoridades nacionales de Defensa de la competencia y las jurisdicciones nacionales: principales actores en la aplicación del Derecho europeo de la competencia. El caso de Francia

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia en los Estados miembros y, en particular en Francia, ha sido atribuida por una parte a las autoridades administrativas, el Consejo de la Competencia y el Ministro de Economía (Dirección General de la Competencia, del Consumo y de Represión de fraudes) y, por otra, a las jurisdicciones nacionales. Estas últimas deben jugar un papel esencial ya que son las únicas instancias competentes para anular acuerdos ilegales y acordar indemnizaciones a las víctimas. El Reglamento 1/2003 tiene por objetivo impulsar el papel de las autoridades nacionales y de las jurisdicciones en la aplicación del derecho europeo de la competencia.

Lehiaren inguruko Batasuneko Zuzenbidea estatu kideetan eta, bereziki, Frantzian ezartzea, alde batetik, administrazio-agintariei, Lehiaren Kontseiluari eta Ekonomia ministroari (Lehiaren, Kontsumoaren eta Iruzurren Errepresioaren Zuzendaritza Nagusia) egotzi zaie, eta, bestetik, jurisdikzio nazionalei. Azken horiek funtseko egitekoa izan behar dute, legez kontrakoak diren akordioak deuseztatzeko eta biktimentzako kalte-ordainak adosteko eskumena duten bakarrak baitira. 1/2003 Erregelamenduaren helburua da sendotzea agintari nazionalek eta jurisdikzioek lehiaren inguruko Europako Zuzenbidea ezartzean duten egitekoa.

The application of the Antitrust community Law in the Member States and particularly in France, has been, on one hand, attributed to the administrative authorities, the Council of Competition and the Minister of Economics (Directorate General for Competition, Consumption and Fraud Repression) and on the other hand to the national jurisdictions. The last ones have an essential role, because they are the unique competent instances to cancel illegal accords and confer indemnities to the victims. The 1/2003 Regulation aims to boost the role of the national authorities and the one of the jurisdictions at the application of the European competition law.

Robert Saint-Esteben
Abogado despacho Bredin Prat-París

ÍNDICE

Introducción
SECCIÓN I. La arquitectura institucional en Francia: funciones respectivas de las autoridades administrativas y de las jurisdicciones
SECCIÓN II. La reforma introducida por el Reglamento 1/2003 y su influencia en los sistemas nacionales: estudio del caso francés
Conclusión
Referencias bibliográficas

Palabras clave: prácticas anticompetitivas, control de concentraciones, procedimiento de clemencia, procedimiento de compromiso

N.º de clasificación JEL: K21, L41, L42, L44

INTRODUCCIÓN

El movimiento actual de modernización del Derecho comunitario de la competencia ha suscitado en Europa, y asimismo en Francia, numerosos debates y ha contribuido a poner en la palestra una cuestión fundamental: la de las opciones institucionales que supone la aplicación del Derecho de la competencia.

En efecto el Derecho de la competencia es un derecho particular que plantea sus propias interrogantes. Su particularidad proviene, para empezar, del hecho de que se trata de un derecho relativamente reciente, que necesita la profusa utilización de conceptos económicos, y cuyas reglas son en gran parte de origen comunitario y no nacional. Esta particularidad es asimismo fruto de que el Derecho de la competencia responde a objetivos particulares que hacen más delicado su funcionamiento.

En un país como Francia, fuertemente marcado por una tradición de intervencionismo estatal en materia económica, el derecho de la competencia difícilmente puede desligarse del todo de una función de reglamentación de las actividades económicas y de las prácticas comerciales. Sin embargo, el Derecho de la competencia responde asimismo a un objetivo jurisdiccional, centrado ante todo en una aplicación estricta del derecho, con un marcado ánimo de represión de los comportamientos anticompetitivos.

La tradición intervencionista administrativa fue recientemente reforzada por la llegada de la «regulación» de los mercados emergentes, anteriormente bajo monopolio público. En este sentido, los «nuevos modos alternativos» en cuanto a

soluciones de litigios de competencia, supondrán que las instancias de la competencia abandonen el modelo consistente en reglamentación pura y posterior sanción, para en cierta medida ofrecer, merced a nuevos métodos de intervención (procedimientos de clemencia, de compromiso, de transacción, etc.), un papel de organización del buen funcionamiento de los mercados.

Los diferentes objetivos asignados al Derecho de competencia fuerzan a que su aplicación se asigne de forma complementaria o concurrente a instancias cuya naturaleza y funciones son diferentes, ya que es preciso recordar que los artículos 81 y 82 son de aplicación directa.

Desde la sentencia Bosch[1], emitida menos de un mes después de la entrada en vigor del Reglamento n.º 17/62, el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, había declarado que el artículo 85 (hoy, Art. 81) del tratado tenía efecto directo desde la misma entrada en vigor del tratado. Asimismo, el decreto prevé que «*los artículos 88 y 89 del tratado, que confieren competencias respectivamente a las autoridades nacionales y a la Comisión para la aplicación del artículo 85, presuponen la aplicabilidad de esta disposición desde la misma entrada en vigor del tratado*». La directa aplicabilidad de los artículos 85 y 86 (hoy día 81 y 82 CE) significa por tanto que tanto las autoridades nacionales especializadas como las jurisdicciones nacionales pueden y deben aplicarlos.

En Francia, el artículo 11 de la Ley de 11 de diciembre de 1992, confirmó que las autoridades nacionales de la competencia eran competentes para aplicar los artículos 85 a 87 del Tratado de Roma. En cuanto a la competencia de las jurisdicciones nacionales francesas, ésta nunca ha sido puesta en tela de juicio después de la sentencia Bosch.

El Derecho de competencia tanto interno como comunitario se aplica en Francia de la forma siguiente:

- Por una parte, a través de una autoridad puramente administrativa, que depende del Ministerio de Economía, la Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión del Fraude, (en adelante DGCCRF).
- Por otra parte, existe una «Autoridad administrativa independiente», con un papel casi jurisdiccional: el Consejo de la Competencia.
- Finalmente, están las jurisdicciones de derecho común que poseen una competencia paralela en dicha materia (Sección I).

El estudio de esta arquitectura institucional ha de hacerse a través del prisma de la reciente reforma del Derecho europeo introducida por el reglamento1/2003. El ánimo de esta reforma es el de descentralizar la aplicación del derecho comunitario de la competencia, respetando asimismo la libertad de los Estados miembros en cuanto a la organización de su propio sistema institucional se refiere. Para ello, la reforma prevé por una parte, un fortalecimiento de la cooperación entre autoridades nacionales de la competencia en una misma red y, por otra parte, una ampliación del papel atribuido a las jurisdicciones nacionales en cuanto a la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado CE (Sección II).

[1] Asunto 13/61, Rec.89.

SECCIÓN I.
LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EN FRANCIA: FUNCIONES RESPECTIVAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y DE LAS JURISDICCIONES

En Francia, la aplicación del Derecho de la competencia se repartió de forma concurrente, por un lado, a la autoridades administrativas (en adelante ANC), encargadas de investigar, perseguir y sancionar las prácticas anticompetitivas, y por otro, a las jurisdicciones nacionales, referidas a «sanciones civiles» (nulidad, daños y perjuicios a las víctimas, para reparar el perjuicio sufrido).

1. Las autoridades francesas «administrativas especializadas»

El Derecho de la competencia francés, que nació en 1953, y que entonces era limitado a la represión de las *ententes* o acuerdos, se dejó en manos del Ministro de Economía, único organismo provisto de poder sancionador. La «Comisión técnica de las *ententes*» se limitaba a emitir dictámenes.

Más adelante, en 1967, se extendieron sus competencias a la represión de abusos de posición dominante.

El sistema actual, que traspasó el poder de decisión en cuanto a acuerdos y abusos de posición dominante a una «autoridad administrativa independiente», el Consejo de la Competencia, no fue establecido hasta 1986. Así, el Ministro de Economía, y en su interior la DGCCRF, mantienen un papel importante, sobre todo en materia de concentraciones, para las que se mantuvo la relación anterior de poderes: el Consejo de la Competencia sólo tiene un papel consultivo mientras que el poder decisorio en la materia compete enteramente al Ministro.

1.1. *Dualidad del sistema administrativo francés*

Cuando tratamos de la organización institucional, de las diligencias de investigación y sanción de las prácticas anticompetitivas en Francia, nos encontramos ante un sistema dualista. En efecto, la represión de los comportamientos anticompetitivos y el control de las concentraciones se garantiza por varias autoridades; sus estatutos son diferentes y sus competencias complementarias, ejerciendo conjuntamente tareas variables según las materias a analizar. Así, de forma esquemática, se puede distinguir por un lado el Consejo de la Competencia encargado de manera global de la función de instrucción y de decisión en materia de acuerdos y abusos de posición dominante y, por otro lado, la DGCCRF, encargada de las investigaciones, e integrada en el Ministerio de Economía.

a) *El Consejo de la Competencia*

Naturaleza jurídica y misiones del Consejo de la Competencia

El Consejo de la Competencia se instauró por orden n.º 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, en sustitución de la antigua Comisión de la Competencia, quien asimismo en 1977, había sustituido a la «Comisión técnica sobre acuerdos y abusos de posición dominante». A falta de una definición legal precisa, se debatió durante mucho tiempo sobre la naturaleza jurídica del Consejo de la Compe-

tencia, ya que, aún siendo un órgano de tipo administrativo, el Consejo de la Competencia asume a la vez una función casi jurisdiccional. Efectivamente, si bien es cierto que su poder de actuación y sus funciones consultivas parecen incompatibles con el reconocimiento de su carácter jurisdiccional, también es verdad que dispone de sus propios poderes sancionadores y de conminación. Por otra parte, el procedimiento seguido ante el Consejo de la Competencia es contradictorio y sometido al respeto de los derechos de la defensa e incluso a las disposiciones del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, ya que el Derecho de la competencia se asimila a la materia penal.

El Consejo de la Competencia es por tanto un organismo híbrido. Sus miembros son nombrados por el Gobierno aunque no dependa de su autoridad. Es una autoridad administrativa independiente, y como tal, interviene en la represión de los comportamientos anticompetitivos y en el peritaje jurídico y económico del funcionamiento de los mercados, para asegurar el respeto a la libre competencia.

Organización y funcionamiento del Consejo de la competencia

El Consejo de la Competencia lo forman 17 miembros nombrados por decreto, por un periodo de seis años, entre, por un lado, los miembros o antiguos miembros del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Tribunal de Cuentas o de las demás jurisdicciones administrativas o judiciales y, por otro, personalidades escogidas debido a su competencia profesional en materia económica o en el ámbito de la competencia y el consumo y, personas que ejerzan o hayan ejercido sus actividades en el sector de la producción, distribución, artesanía, servicios y profesiones liberales. Los magistrados o antiguos magistrados suelen ser mayoría.

La instrucción se lleva a cabo por ponentes, permanentes o no, nombrados por orden del Primer Ministro. El Director General de la Competencia, quien a su vez pertenece al Ministerio de Economía, hace las funciones de Comisario del Gobierno ante el Consejo de la Competencia. Emite dictámenes e interviene en todos los procedimientos para así expresar el punto de vista de los poderes públicos sobre los temas tratados.

b) *La Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión del Fraude y el Ministro de Economía*

La DGCCRF, contrariamente al Consejo de la Competencia, pertenece al Ministerio que mantiene la cartera de Economía, y se encuentra directamente bajo la autoridad del Ministro. Su misión general es la de asegurar el buen funcionamiento de los mercados, particularmente merced a la aplicación de la política de competencia y de protección del consumidor, sobre todo por las investigaciones que emprende.

Conviene asimismo hacer mención de las atribuciones particulares del Ministro de Economía, el cual tiene prácticamente el papel de tercer pilar de sujeción del sistema de competencia francés, especialmente en la medida en que posee un poder de decisión exclusivo en cuanto a control de concentraciones, y, por supuesto, en que ejerce su autoridad sobre la DGCCRF.

El sistema administrativo francés, es, por tanto, dualista.

1.2. *Reparto de poderes entre las diferentes autoridades administrativas especializadas*

Tal y como hemos visto, la aplicación del derecho de la competencia tanto interna como comunitariamente hablando, y desde el punto de vista «administrativo», se reparte entre el Ministerio de Economía (DGCCRF incluida) (a) y el Consejo de la Competencia (b).

a) *Funciones del Ministro de Economía y de la DGCCRF*

Funciones ministeriales

1) El Ministro de Economía, por su misión gubernamental, está a cargo de las cuestiones relativas a la política de la competencia y, por tanto, ha de preparar ciertos textos de alcance general, particularmente en cuanto a la reglamentación de precios y de las exenciones en bloque por categorías de acuerdos.

2) El Ministro dispone además del poder de encomendar asuntos al Consejo de la Competencia. Puede tratarse de una intervención para dictaminar sobre cualquier cuestión de competencia, o con motivos sancionadores cuando, alertado por una investigación de sus servicios o por una denuncia, el Ministro decide remitir al Consejo de la competencia el control de ciertas prácticas anticompetitivas previstas en el Código de Comercio o en los artículos 81 y 82 TCE.

3) Asimismo, el Ministro puede interponer un recurso principal o incidental ante el Tribunal de Apelación de Paris contra las decisiones del Consejo de la Competencia.

Finalmente, está también facultado para intervenir ante las jurisdicciones de derecho común. Tiene por tanto la facultad de participar plenamente en el desarrollo del procedimiento ante las jurisdicciones civiles o comerciales que actúan en la resolución de litigios privados en los que se invoca el derecho de la competencia, realizando observaciones que pueden desarrollarse de forma oral, mediante denuncias escritas e informes de investigación.

Poder exclusivo de decisión en materia de control de las concentraciones

En lo que se refiere al control de las concentraciones, el Ministro de Economía dispone del poder de decisión exclusivo. Antes de la Ley de 15 de mayo de 2001, las empresas no tenían la obligación de notificar sus concentraciones. Por tanto, el Ministro podía intervenir en cualquier operación para apreciar sus efectos sobre la competencia[2]. La reforma introducida por la Ley del 15 de mayo de 2001[3] pone al sistema francés al nivel existente a escala comunitaria. A partir de entonces, toda operación de concentración que sobrepasase ciertos límites en cuanto al volumen de negocios, tenía que ser notificada por los empresarios al Ministro de Economía, quien ya solamente intervendrá *ex ante*.

---

[2] Reservándose la posibilidad de posterior y excepcional replanteamiento, a petición del Consejo de la Competencia, de una concentración, si las empresas abusaron de su posición dominante adquirida merced a la misma concentración. Este texto solamente ha sido aplicado una vez hasta ahora (Asunto de filiales comunes en el dominio de la distribución del agua (Resolución n.º 02-D-44 de 11 de julio de 2002, Lyonnaise des Eaux, Compagnie Générale des Eaux).

[3] Ley n.º 2001-420 de 15 de mayo de 2001, BO 113 del 16 de mayo de 2001.

Tras realizar un análisis, el Ministro puede rechazar o aceptar la operación de concentración, remitiendo eventualmente su visto bueno a la aprobación de ciertos acuerdos por las diversas partes. En caso de no respetar sus decisiones o los acuerdos adoptados por las empresas, el Ministro, tras solicitar el dictamen del Consejo de la Competencia, está facultado para decretar sanciones contra dichas partes.

Poderes propios a la DGCCRF en el seno del Ministerio de Economía

La DGCCRF, al estar bajo su control directo, aplica en la práctica varias de las atribuciones correspondientes al Ministro. Además de esas múltiples asignaciones, la DGCCRF tiene amplios poderes de investigación.

La iniciativa de la investigación puede ser interna cuando emana del Ministro o de la misma DGCCRF, o externa, particularmente en caso de que se pida una investigación por parte de los ponentes del Consejo de la Competencia o bien del Tribunal de Apelación de Paris antes de decidir sobre cualquier recurso emprendido contra una decisión del Consejo de la Competencia.

Finalmente, las atribuciones de Comisario del Gobierno en el seno del Consejo de la Competencia, las asume el Director General de la DGCCRF, cuyo papel es meramente consultivo.

b) *Funciones del Consejo de la Competencia*

El Consejo de la Competencia tiene funciones consultivas y resolutivas.

Función consultiva del Consejo de la Competencia

Se puede consultar al Consejo de la Competencia para obtener su opinión ya sea sobre cuestiones generales de competencia, o en el marco de procedimientos específicos, administrativos o judiciales. Esas consultas pueden ser a veces obligatorias.

El gobierno, las comisiones parlamentarias o las organizaciones previamente citadas, pueden consultar al Consejo de la Competencia acerca de proposiciones de ley así como sobre toda cuestión relativa a la competencia. El Consejo de la Competencia emite entonces dictámenes de orden general. Las jurisdicciones de derecho común también están facultadas para solicitar al Consejo de la Competencia dictámenes sobre prácticas anticompetitivas de las que quisieran informarse.

El ministro puede asimismo consultar al Consejo de la Competencia acerca de cualquier concentración o proyecto de concentración que pudieran dañar la competencia. El dictamen emitido por el Consejo de la Competencia es puramente facultativo y no vincula al ministro. En el mismo se debe apreciar si los efectos sobre la competencia de la operación examinada pueden ser compensados por otras aportaciones al progreso económico.

Funciones contenciosas del Consejo de la Competencia

El Consejo de la Competencia ocupa una posición céntrica en el sistema francés de represión de acuerdos y abusos de posición dominante. Está a cargo de la instrucción de estos casos, a partir de las pesquisas llevadas a cabo en la mayoría de los casos por la DGCCRF, y solamente dispo-

ne de poder resolutivo en relación a estas prácticas. El Consejo de la Competencia a veces actúa de oficio. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Consejo de la Competencia actúa por iniciativa del Ministro de Economía por medio de la DGCCRF, de empresas o también de ciertas organizaciones facultadas para hacerlo: colectividades territoriales, organizaciones profesionales y sindicales, organizaciones autorizadas de consumidores.

El ámbito que abarca su competencia y que se extiende a todos los sectores económicos, se ve territorialmente limitado a las prácticas susceptibles de producir efectos sobre el territorio nacional. Es asimismo competente en la aplicación de las disposiciones de los artículos 81 y 82 del tratado CE.

En ocasiones, el Consejo de la Competencia debe compartir su competencia con las jurisdicciones nacionales. De hecho, al tener asignada una misión de interés general, el Consejo de la Competencia no es competente para resolver litigios contractuales y acciones de responsabilidad entre personas privadas, ni tampoco para condenar al autor de prácticas anticompetitivas al pago de daños y perjuicios en beneficio de la victima. Este contencioso pertenece a las jurisdicciones civiles y comerciales e incluso, en algunos casos, a las jurisdicciones administrativas y penales (ver apartado 2 posterior).

Para darle una autoridad real, el legislador entregó al Consejo de la Competencia poderes sancionadores bastante amplios. Tiene asimismo la posibilidad de desarrollar programas de clemencia y de abrir procedimientos de transacción y de compromiso. No obstante, estos poderes son limitados.

c) *Las diversas resoluciones contenciosas del Consejo de la Competencia*

Sanciones económicas

El Consejo de la Competencia puede imponer sanciones económicas a empresas reconocidas como culpables de prácticas anticompetitivas de acuerdos y abusos de posición dominante. La cuantía de la sanción puede elevarse hasta un 10% del volumen de negocios a escala mundial del grupo al que pertenece la sociedad infractora.

Estas sanciones han de ser proporcionales a la gravedad de los hechos acaecidos y a la amplitud de los daños producidos a la economía. Las sanciones se determinan de forma individual para las empresas y, por tanto, han de ser dictadas teniendo en cuenta la situación particular de cada una de ellas. El Consejo de la Competencia puede transmitir el asunto al Ministerio Fiscal en el caso de eventuales sanciones penales, ya que estas últimas dependen exclusivamente de las jurisdicciones de lo penal.

La mayor sanción impuesta hasta la fecha ha sido de 80 millones de euros a France Telecom por abuso de posición dominante, decisión del 7-11-2005.

Poderes de conminación

Al emitir su resolución, el Consejo de la Competencia puede ordenar a las diversas partes poner fin a sus prácticas anticompetitivas en un determinado plazo, o bien imponerles ciertas condiciones (artículo L.462-2, al.1 del Código de Comercio). En la práctica, estas conminaciones apuntan casi siempre al cese de dichos comportamientos, a aconsejar o prohibir ciertas prácticas comerciales, pero también a modificar, añadir o eliminar cláusulas contractuales.

Medidas provisionales

Según el artículo L.464-1 del Código de Comercio, el Consejo de la Competencia puede, previamente a cualquier decisión sobre el fondo, tomar las medidas provisionales que le sean requeridas, o que estime necesarias. Dichas medidas pueden ser tomadas a requerimiento del Ministro o bien de las partes implicadas. Las demandas pueden presentarse accesoriamente a la relativa al fondo del asunto. Puede hacerse en cualquier momento del procedimiento, y el Consejo de la Competencia las puede tomar únicamente en caso de que las prácticas denunciadas afecten de forma grave e inmediata a la economía general, a la del sector implicado, al interés del consumidor o a la empresa denunciante. Cuando se cumplen estas condiciones, el Consejo de la Competencia puede ordenar a las partes que suspendan las prácticas referidas así como el retorno al estado anterior. Sin embargo, estas medidas han de limitarse estrictamente a los casos en que sea necesario actuar para hacer frente a la urgencia. Una vez decretadas, las medidas son de ejecución inmediata y en caso de que no fueran respetadas, el Consejo de la Competencia está facultado para imponer sanciones pecuniarias (artículo L.624-2).

Posibilidad de recursos ante el Tribunal de Apelación

Es conveniente subrayar que todas las resoluciones contenciosas del Consejo de la Competencia pueden ser objeto de un recurso de anulación y de reforma ante el Tribunal de Apelación de París, cuyas resoluciones están bajo el control del Tribunal Supremo.

d) *Los procedimientos alternativos de resolución: clemencia, transacción y compromisos*

La citada Ley de 15 de mayo de 2001 desarrollada por el Decreto de aplicación de 30 de abril de 2002[4], introdujo en el derecho francés los procedimientos de clemencia y de transacción. El mandamiento n.º 2004-1173, de 4 de noviembre de 2004, completó este sistema introduciendo un procedimiento de «compromiso» equivalente al provisto en el artículo 9 del Reglamento comunitario 1/2003.

En Francia existen 3 procedimientos diferentes:

— *El procedimiento de clemencia* tiene como finalidad incitar a las empresas involucradas en acuerdos anticompetitivos a denunciarlos, a cambio de obtener la posibilidad de verse exentas, en todo o en parte, de las sanciones económicas a las que se pueden ver expuestas. Para obtener el beneficio de la clemencia, las empresas habrán de facilitar los elementos informativos que permitan, no solamente establecer los hechos reales, sino también la identidad de sus autores (Artículo L.464-2.IV del Código de Comercio).

— *El procedimiento de compromisos* consiste en el archivo del procedimiento una vez que la empresa consiente adquirir compromisos dirigidos a poner término a las prácticas anticompetitivas. Este procedimiento fue introducido por la disposición de 4 de noviembre de 2004 (Artículo L.464-2.1 del Código de Comercio).

---

[4] Decreto n.º 2002-689 de 30 de abril de 2002, BO 103 del 3 de mayo de 2002.

— *El procedimiento de no contestación a los cargos,* asimismo llamado de *transacción*, ofrece la posibilidad de beneficiarse de una reducción de la pena prevista a las empresas que no impugnan los cargos que les han sido notificados y que se comprometen a modificar su posterior comportamiento (Artículo L.464-2.III). La naturaleza y la importancia de los compromisos suscritos son los elementos principales tomados en consideración por el Consejo de la Competencia para aceptar el procedimiento y dictaminar la cuantía en la rebaja de la sanción.

Estos procedimientos alternativos, no son aplicables a las mismas prácticas. De hecho, el procedimiento de clemencia se aplica únicamente en casos de ententes, mientras que el procedimiento de transacción parece poder aplicarse tanto en las ententes como en los casos de abuso de posición dominante o de abuso de dependencia económica. En lo que al procedimiento de compromisos se refiere, el Sr. Bruno Lasserre, presidente del Consejo de la Competencia, aclaró que su campo natural de aplicación residía en casos «*poco graves y recientes*», y únicamente en prácticas de acuerdos verticales, abusos de posición dominante y abusos de dependencia económica, excluyendo los acuerdos horizontales[5].

Por otra parte, estos procedimientos alternativos no tienen lugar en la misma fase del procedimiento tramitado ante el Consejo de la Competencia. El procedimiento de clemencia procede antes de la notificación de los cargos. Por el contrario, el procedimiento de transacción interviene necesariamente después de dicha notificación. Finalmente, el procedimiento de compromisos puede en teoría intervenir en cualquier momento del procedimiento, aunque debería de hacerlo más bien previamente a cualquier demanda oficial.

Estos procedimientos alternativos proveen de esta forma al Consejo de la Competencia, de lo que su propio presidente denomina «el imprescindible traje completo del regulador». El empleo de este término delata la evolución del Consejo de la Competencia hacia la regulación, alejándose así de la función «casi jurisdiccional». Así pues, el papel del Consejo de la Competencia no solo se remite a la aplicación estricta del derecho de la competencia con el fin de sancionar *ex-post* a los autores de prácticas anticompetitivas, sino que también interviene en los mercados merced a facultades más diversificadas que la mera sanción, para de esta manera dar forma al comportamiento futuro de sus operadores. De hecho, al ordenar la modificación de ciertas cláusulas contractuales, al imponer compromisos a las empresas, al aconsejar ciertas prácticas comerciales y al desarrollar programas de clemencia, el Consejo de la Competencia tiende a descolgarse de su papel jurisdiccional sancionador para acercarse a los modos de intervención de los organismos reguladores, cuidando de la conservación de los equilibrios de un sector y modelando permanentemente las prácticas que en él se realizan.

A modo de conclusión, la aplicación por las autoridades administrativas en Francia del Derecho de la competencia, tanto interno como comunitario, se caracteriza por una complejidad hoy día puesta

[5] Intervención del sr. Bruno Lasserre en el coloquio de la CCIP del 19 de enero de 2005: «*clemencia y transacción en materia de competencia*».

en tela de juicio[6]. Se pone en cuestión, en particular, la dualidad entre Ministro de Economía (DGCCRF) y Consejo de la Competencia, especialmente en el ámbito de las concentraciones, ya que en ellas el Consejo de la Competencia no tiene más que un papel consultivo y la resolución final pertenece al Ministro de Economía.

Asimismo, algunos preconizan que en materia de acuerdos y posiciones dominantes (abusos de posición dominante o de dependencia económica), el Consejo de la Competencia pueda disponer de los medios de investigación que en la actualidad están en manos de la DGCCRF.

Dicha complejidad se deja notar más aún cuando se le añade el importante y específico papel que de forma paralela tienen las jurisdicciones nacionales, papel acrecentado por el Reglamento comunitario n.º 1/2003, que examinaremos en la segunda parte.

2. La aplicación de las reglas de competencia por las jurisdicciones de derecho común

2.1. *La actual preocupación por el «private enforcement», en el derecho comunitario*

a) *La solución planteada por el TJCE en la sentencia «Courage contra Crehan» de 20 de septiembre de 2001*

La cuestión de las consecuencias civiles de un contrato que contraviniera las reglas comunitarias de la competencia no fue durante mucho tiempo motivo alguno de preocupación. Sin embargo, el artículo 81, párrafo 2.º dispone que, los acuerdos o las decisiones prohibidas en virtud del Tratado CE son nulos de pleno derecho, por lo que ahí residía una ocasión para que intervinieran las jurisdicciones. No obstante, el Tratado silenciaba cuestiones referentes a otras consecuencias civiles derivadas de dichas disposiciones, especialmente en cuanto a los posibles daños y perjuicios para las victimas de prácticas anticompetitivas. Al estar descentralizado el sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea, pertenece naturalmente al juez nacional el sacar las consecuencias jurídicas de la nulidad de un acuerdo anticompetitivo y el decidir sobre los daños y perjuicios.

Pero los derechos nacionales eran notablemente diferentes sobre ese punto. Ciertos derechos, como el derecho francés, reconocen desde siempre a la parte perjudicada de un acuerdo ilícito el derecho de pedir daños y perjuicios a la otra parte. Al contrario, algunos otros derechos nacionales, como el británico, no reconocían la validez de semejante acción cuando el demandante formaba parte del acuerdo ilícito.

En la sentencia «Courage contra Créhan» de 20 de septiembre de 2001, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concretó las consecuencias civiles de la violación del artículo 81, y al mismo tiempo el papel otorgado a las jurisdicciones de derecho común en los diferentes Estados miembros. El Tribunal recalcó el papel decisivo de las acciones de derecho común ante las jurisdicciones nacionales para la aplicación

---

[6] Ver por ej. F. BRUNET: «Control de las concentraciones en Francia: ¿Es aún la consulta del Consejo de la Competencia de utilidad alguna?», *Revista Lamy de la competencia,* mayo-julio de 2005, n.º 3.

efectiva de las reglas de competencia comunitaria[7].

En este caso, un distribuidor inglés de bebidas (Crehan) había firmado en 1990 con una cervecera inglesa, «Courage», dos contratos de arrendamiento de veinte años con una cláusula que establecía una obligación exclusiva de compra de cerveza. En 1993, como consecuencia de las facturas impagadas por el arrendatario (Crehan), la sociedad Courage interpuso una demanda con la intención de que se condenase a Crehan al pago de las sumas debidas. El arrendatario rechazaba la validez de esta demanda alegando que su obligación de compra era contraria al artículo 81 CE y, al mismo tiempo, interpuso una acción por daños y perjuicios contra su proveedor, al considerar que había sido dañado por la susodicha e ilícita cláusula de exclusividad.

Ante dicha demanda, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) decidió que el derecho inglés no permitía a una parte de un acuerdo ilícito reclamar derechos y perjuicios a la otra parte firmante. Sin embargo, constataba que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en la decisión Perma Life Mufflers Inc. C. Intl' Parts Corp, había decidido que una parte de un acuerdo anticompetitivo, en situación de inferioridad económica, podía interponer una demanda por daños y perjuicios contra la otra parte.

Así pues, dentro de la hipótesis en la que el derecho comunitario confiriese una protección jurídica similar a la parte del acuerdo ilícito, la *Court of Appeal* consideraba que podía existir un eventual conflicto entre el principio de autonomía procesal y el de una aplicación uniforme del derecho comunitario.

La *Court of Appeal* remitió entonces al Tribunal de justicia una cuestión prejudicial dirigida a conocer:

- Si por un lado, una de las partes de un contrato anticompetitivo podía remitirse al artículo 81 ante una jurisdicción nacional a efectos de solicitar la nulidad del contrato; y,
- Si por otro, esta misma parte podía exigir daños y perjuicios por el mero hecho de someterse a dicho contrato ilícito.

Acerca del primer punto, el Tribunal, en sentencia de 20 de septiembre de 2001, recordaba que el Tratado CE crea un orden jurídico propio que se impone a las jurisdicciones nacionales y que los artículos 81 y 82 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran derechos en los justiciables que las jurisdicciones nacionales han de salvaguardar[8]. Añade además que el artículo 81 del Tratado constituye una disposición fundamental, indispensable para el cumplimiento de las misiones conferidas a la Comunidad y, en especial, para el funcionamiento del Mercado interior. Por lo tanto, el Tribunal proclama que: «*cualquier particular tiene derecho a valerse de la justicia por la violación del artículo 81 párrafo 1 del Tratado, incluso si es parte implicada en un contrato susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia*»[9].

En cuanto al segundo punto, el Tribunal considera que es de la incumbencia

[7] [392 U S 134 (1968)]

[8] TJCE, BRT y SABAM, 30 de enero de 1974, caso C-127/73.

[9] TJCE, *Courage* LTD c. *Crehan*, 20 de septiembre de 2001, caso C.453/99, c 24.

de las jurisdicciones nacionales el asegurar la aplicación las normas comunitarias así como la protección de los derechos que confieren a los particulares. Añade asimismo que el reconocimiento de semejante derecho basta para restar ánimos a los posibles acuerdos o prácticas susceptibles de dañar a la competencia y que las demandas por daños y perjuicios suponen una contribución sustancial al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad. Por tanto el Tribunal dicta lo siguiente:

> *No se puede excluir* [en el derecho nacional] *que tal demanda* [por daños y perjuicios] *sea puesta por una de las partes de un contrato considerado como contrario a las reglas de la competencia*[10].

Sin embargo, el Tribunal aporta un detalle importante con el fin de precisar el alcance de este derecho. Efectivamente y en virtud del principio según el cual ningún justiciable puede aprovecharse de su propio comportamiento ilícito, dicta asimismo que:

> *el derecho comunitario no se opone a que […] el derecho nacional deniegue a una parte, cuya responsabilidad en la distorsión de la competencia sea significativa, el derecho a la obtención de daños y perjuicios por la otra parte del contrato*[11].

El Tribunal indica a este respecto que para la apreciación del carácter culpable por la participación en el acuerdo ilícito, habrá de tomar en cuenta el contexto económico en el que fue concluido y especialmente la eventual situación de inferioridad de una de las partes. De esta guisa, el tribunal incluye consideraciones económicas en la definición de la falta y parece apuntar en realidad al principal responsable y primer beneficiario del acuerdo anticompetitivo[12].

Así pues, de la sentencia «Courage contra Crehan» y más concretamente, de la aplicación de los principios de efecto directo y efecto útil de las normas comunitarias, se deduce que las partes implicadas en un acuerdo anticompetitivo siempre tienen la posibilidad de invocar el artículo 81 para solicitar la nulidad de los actos y reclamar daños y perjuicios, con mayor motivo si se encontraban en situación de inferioridad en el momento de producirse estos hechos. No obstante, la parte que más significativamente cometió la infracción no puede valerse de las reglas de la competencia para reclamar daños y perjuicios a la otra parte.

b) *El efecto directo de los artículos 81 y 82 y su insuficiente aplicación por el juez nacional*

De lo anterior se deduce que las jurisdicciones nacionales pueden verse obligadas a aplicar las reglas comunitarias de competencia en litigios entre particulares.

Nos encontramos principalmente con dos tipos de aplicación de los artículos 81 y 82:

- O bien se recurre a ellos defensivamente (como un escudo), es decir respondiendo a un demandante que busca la aplicación de un acuerdo anticompetitivo;
- O bien se recurre a ellos ofensivamente (como un arma), especialmente

[10] Ibíd., c 28.
[11] Ibíd., c 31.

[12] Christian Gavalda, Gilbert Parléani: «Note sous arrêt: Courage Ltd c. Crehan», *JCP E Semaine Juridique* (ed. Entreprise), 12/09/2002, n.º 37, pp. 1427-1428.

cuando una de las partes recurre a un tribunal para pedir la nulidad de un contrato y una indemnización por daños causados por un comportamiento anticompetitivo.

Si bien resulta difícil cuantificar el número de contenciosos privados en materia de competencia, resulta cierto que en Francia, y en general en Europa, dicho contencioso está aún poco desarrollado, tal y como lo demostró un estudio impulsado por la Comisión en 2004[13]. Además, la práctica refleja que las decisiones de las jurisdicciones nacionales de derecho común emitidas en torno a la competencia, lo son casi siempre en el mismo tipo de casos. Se trata principalmente de litigios de índole contractual en los que se recurre exclusivamente al artículo 81, única y casi sistemáticamente con intenciones defensivas. Los contenciosos para la reparación de perjuicios causados por prácticas anticompetitivas son una minoría, tanto si se hace referencia al artículo 81 como al 82 (o a sus correspondientes en derecho francés).

Así pues, el contencioso en materia de competencia está a menudo limitado a litigios en el marco de las relaciones verticales, de acuerdos de distribución selectiva o exclusiva, de casos de boicot o también de aplicación de los reglamentos de exención[14]. Las causas de esta escasez son conocidas.

2.2. ***Escollos principales del desarrollo del Contencioso antitrust ante las jurisdicciones de derecho común y soluciones previstas***

a) *Escollos relacionados con las características del sistema judicial francés*

Admisibilidad de la demanda y costes

La debilidad de la vía jurídica en materia de competencia se debe ante todo a un conjunto de características del sistema judicial francés, que atañe tanto al papel de las partes como al de los jueces y también a las especificidades de los litigios de competencia.

En un principio, podemos interrogarnos sobre la admisibilidad de la demanda y sobre el interés que hay en interponerla. De hecho, las *class actions* no existen en el derecho francés, de forma que las asociaciones de consumidores no pueden entablar acciones ante las jurisdicciones de derecho común para la defensa de los intereses individuales de los consumidores. Sin embargo, existe desde hace unos años una posibilidad de demanda conjunta, pero su dificultad (exigencia de órdenes expresas) y los riesgos que conlleva para las asociaciones hacen que haya sido escasamente utilizada.

Los costes del procedimiento son asimismo un factor de desánimo para la parte perdedora, sobre todo en caso de que tuvieran que asumirlos enteramente si no se ganara el pleito. El problema de los costes va ligado al de la duración de los procedimientos, generalmente de dos años o más en el caso de Francia.

---

[13] Estudio ASHURST: *Study on the conditions of claims on damages in case of infringement of EC competition rules* disponible en la web: http://www.europa-eu.int/comm/ competition/antitrust/others/private_ enforcement/indix_en.html.

[14] C. MOMÈGE, L. IDOT: *Application of articles 81 &82 EC by the french ordinary courts: A procedural perspective*, European Competition Law Annual 2001-Effective Enforcement of EC Antitrust Law, (C. D. Ehlermann, I. Atanasiu ed.), Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 232-252.

Carencia de formación económica de magistrados y tribunales

A menudo, se suele alegar también la falta de formación económica de los magistrados, para explicar la reticencia de las empresas en llevar sus litigios ante las jurisdicciones de derecho común. En el caso de Francia, deben distinguirse dos problemas. El primero es el de la formación general de los magistrados en Derecho de la competencia; es, a todas luces, insuficiente. De hecho, el Derecho de la competencia se enseña de forma muy limitada, tratándose normalmente de una asignatura semestral, muy general en el marco de los estudios de derecho. Esto explica en parte porqué se percibe el Derecho de la competencia como un derecho para especialistas, principalmente practicado en París, por grandes bufetes de abogados.

El segundo problema se deriva de la especificidad francesa de los tribunales de comercio[15]. Estos tribunales, por su naturaleza, son los que más a menudo se van a encontrar con litigios de competencia. Sin embargo, sus jueces no son profesionales. Paradójicamente, como son precisamente profesionales que provienen del mundo de la empresa, algunos pueden haberse enfrentado a esta especialidad del derecho en su vida profesional y, en todo caso, están generalmente más capacitados para analizar y dirimir asuntos económicos que muchos jueces profesionales que hayan tratado más sobre cuestiones de derecho común. De todas formas, aunque se hable a menudo de una reforma de los tribunales de comercio, la profesionalización de sus jueces parece harto difícil tratándose de una institución tan antigua[16].

Dificultad de cuantificar perjuicios e impactos

Por otra parte, el cometido del juez en el marco de una acción por responsabilidad basada en el derecho de la competencia es complejo: la definición de la falta, es decir de la práctica anticompetitiva, se funda cada vez más en consideraciones económicas, sin mencionar los problemas de la prueba (ver siguiente epígrafe). La cuestión del vínculo de causalidad entre la práctica denunciada y el perjuicio pretendido puede resultar igual o más delicada, tratándose una vez más de fenómenos económicos: ¿las pérdidas acaecidas son acaso necesariamente consecuencia del acuerdo o del abuso de posición dominante? ¿Y si así fuera, acaso lo son todas? Finalmente, de manera general, el perjuicio sufrido por una de las partes tras un comportamiento anticompetitivo resulta muy difícil de evaluar y, en consecuencia, igual de difícil resulta determinar la cuantía de los daños y perjuicios que se derivan de ello. La apreciación, sobre todo, del perjuicio comercial, es dificilísima. Ahora bien la elección de los modelos económicos *(yard stick, before and after*, etc.) más pertinentes para cuantificar estos elementos es asimismo objeto de debate entre economistas.

Finalmente, un comportamiento anticompetitivo raramente afecta a un único competidor, a una sola víctima, sino más bien a un conjunto de empresas o a todo

[15] Tribunales especializados en asuntos económicos,

[16] Año 1563.

el mercado. A partir de ahí resulta muy complejo determinar con precisión el impacto sobre la situación personal del demandante. Ello requeriría la formulación de conjeturas sobre cual hubiera sido la situación de este último en el mercado sin el comportamiento en cuestión. Para terminar, el conjunto de estas tareas se hace aún más delicado debido a la dificultad de recopilar la información necesaria para la evaluación de todos estos elementos[17].

b) *Obstáculos relacionados con el régimen de la prueba*

La carga de la prueba, particularmente en los casos de transgresiones de la competencia, corresponde al demandante. Esto no es ningún problema cuando en un contrato o tras la decisión de una autoridad de la competencia, se invoca el artículo 81. El asunto de la carga de la prueba resulta mucho más delicado en el caso de alianzas ocultas, de prácticas concertadas o de abusos de posición dominante. En la mayoría de estos casos, en una primera fase, el demandante deberá proceder a una difícil verificación económica tanto en cuanto a la delimitación del mercado pertinente como a la supuesta posición dominante que el demandado ocupa en él. El demandante, entre otras cosas, habrá de recurrir a nociones, evaluaciones y análisis económicos (evaluación de las cuotas de mercado, apreciación de las barreras de entrada al mercado, etc.) que no siempre son fáciles de utilizar. En una segunda fase, el demandante tendrá que demostrar, de conformidad con las normas de prueba del derecho francés, que existe una falta, es decir un abuso de posición dominante más allá del perjuicio personal y de un vínculo de causalidad entre la falta y el perjuicio censado.

Conviene advertir que la reunión de pruebas es un gran problema. De hecho, el derecho francés no prevé procedimiento alguno que se equipare al *discovery* anglo-sajón, que deriva en la obligación de producir un conjunto de pruebas y de forma más generalizada, el conjunto de las informaciones relevantes relacionadas con el litigio.

2.3. ***Soluciones contempladas para hacer más atractivo el Contencioso antitrust***

a) *Debate sobre la utilidad de reforzar el Contencioso antitrust*

Es conveniente especificar que la necesidad de desarrollar el contencioso privado en Europa, aunque hoy día es la idea dominante, no es sin embargo aceptada por todos. De hecho, algunos hacen valer que el *private enforcement* del Derecho de la competencia es obviamente menos eficaz que el *public enforcement*, debido principalmente a las mayores facultades de investigación y de sanción de que disponen las autoridades de la competencia, al elevado coste del contencioso privado y finalmente porque el contencioso privado, dirigido por consideraciones de intereses privados, no reúne las condiciones para ase-

[17] Maurice Nussenbaum: «Les dificultés de l' expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *Les Petites affiches,* 20 de enero de 2005, n.º 14, p. 37: Michel Glais: «L' évaluation des sanctions par le juge», *Revue de la concurrence et de la consommation,* mayo-junio de 2000, n.º 115, p. 31.

gurar el respeto del orden público económico[18].

Esta postura es sin embargo minoritaria dentro de la doctrina[19]. Desde luego que no la comparten ni el TJCE (fallo Courage) ni la Comisión Europea, quienes consideran que:

> *las jurisdicciones nacionales ejercen una función esencial en la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia. Preservan los derechos subjetivos previstos por el derecho comunitario cuando resuelven litigios entre particulares, indemnizando sobre todo daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. El papel que juegan las jurisdicciones nacionales en este tema es complementario al de las autoridades de la competencia de los Estados miembros*[20].

Antes de finales de 2005, la Comisión tiene que publicar un Libro Verde destinado a dar un impulso decisivo al *private enforcement* y, asimismo, a la función de las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho comunitario de la competencia.

b) *Soluciones que la doctrina critica*

Daños y perjuicios punitivos

La instauración de los «daños y perjuicios punitivos», del tipo de los *treble damages* del derecho americano y que consisten en condenar por daños y perjuicios a una suma equivalente al triple del montante del perjuicio, se invoca a menudo como un medio para hacer el Contencioso antitrust más atractivo para los demandantes. Este sistema, de hecho, presenta ciertas ventajas.

Ante todo, se muestra como una respuesta a la dificultad de evaluar el perjuicio sufrido. El hecho de instaurar daños y perjuicios punitivos ampliamente más elevados que el perjuicio «realmente» sufrido, que según se dice, es muy a menudo infravalorado por los jueces, aseguraría una reparación efectiva. Además, los daños y perjuicios punitivos aparecen como un medio para aumentar el número de demandas por responsabilidad debido a las posibles ganancias ofrecidas a las víctimas de prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, la instauración de daños y perjuicios punitivos plantea numerosas dudas en la doctrina y entre sus practicantes[21]. En primer lugar, la instauración de los *treble damages* pondría una vez más en tela de juicio los fundamentos de la responsabilidad civil, especialmente en el derecho francés. De hecho, el derecho francés está basado en el tríptico: *todo el perjuicio, nada más que el perjuicio*, *sólo cuenta la situación de la víctima.* Ahora bien, la instauración de daños y perjuicios triplicados sería como institucionalizar un verdadero «enriquecimiento sin causa» de la víctima (cuya idea es rechazada por el fallo Courage, del TJCE, antes citado)[22]. Por otro lado, estos daños y

---

[18] Wouters P.J. WILLS: «Should private enforcement be encouraged in Europe?», *World Competition Law and Economics Review,* tomo 26, n.º 3, septiembre de 2003.

[19] Clifford A. JONES: «Private Antitrust enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition Law and Economics Review*, tomo 27, n.º 1, marzo de 2004.

[20] Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de2002 sobre la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, cs. 7.

[21] Robert SAINT- ESTEBEN: «Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs», *Les Petites affiches,* 20 de enero de 2005, n.º 14, p. 53.

[22] Véase fallo Courage citado anteriormente, punto n.º 30 y sig. (22)

perjuicios punitivos, al transformar a las víctimas en nuevos procuradores privados del derecho de la competencia, introduciría una confusión entre los intereses privados y públicos Cierto que es deseable un reforzamiento en la eficacia del contencioso privado, pero con la condición de no sustituir los instrumentos que la acción administrativa prevé para el mantenimiento del orden público económico. Finalmente, los *treble damages* presentan un riesgo de sanción excesiva, especialmente teniendo en cuenta el principio *non bis in idem*.

Aligeramiento de la carga de la prueba

Para superar los obstáculos relacionados con la administración de la prueba, se propone a veces aliviar o aligerar su carga. Para ello, se ha contemplado exigir solamente una prueba *prima facie* del vínculo de causalidad, cuyo efecto sería la inversión de la carga de la prueba. Asimismo, se sugirió que la sola prueba relativa a la ilegalidad del comportamiento o del acuerdo fuera suficiente, sin necesidad de pedir la prueba relativa a la falta prevista por derecho de responsabilidad civil.

Si se quiere facilitar el desarrollo del contencioso privado de la competencia, resulta loable exigir una prueba rigurosa previamente a la eventual condena de una empresa sobre la base de las reglas antitrust.

Por consiguiente, tanto la instauración de daños y perjuicios punitivos como el aligeramiento de la carga de la prueba, ofrecen el riesgo de hacer más atractivo el contencioso antitrust para los demandantes en detrimento de un tratamiento jurisdiccional justo y riguroso.

c) *Otras soluciones contempladas*

La instauración de *class actions*, al posibilitar el reagrupamiento de los intereses, permitiría a las víctimas repartir los riesgos y los costes relacionados con las demandas. En Francia se está en estos momentos estudiando el tema, pero existe una fuerte oposición, en especial por parte de los profesionales.

Por otra parte, hay que hacer hincapié en la escasa formación de jueces y abogados en derecho de la competencia, sobre todo a nivel universitario en la comunicación sobre el derecho de la competencia y en la necesidad de «formación permanente» de los jueces.

En Francia, al menos en los textos, se instauró una primera solución: la ley de 2001 citada anteriormente, previó la posibilidad de especializar a algunos tribunales también de apelación, a los cuales se trasladarían exclusivamente los contenciosos que tratasen de las reglas de competencia. Sin embargo, esta disposición legal con cuatro años de antigüedad, no ha sido puesta en práctica por la falta de decretos de aplicación. No obstante, estos últimos deberían ser adoptados en los próximos meses.

También se deben tomar medidas para facilitar la recolección de pruebas. Para ello, se puede sobre todo aumentar los poderes de los jueces, mejorar la formación de los expertos y aliviar las exigencias que soporta el demandante para demostrar la utilidad de los documentos aportados.

Pero el aspecto más importante sigue siendo el de la cooperación entre las autoridades de la competencia y las jurisdicciones de derecho común. De momento le está permitido a la DGCCRF intervenir ante las jurisdicciones en plei-

tos privados (artículo L.470 del Código de Comercio). Queda por generalizar este tipo de cooperaciones con el conjunto de las autoridades de la competencia, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario. Ahí reside la apuesta de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003.

SECCIÓN II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REGLAMENTO 1/2003 Y SU INFLUENCIA EN LOS SISTEMAS NACIONALES: ESTUDIO DEL CASO FRANCÉS

3. Nuevas funciones de las autoridades nacionales de competencia según el Reglamento 1/2003

3.1. *Innovaciones institucionales*

a) *Creación de una «red europea de la competencia»*

La innovación principal de la reforma, está en la creación de una «red europea de la competencia», cuyo principio se afirma en el decimoquinto considerando del Reglamento 1/2003[23]. Esta red la forman la Comisión y las diversas autoridades nacionales de la competencia (en adelante ANC). Las normas que encuadran esta nueva cooperación se recogen en el capítulo 4 del Reglamento, ulteriormente completado con una comunicación sobre cooperación en el seno de la red de las autoridades de la Competencia[24].

El respeto del principio de autonomía institucional

Debido a la gran diversidad estructural de las ANC en el seno de la Comunidad, se decidió dejar que los Estados miembros designaran las autoridades de competencia competentes para la aplicación de los artículos 81 y 82.

Los Estados miembros utilizaron plenamente la libertad que se les ofreció y las opciones elegidas son representativas de la diversidad de los diferentes sistemas nacionales de competencia. Así pues, nos encontramos dentro de la red con los tres grandes modelos de ANC:

- *el modelo unitario*, adoptado por los Países Bajos e Italia, en el que una sola autoridad puramente administrativa asume a la vez las funciones de investigación, instrucción y decisión;
- *el modelo dualista*, cuyo desarrollo hemos podido ver anteriormente en el caso de Francia, y en el que las funciones de investigación las asume un departamento del Ministerio de Economía, mientras que las de instrucción y decisión incumben a una autoridad administrativa independiente; ambas instituciones (Consejo de la Competencia y Ministerio de Economía (DGCCRF) son «de designación».
- *el modelo dualista de autoridad administrativa y jurisdiccional*, algunos Estados miembros optaron finalmente a la vez por una autoridad administrativa encargada de las actuaciones judiciales y una jurisdicción de derecho común, que es la única facultada para ejercer el poder de decisión.

---

[23] Para un estudio general sobre el reglamento 1/2003: L. IDOT: *Derecho comunitario de la competencia: el nuevo sistema comunitario de puesta en marcha de los artículos 81 y 82 CE*, Bruylant 2004.

[24] Comunicación de la Comisión sobre cooperación dentro de la red de autoridades de la competencia, DOUE C 101 de 27 de abril de 2003, p. 43. (CR en ad.)

El respeto del principio de autonomía procesal

De igual manera, se deja a los Estados miembros la libre elección de los procedimientos y de las sanciones que se deriven de la aplicación de los artículos 81 y 82. En efecto, el reglamento armoniza ciertos aspectos del procedimiento como la normativa sobre la carga de la prueba (artículo 2), y elabora, en el artículo 5, una lista exhaustiva de los diferentes tipos de resoluciones que pueden ser adoptadas por las ANC. Sin embargo, estas últimas siguen aplicando los artículos 81 y 82 conforme a sus normas de procedimiento nacionales.

La doctrina no puso mayores objeciones a esta elección en la medida en que al ser todos los Estados miembros signatarios del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, las diferencias existentes entre sus respectivas reglamentaciones no dejarían de ser mínimas. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto en lo que respecta al inicio y al desenlace del procedimiento, tratándose de etapas esenciales cuyas diferencias entre Estados miembros podrían no resultar tan despreciables.

En cuanto al inicio del procedimiento, el Reglamento no prevé disposición alguna sobre el régimen de la prescripción ni sobre el reconocimiento o no del principio de oportunidad de las actuaciones judiciales. En el caso del desenlace del procedimiento, el reglamento limita el esfuerzo de armonización al establecimiento de una lista exhaustiva de decisiones modelo susceptibles de ser adoptadas por las ANC: ordenar el cese de una infracción, ordenar medidas provisionales, aceptar compromisos, imponer multas, o cualquier otra sanción prevista por el derecho nacional. Concretamente, y con la obligada condición de prever sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, los Estados miembros son completamente libres de establecer e imponer las sanciones que quieran.

Por ese motivo se pueden observar diferencias considerables en cuanto a sanciones. Según los Estados miembros, estas pueden ser de índole administrativa o penal; su importe puede variar enormemente; finalmente, en algunos estados pueden aplicarse a personas físicas. El conjunto de esas diferencias, acentuado aún más por el desarrollo de los programas de clemencia y la «repenalización» del derecho de las prácticas anticompetitivas implica el riesgo de revelarse incompatible con cualquier movimiento de descentralización que en el futuro se intente, que no podrá llevarse a cabo sin la conservación de cierta coherencia en la aplicación de los artículos 81 y 82.

b) *El nuevo papel del Comité consultivo*

El Comité consultivo, creado por el reglamento 17/62, y formado por representantes de los Estados miembros, es la instancia en la cual se manifiesta la colaboración entre la Comisión y las ANC. Su consiguiente inserción en el nuevo dispositivo institucional introducido por la normativa 1/2003 se produce de forma natural, con un reforzamiento notable de su papel, y por tanto, con un aumento de las prerrogativas de las ANC.

En cuanto a la composición del comité, podemos destacar que cuando el artículo 10 de la normativa 17/62 decía simplemente que el comité:

> *estaba compuesto por funcionarios competentes en materia de alianzas dudosas y de posiciones dominantes,*

la nueva normativa dispone que ahora *«está compuesto por representantes de las autoridades de la competencia de los Estados miembros»*. Esta modificación ya es interpretada por las ANC como el reconocimiento de una *«legitimidad propia»*[25].

El nuevo funcionamiento del Comité, se rige por el artículo 14 de la normativa que instituye, además del procedimiento normal, un procedimiento simplificado en el que solamente se le puede consultar por escrito.

Además, el artículo 14.5 especifica que en adelante la Comisión ha de tener muy en cuenta el dictamen del Comité e informar a este último de cómo valoró su dictamen. Por otra parte, cuando el Comité emite su dictamen por escrito, puede recomendar su publicación a la Comisión. En tal caso esta última deberá proceder (artículo 14.6).

El ámbito que abarca la función consultiva del Comité se ha ampliado sensiblemente. Como ocurría hasta ahora, se le ha de consultar antes de cualquier decisión que adopte la Comisión (artículo 14.1). La comunicación en la red extiende ahora su función consultiva a los textos de alcance general. De hecho, los puntos 63 y 64 de esta comunicación indican que el Comité debe ser consultado sobre los proyectos de reglamentos, las comunicaciones y las directrices adoptadas por la Comisión.

Además, cuando la Comisión, aplicando el artículo 11.6 del Reglamento, tiene intención de privar a una ANC de un asunto para tramitarlo ella misma, se podrá debatir la cuestión en el Comité y éste emitirá un dictamen oficioso.

3.2. ***Funcionamiento de la red***

El artículo 11.1 del reglamento indica que la Comisión y las ANC aplican las normas comunitarias de la competencia *«en colaboración estrecha»*. Este principio implica, como complemento del nuevo dispositivo institucional, la implantación de criterios de distribución de los casos y de mecanismos que permitan, por un lado, asegurar una cooperación efectiva y, por otro, mantener una aplicación coherente de los artículos 81 y 82 CE.

a) *La distribución de los casos entre las ANC y la Comisión*

Los criterios de distribución de los casos se exponen en los puntos que van del 5 al 15 de la Comunicación en la red. El punto 5 distingue tres hipotéticos casos: la intervención de una sola ANC, la intervención de varias ANC que actuaran de forma paralela y, finalmente, la intervención únicamente de la Comisión. Está además explicitado que preferentemente y siempre que sea posible, se traten los casos por una única ANC.

Para designar la ANC, la Comisión tiene en cuenta la noción de *autoridad mejor situada*. Esta noción reviste a la vez criterios de vinculación con el caso y la preocupación por la eficacia en su tratamiento. Así pues, se considerará como mejor situada, a la ANC en cuyo territorio el acuerdo o la práctica tuviera efectos sustanciales directos, se pusiera en marcha o tuviera sus orígenes. La autoridad deberá además ser capaz de llevar el caso, resumiendo en particular los me-

---

[25] Bruno LASSERRE: «"Modernización", las adaptaciones necesarias del Consejo de la competencia», *Revista Concurrentes,* n.º 1, Diciembre de 2004, pp. 29-39.

dios de la prueba y, de poner fin a la infracción sancionándola con eficacia. Estas condiciones son acumulativas.

Por lo demás, cuando la práctica en cuestión produce efectos sustanciales en más de tres Estados miembros, la Comisión considera que ella misma es la mejor situada para intervenir.

Estos criterios de competencia se completan con mecanismos de reubicación de los casos de gran flexibilidad. Estos mecanismos están ante todo fundamentados en una obligación recíproca de información dentro de la red.

Cuando intervienen en virtud de los artículos 81 y 82, las ANC han de informar al resto de la red mediante intranet, rellenando un formulario descriptivo que ha de contener diferentes informaciones precisas (nombre de la autoridad a cargo del caso, producto o servicio afectado, territorio afectado, supuesta infracción, supuesta duración de la infracción, etc.). Se trata de una innovación importante en la medida en que la obligación de informar ya no solamente es vertical, dirigida a la Comisión, sino que se aplica también horizontalmente, entre las ANC. Esta información debe de transmitirse desde el comienzo del procedimiento iniciado, es decir, «antes o justo después» de las primeras medidas de investigación. En el caso de Francia, cuando el Consejo de la Competencia es requerido por el Ministro de Economía con motivo de un informe de investigación elaborado por la DGCCRF, esta última es quien tiene que cumplir con la obligación de informar.

Este mecanismo de información recíproca tiene como objetivo posibilitar una readjudicación eventual de los casos, especialmente en lo que a procedimientos paralelos no justificados se refiere, o cuando se hace cargo de un caso una autoridad que no es «la mejor situada» para tratarlo. El procedimiento de reubicación o de redirección de los casos ha de ser rápido. Una vez que la información se transmite a los miembros de la red, éstos disponen de un plazo de dos meses para presentar sus posibles alegaciones. En caso de procedimientos paralelos o consecutivos, el artículo 13 del Reglamento tiene previsto unas disposiciones que permiten suspender un procedimiento iniciado de oficio, o rechazar una queja cuyo objeto es o haya sido tratado por otro miembro de la red.

En cambio, hay una excepción en el principio de readjudicación de asuntos: una petición de clemencia dirigida a una ANC, no puede en ningún caso ser transmitida a otra ANC sin el consentimiento del solicitante.

b) *Los mecanismos de cooperación entre las ANC y la Comisión*

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

El funcionamiento de la red depende principalmente de la buena circulación de la información entre autoridades. Esto atañe a la vez a las informaciones automáticamente transmitidas en el momento del inicio del procedimiento (artículo 11.3) y a las informaciones más específicas, propias de un caso particular, que pueden ser transmitidas a petición de otra ANC (art. 12). El principio de libre circulación de la información tiene sin embargo varias limitaciones.

En primer lugar, todas las informaciones intercambiadas en la red están protegidas por el secreto profesional (art 28.2). En segundo lugar, solo pueden ser utilizadas para la aplicación de los artículos 81 y 82 y únicamente dentro del objeto para las que fueron recogidas (art 28.1). En tercer lugar, 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 casos: 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, sin embargo, no se podría pronunciar ninguna pena privativa de libertad).

Finalmente y en cuarto lugar, las informaciones facilitadas en el marco de una petición de clemencia dirigida a una ANC, no pueden en ningún caso ser utilizadas por otra ANC para iniciar otro procedimiento.

En materia de investigación, el Reglamento n.º 17/62 preveía mecanismos verticales que permitían a la Comisión solicitar a una autoridad nacional realizar ciertas medidas de investigación sobre su territorio. El Reglamento 1/2003 extiende esta posibilidad al conjunto de las ANC que, en lo sucesivo, pueden solicitar asistencia mutua en el marco de sus respectivas investigaciones.

c) *La conservación de la coherencia entre las decisiones de las ANC*

La descentralización de la aplicación de los artículos 81 y 82 CE afecta a la conservación de la coherencia en las resoluciones. Por ese motivo, a la vez que refuerza el papel de las ANC y del Comité consultivo, el Reglamento 1/2003 mantiene la preeminencia de la Comisión sobre el conjunto del nuevo dispositivo. Esta preeminencia se muestra en la obligación que tienen las ANC de informar a la Comisión antes de tomar decisiones, lo cual se basa en el derecho de «preferencia» concedido a la Comisión y en el ánimo de prevenir conflictos.

La obligación de informar antes de la toma de decisiones

Cuando una ANC tiene previsto adoptar una resolución desfavorable para las empresas, debe obligatoriamente informar de ello a la Comisión (art 11/4). El objetivo de esta disposición es el de permitir reaccionar a la Comisión. 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. Las decisiones consideradas desfavorables son las que ordenan el cese de la infracción, las que aceptan compromisos o las que retiran el beneficio de una exención por categoría.

En el caso de Francia, donde las decisiones son tomadas por una «cuasi-jurisdicción» (el Consejo de la Competencia), la obligación de facilitar un proyecto de decisión afectaría a los principios de independencia y de colegialidad. A fin de aceptar las disposiciones de la normativa, el Consejo de la Competencia facilita la notificación de los cargos, o el informe que confirma dichos cargos retenidos contra las partes.

El derecho de «preferencia» de la Comisión

Esta obligación de informar a la Comisión tiene como objeto permitirle reaccionar contra la resolución adoptada, utili-

zando eventualmente los poderes que le otorga el artículo 11/6. Según esta disposición, el inicio de un procedimiento por la Comisión desautoriza automáticamente a las autoridades de la competencia en la aplicación de los artículos 81 y 82.

En principio, esta facultad debería de ser utilizada por la Comisión principalmente durante la fase de readjudicación consecutiva a la apertura de un procedimiento por una ANC. Sin embargo, nada impide a la Comisión utilizarla, ya no al inicio del procedimiento sino durante su transcurso e incluso a su conclusión. Resulta evidente que la Comisión no recurrirá a este último extremo más que en ciertos casos de carácter excepcional, especialmente cuando percibe el riesgo de una resolución contraria a la jurisprudencia comunitaria o cuando juzgue necesario adoptar una decisión con objeto de reafirmar la política comunitaria de competencia

Prevención de conflictos

Al otro extremo del mecanismo a una autoridad nacional incompetente de desposeer un asunto, la normativa prevé otras disposiciones con el fin de prevenir los conflictos de decisión. De hecho, la obligación de informar prevista por el artículo 11.4, fundamentalmente, tendrá como objetivo, no tanto el permitir a la Comisión desautorizar a la ANC que iniciara el procedimiento, sino más bien auxiliar a esta última sobre la práctica de la toma de decisiones y asistirla en su función resolutiva. Por otra parte, el artículo 16.2 especifica que cuando la Comisión ya ha pronunciado una resolución sobre hechos similares que conlleven los mismos derechos legales, la autoridad de la competencia no puede enfrentarse a la decisión de la Comisión.

4. El nuevo papel de las jurisdicciones nacionales de derecho común según el Reglamento 1/2003

La reforma introducida por el Reglamento 1/2003 no está basada únicamente en la colaboración entre la Comisión y las ANC. También se fundamenta en la complementariedad de las funciones desempeñadas por la Comisión y las autoridades de la competencia con las jurisdicciones de derecho común, cuando éstas últimas aplican el derecho comunitario de la competencia. Dicha complementariedad puede en un principio sorprender, en la medida que la Comisión es un órgano administrativo que está a cargo de la puesta en práctica de una política comunitaria, mientras que las jurisdicciones de derecho común tienen por misión resolver, con toda independencia, los litigios entre particulares por intereses privados.

Esta complementariedad es, sin embargo, una realidad. Para empezar, está motivada por la necesidad. En efecto, la decisión de pasar de un sistema de autorización a un sistema de excepción legal en la aplicación del artículo 81.3, se explica en parte por el hecho que la Comisión ya no estaba capacitada para tratar todas las peticiones de exención individual que le eran remitidas y necesariamente tenía que definir prioridades en el tratamiento de los asuntos. Desde ese momento, la protección de los derechos subjetivos nacidos de la aplicación de los artículos 81 y 82 debía de ser garantizada por otras instancias, no sólo ya por las ANC, sino también por las jurisdicciones de derecho común.

Visto así, uno de los objetivos de la reforma es el fortalecimiento del papel de las jurisdicciones nacionales en la aplicación de los artículos 81 y 82 y el suscitar el de-

sarrollo del Contencioso antitrust. Para ello, contiene tres notables innovaciones:

1) En primer lugar, la supresión de las notificaciones, que debería implicar, en principio, un aumento de los conflictos y litigios relacionados con el desarrollo de los contratos.
2) El final del monopolio de la Comisión en cuanto a la aplicación del artículo 81.3, lo cual confiere, no solo a las ANC sino también y sobre todo a las jurisdicciones nacionales, plena competencia para la aplicación del artículo 81 en todas y cada una de sus disposiciones, incluso aquellas relacionadas con las exenciones. Es una de las mayores innovaciones del Reglamento.
3) La puesta en marcha de un procedimiento de cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales prevista ya en una Comunicación de 1993, que en su día no había tenido mucho éxito, pero que en adelante debería ser mucho más efectiva. Se ha publicado una nueva Comunicación para desarrollar esta cooperación[26].

4.1. ***Nuevo papel del juez nacional en la aplicación del derecho comunitario de la competencia***

a) *Ventajas del contencioso ante el juez nacional*

La Comisión considera que las jurisdicciones nacionales pueden contribuir significativamente al mantenimiento de una competencia efectiva dentro del Mercado Común. En efecto, en su Comunicación sobre el tratamiento de las denuncias[27], señala que las jurisdicciones de derecho común son las únicas que pueden pronunciarse sobre la validez o la nulidad de los contratos y conceder indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de violación de los artículos 81 y 82 CE. El desarrollo de un contencioso basado en los artículos 81 y 82 y la atribución de daños y perjuicios a las víctimas debería, por tanto, tener un efecto disuasorio en los comportamientos anticompetitivos.

El punto 16 de la Comunicación enumera de hecho todas las ventajas que una víctima de comportamientos anticompetitivos podría obtener al poner el caso en manos del juez de derecho común:

- El juez puede conceder una indemnización por el daño sufrido a causa de las prácticas anticompetitivas;
- El juez puede dictaminar la nulidad de algunos contratos o cláusulas amparándose en el artículo 81.2 y sacar todas las consecuencias posibles en derecho interno;
- El juez está mejor situado que la Comisión para dictar medidas provisionales;
- La Comisión puede introducir un recurso ante el juez, basándose a la vez en el derecho comunitario y en el derecho nacional;
- El juez está facultado para el pago de los gastos a la parte que haya ganado, lo cual nunca sería posible en un procedimiento administrativo ante la Comisión.

---

[26] Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, C 101/54 de 27/4/2004, n.º 17 y sig.

[27] Comunicación de la Comisión del tratamiento por la Comisión de las denuncias depositadas por cuenta de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOCE de 27/4/2004 C101/65.

La Comisión, por tanto, fomenta ampliamente el desarrollo del Contencioso antitrust y su meta es que el juez nacional se reafirme como el juez natural en la aplicación del derecho comunitario de la competencia en los litigios entre particulares.

El Reglamento 1/2003 tiende a reforzar esta línea en cuatro puntos. De hecho, y éste es uno de los elementos más importantes de la reforma, pone el punto final al monopolio de la Comisión en cuanto a la aplicación del artículo 81.3 y hace competentes a las jurisdicciones nacionales en la tarea de eximir acuerdos, decisiones y prácticas concertados que satisfagan al artículo 81/3.

Refuerza asimismo las formas de cooperación entre las jurisdicciones y la Comisión en la lucha contra las prácticas anticompetitivas. Convierte al juez nacional en el ejecutor de las decisiones emitidas por la Comisión y, finalmente, impone al juez nacional la aplicación del derecho comunitario de la competencia respetando la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia de las jurisdicciones comunitarias.

b) *Autonomía institucional y procesal*

El nombramiento del juez competente

El Reglamento 1/2003 mantiene el principio de autonomía institucional en cuanto al nombramiento de las jurisdicciones competentes en la aplicación de los artículos 81 y 82. Los Estados miembros gozan por tanto de total libertad en cuanto a la jurisdicción que quieran elegir. En Francia, y dentro del marco del proyecto de «especialización» anteriormente expuesto, es probable que se nombre a varios grandes tribunales de comercio y de apelación; por el momento, todos son competentes conforme a las normas de procedimiento del derecho común.

Por su parte, las jurisdicciones penales, a veces tienen que hacer uso del derecho comunitario de la competencia en aplicación del artículo L. 420-6 del Código de comercio, que castiga con 4 años de reclusión y una multa de 75.000 € por la participación en las infracciones referidas en los artículos L.420-1 y L.420-2, muy cercanas a las que apuntan los artículos 81 y 82. Asimismo, las jurisdicciones administrativas, también serán llamadas a su vez a aplicar el derecho de la competencia, cuando estén encausadas autoridades o personas públicas en actos de «dominio público».

Autonomía procesal

Los Estados miembros son libres de nombrar las jurisdicciones competentes en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, las cuales deben aplicar sus normas procesales nacionales para tratar prácticas anticompetitivas. Este principio está recogido en el punto 9 de la comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones.

Se está por tanto aplicando el derecho procesal nacional, respetando ciertos principios procesales esenciales provenientes de la jurisprudencia comunitaria, como por ejemplo, la obligación de aplicar por norma el derecho comunitario[28] y la posibilidad para una de las partes de un acuerdo ilícito de pedir daños y perjuicios siempre y cuando se encuentre en

[28] DOCE, 14 de diciembre de 1995, caso C-430 y 431/90.

una situación de dependencia[29] respecto a la otra.

Además, las jurisdicciones nacionales habrán de respetar, por un lado, las disposiciones procesales integradas en la normativa como, por ejemplo, el régimen de utilización de las piezas comunicadas por la Comisión, o las condiciones de suspensión o de clausura del procedimiento.

4.2. ***Cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales***

La cooperación entre el juez y la Comisión desde las primeras pesquisas es indispensable sobre todo en la fase de instrucción y de juicio.

a) *Implicación de las jurisdicciones nacionales en los procedimientos de investigación*

En lo que respecta al control jurisdiccional de las investigaciones, el artículo 20.8 del Reglamento se remite a los principios planteados por el Tribunal de Justicia especialmente en los asuntos *Hoescht*[30] y *Roquette*[31].

Cuando la Comisión presenta una solicitud de autorización para proceder a una inspección, las jurisdicciones nacionales realizan un mero control acerca del carácter proporcionado y no excesivo de las medidas previstas. Durante dicho control de proporcionalidad de las medidas coercitivas, la jurisdicción nacional puede preguntar a la Comisión sobre los motivos que la incitan a sospechar de una violación de los artículos 81 y 82. Sin embargo, este control nunca puede ejercerse sobre la necesidad de la resolución que conlleva a la inspección, porque el control de la legalidad de las resoluciones de la Comisión compete exclusivamente al Tribunal de Justicia. Finalmente, en caso de ausencia de respuesta por parte de la Comisión, la jurisdicción nacional puede rechazar la asistencia solicitada.

b) *Instrucción y juicio*

En esta fase es cuando más que nunca ha de producirse la cooperación entre el juez nacional y la Comisión, para así facilitar la aplicación, por el primero, del derecho comunitario de la competencia en los litigios entre particulares que le hayan atribuido.

Para ello, la Comisión se presenta cual *amicus curiae* (amiga del tribunal)[32], para así secundar a las jurisdicciones nacionales en la aplicación de las normas comunitarias de la competencia y «ayudarlas» cuando lo «consideren necesario».

Es decir que la petición de ayuda de la Comisión siempre es facultativa. Las modalidades de dicha ayuda están previstas en el artículo 15 del Reglamento n.º 1/2003, y especificadas en la Comunicación anteriormente citada.

— En primer lugar, los jueces pueden pedir a la Comisión que esta facilite «documentos que estén en su posesión o bien información acerca del procedimiento…», por ejemplo información sobre un

---

[29] DOCE, 20 de septiembre de 2001, *Courage,* caso 453/99.

[30] DOCE, *Hoetsch*, 21 de septiembre de 1989, caso 46/87.

[31] DOCE, *Roquette*, 22 de octubre de 2002, caso C-94/00.

[32] Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y las jurisdicciones nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, C 101/54 de 27/4/2004, n.º 17 y sig.

procedimiento abierto, sobre la fecha prevista para la decisión, o sobre el sentido de «la decisión prevista». La Comisión precisa que podría contestar en el plazo de un mes, lo que prueba la voluntad de celeridad en la cooperación. Es preciso subrayar el carácter informal de esta cooperación. La solicitud de la jurisdicción puede tramitarse por correo o incluso por correo electrónico, a una dirección indicada en la Comunicación.

Obviamente, la transmisión de documentos e información está sometida a los límites impuestos por el respeto al secreto profesional y al secreto mercantil.

Así pues, la Comisión se encuentra enfrentada a dos obligaciones antinómicas: por una parte la obligación de cooperar, y por tanto de informar, y por otra parte la de respetar el secreto profesional y el secreto de los negocios (artículo 287 CE). Sabemos que el fallo «Postbank» de 18/09/1996[33] propuso una solución bastante compleja a tal dilema, solución recogida en la Comunicación antes citada (n.º 25): la Comisión, antes de comunicar información que contuviera secretos mercantiles de terceras empresas (o partes), ha de asegurarse de la salvaguarda del secreto y de los intereses legítimos de las empresas a nivel de la jurisdicción nacional, la cual debe ofrecer garantías para tal efecto. En su defecto, se autorizará a la Comisión a rehusar la comunicación de la información.

Por otra parte, siempre dentro del marco de la jurisprudencia «Postbank», la Comisión está autorizada a rehusar la comunicación si los «intereses de la Comunidad» o «el cumplimiento de su misión» se vieran afectados por la transmisión de documentos o de información.

— Otra forma de asistencia al juez, está en la «solicitud de dictamen» a la Comisión. La obtención de un dictamen hecho por la Comisión puede ser de una gran ayuda para el juez nacional de derecho común. Este dispositivo ya existía en Francia: desde 1977, el juez podía solicitar el dictamen del Consejo de la Competencia. Pero contrariamente al procedimiento francés que prevé un procedimiento contradictorio ante el Consejo de la Competencia, antes de que este emita su dictamen, la Comisión decidió que lo establecería, sin escuchar a las partes, para así mantenerse «neutral» frente a los intereses privados confrontados ante el juez nacional. Puede resultar algo lamentable, ya que es obvio que el «dictamen» de la Comisión tendrá mucho peso para el Juez nacional; e incluso aunque este dictamen pudiera discutirse ante este último, podemos pensar que la discusión será mucho menos efectiva que si hubiese tenido lugar mucho antes, ante la misma Comisión, previamente a la elaboración del dictamen.

Más allá de esta útil «cooperación» con la Comisión, la extensión del poder de los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario, hizo necesario, sobre todo, definir las soluciones a eventuales conflictos de ley, por un lado, y de decisiones, por otro.

4.3. ***Solución a los conflictos de leyes y de resoluciones***

Inicialmente, el Reglamento se preocupó de los posibles conflictos que pudieran suceder entre el derecho comunitario y los derechos nacionales.

---

[33] T-353/94 (Rec. 1996, II, p. 921).

Como ya hemos visto, el juez nacional es requerido para aplicar el Derecho comunitario de la competencia, aunque sea de oficio. Esta aplicación podría darse de forma paralela a la del derecho interno de la competencia. Por ello, cabe la posibilidad de que las soluciones previstas por uno u otro derecho sean objeto de discrepancia.

Por supuesto, el principio de «primacía» del Derecho comunitario ha de ser la regla en estos conflictos, dado que no hay duda alguna sobre la imposibilidad de declarar lícita, con base en el derecho interno, una práctica que fuera ilícita según los artículos 81 y 82 CE.

El debate era más delicado a la inversa, en cuanto a prácticas que fueran lícitas a nivel comunitario: los derechos internos podían ser más severos en la protección de la competencia y prohibir, por ejemplo, un acuerdo exento en virtud de artículo 81.3 o que se beneficiara de una «declaración negativa».

Los respectivos partidarios de las tesis de la «simple» o de la «doble barrera» se enfrentaban. Desde 1969, en la sentencia «Walt Willem»[34], el TJCE adoptó la teoría de la «barrera simple», al menos en cuanto a acuerdos beneficiarios de una exención individual o más aún, de un Reglamento de exención. Se discutía la cuestión en cuanto a las prácticas para las cuales el artículo 81.1 o incluso el artículo 82 eran inaplicables, a falta de cumplir las condiciones de dichas disposiciones (ausencia de perjuicio a la competencia, de efectos en el comercio entre Estados miembros…).

El Reglamento n.º 1/2003 ha zanjado el problema: triunfa la tesis de la «barrera simple»; si en la práctica el acuerdo afecta al comercio entre Estados miembros, se impone la solución del derecho comunitario, sea cual sea; si la práctica es lícita según el artículo 81.1, no podrá ser prohibida basándose en el derecho nacional[35]. En cambio, y en relación a los abusos de posición dominante, los Estados pueden «adoptar y aplicar en su territorio las leyes nacionales más estrictas que prohiban o sancionen el comportamiento unilateral de una empresa».

Pero no bastaba con zanjar los conflictos entre los derechos internos y el comunitario para conseguir una aplicación coherente del derecho comunitario dentro de la Unión. También era preciso no permitir el desarrollo de jurisprudencias nacionales divergentes en la interpretación y en la aplicación del mismo derecho comunitario, aun considerando que es esencial el papel del TJCE en el marco de las cuestiones perjudiciales (artículo 234 CE)l. El artículo 16 de la Normativa n.º 1/2003, desarrollado en la Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones, fija las normas relacionadas con dicha «aplicación uniforme».

4.4. *Aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia por el juez nacional*

Los principios establecidos en el artículo 16 del Reglamento están clara y explícitamente indicados en la Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones.

Es preciso entrever dos situaciones dentro del mismo caso, en función de si la Co-

[34] C-14/68 de 13/2/1969 (Rec. 1969, p. 1).

[35] Reglamento, artículo 3 $ 2.

misión se ha pronunciado o no, mediante decisión.

a) *Si el juez resuelve después de la Comisión*

Ha de respetar la susodicha decisión de la Comisión que se impone a la suya. Si, por el contrario, decidiera adoptar un juicio diferente, al no estar de acuerdo con la decisión de la Comisión, solamente podría enviar una cuestión prejudicial al TJCE y, en la espera, aplazar su propia decisión.

b) *Si el juez resuelve antes que la Comisión*

Tiene que procurar evitar una decisión que fuera contra la decisión «prevista» por la Comisión, lo cual, obviamente supone que el juez haya sido informado de la existencia de un procedimiento abierto en la Comisión, del estado de este procedimiento y de la «resolución prevista». El juez, aunque en principio es libre de decidir, puede por precaución, posponer su decisión, ya que, tal y como especifica la Comisión en la citada Comunicación, «por su parte se esforzaría en dar prioridad a los casos en los que haya decidido iniciar un procedimiento y que sean objeto de un procedimiento nacional pendiente de resolver por tal motivo…»[36].

Por otra parte, si la Comisión ya hubiere adoptado una resolución en otro asunto similar, el juez podría resolver sin esperar, aunque, se da por hecho, que siempre resolverá conforme a aquella.

CONCLUSIÓN

Se puede decir que, en adelante, las autoridades y jurisdicciones nacionales se van a parecer a soldados de infantería en primera línea del combate, luchando contra las prácticas anticompetitivas con todos los medios ofrecidos tanto por el derecho interno como por el comunitario.

Pero no basta con abastecer de armas a los combatientes, también es preciso organizarlos de manera que sus armas no se encasquillen y sean eficientes, y sobre todo… que por exceso de celo, torpeza o mala organización, no empiecen a disparar a diestro y siniestro… aún con el riesgo de herirse entre ellos.

Esta parábola guerrera es sin lugar a dudas improcedente cuando se trata de la función de un juez, independiente por principio. Pero ilustra en su totalidad la gran complejidad de la labor de las ANC y de las jurisdicciones nacionales, que han de trabajar para una interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario, dentro de una Unión formada por 25 países, algunos de los cuales descubren a la vez la Unión y el Derecho de la competencia.

[36] Comunicación sobre cooperación con las jurisdicciones nacionales, n.º 12.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARHEL, P. (2004): «Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence», *JCP E Semaine juridique*, n.º 51 du 16 décembre 2004, p. 2010.

BELLAMY & CHILD (2002): *European Community Law of Competition*, Fifth Edition, Sweet Maxwell, Thomson.

BOUT, R.; BRUSCHI, M.; LUBY, M.; POILLOT-PERRUZZETTO, S., CAS, G. (2005): *Droit économique*, édition Lamy.

BRAULT, D. (2004): *Politique et pratique du droit de la concurrence en France,* L.G.D.J.

BRUNET, F. (2005): «Contrôle français des concentrations:la consultation du Conseil de la concurrence a-t-elle encore une utilité?», *Revue Lamy de la concurrence*, mai-juillet 2005, n.º 3.

CANIVET, G.(2004): «L'organisation des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence», *Concurrences-RDLC*, décembre 2004- n.º1, p. 21.

CHEYNEL, B.; NOURISSAT, C. (2005): «Adaptation du droit français au droit communautair» commentaire de l'ordonnance n.º 2004-237 du 4 novembre 2004, *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 2, février / avril 2005, p. 63.

ETUDE ASHURST (2004): *Study on the conditions of claims on damages in case of infringement of EC competition rules* disponible en la página web: ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/economic_clean_en.pdf

FASQUELLE, D. (1998): «La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles», *RTD com*, 51 (4), oct-dèc 1998, p 763.

GAVALDA C.; PARLÉANI G. (2002): «Note sous arrêt: Courage Ltd c. Crehan», *JCP E Semaine Juridique* (édition entreprise), du 12 septembre 2002, n.º 37, p. 1427.

GALVADA, C., PARLEANI, G. (2002): *Droit des affaires de l'Union européenne,* Litec, 4e édition.

GLAIS M. (2000): «L'évaluation des sanctions par le juge», *Revue de la concurrence et de la consommation*, mai-juin 2000, n.º 115, p. 31.

IDOT, L. (2004): *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Série Concurrence, Bruylant.

IDOT, L. (2005): «La réforme du droit antitrust en Europe: un an de pratique (A propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005)», *Europe* n.º 4, du 1er avril 2005, p. 6.

JONES, C. A. (2004): «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition 27*(1): 13-24, 2004, Kluwer Law International.

KOMNINOS, A. P. (2002): «New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage V. Crehan and the Community Right to Damages», *Common Market Law Review 39*: 447-487, 2002, Kluwer Law International, p. 447.

KOVAR, R. (2004): *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE*, *D.* 2003, n.º 7, p. 478.

LASSERRE, B. (2004): «"Modernisation": les adaptations nécessaires du Conseil de la concurrence», *Concurrences-RDLC*, décembre 2004-n.º 1, p. 29.

MEFFRE, J. (2005): *Modernisation du droit communautaire de la concurrence. Le contrôle a posteriori de la licéité des accords par le juge national: questions de procédure*, *D.* n.º 5 du 3 février 2005, p. 361.

MOMÈGE, C., IDOT, L.(2001): *Application of articles 81 & 82 EC by the french ordinary courts: A procedural perspective*, European Competition Law Annual 2001 - Effective Enforcement of EC Antitrust Law, (C.D. Ehlermann, I. Atanasiu ed.), Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 232.

NUSSENBAUM, M. (2005): «Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles», *Petite affiches,* 20 janvier 2005, p. 37.

PAULIS, E., GAUER, C. (2005): «Le règlement 1/2003 et le principe du ne bis in idem», *Concurrences-RDLC,* n.º 1-2005, p. 32.

PICOT, T. (2005): «La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2, I, du Code de commerce: un "settlement" à la française en matière de concurrence», *Revue Lamy de la concurrence,* n.º 2, février/ avril 2005, p. 142.

RIFFAULT-SILK, J. (2004): «La réforme du règlement n.º 17: vers une nouvelle mise en œuvre des articles 81 et 82 CE. La jurisprudence de l'exception légale française: quel modèle pour l'application des nouvelles règles de droit communautaire?», *Cahiers de droit de l'entreprise* n.º 3 du 1er juillet 2004, p. 1.

RIOU, P. (2004): «La mise en œuvre du règlement n.º 1/2003 par les autorités nationales de concurrence, révolution ou évolution?», *Cahiers de droit de l'entreprise,* n.º 2 du 6 mai 2004, p. 28.

SAINT-ESTEBEN, R. (2005): «Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs», *Petite affiches,* 20 janvier 2005, p. 53.

SÉLINSKY, V. (2005): «Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence»,

Revue Lamy de la concurrence, n.º 3, mai/ juillet 2005, p. 17.

VOGEL, J.; VOGEL, L. (2005): «Du droit à la régulation de la concurrence: les programmes de clémence», *La semaine juridique, édition entreprise,* n.º 23 du 9 juin 2005.

VOGEL, J.; VOGEL, L. (2004): «Concurrence, réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE: les conséquences pratiques du "paquet modernisation"», *JCP E Semaine juridique,* n.º 39 du 23 septembre 2004, p. 1474.

WILS W.P.J.: «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe», *World Competition* 26(3): 473-488, 2003, Kluwer Law International.

WISH, R.: *Competition law,* LexisNexis Butterworths, Fifth Edition.

Disposiciones comunitarias y nacionales

Disposiciones comunitarias

Règlement (CE) n.º 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.C.E.* L. 1 du 4 janvier 2003.

Règlement (CE) n.º 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *J.O.C.E.* L 123 du 27 avril 2004.

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de Concurrence *J.O.* C 101 du 27 avril 2004.

Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *J.O.* C 101 du 27 avril 2004.

Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, *J.O.* C101/65 du 27 avril 2004.

Disposiciones francesas

Loi n.º 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *J.O.* 113 du 16 mai 2001.

Décret n.º2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, *J.O.* 103 du 3 mai 2002.

Ordonnance n.º 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *J.O.* n.º 258 du 5 novembre 2004.

Jurisprudencia comunitaria

CJCE, *BRT* et *SABAM*, 30 janvier 1974, aff. C-127/73.

CJCE, *Hoechst*, 21 septembre 1989, aff. 46/87.

CJCE, *Courage LTD c. Crehan*, 20 septembre 2001, aff. C-453/99.

CJCE, *Roquette*, 22 octobre 2002, aff. C-94/00.

La Defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán

La competencia es un principio rector de la economía social de mercado. Desde 1890 con la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos, la Defensa de la competencia forma parte de la política económica de los países desarrollados. En el Estado español, tras la Sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional la aplicación de la política de competencia ha sido parcialmente descentralizada. Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que creó órganos propios para la Defensa de la competencia. Su experiencia demuestra la importancia de estos órganos, cuya cercanía y conocimiento del mercado, facilita la persecución de las conductas restrictivas de la competencia, impulsa una mayor liberalización de los diferentes mercados y promueve con eficacia la cultura de la competencia en el conjunto de la sociedad.

Lehia merkatuko gizarte-ekonomia zuzentzen duen printzipioetako bat da. 1890 urtean, AEBetan Sherman Act aldarrikatu zenetik, lehiaren Defentsa herrialde garatuetako ekonomia-politikaren parte da. Espainiako Estatuan, Konstituzio Auzitegiaren 208/1999 epaia eta gero, partzialki deszentralizatu da lehiaren inguruko politikaren ezarpena. Katalunia izan zen lehiaren Defentsarako berezko organoak sortu zituen lehenengo autonomia-erkidegoa. Horko esperientziak erakusten du zenbaterainoko garrantzia daukaten organo horiek, organook hurbilekoak izateak eta organo horiek merkatuaren gainean duten ezagutzak lehia mugatzen duten portaeren jazarpena errazten baitu, merkatuen liberalizazio handiagoa bultzatzen du eta, gizarte osoan, modu eraginkorrean sustatzen du lehiaren kultura.

Antitrust Policy is a guiding of the social economy of the market. Since 1890 by the Sherman Act enactment in the United States, the Defence of Competition is part of the economic policy in the developed countries. In the Spanish State, after the 208/1999 ruling of the Constitutional Court, the application of the antitrust policy has been partially decentralised. Catalonia was the first autonomous community that created its own institution to defend the antitrust policy. Its experience shows the importance of these instruments, whose proximity and knowledge of the market, make easy the persecution of the restrictive behaviour of Antitrust, drive to a major liberalisation of the different markets, and finally, promote with efficacy the Antitrust culture in the whole society.

Lluís Franco i Sala*
Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia

ÍNDICE

1. El papel de los organismos de Defensa de la competencia
2. Administración central del estado y comunidades autónomas
3. El modelo catalán de Defensa de la competencia
4. Beneficios de un modelo descentralizado de Defensa de la competencia
5. Comentario final
Referencias bibliográficas

Palabras clave: conducta abusiva, conducta restrictiva, conducta desleal, distribución de competencias, autorización singular, costes de transacción

N.º de clasificación JEL: K21, K42, L41, L42, R38

1. EL PAPEL DE LOS ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Defensa de la competencia ha recorrido una larga historia en el mundo occidental desde que a finales del siglo XIX en Estados Unidos se promulgara la «Sherman Act» (1890)[1]. Desde entonces numerosos países han intentado evitar que haya acuerdos que restrinjan o puedan restringir la competencia, así como evitar las situaciones de abuso desde posiciones de dominio. En el caso concreto de España, por influencia de los Estados Unidos, se promulgó la denominada Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia en 1963. Por lo que respecta al ámbito de la Unión Europea, se incorporó la materia en los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente 81 y 82). En ellos se prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de la posición de dominio.

Además, desde mediados del siglo XX, la defensa de la competencia también se relaciona con la intervención que efectúa el Estado en la política económica. En los países occidentales conviven desde entonces la libre competencia y la intervención en el mercado. Así, el Estado asume su responsabilidad en el correcto funcionamiento del mercado. Su papel consiste

* Presidente del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y profesor titular de Política Económica de la Universidad de Barcelona.

[1] La Sherman Act. Como afirma la famosa ley norteamericana, Sherman Act (1890): «Se plantea una exigencia de vigilancia de los poderes públicos con el fin de que se mantengan las condiciones que permiten a las fuerzas del mercado un desenvolvimiento eficaz, esto es, es necesario crear el cuadro normativo adecuado para la existencia de auténticas condiciones de competencia». Y seguía: «Es rigurosamente falso que el mercado se cuide a sí mismo. O el Estado se ocupa del mercado, cuidando de que exista y de que se perpetúe, o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él».

en establecer las «reglas del juego» y vigilar su cumplimiento. El Estado fija el marco general de ordenación, pero también interviene para garantizar su mantenimiento y evitar actuaciones que sean contrarias a las citadas reglas o a los efectos que éstas persiguen, todo ello sin perjudicar los acuerdos y planes privados que sean de conformidad con el orden económico fijado.

En este esquema, la Defensa de la competencia es un principio rector de la economía social de mercado. Tanto la teoría como la amplia experiencia acumulada muestran que si realmente existe competencia en los mercados, las empresas y los consumidores se benefician de precios más reducidos, mayores posibilidades de elección de los consumidores y de una mejor atención a los clientes, a lo que cabe añadir que resulta más fácil la entrada de nuevas empresas. Desde la perspectiva del conjunto de la economía, la competencia favorece la reducción de la inflación, el aumento de las exportaciones, un mayor crecimiento económico y del empleo. En otras palabras, la existencia de una verdadera competencia contribuye al bienestar y al incremento de la riqueza de los países.

Las administraciones públicas deben defender e impulsar la competencia. Para ello cuentan con tres grandes ámbitos de actuación. En primer lugar, han de vigilar y perseguir aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas de agentes económicos que produzcan, aunque sea potencialmente, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia (fijación de precios, limitación de la producción o la distribución, reparto del mercado o de las fuentes de suministro, aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes que coloquen a algún competidor en situación de desventaja, etc.), así como los abusos de posición dominante por parte de una o de varias empresas.

También las administraciones públicas han de promocionar e impulsar la libre competencia y el funcionamiento eficiente de los mercados. Para ello se realizan estudios, informes, propuestas, o se procede al impulso de los procesos de liberalización para mejorar la competencia en los distintos sectores y actividades económicas. Y en tercer lugar, las administraciones deben informar sobre la legislación y política de la defensa de la competencia y difundir entre los ciudadanos y los agentes económicos una amplia cultura de la competencia.

2. ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Los órganos responsables en materia de competencia se establecieron de forma centralizada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia[2]. En concreto, se reguló el funcionamiento de un único Servicio de Defensa de la Competencia (con funciones instructoras) y un único Tribunal de Defensa de la Competencia (con funciones resolutorias) para el conjunto del Estado. Por consiguiente, no se recogía la posibilidad de que las comunidades autónomas pudieran establecer órganos autonómicos en este ámbito. Ante esta opción, el

[2] *Boletín Oficial del Estado,* núm. 170, de 18 de julio de 1989.

Gobierno Vasco[3] y el Gobierno Catalán[4] interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada ley. Atendiendo a estos recursos el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 208/1999[5,6], declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o parte del mercado nacional» contenida en diversos preceptos de la Ley citada 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 del Tribunal Constitucional dio lugar a la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia[7]. En la misma se estableció la distribución de competencias en la materia entre el Estado y las comunidades autónomas[8].

Corresponde al Estado:

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[9].
b) La autorización de conductas que impidan o restrinjan la competencia, en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley[10], cuando afecten a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado estatal.
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 los organismos internacionales.

En cambio, corresponde a 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[11].
b) La autorización de conductas que impidan o restrinjan la competencia en los supuestos y los requisitos previstos en la Ley[12], cuando afecten a un ámbito no superior a la comunidad autónoma.

Asimismo, los órganos competentes de las comunidades autónomas pueden: emitir informes de oficio o a instancia del gobierno autonómico sobre actividades normativas o administrativas que afecten a la competencia; proceder a la investiga-

---

[3] 17 de octubre de 1989.

[4] 18 de octubre de 1989.

[5] Sentencia de 11 de noviembre de 1999, dictada sobre los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989.

[6] La sentencia tuvo dos votos particulares.

[7] *Boletín Oficial del Estado,* núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

[8] También tienen atribuidas competencias en este ámbito la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (disposición adicional tercera de la Ley 1/2002), así como la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

[9] De conformidad con lo establecido en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

[10] De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

[11] De conformidad con lo establecido en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

[12] De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ción y al análisis de sectores y actividades económicas en términos de libre competencia; o difundir la cultura de la competencia e informar a las empresas y ciudadanos.

Ante la posibilidad de que a consecuencia de la distribución de competencias en algunos supuestos puedan producirse ciertas discrepancias, la Ley fija determinados órganos y mecanismos de coordinación y resolución de conflictos. En concreto[13]:

a) El Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las comunidades autónomas.
b) La Junta Consultiva en materia de conflictos.
c) Diferentes mecanismos de información recíproca.
d) La posibilidad de que el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia puedan celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las comunidades autónomas para la instrucción y la resolución de los procedimientos.

Con relación a alguno de estos organismos y a los citados mecanismos se ha cuestionado que no haya una situación de estricta reciprocidad entre la posición de la administración central 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. En la misma línea se puede señalar que las obligaciones de transmitir la información son diferentes según se trate de los órganos de la administración central o de los autonómicos. Las comunidades autónomas, en todo caso, remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas, notificando cualquier conducta detectada de oficio que pueda ser restrictiva de la competencia. En cambio, el Servicio de Defensa de la Competencia solo remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de todas las denuncias y solicitudes de autorizaciones singulares que hayan recibido, así como de las actuaciones practicadas de oficio, cuando se refieran a conductas que afecten a la respectiva comunidad autónoma.

Los siguientes gráficos muestran a qué nivel corresponderían los asuntos a la administración del Estado o a los organismos autonómicos en caso de estar constituidos, y también la distribución de casos de ámbito autonómico por comunidades.

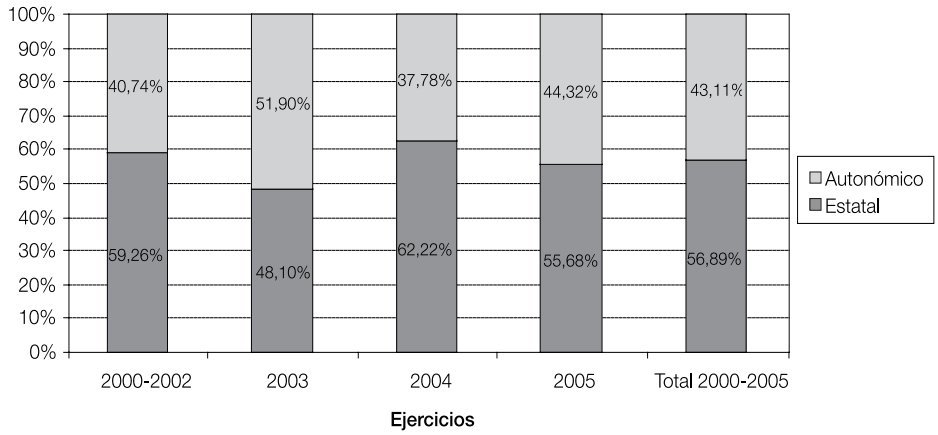
Como muestra el gráfico n.º 1, según datos de los ejercicios 2000 a 2005, ambos inclusive, los expedientes por conductas contrarias a la competencia de los art. 1, 6 y 7 de la Ley 16/89, así como las autorizaciones del artículo 4, correspondían en un 57% al ámbito estatal y en un 43% al ámbito autonómico. Es previsible que el porcentaje relativo a las comunidades autónomas aumente al incrementarse las denuncias por la proximidad de las instituciones a los ciudadanos y agentes económicos.

El número de asuntos del 2000 al 2005 distribuido por comunidades autónomas

[13] Artículo 2 a 5 dela Ley de coordinación de les competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

Gráfico n.º 1

Distribución de los expedientes según su ámbito de competencia
(en %)



Fuentes: Servicio de Defensa de la Competencia, Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Cataluña y elaboración propia.

varía mucho de unas a otras comunidades (gráfico n.º 2). Cataluña es la que más asuntos autonómicos concentra, un total de 63, seguida de Madrid con 28, Andalucía con 27, y Comunidad Valenciana y Galicia con 22. Navarra con 2 casos y La Rioja con 1 son las que durante ese período tuvieron menos casos. No obstante, si nos fijáramos en la evolución temporal, observaríamos que la frecuencia de asuntos, ha ido aumentando en los últimos tres años, 2003, 2004 y 2005, justamente cuando en Cataluña han funcionado plenamente los órganos de defensa de la competencia mientras que en el resto de comunidades no ocurría tal cosa.

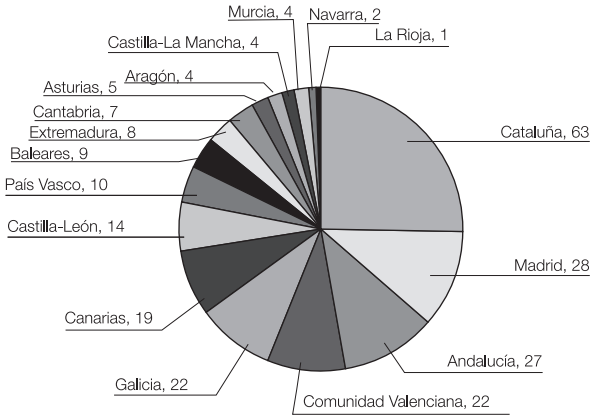
El estudio de la distribución de asuntos por sectores y actividades de ámbito autonómico nos ofrece el siguiente cuadro. Son[14] los colegios profesionales, administraciones públicas, funerarias, distribución de gas, actividades farmacéuticas, distribución de prensa,… los que concentran la mayoría de casos. En cambio, los sectores y actividades relevantes del ámbito supraautonómico o del conjunto del mercado estatal son[15]: telecomunicaciones, actividad de televisión y radio, distribución de productos de alimentación y bebidas, distribución de tabaco y productos farmacéuticos, transporte aéreo y

[14] Según información del Servicio de Defensa de la Competencia para el período 2000-2002.

[15] Según información del Servicio de Defensa de la Competencia para el período 2000-2002.

Gráfico n.º 2

Distribución de expedientes por comunidades autónomas
(2000-2005)



Fuentes: Servicio de Defensa de la Competencia, Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Cataluña, Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y elaboración propia.

marítimo, producción y distribución de energía, intermediación financiera.

3. EL MODELO CATALÁN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Tribunal Catalán de Defensa de la competencia y la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalidad son los órganos de defensa de la competencia de Cataluña[16]. Al igual que en el Estado, las funciones de instrucción y de resolución de los expedientes quedan atribuidas a órganos diferentes, con la finalidad de garantizar la imparcialidad de los órganos que deben decidir sobre la conducta concreta de que se trate. Así pues mientras la Dirección General de Defensa de la Competencia[17] tiene las funciones de incoación y de instrucción de los expedientes, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia procede a resolverlos.

El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia es un organismo al servicio de los ciudadanos y de las empresas, cuya misión es proteger e impulsar la com-

[16] Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el cual se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalitat de Catalunya (*Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña,* núm. 3711, de 2 de septiembre del 2002).

[17] Se estructura en dos áreas: el área de conductas restrictivas de la competencia y el área de estudios y análisis del mercado.

petencia en Cataluña. El Tribunal actúa con personalidad jurídica propia, total independencia, autonomía de gestión y plena capacidad de obrar en el ejercicio de sus funciones para el cumplimiento de sus finalidades. Asimismo, está constituido como un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat.

Los objetivos del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia son:

a) Defender a la ciudadanía mediante sus resoluciones.
b) Realizar propuestas para la mejora de la competencia mediante informes, estudios y análisis de los sectores económicos.
c) Difundir a la sociedad los beneficios de la competencia, defendiendo los derechos de los ciudadanos y de las empresas.
d) Participar en los organismos estatales e internacionales que velan por la defensa de la competencia.

Asimismo, el funcionamiento del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia garantiza los siguientes principios:

a) Seguridad jurídica. Se aplica un detallado procedimiento y cada una de sus decisiones está plenamente fundamentada.
b) Transparencia. Se publican en Internet las resoluciones y estudios del Tribunal.
c) Independencia de las decisiones[18].
d) Tutela judicial efectiva mediante la revisión de las resoluciones del Tribunal, si son recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las principales actuaciones que el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia ha desarrollado hasta la fecha se pueden agrupar en cuatro ámbitos diferenciados:

a) Tramitación y resolución de los expedientes correspondientes a los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia, y de conformidad con la distribución de competencias expuesta en párrafos anteriores.
b) Realización de propuestas normativas, informes y estudios.
c) Información y difusión pública de la defensa de la competencia.
d) Participación en organismos estatales e internacionales.

El cuadro n.º 1 muestra una síntesis de las principales actuaciones llevadas a término por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia en los años 2003, 2004 y 2005.

3.1. **Tramitación y resolución de expedientes**

En cuanto a los expedientes correspondientes a los procedimientos previstos en la Ley 16/1989, de defensa de la competencia, y que corresponden al ámbito de la comunidad autónoma, el número de expedientes iniciados por la Dirección General de Defensa de la Competencia desde finales del 2002 hasta finales del 2005; ha sido de 41[19] de ellos 39 corresponden a

[18] En esta línea, los mandatos tienen carácter irrevocable. El presidente y los vocales son nombrados entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio por un periodo de cinco años, que puede ser renovado por una única vez y por igual período.

[19] Según datos de la propia Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya.

Cuadro n.º 1

Actividades del Tribunal catalán de Defensa de la Competencia
(2002-2005)

Asuntos	41
Resoluciones dictadas por el TCDC	10
Estudios e informes	11
Publicaciones	6
Jornadas	4
Folletos de difusión pública	3
Actividades institucionales de ámbito estatal	12
Actividades institucionales de ámbito internacional	10

Fuentes: Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalidad de Cataluña, TCDC y elaboración propia.

denuncias presentadas y 2 a actuaciones iniciadas de oficio. Los citados expedientes se hallaban, al finalizar el año 2005, en la siguiente situación:

a) Dieciséis expedientes fueron archivados. Además, otro expediente fue archivado y recurrido ante el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia quien resolvió a favor de los recurrentes[20].
b) Dos finalizaron con acuerdo convencional de las partes ante la Dirección General de Defensa de la Competencia.
c) Diez expedientes han visto finalizada su instrucción y han sido remitidos al Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia. Siete de ellos ya han sido resueltos[21], mientras que los tres restantes se hallan en fase de resolución.
d) Un expediente de «autorización singular» ha sido resuelto por el Tribunal[22].
e) El resto de expedientes se hallan en la Dirección General en diferentes estadios de tramitación.
f) Además de los 41 asuntos, tres casos denunciados ante la Dirección General de Defensa de la Competencia se trasladaron al Servicio de

[20] Expediente RC 1/ 04, Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña. Resolución TCDC, de 10 de marzo de 2004.

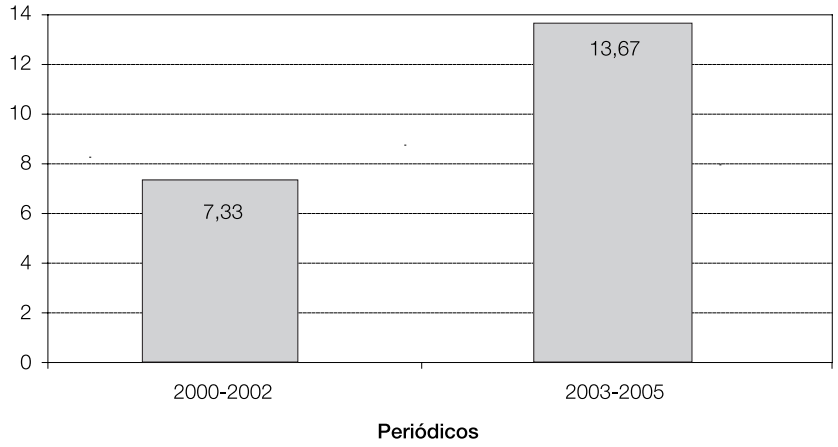
[21] Expediente 3/03, Autoescuelas del municipio de Sabadell (resolución TCDC, de 21 de julio del 2004); 2/03, Escuelas de esquí (resolución TCDC, de 28 de julio del 2004); Expediente 4/03, Electra Caldense, SA - Endesa Distribución Eléctrica, SLU (resolución TCDC, de 6 de octubre del 2004); Expediente 5/04, Autoescuelas del municipio de Santa Coloma de Gramenet (resolución TCDC, de 17 de junio de 2005); Expediente 6/04, Autoescuelas del municipio de Badalona (resolución TCDC, de 23 de junio de 2005); Expediente RC 7/04, Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña (resolución TCDC, de 2 de febrero de 2005); Expediente 8/04, Autoescuelas del municipio de l'Hospitalet de Llobregat (resolución TCDC, de 23 de noviembre de 2005).

[22] Expediente RA 1/03, Gremio de Vehículos a Motor de Barcelona y Provincia.

Gráfico n.º 3

Promedio anual de asuntos en Cataluña

(en %)



Fuentes: Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat, TCDC y elaboración propia.

Defensa de la Competencia del Estado, por corresponder al ámbito supraautonómico.

Al comparar los tres años precedentes a la creación de los órganos catalanes (2000 a 2002) con los tres primeros ejercicios de funcionamiento se observa que el número de asuntos se ha doblado. En los años 2000, 2001 y 2002, se asignaron 22 casos, lo que representa 7,3 casos por año, mientras que en los años 2003, 2004 y 2005 la citada Dirección ha tenido conocimiento de otros 41 casos, a lo que corresponde un promedio anual de 13,7 (gráfico n.º 3).

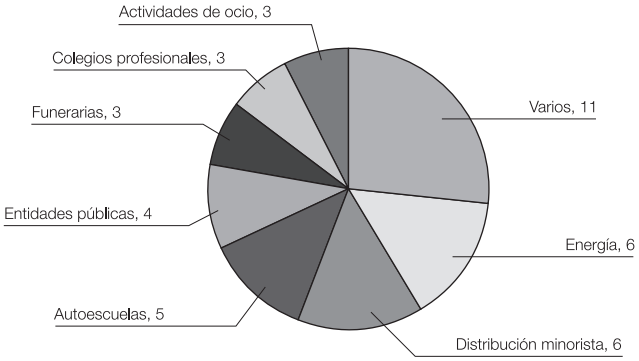
La clasificación de las materias de los expedientes por sectores de actividad económica en Cataluña durante el período 2003-2005 se muestra en el gráfico n.º 4. Los asuntos referentes a Energía y Distribución minorista han sido los más numerosos con 6 expedientes, seguidos de Autoescuelas con 5 y Entidades públicas con 4. Funerarias, Colegios profesionales y Actividades de ocio han concentrado 3 expedientes cada uno.

3.2. **Propuestas, estudios y análisis tendentes a mejorar la competencia**

El segundo gran ámbito de actuación del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia radica en la realización de propuestas, estudios y análisis para mejorar la competencia. Los órganos de de-

Gráfico n.º 4

Distribución de expedientes por sectores de actividad en Cataluña
(2000-2005)



Fuentes: Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat, TCDC y elaboración propia.

fensa de la competencia han de procurar cada vez más la anticipación, mediante la realización de propuestas para impulsar la competencia en los mercados de bienes y servicios, así como mejorar la eficacia en la aplicación de su normativa. En este ámbito se han realizado estudios y propuestas relativos al marco institucional y organizativo[23]; estudios y propuestas sobre normas materiales de la competencia[24]; y se han impulsado estudios sobre actividades y análisis económico de la competencia en diferentes campos, sobre las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, indicadores y métodos para el análisis de la competencia en los mercados de productos, así como la distribución de gasolina en Cataluña[25].

[23] Estudio y aprobación del reglamento interno (2003), estudio y propuestas al borrador de organización y funcionamiento del Consejo General de Defensa de la Competencia (2003), y estudio y propuestas del borrador de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva en materia de conflictos (2003).

[24] Estudio y propuestas sobre el Reglamento 1/2003 de la Unión Europea y observaciones a los textos europeos sobre el denominado «Paquete de modernización» (2003); Estudio y propuestas sobre el proyecto de Real Decreto relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia (2004); Estudio y propuestas sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (2005); Estudio y propuestas sobre el proyecto de Real Decreto de exención por categorías de los registros de morosos (2005); y Estudio y propuestas al borrador del anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia (2005).

[25] «Possibles conflictes de competència en l'economia digital» (2003); «Una metodología per l'anàlisi de la competència en els mercats de productes. Lliçons de l'experiència comparada» (2004); y «La competència en la distribució de gasolina a Catalunya» (2005).

3.3. **Información y difusión pública de la cultura de competencia**

Un tercer grupo de actuaciones del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia se centra en la información y la difusión pública. En esta línea, está a disposición de las empresas, organizaciones, profesionales y de todos los ciudadanos la página Web[26] del Tribunal, en la que, además de recogerse las resoluciones, publicaciones *on-line* del TCDC, marco normativo, fondo bibliográfico, etc., se publica el Boletín trimestral de actualidad de la competencia. El impulso y mejora de la competencia también son llevados a cabo mediante la edición de publicaciones[27], la organización de jornadas[28], la elaboración de materiales de difusión pública, el mantenimiento de un servicio de biblioteca y documentación (con más de 400 ejemplares especializados), la formación en práctica de estudiantes universitarios, conferencias, reuniones con organizaciones sociales y económicas, universidades, y un largo etcétera.

3.4. **Participación institucional**

El último grupo de actuaciones del Tribunal Catalán de Defensa de la competencia se refiere a la participación institucional en diversos organismos y foros estatales e internacionales (Consejo de Defensa de la Competencia, *International Competition Network*)…

4. **BENEFICIOS DE UN MODELO DESCENTRALIZADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

La aplicación de un modelo descentralizado de promoción y defensa de la competencia conlleva beneficios para los ciudadanos y las empresas. Países con una gran tradición en esta materia, como Estados Unidos y Alemania, tienen desde hace mucho tiempo un sistema descentralizado de defensa de la competencia. En el marco de la Unión Europea y el mercado único también coexisten los órganos comunitarios con las estructuras de órganos de defensa de la competencia de los Estados miembros. La aplicación en España de un modelo con órganos de la administración central del Estado y órganos de las comunidades autónomas hará, igualmente, más eficaz la defensa de la competencia y reforzará sus efectos positivos. Los beneficios ya se observan en el caso del modelo catalán. Entre tales beneficios podemos citar los siguientes:

4.1. **Reducción de costes de transacción**

La instrucción y la resolución de los expedientes de posibles conductas contrarias a la competencia se llevan a cabo con mayor proximidad a los hechos y a

---

[26] www.gencat.net/economia/tcdc.

[27] *Codi normatiu de defensa de la competència (2003); Competència i Territori (2004); Memòria TCDC 2003 (2004); Reglamento Interno (2004); Competència i TIC (2004); o Memòria TCDC 2004 (2005).* En el momento de redactar este artículo hay otras dos publicaciones que se están elaborando.

[28] Seminario «*Comerç interior, territori i competència. Beneficis i riscos del nou sistema de política de defensa de la competència*», conjuntamente con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (2003); Jornada «*TIC i competència*», conjuntament con la Universitat Oberta de Catalunya (2004); *Jornada sobre la Judicialización y modificaciones del Derecho Administrativo de la competencia* conjuntamente con el Colegio de Abogados Barcelona (2005); *Jornada sobre el Análisis económico de la competencia en los mercados. Lecciones de la experiencia* conjuntamente con la Universidad de Barcelona (2005).

las partes interesadas. Disponer de organismos más cercanos permite un mayor acceso a las pequeñas y medianas empresas y al conjunto de los ciudadanos, así como una mayor agilidad en la tramitación. En este sentido, hay que pensar en los costes económicos, de tiempo, información y negociación, es decir, costes de transacción. La confianza en los profesionales con los que se trabaja habitualmente se refuerza. Ello supone también la existencia de la posibilidad de acudir a instituciones próximas a los problemas y a las partes implicadas. Resulta mucho más fácil que las pequeñas y medianas empresas, o incluso los ciudadanos, que difícilmente acudirían a un tribunal estatal, se animen a asistir a uno autonómico. A modo de ejemplo, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia ha resuelto hasta la fecha numerosos expedientes en los que los estaban directamente implicados particulares, pequeñas y medianas empresas, organizaciones de consumidores… Cabe aquí reiterar que durante los tres años de funcionamiento de los órganos catalanes el número de asuntos a tratar se haya doblado respecto a los tres años precedentes, cuando era necesario recurrir a los órganos de la administración central.

No obstante, se podría plantear una objeción: que la existencia de una pluralidad de organismos de defensa de la competencia en el conjunto del Estado puede, en alguna ocasión, suscitar interpretaciones dispares de la ley e inseguridad jurídica. Con relación a este tema también se plantea el problema de la selección de la ventanilla (*forum shopping*). Es decir que los agentes económicos traten de acudir a aquella autoridad que aplique los criterios más favorables para sus intereses, lo que provocaría, sin duda, una disfunción del sistema y una forma de trato discriminatorio. Mediante un sistema de atribución clara de los casos y mecanismos de cooperación se evita tal posibilidad. Asimismo, es necesario un sistema ágil de información y coordinación en la aplicación de la ley entre las diferentes instituciones competentes. En el periodo 2003-2005 no se ha producido ningún conflicto de atribución de asuntos entre los organismos de la administración central y los de Cataluña. En este sentido, la existencia de seguridad jurídica de las empresas y los particulares es un requisito inprescindible. Así, un contexto de inseguridad jurídica puede desmotivar a los empresarios respecto a sus posibles inversiones. No se trata solo de arriesgarse a posibles sanciones, sino también a que la consideración de los actos y acuerdos cambie en función del órgano que deba resolver sobre su conformidad. La competencia debe estar determinada por una aplicación de las normas clara y precisa para que las empresas puedan adoptar las decisiones en entornos que garanticen una seguridad, jurídica y económica. Una relación armoniosa entre los órganos estatales y los de las comunidades autónomas, basada en la cooperación leal de ambas partes, ha de permitir una aplicación eficaz y homogénea de la ley, máxime cuando la legislación es común y existe una amplia jurisprudencia del Tribunal español de Defensa de la Competencia. En el supuesto de surgir discrepancias, se han establecido adicionalmente los mecanismos de colaboración y de información recíproca. Por lo que se refiere a la experiencia de estos tres años de funcionamiento de los órganos catalanes de defensa de la competencia, cabe destacar que no se ha producido ningún tipo de inseguridad jurí-

dica y que no ha habido interpretaciones dispares entre las resoluciones del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y el Tribunal estatal.

4.2. **División de competencias, especialización y productividad**

En un sistema descentralizado se dispone de más medios humanos y materiales, al sumar los que destinan las administraciones autonómicas a los ya existentes en la administración central. En este sentido, a medida que se vayan constituyendo órganos de defensa de la competencia en diferentes comunidades autónomas, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia estatales se verán liberados de la tramitación y resolución de asuntos cuyo ámbito no excede a la comunidad autónoma, centrándose en aquellos casos de carácter supraautonómico[29].

Este aumento de recursos humanos y materiales no necesariamente debe significar un incremento de la burocracia y del gasto público. En cuanto a la inflación de la burocracia, resulta contrarestada por los beneficios de la aproximación y por la mayor agilidad de la instrucción y la resolución de los casos que se planteen. Por lo que se refiere al gasto público hay que ponerlo en relación con los beneficios sociales o eficiencia macroeconómica que generan, así como con la eficiencia y austeridad que siempre guían su ejecución. En el modelo catalán, en cuanto a su Tribunal de Defensa de la Competencia, se ha optado en sus primeros años por una estructura de personal mínima[30] y por un reducido presupuesto[31].

4.3. **Mayor afinidad con los temas regionales y locales**

La actuación y proximidad de órganos autonómicos permite incidir con mayor eficacia en asuntos que, aunque son de ámbito local, pueden dificultar el correcto funcionamiento del mercado. Así, por ejemplo, acuerdos y actuaciones contrarios a la competencia relacionados con la distribución de productos, los colegios y asociaciones profesionales, los servicios funerarios, las administraciones públicas…

También es importante el papel que pueden desempeñar los organismos autonómicos respecto a sectores estratégicos y el refuerzo de la competencia en dichos sectores. Mediante un buen sistema de coordinación entre las diferentes autoridades autonómicas y estatales, se puede realizar una labor práctica eficaz en sectores como los de la energía (gas, electricidad, agua, …) en los que la fase de distribución y comercialización tienen una dimensión eminentemente local[32]; y donde pueden producirse monopolios de ámbito autonómico o local y situaciones de abuso de posición de dominio. En el

[29] Esta tendencia puede verse matizada por los asuntos que se reciban procedentes de la descentralización en el ámbito de la Unión Europea.

[30] El personal de soporte del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia estaba compuesto, a 31 de diciembre del 2005, por 4 colaboradores técnicos y 3 auxiliares administrativos.

[31] El presupuesto del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia para el 2005 ha sido de 1.115.194 €.

[32] Por ejemplo, aumenta constantemente el trabajo conjunto del Bundeskartellamt (Autoridad de Defensa de la Competencia alemana) y las autoridades de los länder en los sectores regulados.

caso catalán, se han finalizado o están en trámite expedientes con relación a conductas contrarias a la competencia del ámbito de la electricidad, por ejemplo.

4.4. **La promoción de la competencia**

La descentralización potencia la función de promoción de la competencia. Es lo que se denomina *«Advocacy of competition»,* entendida como la tarea fundamental que deben desempeñar las autoridades en cuanto a la promoción e impulso de la competencia y del funcionamiento eficiente de los mercados. Estas actividades de fomento van dirigidas por una parte, a las autoridades públicas que tienen capacidad reguladora, y por otra, al conjunto de la sociedad, con la finalidad de promover un entorno competitivo en los sectores y las actividades económicas. Desde esta perspectiva, la «*advocacy of competition*», el grado de desarrollo de la economía de mercado y el dinamismo de las autoridades de defensa de la competencia están íntimamente relacionados con la cultura de la competencia. El fomento de la libre competencia se materializa en: la elaboración de estudios e informes; la realización de propuestas normativas; el impulso de los procesos de desregulación y liberalización; la realización de jornadas, seminarios, conferencias…; o en el deber de informar y aproximar los instrumentos de defensa de la competencia a los ciudadanos y a las empresas. En todos estos aspectos los organismos autonómicos tienen un gran papel a desarrollar. Como ya se ha expuesto, el Tribunal catalán de Defensa de la Competencia ha desempeñado actuaciones en todos estos ámbitos. Cabe destacar los estudios que ha impulsado relativos a los posibles conflictos de competencia en la economía digital, a una metodología para el análisis de la competencia en los mercados de productos, o la competencia en la distribución de la gasolina en Cataluña.

4.5. **Información a los ciudadanos y a los agentes económicos**

Aunque esta labor de difusión puede considerarse como una parte integrante de la función más amplia de promoción de la competencia, es tratada separadamente por su especificidad. Más allá de la tramitación de los expedientes sancionadores o de las autorizaciones, los tribunales autonómicos deben tener como objetivo fundamental informar a los particulares y a las empresas (en especial a las pequeñas y medianas) sobre sus ventajas y sobre los instrumentos que ofrece, así como de las condiciones que impone la política de competencia. Deberá tratarse de una actuación pedagógica y de concienciación. El Tribunal catalán de Defensa de la Competencia lo viene realizando mediante la distribución de materiales de difusión pública, su página web…

La mayor información y difusión, junto con la proximidad de las instituciones autonómicas, podrían provocar un cierto «efecto llamada», esto es una eclosión de la demanda por parte de los ciudadanos y agentes económicos que al conocer mejor sus derechos y saber que la administración vela por los mismos se anima a exigir su defensa. En sí mismo ello resulta positivo, y que no exista una mala utilización depende de los propios órganos de defensa de la competencia.

Para finalizar este apartado, debe señalarse que es del todo infundado considerar

que la coexistencia de organismos de defensa de la competencia de la administración central y de las administraciones autonómicas pueda ocasionar algún efecto de fragmentación del mercado (por falta de igualdad de las condiciones, por ejemplo). La unidad de mercado está garantizada y las políticas de defensa de la competencia la refuerzan. Asimismo, la existencia de un mercado único está amparada por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en la sentencia 208/1999 considera que la capacidad normativa y las actividades que determinan la configuración de la unidad de mercado deben atribuirse al Estado. Asimismo, a los órganos competentes de la administración central del Estado les corresponden las actuaciones exclusivas con relación a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado estatal.

5. **COMENTARIO FINAL**

Finalmente, y como conclusión, señalaré que el sistema descentralizado, con organismos de control de la competencia de ámbito estatal y autonómico, funciona bien y presenta indudables ventajas para los ciudadanos y las empresas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMILS, R. (2003): «Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 224, marzo-abril, 64-79.

CASADO, F. (2002): «Consideracions sobre els tribunals de defensa de la competència». *Nota d'Economia* 74, 3r quadrimestre, 131-137.

COSTAS, J.C. (2002): «Els òrgans autonòmics de defensa de la competència». *Nota d'Economia* 74, 3r quadrimestre, 121-129.

FOLGUERA, J. y BACHES, S. (2002): «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat». *Nota d'Economia* 74, 3r quadrimestre, 147-167.

FRANCO, Ll. (2004): «Els òrgans catalans de defensa de la competència. Els beneficis de la descentralització». *Competència i Territori,* Generalitat de Catalunya, 101-115.

FRANCO, Ll. (2006): «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, 15-27.

GUILLÉN, J. (2005): *Libre competencia y Estado autonómico*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

PETITBÒ, 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.

VV.AA. (2005): *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.

Repercusiones del control de las ayudas públicas en el País Vasco

Las administraciones vascas han debido adaptar sus políticas de apoyo al entorno empresarial para adecuarlas a las directrices marcadas por la Comisión Europea. Sin embargo, la auténtica pesadilla que se ha generado en este ámbito afecta al Concierto Económico Vasco y, en particular, a la capacidad normativa de las diputaciones forales en el terreno de la fiscalidad directa. La causa no proviene de Bruselas, sino de una aplicación poco ortodoxa de las reglas del Tratado por parte del Tribunal Supremo.

Euskal administrazioek egokitu izan behar dituzte enpresei laguntzeko dituzten politikak, Europako Batzordeak ezarri dituen gidalerroetara doitzearren. Nolanahi ere, arlo horretan sortu den bene-benetako buruhaustea Euskal Ekonomia Itunaren ingurukoa izan da eta, bereziki, foru-aldundiek zuzeneko fiskalitatearen arloan duten araugintzako gaitasunaren ingurukoa. Horren guztiaren jatorria ez dago Bruselan, Auzitegi Gorenak Tratatuko arauak oso modu ortodoxoan ezartzean baino.

The Basque administrations have had to adapt their support policies to the business community in order to adjust them to the directives issued by the European Commission. However, the real nightmare that has been generated in this domain is related to the Basque Economic Agreement and, in particular, to the regulatory competence of the Court Councils in the sphere of direct taxes. The main reason does not come from Brussels, but from an unorthodox enforcement of the Treaty rules by the Supreme Court.

Juan Luis Crucelegui Gárate[1]
Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia

ÍNDICE

1. Introducción
2. El Concierto Económico Vasco ante las normas que regulan el control de ayudas estatales
3. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004
4. El asunto sobre la fiscalidad de las Islas Azores
5. Conclusiones: balance de la aplicación de la política de control de ayudas en la CAPV
Referencias bibliográficas

Palabras clave: competencia, Concierto Económico, ayudas

N.º de clasificación JEL: K22, H25, L40, K21

1. **INTRODUCCIÓN**

La política comunitaria de control de ayudas públicas estatales ha tenido repercusiones importantes en el País Vasco. Desde 1986, año en que se produjo la entrada de España en la Comunidad Europea, la Comisión ha iniciado varios procedimientos en contra de ayudas concedidas por instituciones vascas.

Durante los primeros años, la Comisión procedió a la apertura de varios expedientes por ayudas concedidas a empresas situadas en la CAPV. La mayoría de estos expedientes se archivaron, aunque en algún caso el ejecutivo comunitario decretó la devolución de las ayudas percibidas desde instituciones vascas.

En este sentido, cabe mencionar los casos Magefesa (reestructuración), Altos Hornos de Bizkaia (medio ambiente), Patricio Echeverría (inversión) y los programas de ayuda a la industria (inversión, I+D y reestructuración) del Gobierno Vasco. De ellos, tan sólo en el caso Magefesa se exigió la devolución parcial de las ayudas recibidas por la empresa para llevar a efecto la reestructuración del grupo[2].

[1] Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Las opiniones vertidas por el autor en este artículo son estrictamente personales y no vinculan en modo alguno a la institución que representa.

[2] En efecto, la Comisión decidió que la empresa devolviese casi cinco mil millones de pesetas. Sin embargo, la falta de cumplimiento de la decisión ha hecho que tanto la Comisión como el Tribunal se hayan pronunciado en varias ocasiones al respecto, constatando el incumplimiento del Estado a las obligaciones derivadas del Tratado. Ver Decisiones 91/1/CEE (DO L5, 1991) y 1999/509/CE (DO L198, 1999) de la Comisión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 2002. Asunto C-499/99.

Mediante la Decisión 91/1/CEE, notificada al Gobierno español el 5 de marzo de 1990, declaró ilegales e incompatibles con el mercado común las ayudas consistentes en:

En aquellos años de transición hacia la consecución del Mercado único, objetivo marcado por el Acta única europea (1987), la política de la Comisión en el análisis de las ayudas era más flexible y benevolente con los dos nuevos Estados miembros (España y Portugal). Ello permitió que algunos programas de ayuda dirigidos a grandes empresas fueran autorizados de forma excepcional[3].

Durante la década de los noventa, la defensa del Concierto Económico vasco y sus normas de aplicación constituyeron el verdadero caballo de batalla de las instituciones vascas ante las instancias europeas. La Comisión adoptó varias decisiones en contra de ayudas fiscales concedidas por los entes forales a empresas del País Vasco. En particular, en dos decisiones adoptadas en contra de ayudas individuales de carácter fiscal, se decidió proceder a la recuperación parcial de las ayudas recibidas por empresas que decidieron instalarse en Álava (Daewoo y Ramondín). En posteriores decisiones, la Comisión decretó la incompatibilidad de varios regímenes fiscales de los tres Territorios Históricos, aplicables en dos periodos de tiempo consecutivos.

Durante este periodo, cabe mencionar, asimismo, la adopción de una decisión controvertida adoptada en el asunto P&O European Ferries Bizkaia, en la que la Comisión decidió proceder a la recuperación de las ayudas concedidas por la Diputación de Bizkaia para promocionar el uso del Ferry entre Bilbao y Portsmouth[4].

—avales crediticios por un valor de 1.580 millones de pesetas,
—un crédito de 2.085 millones de pesetas en condiciones diferentes de las de mercado,
—subvenciones no reintegrables por un importe total de 1.095 millones de pesetas, y
—una subvención de intereses valorada en 9 millones de pesetas.

En 1997 la Comisión recibió siete denuncias relativas a las ventajas, para las empresas del grupo Magefesa, derivadas de la no restitución de las ayudas declaradas incompatibles en 1989 y del incumplimiento de sus obligaciones financieras y fiscales. La Comisión decidió incoar el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 2 y por decisión 1999/509 declaró ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de continuo impago de impuestos y contribuciones de Seguridad Social. Ante el incumplimiento de las decisiones por parte del Estado español, la Comisión planteó un recurso por incumplimiento ante el Tribunal que fue estimado mediante sentencia de 2 de julio de 2002.

[3] La Comisión clasificaba las ayudas públicas en tres categorías en función de su finalidad: ayudas regionales, sectoriales y generales. Si bien los criterios de concesión de ayudas regionales y sectoriales estaban establecidos, en sus informes anuales, la Comisión venía anunciando que se iba a oponer a las ayudas generales debido a la dificultad para poder fiscalizar este tipo de ayudas, dirigidas a empresas que realizaban inversiones, sin especificar el sector de pertenencia, el tipo de inversión a realizar, la talla de la empresa y su situación competitiva dentro del mercado. En 1989, la Comisión anunció que no aprobaría los programas de ayuda de carácter general salvo en España y Portugal, debido a su reciente incorporación a la CEE. En el resto de Estados sólo aprobaría este tipo de ayudas dirigidas a PYMES. El problema se planteaba entonces con la definición de pequeña y mediana empresa, que quedó resuelta a partir de 1992.

[4] El Asunto P&O European Ferries (Bizkaia), S.A., ciertamente controvertido por la trayectoria que ha seguido desde que se inició el procedimiento formal de investigación, fue abierto a raíz de una denuncia presentada ante la Comisión por su competidor «Brittany Ferries», el 21 de septiembre de 1992.

El asunto surgió a consecuencia del acuerdo de 9 de julio de 1992, firmado entre la Diputación Foral de Bizkaia (DFB) y el Gobierno Vasco por un lado, y la empresa P&O European Ferries (Bizkaia) S.A. por otro, sobre la creación de un servicio de ferry entre Bilbao y Portsmouth. Este acuerdo preveía que las autoridades firmantes adquirieran entre marzo de 1993 y marzo de 1996, 26.000 bonos por 911.800.000 pts, que luego serían vendidos a particulares (pertenecientes a colectivos de la tercera edad) por un precio módico, determinado en el acuerdo. Tras recibir la denuncia, la Comisión decidió incoar el procedimiento de examen. En el marco de este procedimiento, la Comisión obligó a las partes a modificar algunas obligaciones del acuerdo inicial, dando lugar a un nuevo acuerdo que sería firmado el 7 de marzo de 1995. Una vez tomó conocimiento del mis-

En los asuntos que se han tramitado ante la Comisión y el Tribunal de Justicia, se ha puesto de manifiesto que los entes forales, aún teniendo competencias en la materia, deben respetar las disposiciones previstas en los artículos 87 y 88 del Tratado, en particular, cuando adoptan medidas fiscales que benefician a determinadas empresas o producciones.

En el caso de medidas de carácter general, no discriminatorias, ni la Comisión, ni el Tribunal de Justicia se habían posicionado de forma clara y expresa sobre las consecuencias que se infieren de la existencia de diferentes regímenes fiscales dentro de un mismo Estado miembro.

No obstante, el Tribunal Supremo, haciendo una interpretación muy controvertida de una resolución adoptada por la Comisión en 1993[5], se ha posicionado claramente en contra de cualquier medida fiscal adoptada por las instituciones forales cuando dicha medida difiera de la medida aplicada en el régimen común del Estado. Así, considera que constituye dichas medidas constituyen ayudas de Estado por favorecer a las empresas vascas con respecto a las del resto del Estado y, por tanto, deben ser objeto de notificación previa a la Comisión en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Tratado (artículo 88.3).

Sin embargo, esta doctrina que parece consolidada en la jurisprudencia del alto tribunal estatal ha sido recientemente desautorizada por el Tribunal Europeo de Justicia, en una sentencia de gran relevancia que pone fin a una controversia iniciada hace casi dos décadas sobre el carácter general o selectivo que cabe atribuir a los regímenes fiscales adoptados por regiones que disponen de competencias en este ámbito[6].

En este artículo, analizaremos los asuntos en los que determinadas normas tributarias forales han sido objeto de decisiones negativas de la Comisión europea por ser contrarias a las reglas comunitarias sobre ayudas de Estado. Así mismo, estudiaremos las decisiones de la Comisión, resoluciones judiciales y otros actos sin valor doctrinal que, sin embargo, han servido de soporte jurídico al Tribunal Supremo para impedir cualquier distanciamiento entre la normativa foral y la estatal, que implique un trato más favorable para las empresas vascas. Finalmente, analizaremos los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia europeo que, en adelante, servirán de base para determinar el carácter general o selectivo de regímenes fiscales adoptados por autoridades regionales.

---

mo, la Comisión decidió archivar el procedimiento, mediante decisión de 7 de junio de 1995.

Esta decisión fue, no obstante, objeto de recurso ante el TPI, el cual, mediante sentencia de 28 de enero de 1999, BAI/Comisión (asunto T-14/96, Rec. II-139) procedió a la anulación de la decisión por interpretar erróneamente el artículo 92, al considerar que el acuerdo no constituía una ayuda de Estado.

El 26 de mayo de 1999, la Comisión decidió incoar el procedimiento con el fin de permitir a las partes interesadas presentar sus observaciones sobre la postura adoptada por la Comisión a la luz de la sentencia BAI. Mediante Decisión 2001/247/CE de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, declaró la ayuda incompatible con el mercado común y ordenó al Reino de España que exigiera su devolución. El TPI confirmó esta decisión en sentencia adoptada el 5 de agosto de 2003 (Asuntos T-116/01 y T-118/01), actualmente objeto de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

[5] Decisión 93/337/CEE de la Comisión de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas a la inversión en el País Vasco. Diario Oficial L 134 de 3 de junio de 1993.

[6] Sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión. Asunto C-88/03.

2. EL CONCIERTO ECONÓMICO VASCO ANTE LAS NORMAS QUE REGULAN EL CONTROL DE AYUDAS ESTATALES

El Concierto Económico Vasco constituye el instrumento jurídico mediante el cual se regulan las relaciones fiscales y financieras entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado.

Su fundamento reside en el artículo 41 del Estatuto de Autonomía y en la Disposición Adicional primera de la Constitución, que reconoce los «derechos históricos» de los territorios forales (Navarra y País Vasco). El Concierto permite a las diputaciones forales establecer y regular su régimen tributario dentro de su territorio, así como recaudar y gestionar los tributos que integran su sistema tributario, en particular el IRPF y el Impuesto de Sociedades.

La regulación del Impuesto de Sociedades (impuesto concertado) por parte de los entes forales ha planteado diversos problemas tanto en el orden interno como en el ámbito europeo, cuando se ha establecido algún trato diferencial más favorable a las empresas sometidas al régimen fiscal foral con respecto a las sometidas al régimen común del Estado. Aunque el Concierto permita establecer ciertas diferencias entre la fiscalidad foral y la común, dentro de unos límites, en unas ocasiones la administración central y en otras, asociaciones de empresarios y administraciones de comunidades autónomas vecinas sometidas a la fiscalidad estatal, han invocado la normativa comunitaria sobre el control de las ayudas de Estado para atacar cualquier medida fiscal más favorable a las empresas sometidas al régimen foral.

Como consecuencia de las numerosas denuncias presentadas, la Comisión Europea ha adoptado varias decisiones en contra de normas forales, en las que tras constatar su ilegalidad (por falta de notificación previa) y su incompatibilidad con el Tratado, ha instado al Estado a recuperar las ayudas concedidas[7].

2.1. Las medidas fiscales de 1988

En el año 1988, el Gobierno central interpuso la primera denuncia ante la Comisión Europea contra las normas forales que establecían medidas fiscales para impulsar la inversión, por considerarlas contrarias al artículo 87 del Tratado al separarse sustancialmente de los incentivos previstos en la normativa fiscal estatal[8].

---

[7] Después de la primera decisión de 10 de mayo de 1993, en la que la Comisión constató la existencia de ayudas contrarias al artículo 92 del Tratado en las medidas previstas en las normas forales de 1988, pero no ordenó su recuperación, la Comisión ha adoptado otras nueve decisiones contra normas forales que establecen medidas destinadas a fomentar la inversión. Seis decisiones se adoptaron el 11 de julio de 2001 contra dos programas de las tres diputaciones forales (crédito fiscal del 45% y deducciones de la base imponible). Las otras tres decisiones se adoptaron el 20 de diciembre de 2001 en contra de las medidas aprobadas en 1993 (vacaciones fiscales). En todas ellas, la Comisión ha instado a la recuperación de las ayudas pero de momento ninguna de las decisiones ha sido cumplida. Por otro lado cabe mencionar dos casos en los que también se posicionó sobre medidas fiscales: Decisión de la Comisión de 22 de agosto de 2002 por ayudas a los centros de coordinación de Vizcaya y Decisión de 31 de octubre de 2000 por deducciones a operaciones de exportación.

[8] Normas Forales sobre incentivos fiscales a la inversión núms. 28/1988, de 18 de julio, 8/1988, de 5 de julio y 6/1988, de 14 de julio (LPV 1988\168), de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa, respectivamente, dos de las cuales han sido anuladas por sendas Sentencias del Tribunal Supremo (la Norma foral 28/1988 por Sentencia de 22 de octubre de 1998 y la 8/1988 por Sentencia de 7 de febrero de 1998.

En particular, mediante estas normas se concedían ventajas fiscales a aquellas empresas que realizasen inversiones superiores a 8 millones de pesetas en activos fijos materiales nuevos, realizadas en el País Vasco, con una amortización de 5 años, una financiación propia del 30 por ciento y que supusiera al menos el 25 por ciento del activo fijo de la empresa[9].

La polémica se planteó al calificar las medidas fiscales cuestionadas como ayudas de Estado, cuando las autoridades autonómicas y forales propugnaban que se las calificara como medidas generales, excluidas del ámbito de aplicación del artículo 87 del Tratado al no concurrir el requisito de la selectividad (requerido para su aplicación) en el otorgamiento de los beneficios fiscales.

Algunas condiciones exigidas para la aplicación de las medidas previstas otorgaban un carácter selectivo a estas normas: sólo se aplicaban a entidades que operasen en la CAPV, se excluían ciertas actividades y los no residentes (sucursales de empresas extranjeras) no podían beneficiarse de las mismas, al estar sometidos al régimen fiscal del Estado.

En aquella época la existencia de este tipo de regímenes en otros Estados miembros no solía ser cuestionada por la Comisión. Sin embargo, en el caso de las normas forales, la presión política e institucional ejercida en contra de las medidas forales (que habían sido adoptadas respetando escrupulosamente la Ley del Concierto), llevó a la Comisión a incoar el procedimiento formal y a considerar que el régimen foral infringía el artículo 43 del Tratado, no tanto por la naturaleza de las ventajas fiscales establecidas en las normas forales, sino porque la Ley del Concierto excluía su aplicación a las entidades extranjeras (no residentes)[10]. Esta discriminación provocó que las medidas fueran consideradas contrarias al principio de libre establecimiento y consecuentemente calificadas de ayudas de Estado, contrarias al artículo 87 del Tratado (ex-artículo 92)[11].

La decisión adoptada era *sui generis,* ya que se pronunciaba sobre la compatibilidad de un régimen de ayudas, pero constataba en primer término una discri-

---

[9] Las ayudas previstas consistían en:

—Una bonificación del 95% del ITP y AJD.

—Un crédito fiscal del 20% del Impuesto de Sociedades aplicable a la cuota a pagar.

—Un crédito fiscal del 20% del IRPF. Con un incremento del 5% en función del empleo creado; del 20% por inversiones de especial interés tecnológico y 400.000 pts por persona/año de incremento de plantilla (limite del 5% de la inversión)

[10] La Comisión remitió la primera carta al Reino de España, solicitando información acerca de los incentivos fiscales de las Diputaciones Forales en febrero de 1989 (curiosamente la carta no llegó a los servicios del Gobierno Vasco hasta el mes de septiembre). Desde la apertura del procedimiento formal por la Comisión se generó una polémica entre el Ministro de Hacienda y el Consejero de Hacienda acerca de la naturaleza de las medidas fiscales en la que el primero defendía la tesis de que estos incentivos constituían ayudas y el segundo defendía que se trataba de medidas generales. En realidad se trata de una polémica que perdura ya que recientemente las autoridades judiciales estatales (Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia del País Vasco) han adoptado varias resoluciones en las que se posicionan claramente a favor de la tesis estatal. No obstante, a nivel comunitario lamentablemente seguimos sin conocer de forma expresa la postura de las instituciones comunitarias en torno a esta cuestión. Ello no es de extrañar puesto que en Bruselas saben que se trata de un problema de índole interno político y por tanto prefieren que la cuestión sea zanjada con una solución interna política.

[11] Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 1993. DO L 134. de 3 de junio de 1993, página 25.

minación al principio de libre establecimiento en razón de la nacionalidad y, consecuentemente, decretaba su incompatibilidad con el artículo 87.

Otro aspecto inopinado de la decisión radicaba en la valoración del carácter discriminatorio de las medidas. En la concesión de los incentivos fiscales se excluían expresamente a ciertos sectores y, además, la exigencia de un montante mínimo de inversión excluía a ciertas empresas. En aquel periodo, normalmente las medidas o ventajas fiscales establecidas por los gobiernos estatales no entraban en la prohibición del artículo 87, por lo que la Comisión no entraba a valorar aspectos que hoy en día resultan determinantes para su aplicación[12]. En efecto, tras la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a las medidas de fiscalidad directa (1998), estas circunstancias resultan esenciales para la calificación de una medida fiscal como ayuda de Estado[13].

Más singular, si cabe, resulta el hecho de que la Comisión no decretase la recuperación de las ayudas concedidas, sino tan sólo la «adaptación» de la normativa para evitar la discriminación denunciada[14].

El Estado español procedió a respetar la decisión de la Comisión concediendo a las empresas no residentes, que habían efectuado inversiones en el País Vasco, la posibilidad de reclamar al Estado el reembolso de las cantidades pagadas en exceso, en relación a lo que hubieran pagado de haber estado sometidos al régimen foral[15].

Este problema no quedó definitivamente zanjado hasta 1997, con la revisión de la Ley del Concierto económico[16].

---

[12] Las denominadas «zonas de empresa» (zones d'entreprises) existentes en regiones con problemas de declive industrial de Francia y Reino Unido fueron aceptadas por la Comisión sin mayores reparos. En estas zonas las empresas se beneficiaban de ventajas fiscales importantes (exención del Impuesto de Sociedades durante 10 años).

[13] En los años noventa la Comisión observó que regímenes fiscales puestos en práctica en algunos Estados miembros eran susceptibles de falsear la competencia y por tanto inició varios procedimientos en su contra. La Comisión consideró que las medidas fiscales podían constituir ayudas de Estado cuando no beneficiaban a todas las empresas del Estado miembro o cuando la administración disponía de un margen de discrecionalidad en su concesión. En 1998, la Comisión hizo pública su postura acerca de las medidas fiscales en la Comunicación sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado (actuales arts. 87 y 88) a las medidas de fiscalidad directa. D.O. C 384 de 10 de diciembre de 1998.

[14] El procedimiento adecuado para constatar una infracción al Tratado es el previsto en el articulo 226 (ex art.169) que permite a la Comisión interponer un recurso ante el Tribunal por incumplimiento contra el Estado infractor. En este caso, la Comisión constató este incumplimiento y sus consecuencias en cuanto a las medidas denunciadas y conminó al Estado español a adoptar las medidas adecuadas para evitar la situación de discriminación creada.

[15] Disposición adicional octava de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre. BOE de 31 de diciembre de 1994, a cuyo tenor: «Los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España y que, por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen, tendrán derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente se establezcan».

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la citada disposición. Mediante STC 96/2002, de 25 de abril de 2002, al resolver el recurso declaró la inconstitucionalidad de esta disposición

[16] En materia de tributación de «no residentes» en España, la competencia para regularla era —en aquel entonces— exclusiva del Estado. Hoy, sin embargo,

Sin embargo, las acciones judiciales emprendidas contra estas normas en el ámbito interno continuaron su curso dando lugar a nuevas complicaciones. En febrero de 1998, el Tribunal Supremo anuló la Norma Foral 8/88 en una decisión altamente cuestionable, al considerar que la medida era discriminatoria para las empresas españolas, ya que tenían que soportar un exceso de tributación con respecto a las sometidas al régimen tributario foral. En sus conclusiones, el Tribunal Supremo aplicó el criterio de la discriminación provocado por la diferencia entre las medidas fiscales de ámbito estatal y foral, que en ningún momento había sido puesta en tela de juicio por la Comisión[17].

Esta sentencia constituye un precedente jurisprudencial que posteriormente ha servido de base al Tribunal Supremo para anular toda norma foral tributaria que implique un trato más favorable para las empresas que tributan en Euskadi, por no haber sido notificada previamente a la Comisión europea.

2.2. **Las medidas fiscales de 1993**

Las conclusiones del Abogado General, Sr. Saggio (asuntos c-400/, 401 y 402/97)

La decisión de la Comisión de 10 de mayo de 1993, provocó que las normas forales de 1988 fueran derogadas por los entes forales.

No obstante, la situación económica de aquella época, caracterizada por una crisis industrial que afectaba intensamente a algunas zonas del País Vasco con fuerte presencia empresarial en el sector siderometalúrgico, demandaba una intervención activa de los poderes públicos para adoptar medidas dirigidas a facilitar la reestructuración y el mantenimiento de empresas competitivas y a atraer nuevas inversiones hacia las zonas más afectadas por el alto desempleo existente.

Por ello, las diputaciones forales establecieron las denominadas *medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica*, consistentes en la concesión de exacciones, bonificaciones y deducciones fiscales, para paliar los efectos de la crisis industrial. Estas normas estuvieron en vigor durante los años 1993 y 1994[18].

---

tras la reforma operada por las Leyes 38/1997, de 4 de agosto (RCL 1997\1985 y LPV 1997\591), y 19/1998, de 15 de junio (RCL 1998\1472), de modificación del Concierto Económico y del Convenio Económico, respectivamente, los no residentes que operen con establecimientos permanentes en esos territorios quedarán sometidos a la normativa foral y no a la común.

Por el motivo expuesto, las personas físicas o jurídicas no residentes en España que operaban en la Comunidad Autónoma del País Vasco se encontraban en una situación de desventaja respecto de aquellas otras personas o entidades que, operando igualmente en tal Comunidad, tenían acceso a una amplia gama de beneficios fiscales como consecuencia de su condición de residentes forales, al serles de aplicación la normativa concertada foral y no la normativa estatal común.

[17] Sentencia del TS de 7 de febrero de 1998. Esta resolución anuló una sentencia del TSJPV que consideraba las medidas fiscales ajustadas a derecho.

[18] Las tres Juntas Generales de las Diputaciones Forales de Guipúzcoa, de Álava y de Vizcaya adoptaron las Normas Forales n. 11/93, de 26 de junio, 18/93, de 5 de julio y 5/93, de 24 de junio, respectivamente, relativas a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Dichas Normas Forales establecían, para el período comprendido entre su entrada en vigor y el 31 de diciembre de 1994, una serie de beneficios fiscales en materia de Impuesto de Sociedades y de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En particular, las medidas más relevantes previstas eran las siguientes:

—Exención de 10 años en el Impuesto de Sociedades.

La reacción del Gobierno central no se hizo esperar, ya que interpuso un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para solicitar su anulación, alegando que dichas medidas eran contrarias a los artículos 43 y 87 del Tratado (apoyándose en la decisión de la Comisión de 1993).

Sin embargo, antes de pronunciarse, el TSJPV planteó al Tribunal de Justicia de Luxemburgo varias cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de las normas forales con las disposiciones del Tratado[19].

El abogado general del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, Sr. Saggio, hizo públicas sus preceptivas pero no vinculantes conclusiones generales, en las que incluía una serie de manifestaciones muy negativas en torno al Concierto económico y a su aplicación.

En particular, en sus conclusiones adoptó una postura que no tenía precedente en la doctrina comunitaria, al manifestar que las medidas fiscales de los entes forales eran ayudas (selectivas) por suponer una imposición menor en una parte (región) de un Estado miembro. Así mismo, siguiendo la precedente decisión de la Comisión de 1993, constató el carácter discriminatorio de estas medidas y la infracción al principio de la libertad de establecimiento consagrado en el Tratado[20].

Saggio admitía la diferencia impositiva entre Estados miembros, pero no así entre regiones de un mismo Estado. A su parecer, estas diferencias debían ser analizadas como ayudas regionales en el marco del artículo 87.3 a) o c).

Así, para justificar su criterio, en sus conclusiones aludió a la picardía de los Estados miembros, los cuales, para evitar la aplicación de las reglas del Tratado, podrían introducir modificaciones de reparto internas en la gestión fiscal.

Obviamente, estas conclusiones son criticables por su simpleza y carencia de fundamento jurídico. Por otra parte, dejan patente el absoluto desconocimiento del Abogado general sobre el origen, el significado y la evolución histórica del Concierto Económico Vasco.

En este sentido, cabe resaltar que el Sr. Saggio no tuvo en cuenta que el régimen fiscal del Estado español no es de aplicación en todo el territorio estatal y que el régimen foral vasco no es la excepción a un régimen general[21]. Lo cierto es que se trata de regímenes fiscales distintos y excluyentes, aunque exista una coordinación entre ellos. La propia Ley del Concierto admite la posibilidad de que existan diferencias entre ambos regímenes tributarios, dentro de un orden que

—Crédito fiscal 25% en activos fijos, 30% en i+d, 25% inversiones en el extranjero, 50% reserva para inversiones, 15% creación de empleo, 10% formación profesional y 25% ampliaciones de capital de pymes.

[19] Paradójicamente, estas preguntas fueron consideradas improcedentes por las partes. Sin duda, era una oportunidad de oro para zanjar una polémica que hoy en día continúa coleando en perjuicio de los entes forales, que se encuentran al albur de decisiones judiciales adoptadas en el marco de una batalla política en la que la parte estatal *tiene la sartén por el mango.*

[20] La solución dada por el gobierno español en cumplimiento de la Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 1993, a juicio del Abogado general, no compensaba la diferencia de trato.

[21] En el Estado español coexisten tres regímenes fiscales: el régimen común, el régimen foral de Navarra y el de la CAPV.

ha sido respetado y siempre que la presión global (del conjunto de impuestos) sea equivalente. Por tanto, las manifestaciones del Sr. Saggio no se ajustaban a la realidad.

La existencia del Concierto Económico se remonta a finales del siglo XIX, lo que excluye cualquier sospecha sobre la posibilidad de que haya sido adoptado con el objeto de evitar la aplicación de las normas de competencia o para atraer inversiones, como pretendía hacer valer el abogado general en sus conclusiones. Por otra parte, resulta ficticio plantear que cualquier Estado miembro vaya a modificar su sistema de gestión tributaria y descentralizarlo para evitar la aplicación de las reglas de competencia.

En cualquier caso, si así ocurriera y un Estado decidiera modificar su sistema fiscal para evitar la aplicación de la normativa sobre ayudas, el artículo 87 debería aplicarse porque el objeto de dicha maniobra jurídica no sería legítimo desde una perspectiva comunitaria. En el Estado español la coexistencia de cinco regímenes fiscales responde a razones históricas, de respeto a los derechos del País Vasco y, en todo caso, son bastante anteriores a las normas que regulan la defensa de la competencia en la Unión Europea.

Las conclusiones que el Abogado general proponía al Tribunal para responder a las cuestiones planteadas por el TSJPV eliminaban cualquier posibilidad de que una norma tributaria de ámbito foral pudiera distanciarse del régimen común del Estado, vaciando de contenido la autonomía fiscal del País Vasco.

Si las conclusiones se hubiesen tenido en consideración en una hipotética sentencia, los territorios forales hubieran perdido toda capacidad de legislar en materia de sociedades o de diseñar la base imponible de los rendimientos empresariales en el IRPF. Sin embargo, la sentencia no llegó a adoptarse, puesto que antes del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, el Gobierno Central retiró los recursos presentados ante el TSJPV[22].

Esta fue la primera oportunidad para el Tribunal europeo de posicionarse sobre la legitimidad de las normas forales que se distancian de las estatales bajo el prisma del Derecho de la Competencia. No obstante, como veremos más adelante, el Tribunal Supremo prescindió conscientemente de un pronunciamiento sobre este aspecto para adoptar una decisión propia pero arriesgada, al no encontrar refrendo en la doctrina del Tribunal de Justicia y por su falta de conformidad con la doctrina desarrollada por la Comisión en torno a la diferenciación entre ayudas y medidas generales.

La Decisión «Vacaciones fiscales«, de 20 de diciembre de 2001[23]

El pacto firmado entre la administración estatal y la vasca no zanjó el problema sobre la conformidad de estas normas con el Derecho comunitario, puesto que tras la retirada de los recursos interpuestos en el ámbito interno fueron denunciadas ante la Comisión.

---

[22] A pesar del pacto firmado entre ambas administraciones, estas normas fueron denunciadas ante la Comisión en el año 2000, dando lugar a la decisión de 20 de diciembre de 2001 en la que la Comisión constató su carácter ilegal y solicitó España que procediera a su recuperación.

[23] Decisión de 20 de diciembre de 2001. DOCE L 40 de 14 de febrero de 2003.

En efecto, no conforme con el pacto de «paz fiscal» firmado, la Federación de Empresarios de la Rioja presentó una denuncia ante la Comisión contra las citadas normas. Tras un primer análisis, la Comisión consideró que la exención del Impuesto de Sociedades mencionada constituía una ayuda estatal contraria al artículo 87 del Tratado, por responder a todos los criterios exigidos: generaba una ventaja comparativa, estaba concedida por un Estado miembro mediante fondos estatales, afectaba a los intercambios comerciales intracomunitarios y falseaba la competencia al favorecer únicamente a determinadas empresas o producciones[24].

En cuanto al carácter específico o selectivo de la ayuda, la Comisión apoyándose en su Comunicación sobre medidas de fiscalidad directa, determinó que la exención del Impuesto de Sociedades era selectiva porque favorecía a determinadas empresas. Efectivamente, las condiciones para la concesión de la ayuda excluían concretamente de la misma a toda empresa creada antes de la fecha de entrada en vigor de la Norma Foral, que hubiese generado menos de diez puestos de trabajo, cuyas inversiones fueran inferiores a 80 millones de pesetas y cuyo capital no superase los 20 millones de pesetas.

Tras concluir el procedimiento de investigación el 20 de diciembre de 2001, la Comisión decidió que la ayuda era incompatible con el Tratado y obligó al Estado español a adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la recuperación de las ayudas concebidas.

La sentencia fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia y, de momento, el recurso no ha sido resuelto. Sin embargo, la interposición del recurso no suspende la ejecución de la decisión, por lo que los entes forales deben recuperar las ayudas concedidas sin esperar a la resolución judicial.

Desde la notificación de la decisión, la Comisión ha enviado varios requerimientos al Gobierno español solicitando información acerca de los trámites realizados para recuperar estas ayudas y, ante la falta de respuesta a los mismos, el 21 de diciembre de 2005, decidió presentar un recurso contra el Estado español ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por el incumplimiento de la decisión.

2.3. **Las medidas fiscales de 1996**

La Decisión de la Comisión, 99/718/CE, de 24 de febrero de 1999, relativa a las ayudas concedidas a Daewoo Electronics Manufacturing España S.A. (DEMESA)

El 13 de marzo de 1996 se procedió a la firma del acuerdo entre el Gobierno Vasco y la empresa DEMESA para la instalación de una nueva fábrica de frigoríficos en Gasteiz. En virtud del convenio firmado, el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Álava se comprometían a conce-

[24] La Comisión opinó, en esa fase, que la exención del Impuesto de Sociedades en cuestión era específica, o selectiva, en el sentido de que favorecía a determinadas empresas. Efectivamente, los requisitos para poder optar a la ayuda excluían expresamente a toda empresa creada antes de la fecha de entrada en vigor de la citada Norma Foral (a mediados de 1993), que hubiera creado menos de 10 puestos de trabajo, cuyas inversiones fueran inferiores a 80 millones ESP (480.810 EUR) y cuyo capital desembolsado no superase 20 millones ESP (120.202 EUR). Además, la Comisión consideró, provisionalmente, que esa ayuda fiscal no se justificaba por la naturaleza o la economía del sistema.

der a la empresa una serie de ventajas financieras y fiscales[25], por la realización de una inversión de 11.835,6 millones de pesetas y la creación de 745 puestos de trabajo.

El 11 de junio de 1996, tras la recepción de varias denuncias interpuestas por empresas competidoras, la Comisión inició el procedimiento formal de investigación del artículo 88.2, por los elementos de ayuda comprobados[26].

Mediante Decisión de 24 de febrero de 1999, la Comisión determinó la incompatibilidad de las ayudas concedidas[27]. Por otra parte, estimó que estas ayudas no cumplían los criterios del art. 87.3., y ordenó el reembolso parcial de las ayudas percibidas por la empresa[28].

Los entes forales interpusieron un recurso de anulación contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI). En sentencia de 6 de marzo de 2002, el TPI confirmó parcialmente la decisión de la Comisión anulando, no obstante, algunos artículos[29]. Esta sentencia fue nuevamente recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia, que emitió sentencia el 11 de noviembre de 2004, en la que confirmaba la sentencia de instancia[30].

El asunto Ramondín S.A.

Ramondín, S.A., es una sociedad especializada en la fabricación de cápsulas para precintar botellas de vino, champagne y otras bebidas de calidad. Desde 1971 estaba establecida en Logroño.

En 1997, Ramondín decidió trasladar sus instalaciones industriales de Logroño a Laguardia (Álava). A tal efecto, el 15 de

---

[25] Las ayudas que se otorgaron a la nueva empresa fueron las siguientes:

—Cesión de terreno gratuita y posterior venta a precio más bajo que el de mercado.
—Subvención del 25% de las inversiones, a través del programa Ekimen (notificado y aprobado por la Comisión).
—Crédito fiscal del 45% Impuesto Sociedades.
—Deducción de la base imponible del 99, 75, 50 y 25% (los cuatro primeros años).
—Otras ventajas fiscales: 15% inversiones en activos fijos, 10% resultado contable, 30% I+D, 15% medio ambiente y 25% exportaciones.

[26] El examen de compatibilidad se realizó conforme a un análisis sectorial en el que la Comisión determinó que se trataba de un sector con problemas estructurales, sobrecapacidad productiva y fuerte competencia, por lo que la afectación de los intercambios era más que probable. Los elementos de ayuda ilegales fueron ubicados en las siguientes medidas:

—La cesión gratuita y posterior venta de un terreno a precio inferior al de mercado.
—El programa Ekimen (Decreto 289/196) preveía diferentes tramos de ayuda: 10% con carácter general, 5% proyecto estratégico (50 empleos y 750 millones de inversión), 5% zona de interés preferente y 5% por sector estratégico. Este último tramo fue considerado incompatible por ser aplicado con arbitrariedad.
—Subvención para activos cedidos a terceros (troqueles, moldes, etc).
—Crédito fiscal del 45%(disposición adicional sexta de presupuestos): DFA concedía esta ventaja a inversiones de más de 2.500 millones (a deducir en 10 años).
—Reducción de la base imponible para empresas de nueva creación.

[27] Decisión 1999/718/CE de la Comisión, de 24 de febrero de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por España en favor de Daewoo Electronics Manufacturing España, S.A. (Demesa) (DO L 292, p. 1).

[28] La Comisión ordenó la devolución de las ventajas obtenidas por la cesión y venta del terreno, el exceso del 5% del programa Ekimen, las ayudas a activos cedidos a terceros, el crédito fiscal y el resto de beneficios fiscales concedidos por la Diputación Foral de Alava.

[29] El Tribunal declaró fundadas algunas de las alegaciones presentadas por las partes. En particular, anuló los artículos que consideraban incompatibles: la cesión y posterior venta del terreno, las ayudas a activos cedidos a terceros y la reducción de la base imponible (Daewoo no se benefició de la misma).

[30] Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2004. Asuntos acumulados C-183/02P y C-189/02P.

diciembre de 1997, Ramondín constituyó la nueva sociedad Ramondín Cápsulas, S.A., cuyo capital es propiedad de Ramondín en un 99,8%. Esta empresa se hacía cargo de todas las actividades de Ramondín. La nueva empresa obtuvo un crédito fiscal del 45% concedido por la Diputación Foral de Álava[31]. Así mismo, obtuvo, como empresa de nueva creación, una reducción en la base imponible en el Impuesto de Sociedades[32].

El 2 de octubre de 1997, el Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja presentó una denuncia ante la Comisión referida a las presuntas ayudas de Estado concedidas a Ramondín con motivo del traslado de sus actividades al País Vasco.

Al finalizar el procedimiento, la Comisión consideró incompatibles con el Tratado, tanto la ayuda estatal en favor de Ramondín SA, consistente en la concesión de un crédito fiscal en favor de la empresa correspondiente al 45 % del coste de la inversión, como la ayuda consistente en la reducción de la base imponible[33].

El 19 y 26 de abril de 2000 se presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) varios recursos de anulación contra la decisión de la Comisión. El 6 de marzo de 2002, el TPI confirmó la decisión de la Comisión. Esta resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia, pero el recurso fue así mismo desestimado[34].

Asuntos derivados de las decisiones Ramondín y Demesa: las decisiones de la Comisión de 11 de julio de 2001

Como consecuencia de los asuntos Demesa y Ramondín, la Comisión tuvo conocimiento de la existencia de siete regímenes

---

[31] Acuerdo n. 738/1997 de la Diputación Foral de Álava, de 21 de octubre. Esta ventaja fue concedida a la empresa en virtud de la disposición adicional sexta de la Norma Foral 22/1994, de 20 de diciembre, de ejecución del presupuesto del Territorio Histórico de Álava para el año 1995 *[Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava* (BOTHA n. 5, de 13 de enero de 1995], redactada en los siguientes términos:

> «Las inversiones en activos fijos materiales nuevos, efectuadas entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1995, que excedan de 2.500 millones de pesetas según Acuerdo de la Diputación Foral de Álava, gozarán de crédito fiscal del 45 % del importe de la inversión que determine la Diputación Foral de Álava, aplicable a la cuota a pagar del impuesto personal.
>
> La deducción no aplicada, por insuficiencia de cuota, podrá aplicarse dentro de los 9 años siguientes a aquel en que se haya dictado el Acuerdo de la Diputación Foral de Álava.
>
> Este Acuerdo de la Diputación Foral de Álava fijará los plazos y limitaciones que, en cada caso, resulten de aplicación».

La validez de dicha disposición se prorrogó sucesivamente hasta el año 1999.

[32] El artículo 26 de la Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, citada en el apartado precedente, dispone lo siguiente:

> «1. Las sociedades que inicien su actividad empresarial gozarán de una reducción de un 99%, 75%, 50% y 25%, respectivamente, de la base imponible positiva derivada del ejercicio de sus explotaciones económicas, antes de la compensación de bases imponibles negativas de períodos anteriores, en los cuatro períodos impositivos consecutivos, a partir del primero en el que, dentro del plazo de cuatro años desde el inicio de su actividad empresarial, obtengan bases imponibles positivas».

[33] El 22 de diciembre de 1999, la Comisión adoptó la Decisión 2000/795/CE, relativa a la ayuda estatal ejecutada por España en favor de Ramondín, S.A., y Ramondín Cápsulas, S.A. DO 2000, L 318, p. 36. Se decidió la recuperación de la ayuda, salvo en la parte correspondiente al limite regional del 25% que podía concederse en esta zona.

[34] Las partes demandantes invocaron cuatro motivos en apoyo de sus pretensiones. El primer motivo estaba basado en la infracción del artículo 87 CE, apartado 1; el segundo motivo, en una desviación de poder; el tercer motivo, en la violación del principio de igualdad de trato y el cuarto en la infracción del artículo 253 CE.

de incentivos fiscales existentes en los Territorios históricos vascos[35], que beneficiaron a otras muchas empresas sin haber sido objeto de notificación previa. En consecuencia, decidió emprender varios procedimientos de investigación formal, para pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado de las normas forales que establecían dichas ventajas fiscales. En los tres territorios de la CAPV, las ayudas consistían en la concesión de un crédito fiscal del 45% por la realización de ciertas inversiones y en la reducción de la base imponible del Impuesto de Sociedades para empresas de reciente creación.

La decisión de incoar el procedimiento de investigación por las ayudas consistentes en un crédito fiscal del 45% fue notificada el 17 de octubre de 1999 al Estado español[36]. Las diputaciones forales recurrieron esta decisión ante el TPI, el cual, en sentencia de 23 de octubre de 2002, decidió desestimar el recurso[37]. La Comisión continuó el procedimiento para solicitar la anulación de los regímenes y la recuperación de las ayudas otorgadas.

La segunda decisión de incoar el procedimiento concernía a las normas forales que regulaban las ventajas fiscales para empresas de nueva creación, consistentes en la reducción de la base imponible del Impuesto de Sociedades durante un periodo de cuatro años. Esta decisión fue notificada el 29 de septiembre de 1999.

Después de efectuar la instrucción de los expedientes, el 11 de julio de 2001, adoptó las decisiones por las que solicitaba la anulación de los seis regímenes (correspondientes a los tres entes forales) y la recuperación de las ayudas otorgadas. Las decisiones fueron recurridas ante el Tribunal de Primera Instancia y se encuentran pendientes de resolución.

2.4. **Criterios de aplicación de las reglas de competencia a las medidas tributarias forales**

De las decisiones adoptadas por la Comisión relativas a la compatibilidad de los regímenes de ayudas fiscales, así como de las sentencias del Tribunal de Justicia, subrayamos los siguientes aspectos:

a) La primera decisión de la Comisión adoptada en 1993 dejo claramente de manifiesto que la existencia de diferentes regímenes fiscales dentro de un mismo Estado miembro no resulta incompatible con las reglas del Tratado. A este respecto, la Comisión consideró que los incentivos previstos en las normas forales eran discriminatorios por excluir de su aplicación a las empresas no residentes, pero nunca estimó que la discriminación tuviese lugar como conse-

---

[35] La Comunidad Foral tenía en vigor un programa de incentivos que fue derogado, sobre el cual no hubo pronunciación de la Comisión.

[36] El 14 de julio de 1999 se incoaron los siete procedimientos contra los dos regímenes de ayudas fiscales de los tres territorios de la CAPV y un régimen de Navarra.

Ver al respecto el Comunicado de Prensa de la Comisión con referencia IP/99/503.

[37] El Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos al estimar que en sus decisiones de apertura, la Comisión se pronuncia de manera provisional sobre la naturaleza de las medidas analizadas. Por otra parte, el carácter selectivo de las medidas fue justificado por la Comisión debido a las condiciones exigidas por las normas forales para poder beneficiarse de las ventajas previstas (realizar una inversión superior a 2.500 millones o ser empresas de nueva creación) y al poder discrecional de las instituciones forales en la concesión del beneficio fiscal.

cuencia de una diferencia de trato entre la fiscalidad aplicable en el Estado y la foral. A mayor abundamiento, hay que señalar que en la decisión se acordó que el Estado debía adoptar medidas para evitar la discriminación sólo con respecto a las empresas no residentes pero no con respecto a las empresas españolas que hubieran realizado inversiones equivalentes.

b) En los asuntos Ramondín y Daewoo, así como en todos los asuntos derivados contra las tres diputaciones, la defensa invocó que estas medidas no constituían ayudas públicas, sino medidas generales que quedaban fuera del ámbito de aplicación del artículo 87.1[38]. La Comisión no aceptó esta argumentación amparándose siempre en cuestiones técnicas relativas, entre otras, al montante mínimo de la inversión exigida o a la necesidad de constituir una empresa de nueva creación para acogerse a las mismas[39], para justificar el carácter selectivo de las medidas cuestionadas.

c) Es preciso subrayar, por tanto, que en la adopción de sus resoluciones, ambas instancias comunitarias no han deducido el carácter selectivo de las medidas por el hecho de ser aplicadas en una parte del territorio estatal. La Comisión ha dejado constancia de este hecho en todas sus decisiones y ha expresado reiteradamente su intención de no poner en tela de juicio la competencia normativa de los Territorios Históricos vascos para adoptar las medidas fiscales analizadas.

Por tanto, desde las instancias comunitarias no se había dado una respuesta a la cuestión tan controvertida de saber si la existencia de dos o más regímenes fiscales dentro de un mismo Estado era o no compatible con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal Supremo de forma aventurada, prescindiendo de una opinión autorizada a este respecto, ha establecido una doctrina dirigida a reducir la capacidad normativa de las instituciones forales en materia de fiscalidad directa, creando un clima de inseguridad jurídica sin precedentes. Por fortuna, esta doctrina ha quedado desautorizada por una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo

[38] Excluir las ventajas fiscales de la noción de ayuda de Estado prevista en el artículo 87.1 ha sido una preocupación constante de las autoridades forales. Para ello, se ha invocado la capacidad normativa de las Diputaciones en el ámbito fiscal, que les permite adoptar normativas diferentes a las del Estado.

[39] Todos los argumentos utilizados por la defensa para justificar las medidas fueron rechazados por la Comisión. Las defensas hacían referencia a los siguientes aspectos: negaban que existiera un poder de discrecionalidad de las autoridades en su concesión y afirmaban que estaban justificadas por la lógica interna del sistema fiscal. Además, estimaban que no afectaban a los intercambios intracomunitarios. Así mismo, aducían que constituían ayudas existentes, ya que se pusieron en vigor en 1984 (son normas forales aprobadas en 1996) y, en aquel momento, la Comisión no las calificaba de ayudas. En este sentido invocaban la decisión de 10 de mayo de 1993 y la comunicación sobre las normas aplicables a las medidas de fiscalidad directa (doce c 384 de 12-12-98, p. 3). Finalmente, alegaban que la Comisión incurrió en desviación de poder al utilizar los arts. 87 y 88 para perseguir objetivos de armonización fiscal en lugar de utilizar los arts. 96 y 97, una posible violación al principio de confianza legítima, porque en la decisión 93/337 el carácter selectivo se atribuyó a una discriminación hacia los no residentes y no a motivos relativos al carácter discriminatorio de las medidas (con respecto al mínimo de inversión exigido, el sector, etc.). Finalmente, invocaban falta de motivación suficiente y violación del principio de igualdad de trato (Asunto Ramondín).

en la que se reconoce de forma expresa la capacidad normativa de entidades regionales con competencias en materia de fiscalidad.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004

En sentencia de 9 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo, haciendo una interpretación controvertida del artículo 88.3 del Tratado, se posicionó una vez más en contra de normas tributarias forales aplicables a las empresas vascas, por el mero hecho de establecer una regulación distinta a la prevista en el régimen común del Estado.

En esta ocasión, el alto tribunal anuló varias disposiciones de las normas forales que regulaban el Impuesto de Sociedades. En particular, el tipo de gravamen aplicable del 32,5% así como otras disposiciones que establecían deducciones fiscales por creación de puestos de trabajo, reducciones de la base imponible, normas de amortización, etc. El motivo aducido para decretar su anulación era la falta de notificación de estas medidas a la Comisión, tal y como obliga el artículo 88.3 del Tratado.

El efecto de la sentencia era negativo para los entes forales, ya que limita su capacidad para definir una de las figuras impositivas más importantes del sistema tributario de nuestros Territorios Históricos, como es el Impuesto de Sociedades, alterando con ello el equilibrio competencial establecido en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la vigente Ley del Concierto Económico. Por otra parte, dio lugar a una inseguridad jurídica impropia de un sistema jurídicamente consolidado, que no ha sido cuestionado por la Comisión Europea a pesar de haber tenido varias posibilidades para hacerlo[40].

A diferencia de las medidas forales que han sido tratadas anteriormente, analizadas en los procedimientos instruidos por la Comisión bajo el prisma del artículo 87, las medidas objeto de la resolución judicial, técnicamente, son medidas generales pues no conllevan discriminación material alguna en su aplicación. Este aspecto ha sido manifestado de forma expresa por la Comisión europea, en su Comunicación sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, al definir la noción de medida general y compararla con la noción de ayuda[41].

[40] La convivencia de distintos regímenes fiscales dentro del territorio del Estado constituye un hecho diferencial que no tiene parangón en el resto de la Unión Europea. Sin embargo, este hecho no fue puesto de manifiesto por los negociadores cuando se establecieron las condiciones para la adhesión de España en la Comunidad Europea, en 1986. Esta omisión sigue generando incertidumbre e inseguridad en el medio empresarial, por razones achacables, no ya a decisiones del ejecutivo comunitario, sino a resoluciones del propio Tribunal Supremo, adoptadas a su libre albedrío, sin un respaldo jurisprudencial comunitario.

[41] Comunicación de 10 de diciembre de 1998, ya citado. El punto 13 dispone lo siguiente: «Siempre que se apliquen de la misma manera a todas las empresas y a todas las producciones, no constituyen ayudas estatales las medidas de pura técnica fiscal (fijación de tipos impositivos, de las normas de depreciación y amortización y de las normas en materia de aplazamiento de pérdidas; disposiciones destinadas a evitar la doble imposición o la evasión legal), las medidas destinadas a lograr un objetivo de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción (por ejemplo, investigación y desarrollo, medio ambiente, formación y empleo)».

Sin embargo, el Tribunal calificó estas medidas como ayudas de Estado, basándose en un análisis comparativo de la normativa foral con respecto a la común, sin atender a la globalidad del impuesto o del sistema tributario. Así, aplicando un criterio de selectividad territorial basado en las diferencias existentes entre la fiscalidad del Estado y la de los tres territorios históricos, llegó a decretar la anulación de estas medidas de manera precipitada y arriesgada, puesto que los sistemas fiscales forales constituyen regímenes generales aplicables en función de determinados puntos de conexión y no son variantes regionales del sistema estatal[42]. Por otra parte, una vez más hemos de destacar que la resolución judicial no encontraba amparo alguno en precedentes resoluciones de las instituciones europeas.

El Tribunal Supremo debía haber efectuado una consulta prejudicial al alto Tribunal de Luxemburgo para asegurarse de que las medidas controvertidas eran constitutivas de ayudas de Estado. Sin embargo, aplicó una sanción de graves consecuencias en base a criterios más políticos que jurídicos. Cabe afirmar, además, que con la adopción de esta sentencia, sin cumplir el trámite de previa consulta, el Tribunal Supremo vulneró el artículo 234.3 del Tratado que establece la obligación de elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se deba interpretar o aplicar una norma del Tratado o un concepto comunitario (sobre el que existan dudas) por parte de un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se adopten en última instancia[43].

En su sentencia, el alto tribunal hizo suyos los argumentos que años antes fueron utilizados por el abogado general Saggio para calificar las medidas fiscales de las diputaciones como ayudas de Estado, elevando las conclusiones generales del Abogado general a la categoría de doctrina del Tribunal europeo de forma errónea, ya que sólo las sentencias del Tribunal constituyen doctrina jurisprudencial.

Por otra parte, se aparta del criterio adoptado por la Comisión[44], de no poner en entredicho la capacidad normativa de las diputaciones en materia fiscal, sin tomar en consideración los efectos que esta resolución podría tener para los propios intereses del Estado, el cual, siguiendo la doctrina establecida, tampoco podría adoptar medidas fiscales más favorables para las empresas sometidas a su fiscalidad[45].

Finalmente, cabe subrayar que la adopción de esta sentencia, en la que se constata la falta de notificación de las normas forales a la Comisión y se decreta su anulación, debía haber dado lugar a la apertura de un procedimiento de análisis de compatibilidad de la ayuda

[42] Ver Alonso Arce, I. en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n.º 637 (2005).

[43] Esta omisión supone una infracción a las reglas del Tratado cuyo objetivo es preservar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario para evitar decisiones interesadas o incorrectas por parte de las jurisdicciones nacionales.

[44] El Tribunal de Justicia llegó a la misma conclusión que la Comisión en las sentencias de 11 de noviembre de 2004 que resolvían los recursos de casación frente a las sentencias del TPI de 6 de marzo de 2002 en ambos asuntos.

[45] En estas condiciones, salvo que se anulase la capacidad normativa de las diputaciones forales, incluida Navarra, el Estado debería pactar con éstas todas las medidas fiscales a adoptar, a fin de evitar el establecimiento de cualquier tipo de diferenciación en la regulación de los impuestos directos.

con el Tratado. Sin embargo, resulta llamativo que la Comisión haya incumplido de forma reiterada esta obligación prevista en el artículo 10.1 del Rto. 659/1999[46].

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA EN EL ASUNTO «ISLAS AZORES»: UNA LUZ AL FINAL DEL TÚNEL

La Sentencia del Tribunal Supremo ha sentado una base jurisprudencial que inexorablemente limita la capacidad normativa de las diputaciones forales en materia del Impuesto de sociedades, de manera que las normas que se han adoptado con posterioridad para regular este impuesto, que establecen un tipo impositivo inferior al estatal, tras haber sido recurridas ante el TSJPV han sido suspendidas por esta instancia al constatar el incumplimiento del requisito de notificación previa a la Comisión previsto en el Tratado. Por otra parte, la disconformidad de las instituciones vascas con la sentencia es notoria, lo que implica su decisión de continuar regulando el impuesto haciendo caso omiso a la doctrina del alto tribunal[47].

La cuestión fundamental que debía ser respondida no ya por una instancia judicial nacional sino por una institución europea (Comisión o Tribunal) es la relativa a la calificación, selectiva o general, que cabe atribuir un régimen tributario adoptado por una institución regional con competencias en materia fiscal y aplicado a sus contribuyentes sin ningún tipo de discriminación, por el mero hecho de diferir del régimen tributario estatal.

Afortunadamente, en fecha muy reciente el Tribunal de Luxemburgo ha dado respuesta a esta cuestión al resolver un recurso de anulación interpuesto por Portugal contra una decisión de la Comisión en la que el ejecutivo europeo calificó como ayuda de Estado el régimen previsto para el impuesto de sociedades aplicable en las Islas Azores, que disponía de cierta autonomía para su adopción, por establecer un tipo impositivo inferior al aplicable en el resto del Estado[48].

a) Las Conclusiones del Abogado General Geelhoed

El Abogado General Sr. Geelhoed emitió sus conclusiones en el asunto planteado y, a diferencia de lo que manifestó años antes su homólogo Sr. Saggio, en respuesta a una pregunta similar, tras comprender y valorar una realidad que no había sido analizada por el Tribunal, sistematizó los diferentes escenarios posibles y las soluciones que cabría aplicar en cada supuesto.

---

[46] El artículo 10.1 del Reglamento 659/99 del Consejo establece que «Cuando obre en poder de la Comisión cualquier información, sea cual sea su origen, referente a una presunta ayuda ilegal, deberá proceder a su examen sin demora». La adopción de la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 debía haber dado lugar a la apertura de un procedimiento de investigación que no se hizo. Posteriormente las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por las que se anulan las nuevas normas forales que sustituyeron a las anuladas por el TS, han vuelto constatar la existencia de ayudas ilegales. Sin embargo, una vez más, la Comisión evita entrar en el análisis de estas medidas, incumpliendo la obligación arriba mencionada.

[47] Las diputaciones forales continúan en su actitud de no aceptar la tesis del TS y en consecuencia no notifican las nuevas normas a la Comisión a fin de darle la posibilidad de posicionarse sobre la calificación de medida general o de ayuda de las mismas y, eventualmente, sobre su compatibilidad con las reglas del Tratado.

[48] Sentencia de 6 de septiembre de 2006, Asunto C-88/03.

En concreto, al analizar la posibilidad de que coexistan dentro de un mismo Estado miembro diferencias en la fiscalidad directa, el Abogado General distingue tres escenarios derivados de las reducciones de un tipo impositivo nacional en una zona geográfica:

El primero es aquel en el que el gobierno central decide reducir el tipo impositivo aplicable dentro de una determinada zona geográfica, lo que indudablemente constituye una medida selectiva y por tanto sería calificada como una ayuda de Estado.

El segundo se refiere a aquel en el que todas las entidades regionales o locales tienen autonomía tributaria dentro de su jurisdicción, independientemente de que exista un tipo impositivo nacional. En este caso, las medidas fiscales adoptadas por estas entidades no tendrían *per se* un carácter selectivo.

El tercer escenario es aquel en el que una o varias, pero no todas las entidades regionales o locales gozan de autonomía tributaria, como ocurre con el País Vasco y Navarra. En este caso, el Abogado General condiciona el carácter general o selectivo del régimen fiscal a la concurrencia de tres condiciones: la existencia de una autonomía institucional, de una autonomía económica y de una autonomía en materia de procedimiento.

b) La Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006

El Tribunal europeo debía pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen fiscal de las Azores con la normativa comunitaria sobre ayudas de estado. En su sentencia, siguiendo los criterios indicados en las conclusiones del Abogado General, establece unos principios generales que, en adelante, servirán para evaluar la conformidad de los regímenes fiscales regionales con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado.

La cuestión decisiva que se planteaba en relación a los regímenes fiscales regionales (como son el vasco y el navarro) era saber si el marco de referencia para apreciar su carácter general o selectivo es la región donde surten efectos o todo el territorio nacional. El Tribunal europeo ha optado por la primera de las hipótesis planteadas, rechazando así la postura de la Comisión Europea en la Decisión recurrida y estableciendo unos criterios novedosos para determinar si un régimen fiscal regional es de carácter general.

Según el Tribunal, en primer lugar, es necesario que la autoridad regional cuente desde el punto de vista constitucional con un estatuto político y administrativo distinto del gobierno central (autonomía institucional). En segundo lugar, la medida fiscal de la autoridad regional debe haber sido adoptada sin que el gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido (autonomía en materia de procedimiento). En tercer lugar, la disminución de los ingresos fiscales a nivel regional no debe verse compensada por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del gobierno central (autonomía económica). El Tribunal equipara estos criterios a los argumentos expuestos por el Reino Unido, en el sentido de que para que pueda considerarse que existe suficiente autonomía política y fiscal «es necesario no solo que la entidad infraestatal disponga de la competencia para adoptar medidas de reduc-

ción del tipo impositivo con independencia de cualquier consideración relativa al comportamiento del estado central, sino que también asuma las consecuencias políticas y financieras de tal medida.»

El Tribunal admite así el carácter general de un régimen fiscal regional que contemple impuestos menores a los vigentes en el estado y echa por tierra los argumentos contrarios de la Comisión Europea[49].

Aplicando esta jurisprudencia al caso del País Vasco los regímenes fiscales forales podrían entrar dentro de esta tercera categoría de medidas y por tanto, siempre que se aplicasen a sus contribuyentes sin discriminación, quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 87.

En todo caso, los efectos de esta jurisprudencia deberán apreciarse tanto en el ámbito europeo como en el estatal. En efecto, en adelante la Comisión Europea deberá tomar en consideración los criterios desarrollados por el Tribunal al analizar la compatibilidad con el Tratado de regímenes fiscales de ámbito infraestatal. Así mismo, debido a su importancia y alcance, deberá modificar la Comunicación de 1998 sobre las ayudas públicas relacionadas con la fiscalidad directa, a fin de incorporar en ella los principios establecidos en la sentencia.

De la misma manera, en el ámbito estatal, las consecuencias de esta jurisprudencia deberían tener una repercusión inmediata en los asuntos pendientes de resolución en las instancias judiciales. Así, en lo que respecta a la suspensión cautelar que recae sobre las Normas forales establecidas en 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debería aplicar los principios de la sentencia y, en su caso, proceder al levantamiento de dicha suspensión. Finalmente, en el recurso de amparo interpuesto en contra de la sentencia del Tribunal Supremo, pendiente de resolución, el Tribunal Constitucional deberá tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal europeo y resolver en consecuencia.

5. CONCLUSIONES: BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTROL DE AYUDAS EN LA CAPV

En nuestro ámbito territorial, el control efectuado por la Comisión europea sobre las ayudas públicas concedidas por instituciones vascas ha tenido repercusiones importantes. Desde nuestra entrada en el Mercado común se han tramitado ante la Comisión más de 200 expedientes relativos tanto a ayudas notificadas como no notificadas de las instituciones vascas, de las que en muchos casos se ha tenido conocimiento a través de denuncias interpuestas por empresas competidoras, asociaciones de empresas o instituciones públicas.

Asuntos como el relativo a la empresa Demesa y a Ramondín han tenido mucho eco en el mundo económico y empresarial, dejando en evidencia el poder de diputaciones forales y Gobierno Vasco en

[49] A pesar de ello, en este asunto el Tribunal no anuló la decisión de la Comisión ya que, si bien la autonomía institucional de las Azores no deja lugar a dudas, el TEJ estima que no existe autonomía en términos económicos puesto que tanto el Estado como las autoridades regionales están obligados a actuar conjuntamente para compensar las desigualdades derivadas de la insularidad de las Azores, y la disminución de la presión fiscal regional y las transferencias fiscales del estado son indisociables.

la concesión de ayudas públicas. Las resoluciones adoptadas contra normas tributarias forales que establecen ventajas fiscales, indican que no se puede utilizar el Concierto Económico de cualquier manera, sino que, cuando se trate de medidas que conllevan algún tipo de ventaja selectiva, hay que respetar las reglas del Tratado adaptando las medidas fiscales a los criterios establecidos por la Comisión.

La falta de notificación de las normas forales que establecen ventajas fiscales, ha producido unos efectos muy negativos, aunque sus repercusiones todavía no se pueden mesurar. En efecto, en la actualidad los entes forales tienen la obligación de recuperar las ayudas concedidas a través de las normas forales que han estado en vigor, prácticamente, desde el año 1993 hasta el año 2000.

En adelante, las diputaciones deberán notificar sus proyectos de normas tributarias a la Comisión antes de adoptarlas, cuando conlleven alguna discriminación en su aplicación o dejen margen de discrecionalidad en su concesión.

Es así mismo recomendable la notificación de las normas forales de aplicación general, no discriminatorias, si comportan un trato más favorable que el dispensado por la normativa fiscal del Estado, ya que (en un plazo de dos meses desde su notificación) la Comisión debería posicionarse sobre su compatibilidad con el Tratado, aplicando los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia. Una decisión de la Comisión en la que se determine el carácter general de estas medidas eliminaría la situación de inseguridad jurídica generada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael (1999): *Código de Derecho de la Competencia*. EINSA, Madrid.

ALONSO ARCE, Iñaki (2005): «STS 9-12-2004: Una sentencia inoportuna y desafortunada…» Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 637.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis (2001): *«Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea»*. Colex, Madrid.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando (2004): «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2003». *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 231.

DÍAZ ABAD, Nuria (2001): «Clases de ayudas de Estado: Subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital». *Noticias de la Unión Europea* n.º 196.

DÍAZ VALVERDE, Daniel (2002): «Ayudas de estado». *Unión Europea Aranzadi* n.º 10, 2002.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (2002): *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado.* Cuadernos Civitas.

GOMÁ LANZÓN (1994): «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el artículo 93 del Tratado CEE». *REDA* n.º 83.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel (2001): «Los gastos fiscales y su consideración como ayudas de Estado en el ámbito comunitario». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196.

KEKELEKIS, Michael (2004): «L'obligation des autorités nationales de recouvrer les aides d'Etat versées illégalement: défenses et implications». *Eipascope*, N.º 2.

LÜBBIG, Thomas (2003): «L'application de l'article 87 du traité de Rome aux aides fiscales: un coup d'Etat communautaire?». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n.º 465.

ORTIZ VAAMONDE, Santiago (2001): «Competencias del juez nacional en materia de ayudas de Estado». *Noticias de la Unión Europea* n.º 196.

OWSIANY-HORNUNG, Marta (2004): «La commission dresse un bilan de son action dans le domaine des aides fiscales». *Competition Policy Newsletter,* n.º 1 spring.

MARCOS MARTÍN, M.ª Teresa (2004): «Comentario al reglamento de procedimiento en materia de ayudas de estado a los cinco años de su adopción». *Boletín europeo de la Universidad de la Rioja*. sup, n.º 12/13 mayo.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J (2001): «El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio (2003): «El control judicial de la aplicación de la normativa comunitaria de ayudas de Estado: Análisis de precedentes jurisprudenciales recientes». *Noticias de la Unión Europea* n.º 223-224.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego (1999): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ CURIEL, José-Wenceslao (2003): «El juez nacional en el sistema de control comunitario de las ayudas estatales». *Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia,* n.º 226.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos (1993): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Editorial Civitas.

SAMANIEGO BORDIU, Gonzalo (2004): «Reflexiones sobre las medidas fiscales que pueden ser consideradas como ayudas de Estado encubiertas y las ayudas que fomentan el traslado de empresas en la Unión Europea». *Noticias de la Unión Europea*, N.º 235 / 236 agosto / septiembre.

SAMANIEGO BORDIU, Gonzalo (2004): «Fundamentos económicos de los efectos de las ayudas en la competencia». *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, N.º 233 septiembre-octubre.

URREA CORRES, Mariola (2002): «El ejercicio de la competencia del País Vasco en materia fiscal y su compatibilidad con el Derecho Comunitario europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002 (asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00)…». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 12.

Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia

El presente trabajo plantea los principales puntos de fricción entre las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia fundamentadas en los principios establecidos en el Tratado de la Unión Europea, específicamente la normativa comunitaria sobre ayudas estatales y la capacidad normativa que el Concierto Económico reconoce a los Territorios Históricos vascos en materia de Impuesto sobre Sociedades, puestos de relieve por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004. Después de repasar la historia de las complejas relaciones entre Concierto Económico y Derecho europeo, se hace un profundo análisis de la doctrina sobre ayudas de Estado y, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006 y las conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed en el asunto «Azores», se razona cuál debe ser el marco de entendimiento que el Derecho europeo de la competencia impone a la capacidad fiscal de los Territorios Históricos.

Lan honek lehiaren Zuzenbidearen arloan Batasunak eman dituen arauen arteko tirabira nagusiak azaldu nahi ditu, hain zuzen Europar Batasunaren Tratatuan finkatzen diren sustaraietan oinarrituta; tirabira horiek Auzitegi Gorenak 2004ko abenduaren 9an emandako epaiak azaleratu zituen. Bada, lan honek, tirabira horiek azaltzerakoan, estatu laguntzei buruzko Batasuneko araudiaren arabera azalduko ditu, eta Ekonomia Itunak Sozietateen gaineko Zerga dela-eta lurralde historikoei aitortzen dien araugintzako gaitasunari dagokionez. Ekonomia Itunak eta Europako Zuzenbideak historian zehar izan dituzten harreman korapilatsuak berrikusi eta gero, sakon aztertzen da Estatu laguntzen inguruko doktrina eta, 2006.eko Irailaren 6.ko Europako Auzitegi Nagusiaren epaitik eta «Azores» kasuan Geelhoed abokatu nagusi jaunak atera zituen ondorioetatik abiatuta, lehiaren inguruko Europako Zuzenbideak lurralde historikoek zergen arloan duten ahalmenari ezartzen dizkion mugak nola ulertu behar diren arrazoitzen da.

The present work sets out the principal points of friction between the Community regulation about Antitrust law, which grounds are in the European Union Treaty, specifically the Community rules about State Helps, and the capacity that the Economic Accord give to the Basque Historical Territories in terms of corporation tax, highlighted by the Supreme Court, December 9, 2004 order. After a review of the history of the complex relations between the Economic Accord and the European Law, a detailed analysis is presented about the doctrine of States helps. Then, taking into account the decision of the European Court of Justice of September 6, 2006 and the Opinion of the Advocate General Mr. Geelhoed in «Azores» case, it is discussed which must be the frame of understanding within the European Competition Law to allow to the Basque Historical Territories to manage their own tax system.

Iñaki Alonso Arce*
Hacienda Foral de Bizkaia

ÍNDICE

1. Introducción
2. Las libertades fundamentales y el Concierto Económico
3. La disciplina comunitaria sobre ayudas de Estado
4. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Palabras clave: Concierto Económico, Convenio económico, ayudas de Estado, descentralización simétrica, descentralización asimétrica

N.º de clasificación JEL: H25, H71, H87, K21, L53.

1. **INTRODUCCIÓN**

Durante el pasado año 2005 y lo que llevamos de 2006 hemos asistido al cuestionamiento judicial ante los tribunales ordinarios en España de la legalidad de la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades en los Territorios Históricos del País Vasco, atendiendo a un argumento de Derecho comunitario europeo de indudable trascendencia, cual es la conceptuación de las normas fiscales vascas como ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 del Tratado de la Unión Europea. Este cuestionamiento, que ha sido objeto de una repercusión jurídica, política y mediática de indudable importancia, no es sino la última etapa de un proceso de enjuiciamiento de la capacidad normativa que el Concierto Económico reconoce a los Territorios Históricos en materia de fiscalidad directa en atención a los diferentes parámetros del Derecho comunitario.

En este sentido, hay que recordar que el Tratado de la Unión Europea no establece normas de armonización en materia de fiscalidad directa, sino que define este ámbito como propio de la competencia de los Estados miembros, y mantiene la exigencia de unanimidad del Consejo para poder aprobar directivas que armonicen esta regulación. Esto se ha traducido en que la competencia armonizadora apenas si se ha ejercido y que, en relación al Impuesto sobre Sociedades, casi puede reducirse a la aprobación de tres Directivas: a) la que regula el régimen común de fusiones y escisiones; b) la que pretende la eliminación de la doble imposición en el pago de dividendos entre matrices y filiales de distintos Estados miembros (ambas de 1990); y c) la que afecta al pago de intereses y cánones (de 2003), y a la firma de un convenio internacional entre los diferentes Estados

* Secretario de Coordinación y Asistencia Técnica.

miembros para evitar los problemas de doble imposición derivados de los ajustes en materia de precios de transferencia: la denominada Convención de Arbitraje de 1990 que queda fuera del Derecho comunitario al tratarse de un tratado internacional y no de un instrumento de Derecho derivado comunitario.

No obstante, este principio de respeto a la competencia nacional en materia de fiscalidad directa no impide que el ejercicio de la misma por parte de los Estados miembros quede sometido a los límites dispuestos del Derecho comunitario, y singularmente, al Derecho de la competencia, (los Estados miembros no pueden adoptar disposiciones que impidan el desarrollo del mercado interior en el seno de la Unión Europea).

Si atendemos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante la última década y media, dos ámbitos destacan dentro del Derecho comunitario de la competencia por su incidencia en la fiscalidad directa de las empresas: las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado y la prohibición de la concesión de ayudas estatales por parte de los Estados miembros. En este último ámbito la Comisión Europea se ha mostrado muy beligerante en los últimos años, sobre todo a partir de la publicación de su Comunicación de 1998 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la fiscalidad directa de las empresas.

Esto es así dado que las normas fiscales que afectan al Impuesto sobre Sociedades han sido identificadas desde hace mucho tiempo por la propia Comisión Europea y también por el Tribunal de Luxemburgo como medidas que potencialmente tienen un efecto destacado en las decisiones de localización empresarial y que pueden suponer obstáculos al funcionamiento del Mercado interior, lo cual es contrario a los fines de la Unión Europea reconocidos en el Tratado.

2. LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y EL CONCIERTO ECONÓMICO

El primer problema que el Derecho comunitario planteó al sistema fiscal de los Territorios Históricos[1] tuvo más relación con la propia articulación de las competencias tributarias establecida en el Concierto Económico que con el contenido normativo propio de las Normas Forales de los Territorios Históricos.

Así, a partir de 1988 las diputaciones forales y las Juntas Generales comienzan a ejercitar su autonomía normativa en materia de Impuesto sobre Sociedades y establecen una serie de incentivos fiscales diferentes a los vigentes en la normativa aplicable en el territorio de régimen común, con el objeto de dar un impulso a la economía vasca que atravesaba una situación delicada, consecuencia de los importantes procesos de reconversión industrial llevados a cabo.

En aquel momento, el Concierto Económico establecía una serie de puntos de conexión para determinar qué contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades

[1] Sistema fiscal emanado del reconocimiento y amparo de los derechos históricos de los territorios forales realizado por parte de la disposición adicional primera de la Constitución de 1978, y actualizado a través de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por medio de Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, y en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado entonces por Ley 12/1981, de 13 de mayo.

podían acogerse a la normativa foral del citado Impuesto, pero el propio Concierto Económico reservaba como competencia exclusiva del Estado la tributación de los no residentes, por lo que los incentivos fiscales mencionados no resultaban de aplicación a los contribuyentes no residentes que operasen en los Territorios Históricos mediante un establecimiento permanente.

2.1. **La libertad de establecimiento y la tributación de los no residentes**

Para 1993 ya se habían producido los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las libertades fundamentales y singularmente sobre la libertad de establecimiento y los efectos que tiene en materia de fiscalidad. Se estableció una máxima en función de la cual no debía discriminarse a los establecimientos permanentes de entidades no residentes pero residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea respecto al trato fiscal de los contribuyentes residentes, pues ello supondría una restricción a la citada libertad de establecimiento contraria al Tratado y, en consecuencia, un incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro en sus obligaciones de Derecho comunitario.

La Comisión Europea, como garante del cumplimiento del Derecho comunitario y como elemento activo en favor de la realización del Mercado interior, emitió una Decisión dirigida al Reino de España por la que consideraba contraria a la libertad de establecimiento la regulación establecida en los Territorios Históricos en materia de Impuesto sobre Sociedades por las Normas Forales de Incentivos Fiscales a la Inversión de 1988, como consecuencia de su inaplicación a los establecimientos permanentes de entidades no residentes pero residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.

En último extremo, la protección que la libertad de establecimiento otorga a las empresas implica no obstaculizarlas en el desarrollo de su actividad en cualquier Estado miembro, ya que obligarles indirectamente a constituir filiales para gozar de un régimen tributario igual al que se dispensa a las entidades residentes supondría un serio obstáculo.

Ahora bien, como puede deducirse claramente de lo expuesto, la Comisión Europea no ponía en entredicho la regulación concreta que los Territorios Históricos estaban realizando, ni procedía a realizar una comparación con la normativa vigente en territorio de régimen común o en cualesquiera otros Estados miembros de la Unión Europea, sino que simplemente ponía de manifiesto la vulneración de la libertad de establecimiento al estar excluidos *a priori* de la aplicación de esa regulación fiscal los establecimientos permanentes.

En suma, puede concluirse que la restricción a la libertad de establecimiento se contenía en los propios puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico, y en concreto, en la atribución exclusiva de la competencia sobre la tributación de los no residentes a la Administración del Estado, negociada en 1981, en un escenario en el que no se había producido todavía la incorporación de España a las entonces Comunidades Europeas.

De hecho, prueba de lo anterior es que la Comisión Europea entendió suficiente el establecimiento de una compensación por

parte de la Administración del Estado a los no residentes que a la vez fueran residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y que, de haber sido residentes, hubieran podido aplicar la normativa foral de los Territorios Históricos del País Vasco o de la Comunidad Foral de Navarra.

Esta solución no dejó de ser precaria, es decir, un arreglo provisional, que vería una solución definitiva en la reforma del Concierto Económico de 1997, cuando se concertó la tributación en el Impuesto sobre Sociedades de los establecimientos permanentes en términos idénticos a la concertación de los residentes, y que se culminaría en la renovación del Concierto Económico de 2002, la que dio lugar al texto actualmente vigente, incorporado al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 12/2002, de 23 de mayo. En esta ley se reconoce la aplicación de la normativa autónoma de los impuestos directos a los no residentes que operen por mediación de establecimiento permanente, en términos idénticos a la aplicación de la normativa del Impuesto sobre Sociedades a los residentes, pero también permitiendo la aplicación de la normativa foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas utilizando el régimen opcional, reconocido en el artículo 33 de las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

2.2. **Otros aspectos relacionados con las libertades fundamentales**

Los Territorios Históricos, al igual que la Administración del Estado, han tenido que asumir los postulados del Tribunal de Luxemburgo en materia de libertades fundamentales y de limitación a su capacidad en materia de fiscalidad directa, adaptando las diferentes disposiciones internas a los pronunciamientos del Alto Tribunal comunitario.

Un ejemplo es el ya mencionado régimen opcional del artículo 33 de las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, que permite a los no residentes que obtengan rentas sin mediación de establecimiento permanente, pero que obtengan una parte significativa de su renta en España (el 75 por 100 o más de la misma), optar por personalizar el gravamen en su Impuesto sobre la Renta de No Residentes a satisfacer a la Administración tributaria correspondiente, aplicando las deducciones y circunstancias personales y familiares reconocidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para los contribuyentes residentes, de tal manera que no se produzcan restricciones a la libertad de movimiento de personas dentro de la Unión Europea.

De esta manera, se ponía remedio a las restricciones en las libertades fundamentales declaradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la del asunto Schumacker, y así el Tribunal de Luxemburgo reconoció el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a ver personalizado su impuesto sobre la renta en, por lo menos, un Estado miembro, sea el de la fuente o el de residencia, con preferencia en este último, pero cuando ello no sea posible el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró imprescindible que el Estado de la fuente permitiera la citada personalización del gravamen.

Otras medidas fiscales que han debido modificarse para ser respetuosas con las libertades fundamentales son, por ejem-

plo, las normas sobre subcapitalización o sobre transparencia fiscal internacional, que, desde 2004, no resultan de aplicación a los supuestos en los que estén involucradas otras entidades residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, puesto que son medidas que no se aplican a los residentes, y por ello, se ha eliminado su aplicación respecto a residentes en otros Estados miembros como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo como la sentencia Lankhorst-Hohorst de 2002.

En este punto, la doctrina establecida por esa sentencia de la Corte de Luxemburgo parece que está siendo matizada por las últimas decisiones del propio Tribunal, como la resultante de la sentencia dictada en diciembre de 2005 en el asunto «Marks & Spencer» o las propias conclusiones del Abogado General Sr. Lèger en el asunto «Cadbury Schweppes» (aún pendiente de sentencia), en la que parece que permite la aplicación de esas normas antielusivas en el contexto de la Unión Europea, pero siempre que solamente se apliquen a montajes puramente artificiales.

En este sentido, hay que recordar que desde 1996 las normas sobre transparencia fiscal internacional en los Territorios Históricos del País Vasco establecían no aplicarlas a entidades residentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, pero como consecuencia de acuerdos con la Administración del Estado dichas normas fueron modificadas a partir del año 2000 en sentido contrario, aunque a la vista de la reforma operada con posterioridad, la duración de la modificación no fue relevante.

Es más, en la actualidad también hay otras medidas cuestionadas, directamente o de una manera presuntiva, en nuestra regulación de la tributación directa, precisamente por su falta de adecuación a las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado de la Unión Europea. Es el caso del tipo de gravamen aplicable a los contribuyentes no residentes que obtienen sus rentas sin mediación de establecimiento permanente en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, fundamentalmente referido al gravamen de rendimientos del trabajo y de ganancias patrimoniales, aunque en estos dos supuestos el Concierto Económico obliga a los Territorios Históricos a mantener en cada momento las mismas normas sustantivas y formales que las establecidas en territorio de régimen común. Otros aspectos también cuestionados son la regulación de las normas sobre valoración de operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades o la diferencia de tratamiento en la eliminación de la doble imposición en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas según se trate de dividendos procedente de entidades residentes o dividendos satisfechos por otras entidades no residentes, tratamiento disimétrico que plantea problemas de Derecho comunitario cuando las entidades que reparten los dividendos residen en otros Estados miembros de la Unión Europea.

3. LA DISCIPLINA COMUNITARIA SOBRE AYUDAS DE ESTADO

Ahora bien, no era la regulación concreta de la normativa foral de los Territorios Históricos en materia de imposición directa la que planteaba problemas de Derecho comunitario, sino las propias normas de distribución de competencias

establecidas en el Concierto Económico o los acuerdos en materia de coordinación fiscal entre los Territorios Históricos del País Vasco y la Administración del Estado.

No obstante, el respeto a las libertades fundamentales consagradas en el Tratado de la Unión Europea debe erigirse en un canon esencial a la hora de formular la normativa tributaria por parte de los Territorios Históricos, sobre todo, atendiendo al alcance que a las mismas ha ido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y las diferentes comunicaciones de la Comisión Europea.

Sin embargo, lo que verdaderamente ha trastocado la estabilidad jurídica del régimen del Concierto Económico y de las normas emanadas de las instituciones competentes de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los últimos años, ha sido la aplicación o la invocación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado, cuya observancia en relación con las normas sobre fiscalidad directa fue manifestada en la Comunicación de la Comisión de 1998.

Debemos tener presente además, que la propia Comisión Europea ha hecho pública su intención de realizar importantes esfuerzos de control de las normas sobre fiscalidad directa para evitar que mediante las mismas se proceda a burlar la normativa sobre ayudas de Estado contenida en los artículos 87 y siguientes del Tratado de la Unión Europea.

Y en este sentido, uno de los ámbitos normativos en los que más ha incidido la práctica decisoria de la Comisión Europea es el de la normativa foral de los Territorios Históricos del País Vasco, si bien, los principales peligros para la normativa foral y para la aplicación del régimen de Concierto Económico no provienen de la actuación de la Comisión Europea sino de diferentes procesos judiciales abiertos ante los tribunales internos en contra de la normativa foral.

No es ocioso recordar en este punto que la abundante litigiosidad hacia las normas forales tributarias de los Territorios Históricos, sobre todo, en materia de Impuesto sobre Sociedades, impulsada durante algunos años desde las más altas instancias de la Administración del Estado, es, sin duda, la causante principal de la inseguridad jurídica creada y de la situación en la que se encuentra la tributación empresarial en los Territorios Históricos. Es necesario destacar la reducida protección jurisdiccional de las normas forales de las Juntas Generales, enjuiciables en estos momentos ante la jurisdicción ordinaria, lo cual no deja de constituir una anomalía jurídica si atendemos al contenido material de las normas forales tributarias y a las normas de enjuiciamiento de las demás disposiciones de idéntico contenido, como las emanadas de la Cortes Generales, de la Comunidad Foral de Navarra o de otras comunidades autónomas, siendo todas ellas competencia del Tribunal Constitucional.

3.1. **El primer episodio: la cuestión prejudicial de 1997**

El primer gran problema de confrontación entre el Derecho comunitario de la competencia, en su vertiente de prohibición de las ayudas estatales, y la normativa foral emanada en materia del Impuesto sobre Sociedades al amparo de lo

dispuesto en el Concierto Económico, tuvo lugar en relación con las normas forales de impulso a la actividad económica y de incentivos fiscales a la inversión de 1993. Estas normas fueron recurridas en vía contencioso-administrativa por parte de la Administración del Estado y dieron lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que se dirimía precisamente la caracterización como ayudas de Estado de los incentivos fiscales contenidos en la normativa foral cuestionada, y que fue sometida a conocimiento del Tribunal de Luxemburgo en 1997.

Debemos hacer un inciso en este momento para recordar los cuatro elementos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige para que nos encontremos en presencia de ayudas estatales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado: disposición de fondos públicos; ventaja respecto a las cargas normales del presupuesto de una empresa; afección a los intercambios intracomunitarios; y selectividad, en el sentido de beneficiar a determinadas empresas o a determinadas producciones; hay que recordar que están excluidas *a priori* del ámbito de las ayudas estatales las consideradas medidas generales.

Como puede deducirse fácilmente, y a tenor de las consideraciones que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha venido realizando sobre el cumplimiento de esos cuatro requisitos, la clave fundamental se encuentra en el requisito de la selectividad y en la diferenciación entre ayudas estatales y medidas generales.

En este sentido, es importante poner de manifiesto que la Comisión Europea, en su ya mencionada Comunicación de 1998, exponía que tendrían la consideración de medidas generales aquéllas que afectasen a todos los contribuyentes de un determinado Estado miembro, pero también es cierto que en la misma no se plantearon los diferentes problemas que la descentralización política establecida por algunas de las Constituciones de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea podían causar en este sentido.

Y aquí radica la esencia del problema, es decir, si debemos identificar toda medida aplicable en un ámbito inferior al de un Estado miembro como selectiva en el sentido del artículo 87 del Tratado de la Unión Europea, y en consecuencia, sometida a las importantes obligaciones formales de comunicación a la Comisión Europea establecidas en el artículo 88 del mismo Tratado. Si es así, la *selectividad regional* podría implicar una contradicción en estructuras constitucionales como la de España, que habilita la presencia de cinco espacios fiscales diferentes dentro de un mismo Estado miembro impidiendo la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las disposiciones que resulten de aplicación a todos los contribuyentes de cada uno de los sistemas tributarios de un Estado miembro descentralizado en materia fiscal o no.

Y no olvidemos que quizás el paradigma más destacado de descentralización fiscal lo constituyen los regímenes de Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra amparados por el reconocimiento de los derechos históricos de los

territorios forales realizado por la disposición adicional primera de la Constitución. Además, existen mayores o menores grados de autonomía y descentralización en otros Estados miembros, como por ejemplo, la autonomía concedida en la República portuguesa a la Región Autónoma de Azores, de la que luego hablaremos, o en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a la situación existente en regiones como Escocia, Gales o Gibraltar.

De esta manera, podemos distinguir dos criterios de selectividad: por un lado, la selectividad material, en la que son razones de índole sustantiva las que producen una diferenciación objetiva entre beneficiarios de unas ayudas y otras entidades que no son merecedoras de las mismas, por ejemplo, la concesión de una deducción a quien realice actividades exportadoras; y por otro lado, la selectividad regional, en la que el elemento de diferenciación radica en el ámbito territorial de aplicación, como por ejemplo, el reconocimiento de una bonificación a los rendimientos procedentes de Ceuta y Melilla, (no reconocidos a los de otras regiones, y sin que en estos momentos nos pronunciemos sobre la compatibilidad de tales medidas con el Derecho comunitario, sino solamente sobre su conceptuación como ayuda estatal o no).

Incluso, deberíamos plantearnos una diferenciación dentro de la propia selectividad regional, que será de indudable trascendencia para el enjuiciamiento de la conformidad con el Derecho comunitario de la competencia sobre la capacidad normativa de los territorios forales en materia de Impuesto sobre Sociedades: la selectividad, consecuencia de la aplicación de una medida dentro de un espacio geográfico limitado no coincidente con la totalidad de un régimen tributario, sino solamente con parte del mismo (por ejemplo, la aplicación de una bonificación por la Diputación Foral de Álava a las empresas que se instalen en el Parque Tecnológico de Miñano) y la discriminación geográfica resultante de la aplicación de una medida a todos los contribuyentes sometidos a un mismo régimen tributario, pero que no abarca a la totalidad del Estado miembro (como por ejemplo, la aplicación de la normativa foral navarra del Impuesto sobre Sociedades a los contribuyentes sometidos a la misma, y que no se aplica a todos los contribuyentes del Estado español).

En este último punto es donde se ubica la discusión más trascendental para el régimen de Concierto Económico, obviando además que los puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico y en el Convenio Económico no permiten hablar estrictamente de selectividad regional, puesto que no tienen una base territorial estricta, sino que resultan aplicables en el conjunto del Estado español, pero no a todos los contribuyentes; y también obviando en este momento el hecho de que en España no existe ninguna normativa del Impuesto sobre Sociedades que resulte de aplicación a todos los contribuyentes de este Impuesto, en la medida en que ninguna de las cinco disposiciones existentes (las tres Normas Forales de los Territorios Históricos vascos, la Ley Foral navarra o el Texto Refundido de la Ley estatal aplicable en territorio de régimen común) abarca a todos los contribuyentes.

Teniendo presentes estas consideraciones, vamos a centrar todo el debate sobre la compatibilidad entre la autonomía reconocida por el régimen de Concierto Eco-

nómico y el Derecho europeo sobre prohibición de las ayudas estatales.

En la cuestión prejudicial que se elevó al Tribunal de Luxemburgo, que no fue resuelta al haber desistido la parte actora (Administración del Estado) en el litigio principal antes de su conclusión, dando lugar al archivo de la misma, el Abogado General Sr. Saggio, en sus conclusiones hechas públicas el 1 de julio de 1999, concluía que las normas vascas eran susceptibles de ser consideradas como ayudas de Estado al entender que eran aplicables solamente en una parte del Estado español, en el País Vasco, y por ende, cumplían el requisito de selectividad regional, e incluían disposiciones más beneficiosas que el régimen general aplicable en España.

Deseamos advertir que las conclusiones de un Abogado General no sientan doctrina comunitaria, pues ésta se compone exclusivamente de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero sirven al Tribunal para encauzar su juicio. En efecto, en muchas ocasiones las sentencias del Tribunal siguen las conclusiones expuestas por el Abogado General correspondiente.

Ahora bien, las conclusiones del Sr. Saggio adolecían de dos defectos: en primer lugar, un desconocimiento profundo del régimen de Concierto Económico, que no puede identificarse con un régimen de ámbito regional, ni con una excepción al régimen general aplicable al conjunto del Estado, que él identificaba con la regulación vigente en territorio de régimen común; y en segundo lugar, procedía a dar una solución simplista que no tenía en cuenta el principio de autonomía institucional de los Estados miembros y del respeto a la misma que procura el propio Derecho comunitario.

En cuanto a la primera de las cuestiones, es evidente que el Abogado General no comprendió la naturaleza de la concertación tributaria en España, en la que no existe una base territorial diferenciada, sino un reparto de competencias entre las diferentes Haciendas en función de criterios tales como el domicilio fiscal, el volumen de operaciones o el lugar de realización de las mismas, pero que, una vez determinada la competencia normativa correspondiente, la citada normativa se aplica a todas las operaciones realizadas en el conjunto del Estado y da lugar al ingreso de cuotas tributarias hasta en cinco administraciones, aplicando la normativa de cada una de ellas, con lo que no puede concluirse que exista tal base regional para la aplicación del régimen concertado.

Por otro lado, es consecuencia ineludible de lo anterior que ninguna de las normas existentes en España sea más general que las demás; o todas son normas generales, cada una en su sistema tributario, o ninguna lo es, puesto que para todas rigen los mismos criterios de distribución de competencias. De la misma manera que la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Bizkaia no es aplicable a todos los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, tampoco lo es el Texto Refundido de la Ley estatal, y en su caso, cualquiera de esas normas, la que corresponda en cada momento, sirve para liquidar la deuda ante cualquiera de las Administraciones que sean competentes.

Las conclusiones del Abogado General no tuvieron en consideración la compleji-

dad resultante del reparto de competencias normativas tributarias establecido en el Concierto Económico con el País Vasco y en el Convenio Económico con Navarra: se limitó a aplicar unos esquemas de Estado central con particularidades regionales a una realidad distinta.

Estas conclusiones de todas formas, provocaron un precedente argumentativo que tuvo muy graves consecuencias. Aunque no dieron lugar a pronunciamiento alguno del Tribunal de Luxemburgo, sirvieron para que algunas Comunidades Autónomas limítrofes con el País Vasco o determinadas entidades empresariales de las mismas entablaran procedimientos judiciales internos, cuyas consecuencias pudieron vislumbrarse en toda su crudeza al conocerse el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, de la que posteriormente hablaremos.

3.2. **Las Decisiones de la Comisión sobre determinados incentivos fiscales**

Superado transitoriamente el problema planteado por las conclusiones del Abogado General, la Comisión Europea, en el ámbito de su estrategia puesta de manifiesto en su Comunicación de 1998, comenzó a evaluar, a instancias de determinadas denuncias de competidores o de comunidades autónomas limítrofes con el País Vasco, una serie de medidas fiscales contenidas en la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades desde el punto de vista de la disciplina de ayudas estatales.

Ahora bien, hay que reseñar desde un primer momento que en ninguno de esos supuestos que vamos a enumerar la Comisión Europea hizo mención alguna a las conclusiones del Abogado General ni apreció la existencia de selectividad regional por tratarse de Normas Forales no aplicables a todos los contribuyentes residentes en España, sino que los juicios de selectividad se hicieron en todo momento según criterios materiales o de fondo, de requisitos concretos exigidos por cada una de esas medidas fiscales para su aplicación, que generaban el que no pudieran aplicarse a todos los contribuyentes sometidos al sistema tributario del concreto Territorio Histórico, sino solamente a algunos de ellos.

Hay que tener presente que las ayudas estatales están prohibidas por el Tratado de la Unión Europea en la medida en que pueden falsear la libre competencia. Precisamente el fomento de la libre concurrencia y la eliminación de los obstáculos a la misma, al igual que lo expuesto en relación con las libertades fundamentales, son requisitos ineludibles para la realización del Mercado interior, que era uno de los objetivos esenciales de la Unión Europea a partir del Acta Única Europea de 1987 y, sobre todo, del Tratado de Maastrich de 1992.

Así, la Comisión Europea ha identificado hasta cinco medidas fiscales contenidas en la regulación de los Territorios Históricos vascos del Impuesto sobre Sociedades como ayudas estatales incompatibles con el Mercado común. Ha iniciado así mismo los procedimientos administrativos correspondientes y emitido las correspondientes Decisiones que han sido todas ellas objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de las autoridades del Reino de España estando aún pendientes de resolver.

Por un lado, mediante sendas Decisiones de 11 de julio de 2001, la Comisión Europea identificó como ayudas estatales incompatibles con el Mercado común y concedidas ilegalmente por las autoridades españolas las reducciones de la base imponible para empresas de nueva creación establecidas en el artículo 26 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 y el crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones aplicable a grandes proyectos de inversión[2], al no haber sido objeto de notificación a la Comisión por el procedimiento regulado en el apartado 3 del artículo 88 del Tratado.

Posteriormente, por Decisión de 20 de diciembre de 2001, la Comisión europea entendió también que constituía una ayuda de Estado ilegal e incompatible con el Tratado de la Unión Europea la exención temporal durante diez años para las empresas de nueva creación establecida en el artículo 14 de las Normas Forales de medidas de reactivación e impulso a la actividad económica e incentivos fiscales a la inversión de 1993, también conocidas como *vacaciones fiscales.*

Además, han sido objeto de declaración como ayudas de Estado el derogado régimen especial de los centros de dirección, coordinación y financiero establecido en el Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Bizkaia en 1996, y la deducción por actividades de exportación, regulada en el artículo 43 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996. En este último caso también ha sido declarada ayuda de Estado la deducción correspondiente a la legislación navarra y la del territorio de régimen común, aunque este último supuesto ha sido considerado como ayuda estatal incompatible con las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los efectos de la Decisión han sido mucho más reducidos al no exigirse la devolución de las ayudas disfrutadas[3].

En todos los supuestos mencionados, como ya hemos expuesto, la Comisión Europea identifica un elemento de selectividad material como justificador del concepto de ayuda estatal, un ejemplo ilustrativo sería el crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones, cuando se exige la inversión de una cuantía superior a 2.500 millones de pesetas. De esta forma se está restringiendo de tal manera su ámbito de aplicación objetivo, que solamente puede favorecer a las grandes empresas capaces de desarrollar tal tipo de proyectos de inversión, con lo que entiende cumplido el requisito de selectividad material a los efectos de su consideración como ayuda de Estado.

En este sentido, es revelador el hecho de que, conociendo el tenor de las conclusiones del Abogado General antes mencionadas, la Comisión Europea no haya hecho ni la más mínima mención a las mismas, sino todo lo contrario, se ha encar-

[2] Dichas reducciones son aplicables durante los cuatro primeros años de ejercicio de la actividad y conocidas como mini-vacaciones fiscales, y el crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones correspondientes a grandes proyectos de inversión en los que se invirtieran más de 2.500 millones de pesetas, además de exigir el cumplimiento de otra serie de requisitos.

[3] No obstante, por Decisión de 22 de marzo de 2006 la Comisión Europea también ha considerado que tal deducción es incompatible con el Tratado de la Unión Europea pero ha aceptado una derogación paulatina de la deducción por parte de las autoridades españolas, sin llevar adelante un procedimiento administrativo que obligue a la recuperación de las ayudas disfrutadas.

gado de enfatizar que el cuestionamiento por razones materiales de estas medidas fiscales no implicaba en ningún momento un menoscabo de las competencias dimanantes del régimen de Concierto Económico ni un cuestionamiento del mismo desde el punto de vista del Derecho comunitario.

Es más, en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de este tipo de medidas fiscales[4], el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que no se cuestiona en absoluto la posibilidad de dictar disposiciones generales aplicables en el ámbito del Territorio Histórico correspondiente.

Como puede deducirse claramente de lo anterior, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está reconociendo la posibilidad de que existan medidas generales en el ámbito del sistema tributario de un Territorio Histórico, está excluyendo implícitamente la doctrina del Abogado General, puesto que en aplicación de aquélla no cabría la existencia de medidas generales en el ámbito de un Territorio Histórico, teniendo presente la oposición conceptual entre ayuda estatal y medida general.

Es muy importante destacar que, pese al conjunto de Decisiones de la Comisión, verdaderamente amplio, respecto a determinadas medidas fiscales de los sistemas tributarios de los Territorios Históricos vascos a las que se ha aplicado la disciplina sobre ayudas estatales, en ninguno de ellas se encuentra asomo alguno de aplicación de la doctrina del Abogado General, ni se da por tanto indicio de la validez de la misma. Más bien se puede deducir todo lo contrario, tanto de la práctica decisoria de la Comisión como del concreto tenor de los pronunciamientos del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.3. **La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004**

Ahora bien, la doctrina contenida en la conclusiones del Abogado General Sr. Saggio, amén de su escaso eco en los pronunciamientos de la Comisión europea y de los Tribunales de Luxemburgo, ha tenido su contrapunto en la eficacia que se le ha dado en el ámbito interno.

Cuando se hacen públicas el 1 de julio de 1999 las conclusiones del Abogado General Sr. Saggio en la cuestión prejudicial de 1997, los diferentes recursos interpuestos contra la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades de 1996 estaban ya casi pendientes de las primeras sentencias, y en ellos se había hecho una enunciación más o menos explícita de los argumentos por los que las normas forales vascas podían considerarse como ayudas estatales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado de la Unión Europea, pero no habían recogido todavía el tenor de las conclusiones del Abogado General.

---

[4] Sentencias pronunciadas respectivamente el 6 de marzo de 2002 y el 11 de noviembre de 2004 en relación con la aplicación de las mini-vacaciones fiscales y del crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones a las empresas Demesa y Ramondín, respecto de las que comenzó la actuación de la Comisión europea en 1997 para cuestionar estos incentivos en su aplicación a casos concretos y que dio lugar a sendas Decisiones de 1999 declarando tales incentivos como ayudas estatales ilegales incompatibles con el mercado común en los términos expuestos.

No obstante, algunos recursos, como el de la Federación de Empresarios de La Rioja, establecía el argumento de Derecho comunitario como uno de los centrales, y aun así, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó en septiembre de 1999 esas alegaciones, estableciendo expresamente que no apreciaba la concurrencia de ningún elemento de Derecho comunitario en el asunto en cuestión, negando la posible consideración como ayudas estatales las disposiciones citadas. De hecho, simplemente estimó el recurso por lo que al artículo 26 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades se refería, en la medida en que consideraba que las *mini-vacaciones fiscales* suponían una vulneración de las normas de armonización contenidas en el artículo 4 del entonces vigente Concierto Económico.

Ahora bien, la Federación de Empresarios de La Rioja, a la hora de interponer el correspondiente recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a que acabamos de referirnos, sí incluyó el cuerpo completo de la argumentación del Abogado General Sr. Saggio para justificar la interposición de su recurso de casación, asumiendo que esas conclusiones eran doctrina firme del Tribunal de Luxemburgo. Así pues, solicitaba la anulación de las disposiciones recurridas ya que, pudiendo ser ayudas estatales, adolecían de vicio de ilegalidad al no haber sido notificadas a la Comisión Europea de conformidad con lo previsto en el artículo 88 apartado 3 del Tratado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 por la que se resuelve el citado recurso de casación acoge la tesis de la Federación de Empresarios de La Rioja y, sin cuestionarse siquiera la elevación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entiende que existe una doctrina reiterada del mismo que permite configurar las normas forales como ayudas estatales por su carácter selectivo regional. Además, y en tanto en cuanto incorporen una ventaja en relación con la normativa estatal, erigida en normativa de general aplicación en el Estado español, procede a anularlas debido al defecto de notificación a la Comisión Europea exigida por el Tratado.

La doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 incluso comete el error de calificar como medida general no susceptible de ser considerada ayuda estatal la deducción por actividades de exportación, cuando el 15 de julio de 2004 el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea había confirmado plenamente su carácter de ayuda de Estado contraria al Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, como hemos expuesto.

Además el escaso rigor del Tribunal Supremo es patente al aceptar como doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea algo que no era sino una paráfrasis de las argumentaciones del Abogado General Sr. Saggio en la ya mencionada cuestión prejudicial, dando muestras claramente de que la máxima jurídica de *iura novit curia*[5] no resultaba de aplicación al caso concreto.

Con independencia de los errores conceptuales y jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, cuya depuración habrá que confiar

[5] El juez conoce el derecho (principio general de legislación internacional).

a los oportunos recursos habilitados por nuestro ordenamiento jurídico, y en particular, al recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional por las instituciones vascas, es cierto que su doctrina ha empañado el horizonte de seguridad jurídica y de estabilidad de la normativa vasca del Impuesto sobre Sociedades.

3.4. **El segundo episodio: la Región Autónoma de Azores**

El máximo órgano jurisdiccional de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha enfrentado por vez primera con la aplicabilidad de las normas sobre ayudas estatales a las disposiciones fiscales emanadas de entidades infraestatales con autonomía para ello.

Como hemos expuesto anteriormente, hay otras regiones europeas que pueden encontrarse con problemas similares a los que afectan a los Territorios Históricos del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra en materia de ayudas estatales y fiscalidad directa de las empresas, y entre ellas, destacan los asuntos relativos a la Región Autónoma de Azores en Portugal y de Gibraltar en el Reino Unido, el último de los cuales está pendiente en estos momentos de sentencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En estos supuestos ha sido la Comisión Europea la que, en cierta medida asumiendo por vez primera la doctrina del Abogado General Sr. Saggio, ha planteado mediante sendas Decisiones la conceptuación como ayudas de Estado de diversas disposiciones fiscales aplicadas en ambos territorios en forma de tipos impositivos reducidos, basando tal conceptuación en el carácter regional de la regulación y por ende en la selectividad regional de la medida.

Obviamente, ante tales Decisiones los Estados miembros afectados (Portugal y Reino Unido) han interpuesto los correspondientes recursos de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los que además han intervenido otros Estados miembros, como España, en contra de las tesis de la Comisión Europea en el sentido de considerar como ayudas de Estado tales disposiciones fiscales según un criterio de selectividad regional.

El procedimiento que ya ha concluido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el asunto referente a los tipos impositivos reducidos en el Impuesto sobre Sociedades en la Región Autónoma de Azores en Portugal, en el que, después de la celebración de la correspondiente vista el 6 de septiembre de 2005, fueron hechas públicas las conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de octubre de 2005 y en el que se ha dictado la sentencia definitiva el 6 de septiembre de 2006, que, dada la importancia del asunto, ha dado lugar a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se reúna en su composición plenaria de Gran Sala[6], lo que refuerza todavía más la importancia que tendrá para el futuro la decisión del Tribunal.

En este caso fue el Abogado General Sr. Geelhoed el que hizo públicas sus con-

---

[6] Habitualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve los asuntos en forma de Sala, integrada por cinco jueces, pero cuando la relevancia del asunto o la importancia de la doctrina a establecer lo aconsejan, el Tribunal se reúne en forma de Gran Sala, siendo vinculante para las Salas del Tribunal en el futuro la doctrina contenida en las sentencias emitidas por la Gran Sala.

clusiones el 20 de octubre de 2005, y en ellas afirma que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca se ha pronunciado sobre una cuestión como la que venimos exponiendo, lo que pone de manifiesto la falacia contenida en la argumentación de la Federación de Empresarios de La Rioja en el recurso de casación interpuesto y, con más importancia todavía, la manifiesta arbitrariedad en que incurre el Tribunal Supremo al anular unas disposiciones alegando una doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ahora, se muestra como inexistente con toda su crudeza en las conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed.

Además, después de esta afirmación, analiza la importancia del asunto, y entiende que existe un interés destacado por todos los Estados miembros en que se clarifique el régimen de aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las disposiciones fiscales dictadas por órganos infraestatales dotados de autonomía para ello en el Estado miembro que se trate, precisamente por las consecuencias que tiene su categorización o no como ayudas de Estado, y en concreto, por la obligación de notificar a la Comisión Europea los proyectos de ayudas que se pretenda adoptar y la consecuente ilegalidad de las mismas si se omite este trámite.

Por otro lado, subraya la importancia de la cuestión en la medida en que se encuentra en juego el encaje de las disposiciones de Derecho comunitario y el principio de autonomía institucional de los Estados miembros y el respeto a sus estructuras constitucionales.

Con esos mimbres, el Abogado General entiende que existen tres situaciones de descentralización del poder tributario que deben ser tenidas en cuenta a la hora de responder a la cuestión crucial a la que se enfrenta. De esa cuestión deriva la aplicación o no del estricto régimen de ayudas estatales, y de la que podría derivar, añadimos nosotros, la corrección de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 o, por el contrario, su incompatibilidad con una aplicación correcta y uniforme del Derecho europeo.

Las tres situaciones identificadas por el Abogado General Sr. Geelhoed son las siguientes:

— *Decisión unilateral del Estado central:* el Abogado General identifica como primer supuesto el hecho de que el Estado central decida la reducción del tipo de gravamen en una región determinada, sin que exista una atribución de autonomía para ello. En tal supuesto, entiende, correctamente, que existe selectividad regional, y en consecuencia, puede aplicarse el régimen de ayudas estatales, porque se está estableciendo una diferencia regional respecto al ámbito general de aplicación de la normativa en cuestión.

— *Descentralización simétrica:* es el supuesto en el que una determinada disposición no es decidida por el Estado central, sino que se descentraliza en todas y cada una de las entidades infraestatales de que se trate, por ejemplo, la posibilidad de poner un tipo de gravamen en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles atribuida a los Ayuntamientos. En tales casos, al entender que no existe una normativa general que pueda ser comparable, sino que la normativa general es que cada Ayuntamiento fije su tipo de gravamen, el Abogado General entiende que

en estos supuestos nunca puede aplicarse la normativa sobre ayudas estatales.

— *Descentralización asimétrica:* el Abogado General llega al supuesto más conflictivo, que es el que corresponde a Azores, o a Gibraltar, o a los Territorios Históricos del País Vasco o a la Comunidad Foral de Navarra, y que se da cuando sólo algunas entidades infraestatales tienen descentralizada la competencia tributaria, con exclusión de la potestad estatal, y no todas las demás.

En este caso, el Abogado General entiende que no se puede predicar una aplicación incondicionada de la normativa sobre ayudas estatales, pues eso sería tanto como asumir que no cabe que las estructuras constitucionales de los Estados miembros establezcan estos esquemas de descentralización política, lo que supondría una intromisión irrazonable en su esfera de autonomía.

No obstante, también entiende que hay que poner cautelas, y no excluir en todo caso de descentralización asimétrica la aplicación de las normas sobre ayudas estatales, pues ello implicaría abrir la puerta para que los Estados miembros pudieran burlar con facilidad la prohibición de la concesión de ayudas estatales establecida en el artículo 87 del Tratado.

Y para buscar un punto de equilibrio, el Abogado General entiende que solamente estarían excluídas de la normativa de ayudas de Estado por un criterio de selectividad regional aquellos supuestos de descentralización asimétrica en los que la entidad infraestatal goce de lo que él denomina autonomía total.

La autonomía total debe entenderse como la adición de tres tipos concretos de autonomía que deben darse en el ente infraestatal que aprueba la regulación tributaria controvertida, a saber:

— *Autonomía institucional,* en función de la cual la atribución de esta autonomía normativa sea consecuencia de la estructura constitucional y organizativa del Estado miembro de que se trate, lo que en el caso de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco o de la Comunidad Foral de Navarra es indiscutible en la medida en que deriva de la propia Constitución de 1978, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco o del Amejoramiento del Fuero navarro y de los vigentes Concierto o Convenio económico, estando dotadas además las instituciones competentes de los territorios forales de la organización precisa para ejercer tales competencias.

— *Autonomía de procedimiento,* en el sentido de que los órganos infraestatales tengan sus propios procedimientos de decisión en los que no haya la más mínima intervención de las instituciones centrales del Estado, lo que también es indudable en el caso vasco o navarro en la medida en que son sus Juntas Generales y Diputaciones Forales (Parlamento y Gobierno Foral en Navarra), elegidos democráticamente por sufragio universal por los ciudadanos las que actúan procedimentalmente con plena autonomía en el diseño de sus normas tributarias, por lo menos, en lo que a la imposición directa de la que tratamos se refiere.

— *Autonomía económica,* en el sentido de que las decisiones de política fiscal que se adopten por las entidades infraestatales correspondientes sean soportadas por las mismas, sin transferencias cruzadas compensatorias por parte del

Estado central, lo que también ocurre en el caso vasco y navarro. Esto es así dado que el sistema de Concierto o Convenio se basa en un criterio de riesgo unilateral para los territorios vascos y la reducción de su capacidad recaudatoria no implica recibir más dinero del Estado central (que solamente se recibe para atribuir los rendimientos de determinados impuestos no concertados, como los que gravan las importaciones), sino lo contrario, esto es, el cupo (o aportación) que se paga al Estado no depende de la propia recaudación, sino de los presupuestos del Estado central, en los que no tienen ninguna incidencia las decisiones de política económico-fiscal de los territorios forales.

El Abogado General concluye que si se dan tales elementos de autonomía, es evidente que la región autónoma correspondiente y el resto del Estado no son ámbitos comparables, y los operadores económicos actúan en situaciones económicas y jurídicas no comparables, que hacen que deba desestimarse la conceptuación como ayudas de Estado a esas disposiciones fiscales autónomas.

Sin entrar por el momento en el análisis del alcance de esta doctrina, es cierto que el análisis del Abogado General Sr. Geelhoed[7] permite resolver de una manera satisfactoria la compatibilidad entre las normas del Derecho comunitario de la competencia en materia de ayudas estatales y las estructuras constitucionales de los Estados miembros.

Es más, así lo ha entendido la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 6 de septiembre de 2006 por la que ha resuelto definitivamente el asunto, acepta expresamente toda la argumentación del Abogado General, haciéndola suya e incluso remitiendo a las propias Conclusiones del Sr. Geelhoed para no caer en reiteraciones innecesarias.

El Tribunal establece, por tanto, por primera vez, que las regiones infraestatales pueden tener sistemas tributarios propios y normas fiscales diferentes a las del resto del Estado, con tal de que dispongan de la suficiente autonomía política y económica al adoptar esas decisiones, concretando luego esa autonomía suficiente según los criterios expuestos por el Abogado General.

Pero además, también pone de manifiesto que la posición de la Comisión Europea en este asunto, y la del Tribunal Supremo español en su sentencia de 9 de diciembre de 2004, son totalmente contrarias al propio texto del Tratado de la Unión Europea y a la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo en la materia.

3.5. **Las consecuencias de la doctrina del Tribunal Supremo**

Sin duda, de perpetuarse la doctrina del Tribunal Supremo, que obviamente no pudo tener en consideración las conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed ni la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006, ya que todavía no habían sido conocidas, se produciría una negación de la capacidad normativa de los territorios forales (País Vasco y Navarra), y el vaciamien-

[7] Del análisis realizado por el Abogado General Sr. Saggio no reniega el Sr. Geelhoed en la medida en que entiende compatible su doctrina con el pensamiento que patentizó el Sr. Saggio, y entender que aquél hacía referencia a unas disposiciones coyunturales, y en consecuencia, no establecía principios jurídicos generales.

to por una puerta falsa del bagaje competencial que el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra reconocen a los territorios forales.

Además, tal doctrina supondría, en cierta medida, que el Tribunal Supremo español desempeñara un papel de garante de la aplicación del Derecho comunitario inconsistente con la propia formulación del mismo realizado por parte de los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto, patentizado en la doctrina autorizada del Abogado General expuesta con anterioridad y en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de 6 de septiembre de 2006, que asume plenamente esa doctrina.

Pero es alta la preocupación, en la medida en que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 ha reanimado a determinadas comunidades autónomas limítrofes con el País Vasco en sus esfuerzos por luchar contra la autonomía normativa que la Constitución, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco reconocen a los Territorios Históricos. En ese camino de aumento de la litigiosidad con la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha iniciado una senda de aceptación acrítica de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, que, por otro lado, ni tan siquiera constituye jurisprudencia a los efectos de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil.

Así, hemos visto cómo en el cuarto trimestre de 2005 y durante el primer semestre de 2006 se adoptaban decisiones de suspensión cautelar de la vigencia de determinadas disposiciones forales en materia del Impuesto sobre Sociedades, y que incluso se anulaban algunas de ellas mediante un incidente de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, obviando completamente la doctrina expuesta por el Abogado General Sr. Geelhoed, y generando una situación de mayor inestabilidad jurídica en el sistema tributario de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco que en nada ayuda a solucionar la cuestión.

No obstante, también hay que reseñar que en los últimos tiempos (finales de junio y principios de julio de 2006), la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco comenzó a vacilar en cuanto a la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 a los nuevos litigios, cuando los primeros de ellos habían concluido los trámites escritos de las partes y estaban preparados para que el Tribunal juzgase el fondo de los asuntos, e incluso trasladó a las partes su intención de remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad a Derecho comunitario de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004.

En este punto, parece lógico que el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006 en el «asunto Azores» tiene que tener su reflejo en los procedimientos abiertos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a tenor de las propias dudas surgidas al Tri-

bunal con anterioridad a que se conociera el parecer definitivo del Tribunal de Luxemburgo en este asunto.

3.6. **Perspectivas de futuro**

Las esperanzas de que se clarifique el panorama en relación con la aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado a las disposiciones tributarias de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Impuesto sobre Sociedades se encuentran en la resolución del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, teniendo presente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 6 de septiembre de 2006, ha asumido plenamente la doctrina expuesta en las conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed sobre la coexistencia de diferentes regímenes fiscales en un mismo Estado miembro a partir del conflicto suscitado en relación con los tipos impositivos reducidos en el Impuesto sobre Sociedades en la Región Autónoma de Azores.

Queda por ver qué consecuencias va a tener esa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tanto en lo relativo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional presentado por las instituciones vascas como en relación con los diferentes recursos pendientes ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación a las normas aprobadas en 2005 para subsanar el vacío normativo provocado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004.

Hasta el momento en que se conozca alguno de los pronunciamientos al respecto, la situación de incertidumbre jurídica permanecerá aunque se admita a trámite los correspondientes recursos de amparo por el Tribunal Constitucional. A ella contribuyen los recursos de las comunidades autónomas limítrofes con el País Vasco y el propio tenor de las resoluciones que están emanando de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a pesar de que las instituciones competentes de los Territorios Históricos ejerciten sus competencias derivadas del Concierto Económico y a la vez interpongan todos los recursos que el ordenamiento jurídico les permite para conseguir el esclarecimiento de tan importante cuestión.

En este sentido, las entidades recurrentes están interpretando la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 2004, por cuanto defienden que cuando el Tribunal Supremo ha anulado esas disposiciones no lo ha hecho por razones de forma (no constancia de la comunicación a la Comisión europea exigida en el apartado 3 del artículo 88 del Tratado de la Unión Europea), sino propiamente por la antijuridicidad implícita de las medidas en cuestión, esto es, no ha anulado el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades del 32,5 por 100 por no haber sido notificado (que es lo que realmente consta en la sentencia del Tribunal Supremo), sino por ser 2,5 puntos inferior al vigente en territorio de régimen común.

Y con esta interpretación han solicitado al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la suspensión cautelar de la nueva regulación del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades para el ejercicio 2005, nuevamente fijada en un principio en el 32,5 por 100 y con posterioridad en el 32,6 por 100, que la ha concedido al en-

tender que estamos ante la reproducción de una disposición anulada, pero pasando ya a valorar argumentos de fondo y no de forma, puesto que si la razón de la anulación fue la omisión de un trámite, ello no implica que el contenido estuviera mal, dado que la subsanación de la omisión del trámite debería conllevar la validez de la propia regulación, aspecto éste negado implícitamente por los Autos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

No obstante, el panorama puede verse aclarado porque el resultado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006 ha sido el pronunciamiento por parte del máximo órgano judicial europeo de una doctrina que respalda totalmente la posición mantenida por las instituciones vascas en defensa de la autonomía tributaria que nos concede el Concierto Económico y del ejercicio de la misma para dotar a los sistemas tributarios vasco y navarro de una fiscalidad empresarial diferenciada respecto de la vigente en territorio de régimen común y, también, de la establecida en otros Estados miembros de la Unión Europea.

4. **CONCLUSIONES**

Es evidente, que el Derecho comunitario de la competencia tiene una importancia destacada en relación con la fiscalidad directa de las empresas, tanto en lo que se refiere al respeto a las libertades fundamentales contenidas en el Tratado de la Unión Europea como al régimen comunitario de prohibición de las ayudas estatales.

Ahora bien, la interpretación errónea de la aplicación de esta última categoría a todas las disposiciones forales, aun cuando fueran de aplicación a todos los contribuyentes del sistema tributario del Territorio Histórico tratado, ha supuesto una quiebra en la estabilidad jurídica de los citados sistemas tributarios y un abuso en la aplicación del Derecho comunitario por parte de los tribunales internos.

Uno de los mayores peligros a los que se enfrentan el Concierto Económico de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Convenio Económico de la Comunidad Foral de Navarra es la consolidación de una doctrina como la establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004. Ésta no es, sino la traslación de unas conclusiones del Abogado General Sr. Saggio formuladas en 1999 sin el refrendo posterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Debe señalarse además que dicha doctrina fue concebida presuntamente a partir de las afirmaciones de una de las partes procesales que atacaba las normas forales vascas del Impuesto sobre Sociedades de 1996, por el motivo que fuera, posición única desde la que puede entenderse una pretensión como la formulada por la Federación de Empresarios de La Rioja de declaración total de nulidad del conjunto de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de 1996, desproporcionada hasta en su misma formulación.

No obstante, la cuestión que en el fondo se plantea en todos estos procedimientos, es si el Derecho comunitario autoriza o no una descentralización asimétrica del poder tributario. Esta cuestión está siendo objeto de análisis en estos momentos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, a través del enjuiciamiento de determinadas disposiciones fiscales aplicadas en la Región Autónoma de Azores en Portugal o en Gibraltar (Reino Unido).

En estos procedimientos, el propio Abogado General Sr. Geelhoed ha declarado la necesidad perentoria de que esta situación se clarifique, lo que ya es una cuestión no solamente de interés preferente para los Estados miembros con competencias fiscales descentralizadas asimétricamente, sino incluso para la propia Unión Europea, y para lo cual se están formulando teorías que permitan compatibilizar esas estructuras constitucionales de determinados Estados miembros con la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado.

Y precisamente eso ha hecho que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya dictado su sentencia de 6 de septiembre de 2006 sobre el «asunto Azores», dándole la máxima trascendencia jurídica posible, y estableciendo principios generales que pretenden buscar un equilibrio entre los fines de la Unión Europea y el respeto a la autonomía institucional de sus Estados miembros, asumiendo la doctrina esbozada por el Abogado General Sr. Geelhoed y elevándola a la categoría de jurisprudencia comunitaria, de obligada aplicación por parte de todos los poderes públicos y todos los tribunales de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

En el caso de los Territorios Históricos vascos, para poder recuperar la estabilidad normativa y jurídica, no solamente es preciso que se clarifique esta situación a escala comunitaria (respecto a lo que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2006 supone un paso de gigante, con una casi imposible vuelta atrás) y en los tribunales internos, sino también es necesario que se modifique la legislación orgánica procesal y del Tribunal Constitucional para residenciar ante este último el enjuiciamiento de las normas forales tributarias de los Territorios Históricos. De esta manera podríamos desterrar la anomalía jurídica en que se encuentra su régimen de impugnación a tenor del contenido de las disposiciones que se aprueban por esas Normas Forales y dotar a los Territorios Históricos la estabilidad normativa que merecen. En este sentido las Juntas Generales de Bizkaia han elevado una proposición al Parlamento Vasco para instar a las Cortes Generales a modificar las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en esta materia.

Esperemos que el escenario se clarifique próximamente, máxime teniendo presente que a escala comunitaria el Tribunal de Luxemburgo ya ha establecido reglas muy claras al respecto. La estabilidad jurídica y la prosperidad económica de los Territorios Históricos vascos así lo reclaman.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMUNICACIÓN 98/C 384/03, DE LA COMISIÓN, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES A LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA FISCALIDAD DIRECTA DE LAS EMPRESAS (*DO C 384 de 10.12.1998, p. 3/9).*

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SR. SAGGIO, de 1 de julio de 1999, en los asuntos acumulados C-400/97 a C-402/97, que tienen por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (España), en el procedimiento entre la Abogacía del Estado y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SR. GEELHOED, de 20 de octubre de 2005, en el asunto C-88/03, República Portuguesa, apoyada por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Reino de España, partes coadyuvantes, contra Comisión de las Comunidades Europeas, parte demandada, que tiene por objeto la anulación de la Decisión 2003/442/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la parte del régimen que adapta el sistema fiscal nacional a las particularidades de la Región Autónoma de las Azores en lo relativo a las reducción de los tipos del impuesto sobre la renta (DO L 150, p. 52).

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SR. LEGER, de 2 de mayo de 2006, en el asunto C-196/04, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por los Special Commissioners of Income Tax, London (Reino Unido), en el procedimiento entre Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd y Commissioners of Inland Revenue.

DECISIÓN 2002/806/CE, DE LA COMISIÓN, DE 11 DE JULIO DE 2001, RELATIVA AL RÉGIMEN DE AYUDAS ESTATALES APLICADO POR ESPAÑA EN FAVOR DE ALGUNAS EMPRESAS DE RECIENTE CREACIÓN EN VIZCAYA (ESPAÑA) [notificada con el número C(2001) 1763] (*Diario Oficial n.º L 279 de 17/10/2002 p. 0035 - 0049*).

DECISIÓN 2003/27/CE, DE LA COMISIÓN, DE 11 DE JULIO DE 2001, RELATIVA AL RÉGIMEN DE AYUDAS ESTATALES EJECUTADO POR ESPAÑA EN FAVOR DE LAS EMPRESAS DE VIZCAYA EN FORMA DE CRÉDITO FISCAL DEL 45% DE LAS INVERSIONES [notificada con el número C(2001) 1765] (*Diario Oficial n.º L 017 de 22/01/2003 p. 0001 - 0019*).

DECISIÓN 2003/81/CE, DE LA COMISIÓN, DE 22 DE AGOSTO DE 2002, RELATIVA AL RÉGIMEN DE AYUDAS ESTATALES APLICADO POR ESPAÑA A LOS «CENTROS DE COORDINACIÓN DE VIZCAYA» [Ayuda C 48/2001 (ex NN 43/2000)] [notificada con el número C(2002) 3141] (*Diario Oficial n.º L 031 de 06/02/2003 p. 0026 - 0031*).

DECISIÓN 2003/86/CE, DE LA COMISIÓN, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2001, RELATIVA A UN RÉGIMEN DE AYUDAS EJECUTADO POR ESPAÑA EN 1993 EN FAVOR DE ALGUNAS EMPRESAS DE RECIENTE CREACIÓN EN VIZCAYA (ESPAÑA) [notificada con el número C(2001) 4478] (*Diario Oficial n.º L 040 de 14/02/2003 p. 0011 - 0031*).

DECISIÓN 93/337/CEE, DE LA COMISIÓN, DE 10 DE MAYO DE 1993, RELATIVA A UN SISTEMA DE AYUDAS FISCALES A LA INVERSIÓN EN EL PAÍS VASCO *(Diario Oficial n.º L 134 de 03/06/1993 p. 0025 - 0029*).

DECISIÓN DE LA COMISIÓN, DE 31 DE OCTUBRE DE 2000, RELATIVA A LAS LEYES ESPAÑOLAS SOBRE EL IMPUESTO DE SOCIEDADES [notificada con el número C(2000) 3269] (*Diario Oficial n.º L 060 de 01/03/2001 p. 0057 - 0061*)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala), de 13 de diciembre de 2005, en el asunto C-446/03, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), en el procedimiento entre Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2006, en el asunto C-88/03, República Portuguesa, apoyada por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Reino de España, partes coadyuvantes, contra Comisión de las Comunidades Europeas, parte demandada, que tiene por objeto la anulación de la Decisión 2003/442/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la parte del régimen que adapta el sistema fiscal nacional a las particularidades de la Región Autónoma de las Azores en lo relativo a las reducción de los tipos del impuesto sobre la renta (DO L 150, p. 52).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Quinta), de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-324/00, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Finanzgericht Münster (Alemania), destinada a

obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Lankhorst-Hohorst GmbH y Finanzamt Steinfurt.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Segunda), de 15 de julio de 2004, en el asunto C-501/00, Reino de España, apoyado por Diputación Foral de Álava, Diputación Foral de Vizcaya, Diputación Foral de Guipúzcoa, Juntas Generales de Guipúzcoa, Gobierno del País Vasco, y por Unión de Empresas Siderúrgicas (Unesid), partes coadyuvantes, contra Comisión de las Comunidades Europeas, parte demandada, que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión, de 31 de octubre de 2000, relativa a las leyes españolas sobre el impuesto de sociedades (DO 2001, L 60, p. 57).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, de 9 de diciembre de 2004, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Empresarios de La Rioja contra las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 (RJ 2005/130).

La Defensa de la competencia en Internet

Este artículo se compone de dos partes. La principal, es una guía de páginas web sobre autoridades, instituciones y asociaciones relacionadas con la defensa de la Competencia. Para cada una de ellas, se indica la dirección URL, dándose una pequeña explicación sobre su contenido y su interés documental. En la segunda parte, se ha elaborado una recopilación de publicaciones periódicas en Internet, en materia de Competencia, con sus enlaces correspondientes, y otra recopilación de recursos en Internet en el mismo ámbito de estudio, que sirvan de referencia a profesionales e investigadores en la materia.

Artikulu honek zati bi ditu. Bata, nagusia, lehiaren defentsarekin zerikusia duten agintari, erakunde eta elkarteen web guneen gida bat da. Horietako bakoitzean, URL helbidea azaltzen da, bai eta horren edukiari eta interes dokumentalari buruzko azalpen laburra ere. Bigarren zatian, berriz, Internetean, lehiaren arloan, agertzen diren argitalpenen bilduma egin da, bakoitza bere estekarekin; horrekin batera, beste bilduma bat ere badago, ikerketa-arlo berean Interneten erabilgarri dauden baliabideena, arlo horretako profesional eta ikertzaileek erreferentzia legez erabili ahal izan ditzaten.

The article is made up of two parts. The principal one is a guide of Internet pages about authorities, institutions and associations relative to competition defence. All of them have the address of the web page and a small explanation about its content and its documental interest. The second part is a compilation of periodic publications and sites in Internet, in terms of the Antitrust Defence including its corresponding links. There is, also, a directory of Internet resources in the same area of study, very useful for professionals and searchers in this field.

Begoña Prado Mota
Universidad de Deusto

ÍNDICE

1. Autoridades nacionales
2. Autoridades internacionales
3. Asociaciones nacionales
4. Asociaciones internacionales
5. Instituciones académicas
6. Publicaciones periódicas en Internet
7. Otros recursos de Internet en materia de competencia

Palabras clave: bibliografía, fuentes de información, Internet

N.º de clasificación JEL: L40, H20, K21

La defensa de la competencia, como elemento importante en la economía nacional e internacional, cuenta con una serie de autoridades, asociaciones e instituciones de diversa índole que colaboran, cada una desde su ámbito competencial, en la mejora y adecuado desarrollo de la misma.

El presente trabajo es una recopilación de páginas web relativas a estas organizaciones. Para cada una de ellas se indica el enlace correspondiente, dando una pequeña explicación de su cometido y poniendo de manifiesto su interés documental.

Además, como valor añadido, se ha elaborado un listado de publicaciones periódicas en la web y otro de recursos de Internet en materia de competencia que sirvan de referencia a los profesionales e investigadores.

Para acceder fácilmente a las distintas entidades, esta recopilación se ha organizado de la siguiente manera:

1. Autoridades nacionales:
   - —España y Comunidades Autónomas.
   - —Francia.
   - —Alemania.
   - —Reino Unido.
   - —Estados Unidos.
2. Autoridades internacionales.
3. Asociaciones nacionales.
4. Asociaciones internacionales.
5. Instituciones académicas.
6. Publicaciones periódicas en Internet.
7. Otros recursos de Internet en materia de competencia.

1. AUTORIDADES NACIONALES

España y Comunidades Autónomas

Tribunal de Defensa de la Competencia
http://www.tdcompetencia.es/

De carácter autónomo, el Tribunal resuelve la existencia o no de prácticas res-

trictivas de la competencia prohibidas por la ley y determina e impone las sanciones correspondientes.

Por otro lado, ejerce una labor consultiva en el control de las concentraciones empresariales, emitiendo un dictamen no vinculante.

Así mismo, elabora informes sobre materias relacionadas con la competencia por propia iniciativa o a requerimiento del Gobierno y otros organismos públicos del Estado así como Comunidades Autónomas y organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores.

El Tribunal tutela el funcionamiento de los mercados a través del Servicio de Defensa de la Competencia a quien puede instar a abrir investigaciones.

Documentos y publicaciones de interés:

- Informes y resoluciones.
- Expedientes en trámite.
- Normativa española y de la Unión Europea.
- Memorias anuales 2000-2004.
- Base de datos de referencias bibliográficas.
- Enlaces a otras páginas de interés.

Servicio de Defensa de la Com*petencia*
http://www.dgdc.meh.es/

Es el órgano de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Economía, encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a la competencia. Igualmente ejerce la función de control de las concentraciones económicas.

Se encarga también de la cooperación con otras instituciones nacionales e internacionales y en concreto con la Comisión Europea en aplicación, en España, de las reglas comunitarias de competencia.

Documentos y publicaciones de interés:

- Informe Anual 2004 del Servicio de Defensa de la Competencia.
- Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia.
- Boletín de Noticias Semanal.

Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid
http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM_Agrupador_FP&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242

El Tribunal es un organismo autónomo que tiene como fin general el preservar el funcionamiento competitivo del mercado intracomunitario y procurar una competencia efectiva del mismo, protegiéndola, mediante el ejercicio por sus diferentes órganos, de las funciones de instrucción, resolución, informe y propuesta, que le atribuye la ley.

No tiene página web propia ni datos de interés más allá de la información propia del organismo.

Tribunal Català de Defensa de la Competència
http://www.gencat.net/economia/tcdc/web/m0/main/index.html

Su función principal es la de tramitar y resolver los procedimientos relativos a conductas restrictivas de la libre competencia.

Documentos y publicaciones de interés:

- Resoluciones del Tribunal.
- Normativa catalana, española y europea sobre derecho de la competencia.

— Memoria 2003.
— Algunas publicaciones y artículos.

Direcció General de Defensa de la Competència
http://www10.gencat.net/gencat/AppJava/cat/sac/organisme_fitxa.jsp?codi=13126

Esta Dirección General es el organismo dependiente de la Generalitat de Catalunya al que corresponde principalmente instruir los expedientes sancionadores por conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, además de otras funciones como vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones adoptadas por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y otras tareas relativas a este campo.

Forma parte de la página web de la Generalitat de Catalunya y no tiene un valor añadido desde el punto de vista documental.

Tribunal Galego de Defensa de la Competencia
http://www.tgdcompetencia.org/

Este organismo autónomo adscrito a la Conselleria de Economía y Hacienda tiene como fin preservar el funcionamiento competitivo de los mercados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, garantizando la existencia de una competencia efectiva.

Creado recientemente, comparte con el Servicio Gallego de Defensa de la Competencia la responsabilidad en esta materia.

La página web del Tribunal, de muy reciente creación, tiene muy poca documentación aunque sí un buen número de enlaces.

Documentos y publicaciones de interés:

— Normativa gallega en materia de competencia.

Francia

Direction Générale de la Concurrence de la Consomation et de la Répression des Fraudes
http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/01_presentation/missions.htm?ru=01

La Dirección General, dependiente del Ministerio de Economía, Finanzas e Industria, vigila el funcionamiento de los mercados, asegura el respeto a la libre competencia, garantiza la calidad de los productos y servicios y la legalidad de las transacciones.

Este organismo, además, tiene como función la defensa del consumidor.

Su misión principal es detectar y analizar las prácticas contrarias a la libre competencia y, en su caso, proponer al ministro para que apele al Consejo de la Competencia.

Esta página web proporciona mucha documentación, principalmente normativa.

Documentos y publicaciones de interés:

— Bulletin Officiel de la Concurrente de la Consomation et de la Répression des Fraudes. Textos desde 1999.
— Normativa francesa y de la Unión Europea.
— Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.
— Comunicados y dossiers de prensa.

Conseil de la Concurrence
http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=167

Es una autoridad administrativa independiente especializada en la represión de las prácticas contrarias a la libre com-

petencia, vigilando el buen funcionamiento de los mercados, para asegurar el respeto del orden público económico.

Actúa en nombre del Estado y dispone de poderes reales principalmente en materia de sanciones.

El Consejo actúa por apelación o de oficio y sus decisiones son sometidas al Tribunal de Apelación de París.

Dicta órdenes e infringe sanciones económicas. A petición de terceros, puede emitir informes sobre distintas cuestiones de competencia

Documentos y publicaciones de interés:

- Decisiones e informes.
- Listados de sentencias de la Cour d'Appel de Paris y de la Cour de Cassation sobre las decisiones del Consejo.
- Textos normativos franceses y de la Unión Europea.
- Informes anuales desde 1997.
- Selección de artículos y discursos.
- Comunicados y dossiers de prensa.

Alemania

BundesKartellamt
http://www.bundeskartellamt.de

Alta autoridad federal, independiente, es responsable ante el Ministerio de Economía.

Su misión principal es aplicar la ley alemana contra las restricciones de la libre competencia de 1958.

Documentos y publicaciones de interés:

- Decisiones del BundesKartellamt.
- Informes de actividades (versión en lengua inglesa desde 2001).
- Comunicados de prensa 1999-2004.

Reino Unido

Office of Fair Trading
http://www.oft.gov.uk/default.htm

Su objetivo principal es que los mercados funcionen bien, garantizando la libre competencia y restringiendo todo tipo de comportamiento contrario a la misma.

Cuando una infracción es descubierta, aplica penalizaciones siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia británica sobre competencia.

La OFT se remite a la Competition Commission en casos de fusiones, cuando se prevé que puede haber una disminución clara de la libertad de competencia.

Documentos y publicaciones de interés:

- Base de datos de sentencias de tribunales ingleses en materia de competencia. 1999-2003. Incluye información sobre los hechos y fallo del tribunal.
- Informes de investigación.
- Registro público de decisiones, notificaciones y otros actos derivados de la ley de Competencia de 1998.
- Registro de órdenes y empresas, incluyendo informes de la Competition Commission.
- Informe anual, 2000-2005.
- Fair Trading Magazine.
- Weekly Gazette.
- Discursos y artículos (selección).
- Comunicados de prensa.

Competition Commission
http://www.competition-commission.org.uk/

Autoridad independiente que reemplazó a la «Monopolies and Mergers Commission» en 1999.

Instruye las investigaciones sobre fusiones y empresas principales como respuesta a una petición hecha por otra autoridad, normalmente por la Office of Fair Trading. La Competition Commission no tiene poder para dirigir las investigaciones por iniciativa propia pero, actualmente, tiene la capacidad de tomar decisiones en cuestiones de competencia sobre fusiones y mercados.

Página con mucha documentación.

Documentos y publicaciones de interés:

- Informes de la Competition Commission y su antecesora, a texto completo, desde 1950.
- Informes anuales 1998-2005.
- Decisiones y acciones tomadas por la Comisión.
- Comunicados de prensa.

Competition Appeal Tribunal
http://www.catribunal.org.uk/

Cuerpo judicial especializado en derecho, economía, derecho de sociedades y contabilidad.

Se ocupa de las apelaciones y otro tipo de reclamaciones en el ámbito de la libre competencia y otros asuntos de regulación de mercados: apelaciones de Decisiones de la Office of Fair Trading, del Secretario de Estado y de la Competition Commission sobre fusiones y mercados.

Página con enlaces a jurisprudencia y legislación británicas además de algunos enlaces referentes al resto de Europa.

Documentos y publicaciones de interés:

- Casos actuales y casos cerrados del Tribunal.
- Sentencias.
- Informes anuales 2003-2005.

Estados Unidos

Antitrust Division. Department of Justice
http://www.usdoj.gov/atr/index.html

División del Departamento de Justicia norteamericano cuya misión es promover la libre competencia mediante el refuerzo de las leyes antimonopolio que se aplican prácticamente a todas las industrias y a todos los niveles.

Persigue la violación de las leyes antimonopolio, interponiendo demandas que pueden llevar a multas y condenas de cárcel. También instruye acciones civiles que desembocan en órdenes de los Tribunales *Tribunal Orders,* prohibiendo futuras violaciones.

Página en la que aparecen todos los documentos públicos derivados de las actividades de la Antitrust Division, así como otros documentos públicos en el ámbito de la libre competencia.

Documentos y publicaciones de interés:

- Sentencias derivadas de acciones llevadas a cabo por la Antitrust Division desde 1994.
- Recursos desde 1993.
- Documentos públicos internacionales sobre la libre competencia.
- Audiencias públicas en temas de salud y propiedad intelectual.
- Estadísticas derivadas de las actividades realizadas.
- Discursos.
- Comunicados de prensa.

Federal Trade Commission.
Bureau of Competition
http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm

Esta oficina tiene como misión prevenir prácticas empresariales que restrinjan la libre competencia, incluyendo las prácticas de monopolio y las fusiones.

Lleva a cabo su misión investigando los casos de violación de la ley y, cuando procede, recomendando a la Federal Trade Commission que aplique la ley formalmente en caso de acción judicial.

La Bureau of Competition, además de preparar las acciones pertinentes para acudir a los tribunales, prepara informes para el Congreso y otros organismos en el ámbito de su conocimiento.

Colabora muy activamente con la Antitrust Division del Departamento de Justicia, consultándose entre sí antes de abrir ningún procedimiento para no duplicar esfuerzos. Cuando el tema es de antimonopolio y es un procedimiento penal la Antitrust Division se hace cargo del asunto.

La página web ofrece una completa documentación pública derivada de la actividad de la oficina, sobre todo en temas de salud.

Documentos y publicaciones de interés:

- Casos sobre demandas interpuestas por la Bureau of Competition desde 1996.
- Documentos públicos de la oficina.
- Información internacional antimonopolio.
- *Advisory Opinions* y Acciones de la Federal Trade Commission en materia de antimonopolio en temas relacionados con la salud.
- Discursos.

2. **AUTORIDADES INTERNACIONALES**

Dirección General de Competencia de la Comisión Europea

http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_es.html

La Comisión Europea, amparada en el Tratado de la Comunidad Europea, tiene el poder de aplicar normas que prohíben todo tipo de acciones y acuerdos que restrinjan la libre competencia, imponiendo cuantiosas sanciones dentro del territorio de la Unión Europea.

Las autoridades nacionales en materia de competencia tienen la facultad de aplicar la normativa derivada del Tratado CE en este ámbito y colaboran activamente con la Comisión Europea.

Página con mucha información y documentación pública en materia de competencia. Muchos enlaces de interés.

Documentos y publicaciones de interés:

- Sentencias del Tribunal de Justicia sobre competencia y ayudas de Estado.
- Resoluciones judiciales de tribunales nacionales.
- Legislación europea.
- Casos y decisiones de la Comisión en este ámbito.
- Informes anuales de la Política de la competencia desde 1995.
- Libros blancos y libros verdes en esta materia.
- Competition Policy Newsletter.
- Comunicados de prensa.
- Discursos.
- Artículos.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Comité de Competencia

http://www.oecd.org/topic/0,2686,fr_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html

Constituye la primera fuerza mundial de análisis de políticas y asesoramiento en este campo.

El Comité es el principal foro internacional para temas de competencia. Está compuesto por representantes de las autoridades de la competencia de los paí-

ses de la OCDE, además de observadores y un cierto número de representantes de países no miembros.

Para realizar sus tareas el Comité está asistido por la División de Competencia. Esta elabora documentos analíticos, estudios sectoriales, y recomendaciones de acción y ofrece un soporte práctico a los gobiernos que se esfuerzan por consolidar su marco de competencia.

Página web interesante desde el punto de vista de los estudios e informes a texto completo que ofrece.

Documentos y publicaciones de interés:

- Informes del Comité a texto completo.
- Recomendaciones del Consejo de Gobierno de la OCDE en materia de competencia.
- Documentos de trabajo.
- Estudios (algunos a texto completo).
- Informes anuales por países.
- Manuales de buenas prácticas.
- Comunicados de prensa.
- Documentos de las conferencias de los foros «OCDE Global Forum on Competition».
- Actas de congresos sobre temas de competencia.

European Free Trade Association. Surveillance Authority
http://www.eftasurv.int/

Establecida en Bruselas, esta autoridad se ocupa de que los países de la EFTA, Noruega, Islandia y Liechtenstein respeten sus obligaciones en el acuerdo EEA (Área Económica Europea).

Vigila que las empresas de estos países cumplan las normas de competencia efectiva. Investiga posibles infracciones del Acuerdo EEA y puede ejercer acciones e imponer sanciones a cualquier país de la EFTA que mantenga medidas contrarias a las reglas de competencia establecidas en el EEA.

La Surveillance Authority trabaja activamente con la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, intercambiando información y consultando sobre cuestiones de política y sobre casos particulares.

Documentos y publicaciones de interés:

- Acuerdo EEA.
- Textos legales en defensa de la competencia y ayudas de Estado.
- «Internal Market Scoreboard-EFTA States» herramienta que mide el comportamiento de los países EFTA en cuanto a la transposición de la reglamentación del EEA desde 1998.
- Informes anuales desde 1994.
- Informes en el ámbito de su competencia.
- Comunicados de prensa.

Organización Mundial del Mercado
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm

Los ministros de los países miembros de la OMC, en la conferencia ministerial de Singapur en 1996, decidieron establecer el Grupo de Trabajo de la Política de la competencia, con la finalidad de estudiar las cuestiones que plantean los miembros acerca de la interacción entre el comercio y la política de defensa de la competencia.

A lo largo de estos años ha habido divergencias entre los países miembros sobre la conveniencia de elaborar un marco multilateral en este campo.

Documentos y publicaciones de interés:

- Documentos de trabajo sobre la interacción entre comercio y política de la competencia.

— Actas de reuniones del Grupo de Trabajo.
— Informes.

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)
http:///r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm

Uno de los objetivos de la UNCTAD es contribuir a una economía mundial más eficiente e igualitaria a través de un proceso de globalización basado en normas de competencia a nivel nacional, regional y multilateral.

Ayuda a los países en vías de desarrollo y países con economías en transición a formular y reforzar las leyes y políticas de defensa de la competencia y del consumidor.

En 1980 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución sobre «principios y normas para el control de las prácticas empresariales restrictivas».

Esta Resolución constituye un instrumento multilateral, en forma de Recomendación a los estados, que se implementa a través del «Grupo de Expertos en Derecho y Política de la competencia» y en las «UN Review Conferences».

El grupo de expertos promueve un foro anual de consultas, decisiones e intercambios de opiniones entre Estados y apoya estudios e investigaciones en el ámbito de la competencia.

Las UN Review Conferences se organizan cada cinco años, estableciendo las líneas de trabajo de la UNCTAD en este campo.

La UNCTAD publica un gran número de estudios e informes y organiza cursos para instructores en política de la competencia.

La página web incluye numerosos enlaces interesantes.

Documentos y publicaciones de interés:

— Documentos e informes de la UNCTAD en materia de competencia.
— Publicaciones a texto completo.
— Directorio de autoridades en materia de competencia 2005.

Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Grupo de Negociación sobre Política de competencia
http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

La Declaración ministerial de San José de 1998 establece como objetivo principal garantizar que los beneficios del proceso de liberalización del ALCA no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. Se pretende avanzar hacia el establecimiento de una cobertura jurídica e institucional a nivel nacional, interregional o regional que proscriba la ejecución de prácticas empresariales anticompetitivas y, a la vez, desarrollar mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de la política de competencia entre y dentro de los países americanos.

Documentos y publicaciones de interés:

— Declaraciones ministeriales de ALCA.
— Base de datos de comercio y aranceles.
— Inventario de leyes y normas sobre política de la competencia en los países americanos (hasta 2002).
— Inventario de acuerdos, tratados y otros arreglos sobre política de competencia, en los países americanos (hasta 2002).
— Informes del Grupo de Negociación de Política de competencia (desde 1998).

— Informe sobre desarrollos y aplicación de las políticas y leyes de competencia en los países americanos (2003).

3. **ASOCIACIONES NACIONALES**

Asociación Española para la Defensa de la Competencia (ADECOM)
http://www.competenciadesleal.com

Constituida para prevenir o remediar abusos o deslealtades anticompetitivas, ADECOM atiende todas las situaciones de abuso, deslealtad o discriminación que afectan a sus socios y protectores.

La página tiene parte de acceso restringido y contiene un foro de debate por e-mail.

Documentos y publicaciones de interés:

— Legislación española.
— Casos del Tribunal de Defensa de la Competencia.
— Sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.
— Sentencias y Autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
— «ADECOM. Revista digital».

Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC)
http://www.afec.asso.fr/index.php

Asociación sin ánimo de lucro creada en 1952.

Preconiza, dentro de las actividades económicas, el principio de la libre competencia, luchando contra las prácticas abusivas o ilícitas.

Página web con acceso restringido a los socios.

Documentos y publicaciones de interés:

— Artículos.

The Competition Law Scholars Forum (CLASF)
http://www.clasf.org/index.html

Su principal objetivo es promover el conocimiento del derecho de la competencia en el Reino Unido y resto de países de la Unión Europea.

La asociación está compuesta, fundamentalmente, por académicos, pero queda abierta a cualquier persona que quiera formar parte de ella.

Documentos y publicaciones de interés:

— *Working papers* (a texto completo).

American Antitrust Institute
http://www.antitrustinstitute.org/index.cfm

Organización independiente sin ánimo de lucro orientada a la educación, investigación y promoción de la defensa de la competencia con la idea de favorecer a los consumidores y restringir los abusos de la concentración de poder económico.

Esta página está concebida para servir de apoyo a los periodistas, economistas, abogados, hombres de negocios, funcionarios e investigadores.

Gracias a su «Guía de Recursos en la Web», la página es uno de los primeros sitios donde acudir para buscar información sobre antimonopolios.

Documentos y publicaciones de interés:

— «Guía de Recursos en la Web». Enlaces a sitios que contienen recursos de información sobre antimonopolio.
— «Archivos». Todo tipo de documentos relacionados con el campo de estudio del AAI, artículos, sentencias, ponencias, discursos, *working papers,* etc, organizados cronológicamente.

— «Who's who in antitrust». Directorio de personas y organizaciones que trabajan en este campo

4. **ASOCIACIONES INTERNACIONALES**

European Competition Authorities
http://www.oft.gov.uk/ECA/

Fundada en 2001, ECA es una asociación cuya misión es mejorar la cooperación entre autoridades europeas de la competencia.

La cooperación se establece organizando encuentros, estableciendo grupos de trabajo e intercambiando información y experiencias.

Documentos y publicaciones de interés:

— Informes de los grupos de trabajo.
— Listado de miembros de la ECA con sus direcciones de INTERNET.

Internacional Competition Network
http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.html

Asociación internacional que pretende unir a las autoridades nacionales e internacionales en materia de competencia para mantener contactos y compartir experiencias.

Procura mejorar la cooperación y la convergencia internacional en este ámbito, a través del diálogo. Está especialmente orientada a fomentar el cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia, especialmente antimonopolio.

Documentos y publicaciones de interés:

— Listado de miembros con nombres y datos de contacto
— Documentos de los grupos de trabajo.
— Ponencias y otros materiales de las conferencias anuales organizadas por la ICN.
— Documentos institucionales.

Ligue Internationale du Droit de la Concurrence
http://www.ligue.org/main.html?pid=32&parent_pid=25

Su misión es promover la libre competencia combatiendo las prácticas desleales, ilícitas o abusivas, en el plano nacional e internacional.

Centraliza documentación sobre los distintos países en materia de competencia. Realiza estudios comparativos de las diferentes legislaciones.

Esta página web tiene una parte de libre acceso pero solo la parte accesible a los miembros de la asociación es la que tiene verdadero interés documental.

Documentos y publicaciones de interés:

— Acceso a la Revue Internationale de Droit de la Concurrence, a partir de ahora ERIC, Electronic-Revue de Concurrence

International Chamber of Commerce. Commission on Competition
http://www.iccwbo.org/home/competition/commission.asp

La Comisión refleja los puntos de vista del mundo empresarial sobre los proyectos gubernamentales o intergubernamentales que afectan a la competencia, a las fusiones y a las leyes antimonopolio.

Trabaja activamente con las organizaciones relacionadas con este campo.

Página web con links a todas las empresas miembros del la ICC

Documentos y publicaciones de interés:

— Informes de las conferencias organizadas por la ICC.
— Algunas publicaciones a texto completo.

5. INSTITUCIONES ACADÉMICAS

College of Europe. Global Competition Law Centre
http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=gclc

Centro de investigación del Colegio de Europa fundado en 2004.

Promueve el análisis económico y jurídico sobre las reformas de la política de competencia en Europa y globalmente.

Foro de discusión para académicos, expertos y funcionarios en este ámbito.

Documentos y publicaciones de interés:

— *Working papers* a texto completo
— Proyectos de investigación
— Ponencias de sus conferencias y *workshops*

University of California Berkeley. Competition Policy Center
http://groups.haas.berkeley.edu/iber/cpc/

Centro de investigación, especialista en análisis y aplicación de la política de competencia.

Apoya a los profesores de la universidad de Berkeley en sus investigaciones académicas relativas a la competencia y antimonopolio, promoviendo la difusión de los resultados de sus investigaciones.

Página web con gran cantidad de documentación académica.

Documentos y publicaciones de interés:

— CPC *working papers*, a texto completo desde 1995.
— Publicaciones relativas a la competencia editadas en Berkeley.

Universidad Antonio Nebrija. Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia
http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/index.asp

Representa un foro de encuentro entre el mundo académico universitario y el empresarial en todo lo referente a la política de la competencia.

Cátedra especializada en el mundo del derecho y la economía.

Documentos y publicaciones de interés:

— Artículos publicados (a texto completo).
— *Working papers* (todavía sin contenido).
— Publicaciones periódicas (algunas a texto completo y otras, solo sumarios).
— Legislación española.
— Resoluciones, informes y memorias del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Universidad San Pablo CEU. Instituto de Estudios Europeos. Centro de Política de la Competencia (CPC)
http://www.idee.ceu.es/index.php?item=311&lang=esp

El CPC es una sección del Instituto de Estudios Europeos especializada en el estudio del derecho y la política de la competencia. De carácter interdisciplinar, sus principales vertientes son la jurídica y la económica.

El centro se dedica a la docencia y la investigación, organizando seminarios y otras actividades en su ámbito de estudio.

Documentos y publicaciones de interés:

— Documentos de trabajo del IEE. Hay una serie dedicada a la política de la competencia con los documentos a texto completo.
— Informes del IEE, también a texto completo.

6. PUBLICACIONES PERIÓDICAS EN INTERNET

ADECOM.Revista Digital
http://www.competenciadesleal.com/

Antitrust Source
http://abanet.org/antitrust/source/

Annual Report in Competition Policy
http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/

Boletín Latinoamericano de Competencia
http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/

EC Competition Policy Newsletter
http://www.eu.int/comm/competition/publications/cpn/

Energy Regulation Insights
http://www.nera.com/Newsletters.asp

ERIC. Electronic-Revue de la Concurrence (antes Revue Internationale de Droit de la Concurrence)
http://www.ligue.org/main.html?pid=52&item=&edition=9

Fair Trading Magazine
http://www.oft.gov.uk/News/Fair+Trading+magazine/index.htm

Global Antitrust Weekly
http://www.nera.com/Newsletters.asp

Global Competition Review
http://www.ibanet.org/legalpractice/antitrust_and_trade_law.cfm

Global Energy Regulation Newsletter
http://www.nera.com/Newsletters.asp

In Competition
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/online/ico/index.html

Journal of Competition Law and Economics
http://jcle.oxfordjournals.org

Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados (antes Revista Mensual de Competencia)
http://www.cms-asl.com/publicaciones_castellano.php
http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/publicaciones/revista.asp

Revue de la Concurrence, de la Consomation et de la Répression des Fraudes
http://www.minefi.gouv.fr/dgccrf/03_publications/revueccrf/index.html?ru=03

7. OTROS RECURSOS DE INTERNET EN MATERIA DE COMPETENCIA

The Antitrust Case Browser
http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust

Buscador de casos del Tribunal Supremo norteamericano en tema de antimonopolio. Contiene resúmenes de las sentencias.

Contiene además un listado de enlaces relacionados con el tema.

APEC Competition Policy and Law Database
http://www.apeccp.org.tw/index.html

Base de datos sobre derecho y política de la competencia, especialmente rela-

cionada con los países APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation).

CataLaw: Anti-Trust and Competition Law
http://www.catalaw.com/topics/Anti-trust.shtml

Relación de páginas web relacionadas con política de competencia y monopolios. Índice organizado por países.

FindLaw Legal Subjects: Antitrust and Trade Regulations
http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html

Listado de recursos legales relacionados con monopolios. Orientado al mundo del derecho en Estados Unidos. Buena cantidad de enlaces sobre el tema.

Global Competition Forum (GCF)
http://www.globalcompetitionforum.org/

Recopilación de recursos documentales relativos a derecho de la competencia.

Acceso a la documentación organizado por países.

Numerosos enlaces a todo tipo de organizaciones y recursos relacionados con la defensa de la competencia.

American Antitrust Institute Web Resources
http://www.antitrustinstitute.org/links.cfm#helpmefind

Guía muy completa sobre recursos en la web en tema de monopolios.

La página contiene un motor de búsqueda rápida y un índice de recursos por categorías.

LawMoose. World Legal Resources Center. Internet Law Library. Antitrust and Monopoly Law
http://www.lawmoose.com/internetlawlib/315.htm

Listado de recursos legales con sus enlaces. Principalmente referido a Estados Unidos.

The Lectric Law Library Lawcopedia's Antitrust and Unfair Trade Topic Area
http://www.lectlaw.com/tant.htm

Página enfocada hacia temas de competencia y antimonopolio.

Contiene legislación y jurisprudencia de Estados Unidos.

Megalaw.com. Unfair Competition Law-Moose. World Legal
http://www.megalaw.com/top/antitrust.php

Listado de recursos en materia de antimonopolio, con sus enlaces correspondientes. Dirigida al mundo de la abogacía. Mucha documentación jurídica.

Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE)
http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp

Información pública sobre integración de los países americanos y desarrollos en política comercial, dedicando una parte al tema de competencia.

Social Science Research Network
http://www.ssrn.com/

Base de datos de *working papers* académicos sobre diferentes temas de ciencias sociales.

Contiene gran cantidad de artículos sobre competencia, monopolios, fusiones y otros temas relacionados. La mayoría de los artículos son accesibles a texto completo.

Propuestas teóricas y prácticas sobre la congestión de tráfico urbano y su tarificación

La congestión del tráfico urbano es uno de los problemas más graves para las ciudades del siglo XXI y una de las principales externalidades negativas del transporte. La Economía sugiere que tal fallo de mercado requiere una medida correctiva para internalizarlo y, aunque existe consenso teórico sobre la necesidad de llevar a cabo tal corrección, en la práctica, pocas ciudades han puesto en marcha cordones de peaje o licencias de área para luchar contra la congestión. En este trabajo se pondrá de manifiesto la importancia de la congestión del tráfico como externalidad negativa del sector transporte y se revisará la literatura más reciente sobre las medidas de tarificación empleadas para reducirla.

Hiriko trafikoaren pilaketa da XXI. mendeko hirietan dagoen arazorik larrienetako bat, eta garraioak jasaten dituen kanpoko eragin negatibo nagusietako bat ere bai. Ekonomiak iradokitzen duenez, merkatuaren akats hori neurri zuzentzaile baten bidez barneratu behar da; eta zuzenketa hori egiteko beharrizanaren inguruko adostasun teorikoa dagoen arren, benetan hiri gutxik abiarazi dituzte bidesari-lerroak edo gune-lizentziak, pilaketaren aurka egiteko. Lan honetan trafikoaren pilaketak garraioaren sektorerako garrantzi handia duela agerian jarriko da, kanpoko eragin negatiboa den aldetik; gainera, pilaketa hori gutxitzeko tarifikazio-neurriei buruz dagoen literaturarik berriena aztertuko da.

Urban traffic congestion is a very serious problem for 21st Century cities and one of the biggest transport negative externalities. From Economics perspective, it would be necessary an «optimal tariff» to internalize it. Although there is a theoretical consensus, few cities have implemented cordon tolls or area licenses to fight against congestion. This work emphasizes the importance of traffic congestion as a negative transport externality and offers a survey of the current literature about urban congestion charging used to reduce it.

Carmen Lizárraga Mollinedo*
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Introducción
2. La congestión del tráfico urbano como externalidad negativa del transporte
3. Tarificación: una solución posible a la congestión del tráfico
4. Limitaciones a la implantación de la tarificación de la congestión
5. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Palabras clave: sostenibilidad, coste marginal social, coste marginal privado, tarificación

N.º de clasificación JEL: R41, R48

1. **INTRODUCCIÓN**

Desde la década de los setenta del siglo XX ha existido una preocupación creciente por el deterioro medioambiental, el uso racional de los recursos y la calidad de vida, que se tradujo, dos décadas más tarde, en la incorporación del desarrollo sostenible en la agenda política y económica de instituciones y organismos supranacionales. El Tratado de Maastricht añadió a las políticas comunitarias la de medioambiente en 1992, y el Tratado de Amsterdam incluyó el desarrollo sostenible como objetivo de la Unión Europea (UE) en 1997. La concepción del desarrollo sostenible ha sido objeto de distintos enfoques teóricos que se concreta en las nociones de sostenibilidad *débil* y *fuerte.* Según esta última, que lleva aparejada la consecución de la equidad intergeneracional e intrageneracional, un sistema es sostenible si el uso de recursos renovables no supera sus tasas de regeneración o el tiempo de obtención de sustitutos, y si las emisiones de contaminación tampoco superan la capacidad de asimilación del medio ambiente[1].

Desde esta perspectiva, el sector del transporte genera gran parte de los problemas de sostenibilidad medioambiental. Así se recogía en la Declaración de Bergen de 1990, donde se exponían sus principales efectos externos: la congestión del tráfico en las infraestructuras, en

* Agradezco las sugerencias y comentarios del evaluador anónimo que han contribuido a mejorar sustancialmente la versión inicial de este trabajo.

[1] Con esta idea de sostenibilidad «fuerte», algunos autores rechazaron la noción de sostenibilidad «débil» asumida por la Economía ortodoxa y, en particular por Solow (1991, 1992), quien admitía que el problema de la herencia de stock de capital natural para las futuras generaciones, teóricamente, quedaría resuelto si la inversión anual en stock de capital cubría, al menos, su deterioro en ese período. Norton (1992), Daly (1990) o Noorgard (1994, 1996) advertían que el stock de capital natural estaba compuesto por objetos heterogéneos y, en ocasiones, insustituibles con capital producido por el hombre.

los accesos a los núcleos urbanos y en las ciudades; la emisión de productos contaminantes atmosféricos; la emisión de gases de efecto invernadero; la contaminación acústica; los accidentes; la contaminación del suelo y las aguas; la intrusión visual de las infraestructuras y la ocupación del suelo.

De acuerdo con los principios de sostenibilidad mencionados, la UE, siguiendo a la OECD (2000), ha definido un sistema sostenible de transporte como aquel que permite a los individuos, empresas y sociedades acceder a los servicios básicos de forma consecuente con la salud humana y que promueve la equidad inter e intrageneracional. Además, es asequible, eficiente y apoya el desarrollo económico y regional. Limita las emisiones y el gasto de los recursos de acuerdo con la capacidad del planeta para absorberlos, utiliza recursos renovables a sus tasas de generación, o por debajo de ellas y recursos no renovables a las tasas de generación de sustitutos renovables o por debajo de ellas, minimizando el impacto sobre el territorio y la generación de ruido (Comisión Europea, 2001; Working Group on Sustainable Urban Transport, 2004).

En la agenda 21 de la Cumbre de Río de 1992 se establecieron una serie de objetivos, más tarde apoyados por la UE, para lograr que el transporte fuera sostenible o menos insostenible, que incluían la reducción de la demanda de transporte privado y el incremento del uso del transporte público (Comisión Europea, 2001). Finalmente, en la Cumbre de Gotemburgo (2001), el transporte se convirtió en uno de los ámbitos prioritarios de actuación para alcanzar el triple objetivo de sostenibilidad económica, social y medioambiental.

En las áreas urbanas de la UE, el vehículo privado es el modo de transporte dominante, correspondiéndole el 75% de los kilómetros recorridos en conurbaciones. El transporte urbano contribuye al calentamiento global y a la polución de las áreas circundantes a la urbe, y sus emisiones contaminantes provocan negativos efectos para la salud. En la UE, más del 10% de las emisiones de CO_2 provienen del tráfico motorizado en áreas urbanas, principal fuente de emisiones de CO (Comisión Europea, 2001). En este contexto, una de las líneas de actuación de la UE ha consistido en la concepción y puesta en práctica de planes de movilidad urbana sostenible, como la iniciativa CIVITAS y el proyecto CUTE del quinto programa marco. La movilidad sostenible se define, por tanto, en función de la existencia de un sistema y de unos patrones de transporte que puedan proporcionar los medios y oportunidades para cubrir las necesidades económicas, medioambientales y sociales, eficiente y equitativamente, minorando las externalidades negativas asociadas (Comisión Europea, 2001b)[2].

El medio ambiente y la salud se colocan en un primer plano en las políticas para el transporte y los sectores conexos

[2] Desde una perspectiva crítica y partiendo de la base de que el objetivo de la movilidad es la accesibilidad a los bienes y servicios, Gudmundsson&Höjer (1996) manifiestan que la aceptación del término movilidad sostenible como objetivo de las políticas de transporte de la UE plantea dos dificultades. En primer lugar, que las políticas de apoyo a la movilidad sostenible no tienen por qué ser políticas de transporte, ya que la accesibilidad se podría lograr sin implicar el movimiento físico de las personas, ni de las mercancías. En segundo lugar, cuestionan la aplicación de la sostenibilidad a un solo sector económico, ya que el desarrollo sostenible debe ser entendido a escala global.

en el marco local, nacional e internacional (OECD, 2000; World Bank, 1996; IEA, 2004; POSSUM, 1998; Schade y Schlag, 2000). El reto para los sistemas de transporte urbanos en el futuro será garantizar la accesibilidad para todas las personas y las mercancías, minimizando los impactos sobre el medioambiente y salvaguardando la calidad de vida, teniendo en cuenta que para lograr la movilidad sostenible se han de combinar la medidas tecnológicas con cambios en la conducta ciudadana (Comisión Europea, 2001a; Fulton, 2004).

La congestión urbana, íntimamente relacionada con la degradación medioambiental, se ha convertido en uno de los problemas más graves de las grandes ciudades y sus áreas metropolitanas y es una de las causas del «mal vivir» en las urbes (Comisión Europea, 2001a; Oberholzer y Weck, 2002). En algunas ciudades europeas, la congestión provoca una reducción de las velocidades medias en horas punta por debajo de los 15 km/h[3]. Aunque existen acuerdos a escala internacional en materia de transporte, la congestión urbana es un problema local que requiere una adecuada actuación ya que sus efectos se dejan sentir en las ciudades que más la sufren. Si bien será difícil reducir el volumen de transporte de mercancías y viajeros en el futuro, no es menos cierto que se puede organizar de una manera más racional, mediante soluciones intermodales, adoptando tecnologías ahorradoras de energía en los vehículos o con sistemas regulatorios más estrictos (Nijkamp, 2003).

La Economía del Transporte considera la congestión de tráfico como una de las principales externalidades negativas del transporte, dada su enorme dimensión y la consecuente amenaza para la competitividad de la economía. En la UE, se estima que los costes externos de la congestión del tráfico vial suponen el 0,5% del Producto Interior Bruto (PIB) comunitario y se prevé un incremento de un 142% hasta el año 2010, cuando alcanzarán el 1% del mismo (Comisión Europea, 2001a). La toma de decisiones sobre la demanda de transporte privado se realiza teniendo en cuenta el coste privado del uso del vehículo y no el coste marginal social. Desde este punto de vista, el sistema de precios se configura como el mecanismo más eficiente en materia de asignación de recursos y se considera que la tarificación urbana puede ser un método eficaz para lograr un uso más eficiente de la carretera.

A principios de la década de los sesenta del siglo XX, el Ministerio de Transportes británico publicó el informe Smeed donde se recogían las posibilidades técnicas y económicas de la tarificación urbana por congestión y se defendía su puesta en marcha para hacer mejor uso del espacio viario (U.K. Ministry of Transport, 1964). Aunque en las décadas de los sesenta y de los setenta, el Banco Mundial ofreció asistencia a los gobiernos de Malasia y Tailandia para introducir la tarificación de la congestión en Kuala Lumpur y Bangkok, estas propuestas no dieron fruto. Tampoco tuvo éxito el informe Voorhees auspiciado por la misma institución para Venezuela, pero, en 1974, el Comité de Acción para el Transporte por Carretera decidió su implantación en Singapore. En junio de 1975 se hacía rea-

[3] Los suecos recorrían diariamente 0,5 km para desplazarse de su casa al centro de trabajo en 1930, mientras que en 1985 este recorrido ascendía a 33 km (Grübler, 1990). En Gran Bretaña se pasó de 3,6 km en 1900 a 37 km en 1990 (Oyón, 1999).

lidad con la inauguración del Plan de permisos de área (ALS)[4], convirtiéndose en el primer anillo de peaje en oposición al corredor de peaje para reducir la congestión de tráfico. A esta iniciativa le siguió una propuesta muy detallada para Hong Kong, pero rechazada por impopular. El anillo de Bergen en Noruega, implantado en 1986 para financiar mejoras en carreteras, generó una importante reducción de tráfico (Gomez-Ibañez y Small, 1994; Roth, 1996), y la experiencia se extendió a Oslo y Trondheim. En 1991, se comenzaron a utilizar precios variables en la carretera de peaje del norte de París para gestionar el tráfico del fin de semana. El cordón de Londres y uno más pequeño en Durham son las primeras implantaciones británicas. En enero de 2006, se inauguró un cordón de peaje urbano de prueba en Estocolmo para conocer si la eficiencia del sistema de tráfico mejoraría con tarifas de congestión. Sus objetivos son reducir la congestión, aumentar la accesibilidad y mejorar la calidad medioambiental. Las pruebas concluirán en julio de 2006 y el 17 de septiembre de este mismo año, coincidiendo con las elecciones generales, se realizará un referendum para decidir si la tarificación permanece (Stockholms Stad, 2005). En el referendum postal celebrado entre el 7 y el 21 en Edimburgo, para decidir la implantación de un peaje urbano, se impuso el «no» (74.4%) por aplastante mayoría, pese a la propuesta de pagar 2 libras al día con independencia de las veces que se cruzara el cordón de peaje. Los ingresos estimados de 760 millones de libras en 20 años debían destinarse a mejoras de transporte.

[4] *Area Licensing Scheme.*

En el presente trabajo se contextualiza la congestión de tráfico dentro de las externalidades negativas del transporte y se analiza su tarificación como medida para aliviarla. En este sentido, se hace una revisión de la literatura sobre el tema, dividiendo el artículo en tres partes. En la primera, se estudia la congestión como problema económico. En la segunda, se plantea la tarificación como una posible solución a la congestión de tráfico urbano. Por último, se pormenorizan las limitaciones técnicas y sociales a la aplicación de esta medida y se exponen algunos de los resultados alcanzados con ella en las ciudades que la han puesto en marcha.

2. LA CONGESTIÓN DEL TRÁFICO URBANO COMO EXTERNALIDAD NEGATIVA DEL TRANSPORTE

La dependencia creciente del vehículo privado para los viajes personales ha generado un círculo vicioso en materia de demanda de transporte, porque las demandas adicionales sólo se pueden satisfacer con más automóviles. Como se observa en el cuadro n.º 1, tanto en Europa como en Estados Unidos, el automóvil es el medio de transporte mayoritariamente empleado en los viajes personales.

La idea generalizada de que el vehículo privado aumenta la libertad de movimiento y el grado de accesibilidad ha provocado su sobreutilización, con consecuencias negativas en la vida social, porque se margina a los colectivos más desfavorecidos y a las áreas periféricas. El crecimiento desordenado de la urbe provoca un desarrollo disperso y de baja densidad desde el núcleo urbano y, a menudo, evita áreas poco desarrolladas

Cuadro n.º 1

Características del viaje personal en Europa y Estados Unidos

Medio de transporte	Europa		Estados Unidos	
	Viajes %	Distancia %	Viajes %	Distancia %
Coche	62	75	86	91
A pie	25	2	5	<1
Bicicleta	5	3	<1	<<1
Tren	1	6	<<1	<<1
Aire	<<1	5	<1	3
Otros transportes públicos	7	9	2	2
Número medio de viajes diarios	3		4,3	
Longitud media del viaje	13 km		15 km	
Tiempo dedicado al viaje	60 min./día		60 min./día	

Fuente: European Union Road Federation (2004).

en favor de otras que compiten por el desarrollo (Burchell *et al.*, 1998). El crecimiento metropolitano desorganizado aumenta los costes públicos y privados, reduce la capacidad fiscal del centro tradicional y deviene en problemas de infraestructura y deterioro de sus servicios. El transporte, vínculo de unión en su origen, puede convertirse, finalmente, en una fuente de disparidades económicas y sociales (OECD, 1996).

La actual configuración del sector del transporte genera gran parte de los problemas de sostenibilidad medioambiental mundiales, dado el alto consumo de recursos no renovables y el grado de emisión de agentes contaminantes que superan la capacidad de asimilación del medio ambiente. El problema más grave asociado al modelo de transporte es su dependencia en un 98%, de energías fósiles no renovables y la degradación medioambiental relacionada con la producción, transformación y consumo final de esta energía (IEA, 2004a). Según el World Business Council for Sustainable Transport (WBCST) (2004), en 2030 el sector del transporte será el principal consumidor de energía, por delante de la industria.

Analizando a los modos de transporte, la carretera consume más del 80% del petroleo total y, en el año 2000, los vehículos por carretera consumieron las tres cuartas partes correspondientes al sector transporte y, de ellos, los turismos, la mitad de energía (OECD, 1996; Fulton y Eads, 2004). Además, los vehículos ligeros utilizaron el 80% del total de la gasolina, y los camiones el 75% del diesel. Las proyecciones sobre el uso de combustible en el sector del transporte a escala internacional ponen de manifiesto que, entre 2000 y 2050,

se producirá un incremento del 250%, protagonizado por los combustibles fósiles no renovables, y su uso aumentará significativamente para todos los modos, excepto para los autobuses (gráfico n.º 1).

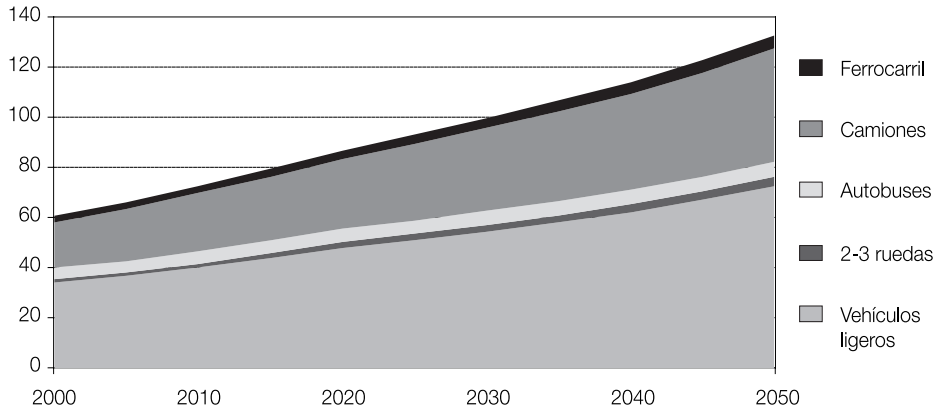
La ocupación del terreno, la intervención de los ecosistemas y la transformación del paisaje para el trazado de carreteras y autopistas forman parte del impacto negativo del sector del transporte a la sostenibilidad global. Más del 65% de la superficie de Los Ángeles está pavimentada, el 2% del territorio de Estados Unidos está ocupado por el automóvil (carreteras, calles, aparcamientos), y en la UE-15 sólo la red vial ocupa 40.000 kilómetros cuadrados. En las urbes, el modo de transporte que requiere más espacio es el vehículo privado, estacionado el 90% del tiempo (20 a 22 horas al día) (Kenworthy y Laube, 2001; UITP, 2003).

Junto a la dependencia energética, principal causa de la insostenibilidad del modelo de trasporte actual, hay que considerar sus externalidades negativas, costes impuestos a terceros no incluidos en el precio de la mercancía, como el elevado número de víctimas y accidentes de tráfico que se producen cada día o los efectos negativos de la congestión del tráfico urbano.

En los informes INFRAS/IWW (1999, 2004) se han evaluado los costes externos del transporte en la UE-17 (UE-15, Suiza y Noruega), en términos totales, medios y marginales, y se han considerado los componentes de esos costes: los acci-

Gráfico n.º 1

Utilización de combustible por modo de transporte terrestre, 2000-2050 (exajoules)



Fuente: Elaboración propia a partir de Fulton&Eads (2004).

dentes de tráfico; el ruido; la contaminación atmosférica (daños a la salud, daños materiales y daños a la biosfera); los riesgos de cambio climático; los costes para la naturaleza y el paisaje; los costes adicionales en áreas urbanas; los procesos aguas arriba y aguas abajo y la congestión, aunque esta última se ha calculado independientemente.

Los costes externos totales, excluidos los de congestión, y en el escenario superior de cambio climático[5], suponían el 7,3% del PIB total de la UE-17 en el año 2000 y el modo con mayor aportación era el transporte por carretera, con el 87,48% del coste total (INFRAS/IWW, 2004). Dentro de éste, la contaminación atmosférica, los costes por accidentes y el cambio climático, con una contribución del 31,03%, del 29,39% y del 21,23%, respectivamente, eran los componentes más importantes. A mucha distancia les seguían los costes de los procesos aguas arriba y aguas abajo (8,21%) y del ruido (7,63%). Los costes de los efectos sobre la naturaleza y el paisaje, y de los efectos urbanos adicionales eran de menor importancia. El transporte de viajeros ocasionaba el 58,93% de los costes externos totales del transporte por carretera frente al 41,07% correspondiente al transporte de mercancías. No obstante, el primero genera el 87,66% del coste externo total de los accidentes (cuadro n.º 2).

En el informe citado, los costes de congestión de tráfico se calculan independientemente. Como es sabido, la congestión aparece cuando la incorporación de un vehículo adicional reduce la velocidad de circulación de los demás y es consecuencia natural del funcionamiento de la oferta y demanda de transporte, ya que, mientras la capacidad de las vías es fija, la demanda tiene fluctuaciones temporales, produciéndose congestión, en mayor o menor medida, cuando la segunda supera a la primera. Hasta cierto nivel de densidad de tráfico los vehículos pueden circular a una velocidad limitada sólo por la regulación vigente, pero, a medida que dicha densidad aumenta, se puede producir congestión por dos motivos: por la reducción de velocidad derivada de la menor distancia entre los vehículos y por la formación de colas en cruces de vías o cuellos de botella. A esto hay que añadir el especial comportamiento de la demanda de transporte, que puede distorsionar las previsiones de reducción del tiempo teórico de los proyectos de ampliación de capacidad, debido al aumento de la demanda inducida.

Los costes generados por la congestión difieren entre modos de transporte y circunstancias como las horas del día y la localización de los recursos (Smal y Gómez Ibáñez, 1988; Newbery, 1988 y 1994). El impacto económico de la congestión incluye:

- Incrementos en los costes operativos de uso del vehículo privado.
- Incrementos en el tiempo medio de viaje, (porque implica mayor *stress* y frustración) debido a que el tiempo adicional dedicado al tráfico congestionado se valora más alto que el tiempo gastado en vías sin congestión.
- Incrementos en la variabilidad del tiempo de viaje que se pueden medir con la desviación típica del tiempo de viaje o una proporción de los vehículos que llegan tarde.

[5] Los costes de cambio climático se calculan para dos escenarios: en el escenario inferior, el precio sombra de la tonelada métrica emitida de CO_2 es de 20 euros y en el superior es de 140 euros.

Cuadro n.º 2

Costes externos totales del transporte por carretera UE-17, 2000
(en %)

Componente de coste	Categoría	Costes externos totales por modos						Viajeros	Mercancías
		Automóvil	Autobús	Moto	Camión ligero	Camión pesado	Total		
Accidentes	29,39	73,39	0,62	13,65	5,29	7,05	100	87,66	12,34
Ruido	7,63	47,56	1,26	4,46	18,84	27,87	100	53,29	46,71
Contaminación atmosférica	31,03	28,44	5,05	0,26	12,44	53,81	100	33,75	66,25
Cambio climático. Esc. Superior	21,23	57,67	2,97	1,17	12,01	26,18	100	61,82	38,18
Cambio climático. Esc. Inferior[1]	–3,03	57,67	2,97	1,17	12,01	26,18	100	61,82	38,18
Naturaleza y paisaje	3,66	59,90	1,43	1,20	13,23	24,24	100	60,49	39,51
Aguas arriba y abajo[2]	8,21	44,43	3,65	0,77	12,13	39,02	100	48,85	51,15
Efectos urbanos	1,87	58,35	1,48	1,28	12,31	26,58	100	61,68	38,32
TOTAL (UE-17)[3]	100,00	51,45	2,77	4,78	10,75	30,25	100	58,93	41,07

Observaciones:

1) Costes del cambio climático en el escenario inferior, con un precio sombra de 20 €/tm CO_2 (valor a efecto informativo, no utilizado para calcular costes totales).
2) Costes del cambio climático de los procesos aguas arriba y aguas abajo, calculados con el valor sombra del cambio climático en el escenario superior (140 €/tm CO_2).
3) Costes totales calculados en el escenario superior de cambio climático.

Fuente: Elaboración propia a partir de INFRAS/IWW (2004).

En definitiva, los componentes de los costes de congestión para los usuarios de las carreteras son los costes operativos, representados en términos de combustible, neumáticos, etc. y los costes de tiempo (Kenneth, 1997), sin incluir costes de accidentes y medioambientales, que también varían con el nivel de congestión.

Para estimar los costes de congestión, Mayeres y Van Dender (2001) utilizan una metodología basada en los ahorros de tiempo en el transporte público. En el informe INFRAS/IWW (2004) se proponen tres métodos de cálculo: El peso muerto, es decir, la pérdida de bienestar debida a la localización ineficiente de los recursos; el nivel de servicio, expresado mediante una estratificación sobre la calidad del mismo en grupos que pueden ir de la A (la mejor situación) a la F (congestión); y los ingresos esperados por la internalización del coste marginal social, mediante una tasa óptima. Los costes totales de congestión ascienden a 63.000 millones de euros, los ingresos de un sistema óptimo de precios de congestión se elevan a 753.000 millones de euros (8,4% del PIB) y los costes adicionales por retrasos suponen 268.000 millones de euros (3% del PIB).

Estos últimos datos dan idea de la enorme dimensión de los costes de con-

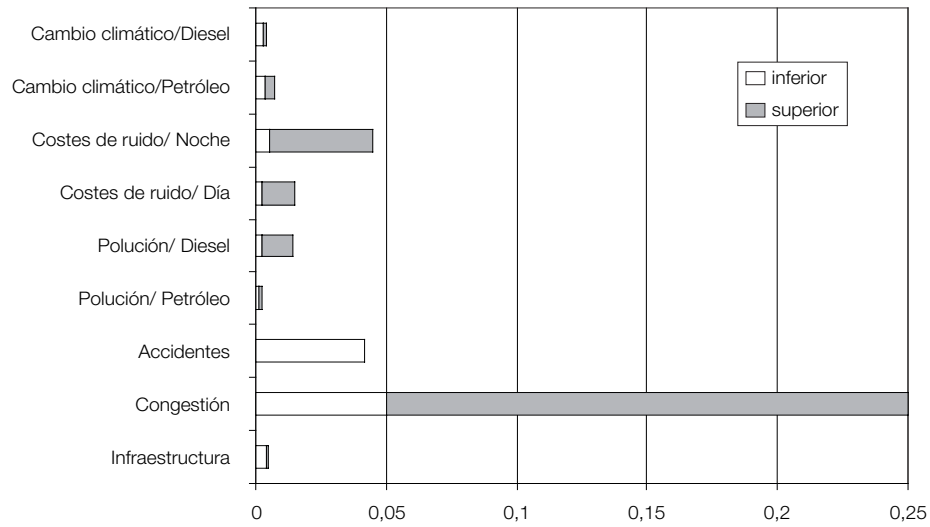
gestión y de la grave amenaza que ésta representa para la competitividad de la economía Europea, como se reconoce en el Libro Blanco del Transporte (Comisión Europea, 2001a). En el proyecto UNITE (UNIfication of accounts and marginal costs for Transport Efficiency), del quinto programa marco de la UE, se estiman costes marginales por modos y tipos de transporte para 18 países (UE-15, Estonia, Hungría y Suiza) en los años 1996, 1998 y 2005. En el gráfico n.º 2 se ofrece un resumen de los resultados para los viajes urbanos en coche, en euros por vehículos y kilómetro. La categoría más importante está representada por los costes de congestión, seguidos a gran distancia, de los costes de accidentes, del ruido, especialmente por la noche, y de la contaminación medioambiental.

Aunque existen diversas medidas para aliviar la congestión, tales como expandir la capacidad de las vías, limitar el acceso a las áreas congestionadas mediante racionamiento o mejorar la eficiencia de la carretera (carriles VAO, carriles BUS-Taxi, construcción de rotondas, reprogramación de semáforos…); la tarificación de la congestión, en todas sus versiones, es el instrumento que más polémica y literatura económica está generando.

Gráfico n.º 2

Costes marginales para viajes urbanos en coche

(€/vkm)



Fuente: Nash (2003).

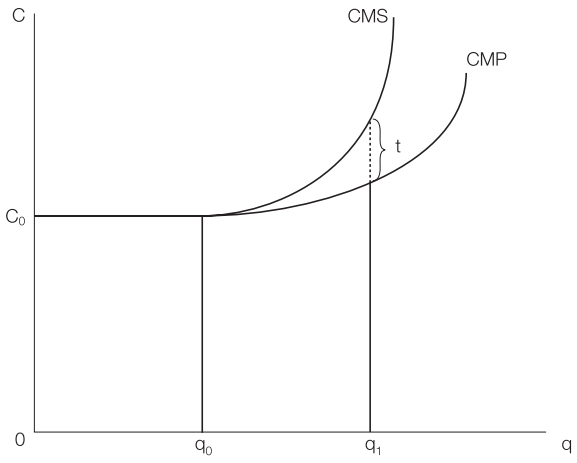
3. TARIFICACIÓN: UNA SOLUCIÓN POSIBLE A LA CONGESTIÓN DEL TRÁFICO

Pigou (1920) y Knight (1924) ya sugerían el establecimiento de un peaje para el uso de las carreteras congestionadas, a fin de incrementar el coste individual del uso en una cantidad igual a las deseconomías externas impuestas por un usuario a los demás. Con todo, la primera propuesta relevante sobre la puesta en marcha de tarificación de la congestión se realizó tras la Segunda Guerra Mundial, cuando la prosperidad económica condujo a un rápido crecimiento de la propiedad de los vehículos privados, y la congestión de tráfico comenzó a convertirse en un grave problema urbano. La propuesta, originaria de Buchanan (1952), y relativa a la inviabilidad de un sistema global de peajes y la defensa de un sistema para las horas punta por las rutas urbanas, fue desarrollada posteriormente por diversos autores (Walters, 1961; Thompson, 1962; Roth 1967; Vickrey, 1963, 1967; Solow, 1973; Pines y Sadka,1985). Aunque se identificaron un número significativo de problemas técnicos para establecer la tarificación de la congestión (Goodwin, 1995; Button y Verhoef, 1998), en la literatura sobre Economía del Transporte esta medida se erigió en un instrumento de amplia aceptación para gestionar la demanda de transporte privado en su acceso al centro de la ciudad.

La teoría económica se ha centrado en el cálculo de tarifas de *first-best*, en mo-

Gráfico n.º 3

Curvas de costes marginales de la conducción



Fuente: Thomson&Bull (2001).

delos estáticos y dinámicos, aunque está fehacientemente demostrado que estos cálculos no son realistas porque se apoyan en supuestos de partida muy restrictivos, y sirven, únicamente, como referencia para evaluar las políticas de tarificación de transporte urbano (Milne *et al*., 2000). De ahí que, en los últimos años, las nuevas contribuciones en el ámbito de la literatura económica se ocupen, cada vez más, de la obtención de soluciones de *second-best* y de su comparación con la alternativa óptima.

El peaje óptimo, en un modelo estático que considera un origen y un destino conectados por una sola carretera, se corresponde con una tasa *pigouviana*, cuya magnitud es igual al coste marginal por congestión impuesto por el usuario a los demás (Walters, 1961). En otras palabras, dicha tasa se alcanzará si el coste marginal social del viaje iguala a su beneficio marginal social y corresponde a la diferencia entre el coste marginal social (CMS) y el coste marginal privado (CMP) en cada enlace y a través de cada cruce en el nivel de equilibrio de tráfico propio de cada carga (Morrison, 1986; Hau, 1992). Gráficamente, si se relaciona el coste de uso de la infraestructura con el flujo de tráfico, resulta que la congestión aparece a partir del nivel de flujo q_0, cuando el CMS comienza a superar al CMP. La diferencia entre ambas curvas representa el aumento de coste que soportan los demás vehículos que están circulando, a causa de la introducción de un vehículo adicional y se correspondería con el peaje de *first-best*.

Para determinar los elementos externos de los costes de tiempo de una relación velocidad/flujo se puede proceder de la siguiente forma (Newbery, 1990; High Level Group on Transport Infraestructure Charging, 1999):

El coste, en términos monetarios, de cada kilómetro recorrido (k) de un vehículo medio se puede escribir:

$$k = \frac{h}{v} \qquad (1)$$

Siendo v la velocidad en kilómetros/hora; 1/v el tiempo que se tarda en recorrer cada kilómetro y h el valor monetario de una hora para un vehículo medio. Los costes totales (K) para un nivel de flujo de tráfico medido en *passenger car unit* (PCU), resultan del producto del coste del kilómetro (k) y el flujo de tráfico (q). De modo que:

$$K = k \times q \qquad (2)$$

El coste marginal para un flujo de tráfico q se obtiene diferenciando la expresión (2) respecto a q, de lo que resulta:

$$\frac{dK}{dq} = k + q\,\frac{dk}{dq} \qquad (3)$$

El coste marginal para un flujo de tráfico q es el coste por kilómetro en que incurre un vehículo adicional (k), más el incremento en coste de tiempo por vehículo, multiplicado por el número de vehículos que lo sufren (q).

Si se diferencia la ecuación (1) resulta que el incremento en coste de tiempo por vehículo es igual al cambio proporcional en la velocidad, multiplicado por el tiempo (1/v) y por el valor del tiempo (h):

$$\frac{dk}{dq} = -\frac{h}{v^2}\frac{dv}{dq} \qquad (4)$$

Y sustituyendo la ecuación 4 en la 3 se obtiene:

$$\frac{dK}{dq} = k - q \frac{h}{v^2} \frac{dv}{dq} \qquad (5)$$

El primer elemento en esta ecuación, k, es el coste del tiempo por kilómetro soportado por cada usuario y, el segundo, representa los costes impuestos por cada individuo al resto de los usuarios. Por tanto, el coste marginal externo de congestión (CMC) en términos del valor monetario del tiempo de los otros conductores y ocupantes es igual a:

$$CMC = -q \frac{h}{v^2} \frac{dv}{dq}$$

El peaje no eliminaría completamente la congestión, y el coste marginal externo total variará con la elasticidad velocidad-flujo (dv/dq), que depende del tipo de carretera y el volumen de tráfico en PCU; de la velocidad, que varía en función del tipo de carretera y del volumen de tráfico; y del valor del tiempo (h), que varía con el propósito del viaje y los ingresos de los usuarios. Con el peaje se logra reducir tanto el tiempo del viaje como los costes del retraso, esto es, la diferencia entre el tiempo real de realización del trayecto y la duración esperada.

En áreas urbanas, la congestión puede ser resultado de cuellos de botella que se forman en cruces, en secciones inclinadas o debido a un número reducido de carriles o a accidentes. Los cuellos de botella requieren un modelo de análisis basado en las colas, alternativo al esquema velocidad/flujo, ya que los patrones de tarificación son muy diferentes en ambos casos. Siempre que la demanda excede la capacidad del cuello de botella, las colas crecen y solo se disipan cuando la demanda cae por debajo de la capacidad. En un modelo de colas los vehículos que llegan cuando se está formando ésta imponen retrasos iguales a la duración de la cola a los vehículos subsiguientes; el coste externo de la congestión en esta situación disminuye de forma constante en función de la duración de la cola (Small, 1992).

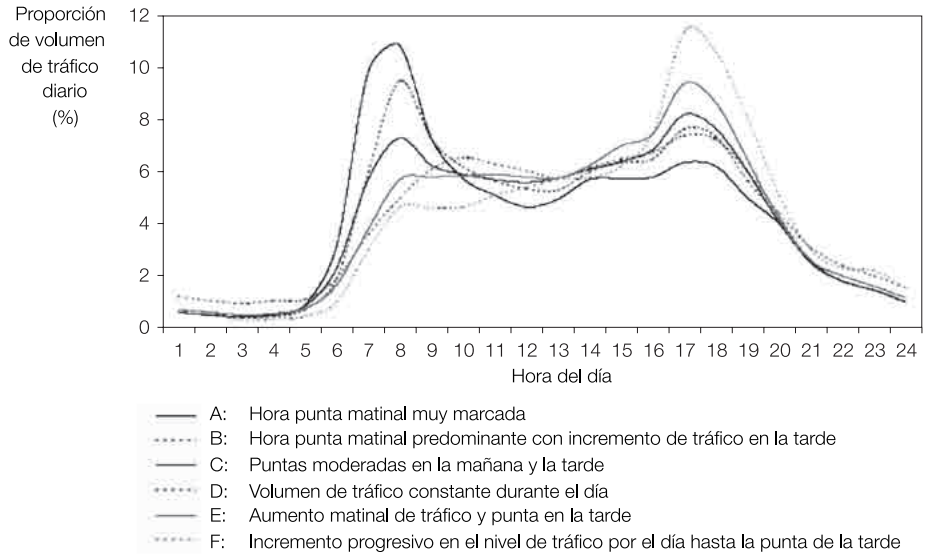
Los modelos dinámicos, dependientes del tiempo, añaden dos elementos a los estáticos: concretando tanto la demanda de tráfico en función del tiempo, como los flujos de tráfico en función del tiempo y del espacio. Una vez estimada la relación velocidad/flujo, si se conoce la demanda de transporte a lo largo del día, se pueden predecir los niveles de congestión. Con la información del gráfico n.º 4, donde se representan los patrones típicos de demanda de transporte, relacionando proporción de volumen de tráfico y hora del día, y la relación velocidad flujo, se puede predecir el nivel de congestión, calcular sus costes y, por tanto, la tarificación óptima en función del tiempo.

Bajo este enfoque, el óptimo social se logrará al implantar un peaje que varíe en el tiempo e incorpore dos componentes, uno estático, análogo a la tasa pigouviana, y otro dinámico, calculado en función de la duración del viaje (Lindsey y Verhoef, 2000).

La teoría expuesta sugiere que los usuarios de las carreteras deberían pagar precios que reflejaran el coste marginal que imponen. Sin embargo, el actual sistema de tarificación a los automovilistas, implantado en los Estados miembros de la UE, no asegura que se hagan cargo de

Gráfico n.º 4

Patrones típicos de demanda de transporte



Fuente: INFRAS/IWW, 2004.

estos costes. Por un lado tenemos los impuestos ligados a la propiedad y adquisición de los vehículos son: el IVA; el impuesto de matriculación y el impuesto de circulación; y por otro está el impuesto sobre hidrocarburos que grava el consumo de combustibles. Los primeros intentan reflejar el coste de construcción y mantenimiento de la carretera, pero ninguno de ellos varía en función de la congestión de tráfico. El impuesto sobre hidrocarburos, en cambio, está directamente relacionado con las emisiones de gases efecto invernadero (GEI), pero la mayoría de los conductores no conoce cómo varía el consumo de combustible según las condiciones de tráfico, además, no todas las emisiones dependen exclusivamente del combustible consumido, sino de la tecnología del motor[6]. El impuesto de circulación varía

[6] Actualmente, los elementos fiscales relacionados con el coste de la movilidad son los impuestos sobre el capital y los vehículos (impuestos de compra y venta, IVA, impuesto sobre la propiedad, costes de adquisición de la licencia de conducción), los impuestos indirectos sobre movilidad cuya cuantía no varía con la densidad de tráfico (tasas de combustible, aparcamiento…) y las tasas directas en función del uso (tarifas de taxi, billetes del transporte público…). Los gobiernos han venido aumentando el impuesto sobre hidrocarburos para reducir el uso del vehículo privado y el nivel de polución (CfIT, 2001). Labandeira y López Nicolás (2002), se han ocupado del estudio de mecanismos correctores a las externalidades, en particular, del impuesto sobre el consumo de carburantes y de la difícil elección entre los impuestos unitarios y los impuestos *ad valorem*.

proporcionalmente con la cilindrada de éstos, pero no en función del kilometraje recorrido (Comisión Europea, 1995; CfIT, 2002). Este sistema de tributación grava más la posesión de vehículos que su circulación y comportamiento ambiental.

En consecuencia, la actual forma de tarificación no es un mecanismo eficiente para minimizar el principal impacto externo de los vehículos en las zonas urbanas, e influye en el comportamiento de los conductores respecto al viaje y al uso de las carreteras. Una nueva forma de tarificación, más clara y directa, debería mostrar a los usuarios qué costes de congestión están imponiendo. En muchos servicios de uso diario, como el teléfono o la electricidad, la forma de pago depende de la hora del día en que se utilicen y los tramos horarios más congestionados son los más caros. Ante la magnitud que están adquiriendo las externalidades negativas asociadas al transporte, en el seno de la UE se han financiado varios proyectos dedicados a estudiar la forma de internalizarlas: TRANSPRICE, FISCUS, FATIMA, AFFORD, PETS, PATS y CAPRI en el cuarto programa y PROGRESS, REVENUE, UNITE, IMPRINT y CUPID, en el quinto.

La actual filosofía que informa la política tarifaria de la UE en el terreno de las infraestructuras de transporte, persigue que los impuestos, gravámenes e incentivos fiscales reflejen los costes marginales sociales y se orienten a lograr la reducción de la congestión y de la contaminación, y a la desvinculación entre aumento del transporte y crecimiento económico (Comisión Europea, 1998). El Libro Blanco del Transporte (Comisión Europea, 2001a), hace especial énfasis en la internalización de los costes externos y en la situación de la revisión de la Directiva «euroviñeta» (99/62), que suscitó un intenso debate sobre la tarificación de infraestructuras y los costes que deberían incluirse (congestión, accidentes, ruido, etc.).

4. LIMITACIONES A LA IMPLANTACIÓN DE LA TARIFICACIÓN DE LA CONGESTIÓN

Pese al consenso teórico sobre la necesidad del establecimiento de la tarificación de la congestión, existen algunas dificultades, tanto de tipo técnico como político y social, para llevarla a cabo. La relevancia de las soluciones basadas en el mercado para afrontar problemas financieros se ha utilizado especialmente en los países del Hemisferio Oeste, aunque de diferentes formas (Harvey, 1992). Sin embargo, esta opción es impopular y ha encontrado firmes rechazos argumentados sobre principios de equidad e invasión de la privacidad (Button, 1995); incluso, se ha llegado a plantear si esta opción sería aceptable en una urbe democrática (Borins, 1988; In´t Velt, 1991; May, 1992).

La primera y más obvia dificultad para lograr el *first-best* es su cálculo, ya que las tarifas eficientes varían por enlace, cruce, hora del día y tipo de vehículo. Además, se requeriría conocer el valor del tiempo, diferente para cada individuo y según los motivos del viaje. De otro lado, los modelos de *first-best* se construyen bajo supuestos de información perfecta y de existencia de decisores bien intencionados pero, normalmente, se alcanzan *best* arbitrarios ya que el coste marginal social no prevalece en toda la economía, los costes de información para

poder determinarlo son muy altos y el objetivo de los planificadores políticos no siempre es la maximización del bienestar social (Oberholzer&Weck, 2002; Common, 1989). En cualquier caso, a pesar de que fuera posible computar las cargas óptimas y anunciarlas anticipadamente o en tiempo real a los viajeros potenciales, a éstos les resultaría imposible realizar elecciones eficientes (Nash&Sansom, 2001). Desde una perspectiva estrecha, el cálculo del *first-best* supone que todos los instrumentos de tarificación reflejan el principio del coste marginal, pero que su puesta en marcha no tiene costes. Sin embargo, desde una perspectiva amplia se han de tener en cuenta los costes de desarrollo y de regulación (Milne *et al*., 2000).

Existe, además, cierto debate técnico en torno a los costes marginales a corto y largo plazo. La consideración de los costes marginales a largo plazo implica que cubrieran los costes del tiempo, los costes operativos del vehículo y que se recuperara la inversión en capital. Sin embargo, si la carretera no está construida óptimamente, el coste marginal a largo plazo enviaría una señal de precio demasiado baja, respecto al óptimo en el largo plazo. La utilización de los costes marginales a corto plazo permitiría un uso óptimo de la infraestructura existente, aunque no permite la recuperación de la inversión (Hau, 1992; Roy, 2002). Sin embargo, dada la escasa posibilidad de ampliación de infraestructuras en los espacios urbanos y a su elevado coste, es preferible utilizar un sistema de tarificación conforme al coste marginal a corto plazo para lograr un uso eficiente del espacio viario disponible. En consecuencia, las inversiones en ampliación de capacidad deberían evaluarse con un análisis coste-beneficio (Matas, 2004). Por su parte, Milne *et al.* (2000) demuestran que la solución de *first-best* puede proporcionar los incentivos adecuados para la toma de decisiones, tanto a largo, como a corto plazo, no solo en relación con la ruta o el modo de transporte, sino respecto a la tecnología, al comportamiento espacial y a la sostenibilidad.

Los motivos expuestos hacen que la tarificación de *first-best* se utilice, normalmente, para compararla con opciones más realistas de *second-best,* y han llevado a los economistas del transporte a dedicar sus esfuerzos al estudio de alternativas como los cordones de peaje urbano (Ubbels&Verhoef, 2004). Para calcular tarifas de *second-best*, se supone que todos los usuarios tienen la misma elasticidad constante de demanda de viajes y responden de la misma forma al coste del tiempo, los costes por kilómetro del vehículo y las tarifas del viaje (Verhoef, 2002, 2004; Shepherd y Sumalee, 2002; May *et al*, 2002, 2004; Yang y Zhang, 2002; Santos, 2004).

A las razones técnicas que explican el limitado uso de la tarificación de la congestión (Button, 1995), habría que añadir su escasa aceptabilidad social: pública y política (Lave, 1995; Hahn, 1989; Frey *et al.*, 1985). El avance tecnológico ha resuelto muchos de los requerimientos prácticos para la introducción de planes de tarificación flexibles, pero en la práctica no se lleva a cabo, básicamente, por motivos políticos (Giuliano, 1992). Hay que tener en cuenta que se trata de una iniciativa local y se implanta más fácilmente cuando existe tanto una experiencia positiva de los sistemas de peaje como la idea de que es preciso mejorar el trans-

porte público y el medioambiente. Sin embargo, los peajes urbanos suelen ser más impopulares que los peajes para vías de alta capacidad, porque en las urbes se hace pagar a los individuos por el uso de vías con problemas de capacidad y los ingresos no sólo se dedican a solucionar este problema, sino que pueden emplearse, de manera más amplia, para cubrir los costes operativos del transporte, incluido el público.

Uno de los principales retos para poner en marcha un plan de peaje urbano es la obtención del suficiente apoyo público. Desde el punto de vista social, la ciudadanía suele ser bastante escéptica cuando se plantean soluciones de mercado para resolver problemas sociales (Frey *et al*, 1985; Hahn, 1989). Parece existir un déficit general de información respecto a las medidas de gestión de demanda de transporte basadas en el precio, siendo mejor conocidas las mejoras de tráfico y las restricciones de acceso.

El grado de aceptación pública se ha estudiado recientemente con ayuda de encuestas actitudinales (Jones, 1991a, 1995; Schade&Schlag, 2000) y ha generado cierto volumen de trabajos (May, 1992; Bartley, 1995; Jones, 1998; Schlag y Teubel, 1997; Luk y Chung, 1997; Verhoef *et al*., 1997; Rienstra *et al*., 1999; Schade y Schlag 2000, 2003, 2003a). Estos estudios se refieren a algunas preocupaciones públicas con respecto a los sistemas de tarificación electrónica (*Electronic Road Pricing*, ERP), como su complejidad, que puede llevar a la falta de comprensión, o a aspectos relacionados con la equidad y la justicia, la resistencia a los nuevos gravámenes y el rechazo de las medidas tarifarias por parte de una mayoría de automovilistas (Giuliano, 1992,1994; Jones, 1991ab, 1995, 1998; May, 1992, Goodwin, 1989). Otros importantes argumentos en su contra, con respecto a la aceptabilidad, incluyen el miedo a la violación de la privacidad (Keuchel, 1992), la falta de transparencia en el uso de los ingresos y la discriminación de los grupos socialmente más débiles (Schlag y Teubel, 1997; Schlag y Schade, 2000). Por contra, las medidas de mayor aceptabilidad y las más utilizadas son las relacionadas con la mejora del transporte público, seguidas por la restricción del acceso al centro de la ciudad y la reducción del espacio destinado a aparcamiento en las calles.

El carácter lineal de la tarificación de la congestión puede afectar negativamente a la equidad socioeconómica. De un lado, daría lugar a efectos redistributivos regresivos verticalmente, ya que el aumento del uso del vehículo privado afectaría más a los conductores de bajos ingresos. Se teme que el establecimiento de la tarificación de la congestión agrave la exclusión social dado que supone un incremento del coste de la movilidad y crea otra barrera al acceso al trabajo, al ocio y a la educación para los individuos de bajos ingresos (Schlag y Teubel, 1997).

De otro, la equidad horizontal, esto es, la relativa a la justicia entre grupos de individuos con necesidades y recursos comparables, es decir, a la justicia en la distribución de costes y beneficios, se vería afectada negativamente si la recaudación obtenida se empleara sólo en mejoras infraestructurales en beneficio de los individuos que pagaron la tasa (Giuliano, 1994).

Sin embargo, en el primer caso, con una planificación adecuada que sustituyera la forma de pago actual por el uso

de las vías por un sistema impositivo más justo, no se generaría mayor presión fiscal a los usuarios de la carretera. Por ello, siempre que los automovilistas de bajos ingresos tendrían que pagar tasas por congestión, se beneficiarían por una reducción en el impuesto municipal de vehículos o en el impuesto sobre hidrocarburos. Esto quiere decir que solo serían tasados por conducir en carreteras congestionadas, en lugar de subsidiar a los automovilistas de altos ingresos que tienden a utilizar más sus vehículos.

En el segundo caso, para que la iniciativa de tarificación de la congestión tenga éxito, es preciso que los ingresos se destinen a la financiación de medidas que compensen los efectos negativos distributivos (Small, 1992; Banister, 1994; Ubbels y Verhoef, 2004). En este caso, los individuos no conductores y los de bajos ingresos se beneficiarían de la mejora de productividad del transporte público que funcionaría bajo condiciones de menor congestión.

Un importante aspecto a destacar es que la implantación de un nuevo sistema de aplicación de gravámenes en función del Coste Marginal Social, según el principio «el usuario paga», puede modificar las relaciones público-privadas en las urbes. Si antes el ciudadano, pagando sus impuestos directos, adquiría el derecho a usar el viario público, tras una reforma tributaria local se transformaría en un cliente que accedería al uso de la vía congestionada, no por derecho de ciudadanía, sino por el pago del precio en función del «consumo». Este hecho cambiaría toda la estructura fiscal local, pero requeriría la incorporación de la tecnología más innovadora y del cambio en la conducta ciudadana.

Asimismo, hay que diferenciar claramente los peajes urbanos por congestión que son instrumentos de gestión de la demanda de tráfico que tienen como fin reducir éste, de los peajes cuyo objetivo es maximizar el ingreso y son acuerdos limitados a un número específico de años. Si éstos sustituyen a los impuestos sobre vehículos y a las tasas sobre hidrocarburos, se producirá un cambio en la concepción sobre los bienes públicos, porque las carreteras no congestionadas dejarían de considerarse bienes públicos no rivales y excluibles (Stiglitz, 1997).

Otro de los aspectos polémicos es el relativo a la privacidad, derecho fundamental en las sociedades occidentales, y que puede ser violado con el desarrollo de sistemas inteligentes de transporte (ITS)[7], en particular, de los peajes electrónicos (ETC)[8], ya que éstos pueden proporcionar datos detallados sobre la localización en tiempo real de los individuos (Wright, 1995). Un sistema de ETC requiere que los vehículos estén equipados individualmente con la tecnología precisa, que puede consistir en un *transponder*[9] o en una tarjeta electrónica. La tarjeta se comunica vía radio frecuencia o microondas con un lector situado a un lado de la carretera, se identifica al usuario y el peaje se carga electrónicamente en la cuenta bancaria asociada a la tarjeta. En sistemas complejos, como el proyecto de Melbourne City, una tarjeta puede leerse varias veces en diferentes lugares de una sección tarificada, de forma que con la información conseguida se puede recons-

[7] Intelligent Transport Sistems.
[8] Electronic Toll Collection.
[9] Dispositivo sin hilos de comunicación conectado generalmente a un satélite.

truir el viaje total para calcular el peaje preciso (Odgen, 2001).

El uso de los ingresos generados es de gran importancia para lograr una adecuada aceptabilidad de los peajes urbanos (Ubbels y Verhoef, 2004). El proyecto Revenue ofrece un marco teórico y desarrolla un modelo para establecer las dimensiones de eficiencia y equidad de diferentes opciones políticas. Utiliza un modelo económico y de transporte preexistente para estimar la magnitud de los efectos de las diferentes opciones políticas a escala macroeconómica (Proost *et al.,* 2004). El marco teórico surge de la oferta y la demanda de transporte. Si el transporte se pudiera organizar como un sector perfectamente competitivo el único papel del decisor político sería corregir las externalidades. Sin embargo, la oferta de infraestructuras y servicios de transporte se aleja del modelo competitivo debido a la existencia de economías de escala y al pequeño número de oferentes. Este es el origen de un conjunto de preguntas que se intentan resolver en el proyecto, relacionadas con la estimación del déficit o superávit esperado de la tarificación eficiente, el uso de los ingresos y la provisión de infraestructuras y de servicios de transporte.

Pese a las limitaciones señaladas, las experiencias de implantación de cordones de peaje han tenido resultados exitosos en su objetivo de reducir la congestión. Tras la puesta en funcionamiento del Plan de permisos de área (ALS Area Licensing Scheme) de Singapur en 1975 el tráfico se redujo hasta un 40% en las horas punta y zona restringida, pero aumentó en el resto del tiempo y del espacio. En 1998, se instauró un sistema electrónico de peaje con tarifa variable según el nivel de congestión y se consiguieron reducciones de tráfico adicionales del 15% en hora punta, si bien, fuera de este período el tráfico aumentó un 10% (Land Transport Authority, 1996; Keong, 2002).

A principios de 2003, se inauguró el peaje urbano londinense con cuatro prioridades: reducir la congestión, hacer mejoras radicales en los servicios de autobuses públicos, mejorar la fiabilidad de los tiempos de viaje para los usuarios y aumentar la eficiencia en la distribución de bienes y servicios. El sistema está sujeto a un control intensivo por parte de Transport For London (TFL), la institución creada en el año 2000 y responsable del sistema de transporte londinense. Tras los primeros meses de funcionamiento, el tráfico y los niveles de congestión se redujeron considerablemente. En el área central, el tráfico se redujo entre un 10 y un 15%, correspondiendo entre un 50 y un 60% de la reducción, a viajeros que cambiaron del modo de transporte privado al público. Tomando como media las encuestas post-tarificación dentro de la zona durante las horas de tarificación, (7,00 a 18,30 de lunes a viernes) se observa que la reducción del retraso está en torno al 30% respecto a las condiciones pre-tarificación de 2002. Los costes de funcionamiento de este sistema suponen un 59% de los ingresos, debido al alto precio del sistema de control electrónico. Durante 2004 y 2005 se generaron 90 millones de libras que se emplearon para mejorar los servicios del autobús dentro de Londres (TFL, 2005).

En Estocolmo, según el informe mensual del control que se lleva a cabo del recién establecido cordón de peaje urbano, el número de vehículos que lo atravesaron en febrero de 2006 fue un 25% más

bajo que en una semana media del otoño de 2005. También se ha observado una modificación en las horas de viaje de los usuarios, dado que el peaje está en funcionamiento de lunes a viernes entre las 6,30 horas y las 18,29 horas y se ha producido un aumento de 17.000 viajes en el transporte público atravesando el cordón en febrero de 2006, con respecto al año anterior (Eliasson *et al.*, 2006).

5. **CONCLUSIONES**

En los años 90 del siglo XX, el desarrollo sostenible en su triple vertiente: ambiental, económica y social entró a formar parte de los objetivos de la Unión Europea (UE). El sector del transporte generador de gran parte de los problemas de sostenibilidad medioambiental se convirtió en uno de los ámbitos prioritarios de actuación para lograr la sostenibilidad. Fruto de este cambio fue la publicación de numerosos estudios que estimaban los costes externos del transporte para los distintos modos y diferentes escenarios y ponían de manifiesto que la congestión de tráfico era el coste externo más importante en las áreas urbanas.

El problema económico asociado a la congestión se produce porque el CMP es inferior al CMS y, desde la Economía del Transporte, se propone la aplicación de una tasa igual a la diferencia entre ambos, a fin de maximizar el bienestar social. Sin embargo, pese al consenso teórico alcanzado sobre la necesidad de tarificar de acuerdo con los costes marginales, su puesta en práctica presenta ciertas limitaciones técnicas, políticas y sociales. El desarrollo de un sistema de tarificación de la congestión, como un cordón de peaje, exige cumplir una serie de pre-requisitos esenciales para lograr un nivel adecuado de aceptabilidad, tales como la percepción de la gravedad de los problemas del tráfico; la importancia de los objetivos a alcanzar; la información y conciencia sobre las opciones; la efectividad percibida de la medida; la relación específica entre los usuarios y su vehículo y la atribución de la responsabilidad de la existencia de problemas de tráfico y de su solución. Una vez implantada la medida, es de crucial importancia que los políticos mantengan los compromisos adquiridos referentes al respeto de la privacidad, a la equidad, en el sentido de la distribución justa de los costes y beneficios, al uso adecuado de los ingresos logrados con la tarificación y a las normas sociales.

Las ciudades que han establecido cordones de peaje urbanos están obteniendo resultados que demuestran que tal medida logra reducir los niveles de congestión y, por tanto, los tiempos medios de viaje. Además, en estas urbes los ingresos se están empleando en mejoras sustanciales del transporte público y existe un organismo encargado de gestionar y controlar el funcionamiento del cordón (por ejemplo en Londres el *Transport for London*; en Estocolmo, *Congestion Charging Secretariat* y en Singapur *Land Transport Authority*).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANISTER, D. (1994): «Equity and Acceptability Question in Internalising the Social Costs of Transport» en OECD/ECMT, *Internalising the Social Costs of Transport*, Paris.

BARTLEY, B. (1995): «Mobility impacts, reactions and opinions. Traffic demand management options in Europe: The MIRO Project», *Traffic Engineering and Co*ntrol, n.º 36, pp. 596-603.

BORINS, S. F. (1988): «Electronic road pricing: an idea whose time may never Come», *Transportation Research* A, n.º 22, pp. 37-44.

BUCHANAN, J. (1952): «The Pricing of Highway Services», *National Tax Journal*, n.º 5, pp. 97-106.

BURCHELL, R. W.; SHAD, N.A. y LISTOKIN, D. (1998): «The Costs of Sprawl-Revisited», *Report of Transit Cooperative Research Program*, n.º 39, Transportation Research Board, Washington, DC.

BUTTON, K.J. (1995): «Road pricing as an instrument in traffic management», en JOHANSSON, B. y MATTSSON, L.-G. (ed.), *Road Pricing: Theory, Empirical Assessment and Policy*, Kluwer, Boston.

BUTTON, K.J. y VERHOEF, E.T. (1998): «Introduction» en BUTTON, K.J. y VERHOEF, E.T., (eds.), *Road Pricing, Traffic Congestión and the Environment: Issues of Efficiency and Social Feasibility*, Edward Elgar, Cheltenham.

COMISIÓN EUROPEA (1995): *Libro Verde. Hacia una tarificación equitativa y eficaz del transporte - Opciones para la internalización de los costes extrenos del transporte en la UE*, Comisión Europea, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA (1998): *Libro Blanco. Tarifas justas por el uso de infraestructuras: Estrategia gradual para un marco común de tarificación de infraestructuras de transporte en la UE*, Comisión Europea, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA (2001): *Economic aspects of sustainable mobility*, CE, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA (2001a): *Libro blanco. La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*, CE, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA (2001b), *Integrated policy aspects of sustainable mobility. Thematic synthesis of transport research results*, paper 1.

COMMISSION FOR INTEGRATED TRANSPORT (CfIT) (2002): *Paying for road use,* CfIT, Londres.

COMMON, M.S. (1989): «The choice of pollution control instruments: why is so little notice taken of economists' recommendations?», *Environment and Planning A*, n.º 21, pp. 1297-1314.

DALY, H.E. (1990), «Toward some operational principles of sustainable development», *Ecological Economics*, vol. 2, n.º 1, pp. 1-6.

ELIASSON, J.; FREIJ, K.B., HULTKRANTZ, L.; LJUNGBERG, C. (2006): *Reference´s group summary. February*, Congestion Charging Secretariat, Stockholm.

European Union Road Federation (2004): *European Road Statistics, 2004*, ERF, Brussels.

FREY, B.S.; SCHNEIDER, F. y POMMEREHNE, W.W. (1985): «Economists' opinions on environmental policy instruments: analysis of a survey», *Journal of Environmental Economics and Management*, n.º 12, pp. 62-71.

FULTON, L. (2004): «Reducing Oil Consumption in Transport: Combining Three Approaches», *Technology and R&D Working Paper*, n.º 1, AIE/ Office of Energy Efficiency.

FULTON, L. y EADS, G. (2004): *Model Documentation and Reference Case Projection*, IEA/SMP.

GIULIANO, G. (1992): «An assessment of the political acceptability of congestion pricing», *Transportation*, n.º 19, pp. 335-358.

GIULIANO, G. (1994): «Equity and fairness considerations of congestion pricing», *TRB Special Report 242*, National Academy Press, Washington, pp. 250-279.

GOMEZ-IBAÑEZ, J. A. y SMALL, K. A. (1994): *Road Pricing for Congestión Management: A Survey of International Practice*, Transport Research Board, National Academy Press, Washington, DC.

GOODWIN, P. B. (1989): «The rule of three: A possible solution to the political problem of competing objectives for road pricing», *Traffic Engineering & Control*, n.º 39, pp. 495-497.

GOODWIN, P.B. (1995): «Road pricing or transport planning» en JOHANSSON, B. y MATTSSON, L.G., (eds.), *Road Pricing: Theory, Empirical Assessment and Policy*, Kluwer, Boston.

GRÜBLER, A. (1990): *The rise and fall of infraestructures*, Physica-Verlag, Heidelberg.

GUDMUNDSSON, H. y HÖJER, M. (1996): «Sustainable development principles and their implications for Transport», *Ecological Economics*, n.º 19, pp. 269-282.

HAHN, R.W. (1989): «Economic prescriptions for environmental problems: how the patient followed the doctor's orders», *Journal of Economic Perspectives,* n.º 3, pp. 95-114.

HARVEY, D. (1992): «Social justice, postmodernism and the city», *International Journal of Urban and Regional Research,* n.º 16, pp. 588-601.

HAU, T.D. (1992): *Economic Fundamentals of Road Pricing Policy: A Diagrammatic Analysis*, World Bank, Washington D.C.

HIGH LEVEL GROUP ON TRANSPORT INFRAESTRUCTURE CHARGING (1999): *Final Report on Stimating Transport Costs*, European Commission, Bruselas.

IEA (2004): *Energy technologies for a sustainable future*, AIE, Paris.

IEA (2004a): *World Energy Outlook 2004*, IEA/ OECD, Paris.

INFRAS IWW (1999): *External Effects of Transport*, INFRAS, Zurich/Karlsruhe

INFRAS/IWW (2004): *External Costs of Transport. Update Study*, INFRAS, Zurich/Karlsruhe.

IN 'T VELT, R.J. (1991): «Road Pricing: A Logical Failure?» en KRAAN, D.J y IN `T VELT, R.J. (eds.) *Environmental Protection: Public or Private Choice*, Kluwer, Dordrecht, pp. 111-121.

JONES, P.M. (1991a): «UK public attitudes to urban traffic problems and possible counter measures: A poll of polls», *Environment and Planning C: Government and Policy*, n.º 9, pp. 245-256.

JONES, P.M. (1991b): «Gaining public support for road pricing through a package approach», *Traffic Engineering & Control*, n.º 4, pp. 194-196.

JONES, P.M. (1995): «Road pricing: the public viewpoint», en JOHANSSON, B. y MATTSSON, L.G. (eds.), *Road Pricing: Theory, Empirical Assessment and Policy*, Kluwer, Boston, pp. 159-179.

JONES, P.M. (1998): «Urban road pricing: Public acceptability and barriers to implementation», en BUTTON, K.J. y VERHOEF, E.T. (eds.), *Road pricing, traffic congestión and the environment. Issues of efficiency and social feasibility*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 263-284.

KENNETH, G. (1997): *The Value of Time in Economic Evaluation of Transport Projects; Lessons from Recent Research*, World Bank, Washington DC.

KENWORTHY, L y LAUBE, F. (2001): *Millennium Cities Database for Sustainable Transport (1999-2001)*, UITP, Brussels.

KEONG, C. K. (2002): *Road pricing Singapore's experience*, IMPRINT-EUROPE Implementing Reform in Transport Effective Use of Research on Pricing in Europe, European Commission, Brussels.

KNIGHT, F.H. (1924): «Some fallacies in the interpretation of social cost», *Quarterly Journal of Economics*, n.º 38, pp. 582-606.

LABANDEIRA, X. y LÓPEZ NICOLÁS, A. (2002): «La imposición de los carburantes de automoción en España: Algunas observaciones teóricasy empíricas», *Hacienda Pública Española*, n.º 160, pp. 177-210.

LAND TRANSPORT AUTHORITY (1996): *A world class land transport system*, Land Transport Authority, Republic of Singapore.

LAVE, C.A. (1995): «The demand curve under road pricing and the problem of political feasibility: author's reply», *Transportation Research A,* vol. 29, n.º 6, pp. 464-465.

LINDSEY, C.R. y VERHOEF, E.T. (2000): «Congestion Modeling», en HENSHER, D.A. y BUTTON, K. (eds.): *Handbook of Transport Modelling*, Pergamon, Ámsterdam, pp. 377-397.

LUK, J. y CHUNG, E. (1997): «Public acceptance and technologies for road pricing», *Research report no. 307*, ARRB Transport Research Ltd., Vermont South.

MATAS, A. (2004): «Políticas de transporte y congestión en áreas urbanas: un panorama», *Urban Publics Economic Review*, n.º 1, pp. 63-91.

MAY, A. D. (1992): «Road pricing: An international perspective», *Transportation*, n.º 19, pp. 313-333.

MAY, A. D.; LIU, R.; SHEPHERD, S. P.; y SUMALEE, A. (2002): «The Impact of Cordon Design on the Performance of Road Pricing Schemes», *Transport Policy*, vol.9, n.º 39, pp. 209-220.

MAYERES, I., y VAN DENDER, K. (2001): «The external costs of transport» en DE BORGER, B. y PROOST, S. (eds.) *Reforming transport pricing in the Europea Union: A modelling approach*, Edward Elgar, pp. 135 - 169.

MILNE, D.; NISKANEN, E. y VERHOEF, E. (2000): *Operationalisation of marginal cost pricing within urban transport*, Deliverable 1 en AFFORD, (Acceptability of Fiscal and Financial Measures & Organisational Requirements for Demand Management), Valtion taloudellinen tutkimuskeskus/ Government Institute for Economic Research, Helsinki.

MORRISON, S.A. (1986): «A survey of road pricing», *Transportation Research A*, n.º 20, pp. 87-98.

NASH, C. y SANSOM, T. (2001): «Pricing European Transport Systems», *Journal of Transport Economics and Policy*, Vol. 35, n.º 3, pp. 363-380.

NASH, C. (2003): *Final Report*, with contributions from partner: UNITE (UNIfication of accounts and marginal costs for Transport Efficiency) Final Report for Publication, European Commission, Advisory Board, Partners, Leeds.

NEWBERY, D.M. (1988): «Road User Charges in Britain», *Economic Journal*, n.º 98, pp. 161-176.

NEWBERY, D (1990): «Pricing and Congestion: Economic Principles Relevant to Pricing Roads», *Oxford Review of Economic Policy*, vol 6, pp. 22-38.

NEWBERY, D.M. (1994): «The case for a public road authority», *Journal of Transport Economics and Policy*, n.º 28, pp. 235-253.

NIJKAMP, P. (2003): «Globalization, International Transport and the Global Environment: a Research and Policy Challenge», *Transportation Planning and Technology*, vol. 26, n.º 1, pp. 1-8.

NORGAARD, R.B. (1994): *Development Betrayed. The end of progress and a coevolutionary revisioning of the future*, Routledge, London&New York.

NORGAARD, R.B. (1996): «Globalization and unsustainability», *International Conference on Technology*, Sustainable Development and Imbalance, Tarrasa.

NORTON, B.B. (1992): «Sustainability, Human Welfare and Ecosystem Health», *Ecological Economics*, vol. 14, n.º 2, pp. 113-127.

OBERHOLZER-GEE, F. y WECK-HANNEMANN, H. (2002): «Pricing road use: politico-economic and fairness considerations», *Transportation Research Part D: Transport and Environment,* vol. 7, n.º 5, pp. 357-371.

OECD (1996): *Pollution Prevention and Control: Environmental Criteria for Sustainable Transport*, Paris.

OECD (2000): *Environmentally Sustainable Transport: Futures, Strategies and Best Practices - Synthesis Report*, Ministerio Federal Austríaco de Agricultura, Bosques, Medio Ambiente y Gestión del Agua, Viena.

ODGEN, K.W. (2001): «Privacy issues in electronic toll collection», *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, vol.9, n.º 2, pp. 123-134.

OYÓN, J.L. (1999): «Transporte público y estructura urbana, De mediados del siglo XIX a mediados del siglo XX: Gran Bretaña, España, Francia y Países Germánicos», *Ecología política*, n.º 17, pp. 17-36.

PIGOU, A.C. (1920): *The Economics of Welfare,* Macmillan, London.

PINES, D. y SADKA, E. (1985): «Zoning, first-best, second-best, and third-best criteria for allocating lands for roads», *Journal of Urban Economics,* n.º 17, pp. 167-183.

POSSUM (1998): *POSSUM Policy Scenarios for Sustainable Mobility-Final Report*, Comisión Europea, Bruselas.

PROOST, S.; PALMA, A.; LINDSEY, R.; BALASKO, Y.; MEUNIER, D.; QUINET, E.; DOLL, C.; VAN DER HOOFD, M. y PIRES, E. (2004): *Theoretical Framework*, REVENUE Project, Deliverable 2, ISIS, Rome.

RIENSTRA, S. A.; RIETVELD, P. y VERHOEF, E. T. (1999): «The social support for policy measures in passenger transport. A statistical analysis for the Netherlands», *Transportation Research Part D*, n.º 4, pp. 181-200.

ROTH, G. (1967): *Paying for Roads: Economics of Traffic Congestión*, Penguin, City.

ROTH, G. (1996): «Brief history of road congestion pricing» Annex to chapter 4, en POOLE, R.W., *Roads in a Market Economy,* Ashgate.

ROY, R. (2002): *The fiscal impact of marginal cost pricing: The spectre of deficits or an embarrassment of riches?,* IMPRINT-EUROPE Implementing Reform in Transport Effective Use of Research on Pricing in Europe. A European Commission funded Thematic Network (2001-2004), London

SANTOS, G. (2004): «Urban Congestion Charging: A Second Best Alternative», *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 38, n.º 3, pp. 345-369.

SCHADE, J. y SCHLAG, B. (2000): *Acceptability of urban transport pricing* en AFFORD, (Acceptability of Fiscal and Financial Measures & Organisational Requirements for Demand Management), Valtion taloudellinen tutkimuskeskus/ Government Institute for Economic Research, Helsinki.

SCHADE, J. y SCHLAG, B. (eds.) (2003): *Acceptability of transport pricing strategies*, Elsevier, Oxford.

SCHADE, J. y SCHLAG, B. (2003a): Acceptability of urban transport pricing strategies, *Transportation Research Part F,* n.º 6, 45-61.

SCHLAG. B. y SCHADE, J. (2000): «Public acceptability of traffic demand management in Europe», *Traffic Engineering & Control*, n.º 41, pp. 314-318.

SCHLAG, B., y TEUBEL, U. (1997): «Public acceptability of transport pricing», *IATSS Research*, n.º 21, pp. 134-142.

SHEPHERD S.P. y SUMALEE A. (2004): «A genetic algorithm based approach to optimal toll level and location problem», *Networks and Spatial Economics,* n.º 4, pp. 161-179.

SMALL, K. y GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (1998): «Road pricing for congestion management: The transition from theory to policy» en BUTTON, K.J. y VERHOEF, E.T., (Eds.), *Road Pricing, Traffic Congestión and the Environment: Issues of Efficiency and Social Feasibility*, Edward Elgar, Cheltenham.

SMALL, K.A. (1992): «Using the revenues from congestion pricing», *Transportation*, n.º 19, pp. 359-381.

SOLOW, R. M. (1973): «Congestión cost and the use of land for streets», *Bell Journal of Economics*, n.º 4, pp. 602-618.

SOLOW, R. (1991): «Sustainability: An Economist's Perspective», DORFMAN, R. y DORFMAN, N.S. (eds.), *Economics of the Enviroment*, New York.

SOLOW, R. (1992) «An almost Practical Step towards Sustainability» (Conferencia pronunciada con motivo del 40 aniversario de Resources for the Future, 8-10-1991).

STIGLITZ, J.E. (1997): *La Economía del Sector Público*, Antoni Bosch, Barcelona.

STOCKHOLMS STAD (2005): *The Stockholm trials start on 22 August and 3 January*, City of Stockholm, folleto informativo.

THOMSON, I. y BULL, A. (2001): «La congestión de tráfico urbano: causas y consecuencias económicas y sociales», *Serie Recursos Naturales e Infraestructura*, n.º 25, CEPAL, Santiago de Chile.

THOMPSON, J. (1962): «Calculation of economic advantages arising from a system of road pricing», *Transport and Road Research Laboratory Report,* n.º PRP 8, Crowthome, England.

TRANSPORT FOR LONDON (2005), *Congestion Charging: Third Annual Monitoring Report*, TfL, London.

UBBELS, B. y VERHOEF, E.T. (2004): «Barriers to transport pricing», en Rietveld, P. y Stough, R. (eds.), *Barriers to Sustainable Transport*, Spon Press, London, pp. 69-93.

UITP (International Association of Public Transport) (2003): Ticket to the future: 3 stops to sustainable mobility, UITP, Brussels.

U.K. MINISTRY OF TRANSPORT (1964): *Road pricing: The Economic and Technical possibilities. Smeed Report*, HMSO, London.

VERHOEF, E. (2002): «Second-best Congestion Pricing in General Networks: Heuristic Algorithms for Finding Second-Best Optimal Toll Levels and Toll Points», *Transportation Research B*, vol. 36, n.º 8, pp. 707-729.

VERHOEF, E. (2004): «Second-best Congestion Pricing. Schemes in the Monocentric City», *Tinbergen Institute Discussion Paper*, n.º 110/3.

VERHOEF E.T.; NIJKAMP, P. y RIETVELD, P. (1997): «The social feasibility of road pricing: a case study for the randstad area», *Journal of Transport Economics and Policy*, n.º 31, pp. 255-276.

VICKREY, W. (1963): «Pricing in urban and suburban transport», *American Economic Review*, n.º 53, pp. 251-261.

VICKREY, W. (1967): «Optimization on traffic». *Journal of Transport Economics and Policy,* vol. 1, n.º 1, pp. 123-136.

WALTERS, A.A. (1961): «The theory and measurement of private and social cost of highway congestion», *Econometrica*, n.º 29, pp. 676-699.

WORLD BANK (1996): *Sustainable Transport*, World Bank, Washington, D.C.

WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE TRANSPORT (WBCST) (2004), *Mobility 2030: Meeting the challenges to sustainability*, WBCST: Geneva.

WRIGHT, T. (1995): *Eyes on the Road; Intelligent Transportation Systems and your Privacy,* Information and Privacy Commissioner, Ontario.

YANG, H. y ZHANG, X. (2002): «Determination of Optimal Toll Levels and Toll Locations of Alternative Congestion Pricing Schemes», *Proceedings of the 15th International Symposium*, Pergamon, Adelaide, pp. 519-540.

Descentralización y financiación sanitaria en España: consideraciones para su reforma

Este trabajo analiza la experiencia del modelo actual de financiación sanitaria en España desde una perspectiva comparada. En este marco, se estudian tanto los avances conseguidos en términos de mayor corresponsabilidad fiscal al haber integrado la sanidad en la financiación autonómica general como el diseño de mecanismos de garantías. Asimismo, a continuación se hace un balance de los retos pendientes bajo este sistema actual y de sus posibles vías de mejora. Por último, tras algunos comentarios y observaciones, se cierra el trabajo con un apartado de consideraciones finales.

Lan honek osasuna finantzatzeko Espainian gaur egun dagoen eredua dela-eta izandako esperientzia aztertu nahi du, ikuspegi konparatuarekin. Alor horretan, aztertuko dira bai erantzukizun fiskal handiagoari dagokionez osasuna autonomien finantziazio orokorrean sartzearen ondorioz lortu diren aurrerapenak, bai eta bermerako mekanismoen diseinua ere. Horrekin batera, eta jarraian, egungo sistemak aurre egin behar dien erronken zein horiek hobetzeko izan daitezkeen bideen balantzea egiten da. Azkenik, zenbait iruzkin eta ohar egin ondoren, azken iritzi batzuk jasotzen dituen atal bat dago, lanari amaiera ematen diona.

The experience of the health care financing model in Spain from a compared perspective is analyzed in this paper. In this framework, we study the advances in terms of fiscal accountability when health care has been integrated in the general autonomous communities financing model and the design of guarantees. A balance of the pending challenges and its possible improvement is also made. Lastly, after some comments and observations, we close the paper with a section of final considerations.

David Cantarero Prieto*
Universidad de Cantabria

ÍNDICE

1. Introducción
2. La financiación sanitaria en la experiencia comparada
3. El modelo actual de financiación de la sanidad
4. Las líneas de reforma del sistema de financiación sanitaria
5. Conclusiones
Anexos
Referencias bibliográficas

Palabras clave: descentralización sanitaria, financiación pública, coordinación, equidad, políticas sanitarias

N.º de clasificación JEL: H51, I18

1. **INTRODUCCIÓN**

Hasta la fecha se han venido produciendo diversas reformas tanto en la financiación autonómica general mediante quinquenios como en la sanitaria mediante revisiones cuatrianuales (Ruiz-Huerta y Granado, 2003). En este sentido, se ha aprobado tras una ardua negociación un sistema de financiación general cuya vigencia comenzó el 1 de enero del 2002. Este nuevo sistema integra la financiación de las competencias sanitarias y fue ratificado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, en las Cortes Generales. Dicho sistema ha introducido un ajuste necesario al criterio per cápita simple, mediante la aplicación de otras variables: básicamente la población mayor de 65 años e insularidad, además de otros ajustes menores basados en asignaciones de nivelación y fondos de pacientes desplazados. Esto supone un claro avance hacia los modelos de funcionamiento de asignación de recursos sanitarios del resto de países desarrollados aunque aún queda lejos de lo que sucede en otros países de nuestro entorno donde existen diversos grados de refinamiento de estos modelos de capitación, por ejemplo, introduciendo diferentes categorías individuales según la edad y el sexo (Urbanos, 2001; Banting y Corbett, 2002).

En este trabajo se aborda el estudio de la experiencia del modelo actual de financiación sanitaria en el Estado español. Para ello, en primer lugar se describe brevemente la experiencia comparada en otros países de características similares al español. En segundo lugar, se analizan los avances conseguidos por el modelo actual al haber integrado la sanidad en la

* El autor agradece las sugerencias recibidas del editor y de dos evaluadores anónimos.

financiación autonómica general. Asimismo, a continuación se hace un balance de los retos pendientes bajo este sistema actual y sus posibles vías de mejora en la línea de la experiencia comparada. Por último, tras algunos comentarios y observaciones, se cierra el trabajo con un apartado de consideraciones finales.

2. LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

En líneas generales, cualquier proceso de descentralización conlleva por sí mismo un reparto de recursos escasos, por lo que actualmente no parece probable que ningún proceso de este tipo pueda beneficiarse de un contexto en el que el gasto sanitario no tenga ya algún tipo de limitación. Como resultado, parece claro que los conflictos surgidos por el reparto de la financiación sanitaria sean uno de los posibles escenarios comunes a todos los procesos de descentralización. Así, recientemente se han puesto en marcha diversas reformas dentro del ámbito europeo[1] referente a la financiación de la asistencia sanitaria dirigidas a que el paciente asuma una mayor parte del coste de dicha asistencia y así frenar el crecimiento del gasto sanitario.

Resulta en este caso interesante contrastar la teoría con la práctica, efectuando una revisión comparada de los modelos existentes en los principales países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), dado que en la mayoría de sus países miembros se han producido importantes logros, tanto en la universalización del cuidado de la salud y la cobertura médica como en la mejora del estado de salud de sus ciudadanos.

2.1. Una perspectiva general de los sistemas sanitarios en la OCDE

En general, según el último informe disponible (OECD Health Data 2005), la evolución demográfica en la OCDE muestra una clara tendencia al envejecimiento (Anexo. Cuadro A.1). La población mayor de 65 años en porcentaje sobre el total de la población ha pasado del 7,05% en 1960 al 14,35% en 2003, resultando la Unión Europea[2] (UE) especialmente afectada

[1] En particular, en países como Alemania y Francia (Urbanos, 2004).

[2] En la UE todos los países disponen básicamente de uno de estos dos sistemas sanitarios:

a) Sistemas de Seguro Sanitario Social (SS), o de corte *bismarkiano* (ya que fueron inspirados en la legislación social alemana de 1883) o sistemas profesionales. Están basados en una afiliación obligatoria general donde el Estado especifica las prestaciones incluidas, y el suministro de servicios se reserva a fondos de aseguramiento con una autonomía y autorregulación relativamente alta por parte de los proveedores. Se financian por cotizaciones de empresarios y empleados, mediante un fondo de seguros, sin ánimo de lucro, no gubernamentales y la propiedad de los medios de producción, así como la provisión de los cuidados de salud, es pública y privada. Han adoptado este sistema en Europa países como Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Holanda y Luxemburgo.

b) Sistemas Nacionales de Salud (SNS), inspirados en el Informe Beveridge de 1942, que formalizó la organización adoptada por Suecia en la década de 1930, cuyo fundamento es un acceso y cobertura prácticamente universal (libre acceso de todos los ciudadanos), con financiación impositiva (mediante presupuestos estatales), un racionamiento implícito (existe una participación en el pago por parte de los pacientes), una provisión directamente regulada y profesionales (asalariados o de pago capitativo) empleados por el Estado, reconociendo para el sector privado un papel alternativo o residual y siendo las orientaciones ideológicas que sustentan la acción de los diferentes gobiernos las que definan en ultima instancia el grado de intervención pública. Los países que han adoptado este sistema son Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Suecia y Reino Unido después de la II Guerra Mundial mientras que Grecia, Italia, Portugal y España lo hicieron en los ochenta.

(15,93% en 2003) y particularmente sus Sistemas Nacionales de Salud (SNS con un 15,96% en 2003). Además, la OCDE estima que el consumo realizado por el grupo de personas mayores de 65 años es superior al resto[3], pudiendo producirse un efecto desplazamiento (*crowding-out)* sobre el resto de gastos públicos.

Como resultado, la asistencia sanitaria es uno de los sectores económicos más importantes en la OCDE (Anexo. Cuadros A.2 y A.3). En concreto, en dichos países el porcentaje de gasto sanitario sobre el PIB se ha estabilizado desde principios de la década de los noventa y los Estados Unidos sigue siendo, tras su primacía en la década de los noventa y con distancia sobre los demás, el país con mayor gasto en asistencia sanitaria en porcentaje del PIB del mundo (15% del PIB y 5.635 $ *per cápita* en términos de Paridades de Poder de Compra, PPC, en el año 2003). Asimismo, todos los países de la OCDE combinan la financiación pública y privada de la sanidad de un modo diferente, si bien en la mayoría de ellos el sector público provee la mayoría de la financiación (excepto en Estados Unidos y Corea). Dicho gasto en el año 2003 oscila entre porcentajes que van desde el 5,6% (Corea) y el 15% del PIB (Estados Unidos), fundamentada su divergencia en las especificidades de sus propios sistemas privados.

A la vista de los datos ofrecidos, los sistemas de Seguridad Social en la UE tienen un mayor nivel de gasto sanitario frente a los Sistemas Nacionales de Salud tanto si lo medimos en porcentaje sobre el PIB (9,05% en 2003 frente a 8,47%) como en términos per cápita ajustado por EE.UU. $ Paridades de Poder de Compra (2.862 en 2003 frente a 2.221). Precisamente, en 2003 Alemania es el país europeo con mayor gasto sanitario en porcentaje del PIB (11,10%) y Luxemburgo el de mayor gasto sanitario per cápita (3.190 EEUU $).

Es importante tener en cuenta que el gasto sanitario constituye en la actualidad uno de los más importantes gastos del Estado del Bienestar en Europa, tanto por su volumen como por su reiterada tendencia al alza, algo preocupante dado que las fórmulas para su contención no suelen ser muy populares.

2.2. **Descentralización y financiación sanitaria mediante fórmulas de reparto capitativas**

En la actualidad pueden utilizarse una gran diversidad de métodos para distribuir un presupuesto sanitario (por ejemplo, negociaciones bilaterales o extrapolación de niveles históricos de gasto), si bien dada su arbitrariedad y la posible aparición de ineficiencias e inequidades, los enfoques académicos se han fijado más en una forma de distribuir el presupuesto denominada *capitación* o *ajuste al riesgo sobre la base de la población* (Newhouse, 1998). Dicha capitación puede definirse como la cantidad de financiación de servicios de salud asignada para la atención de una persona de ciertas características para un determinado período de tiempo y un servicio en cuestión, sujeto a una restricción presupuesta-

[3] Los estudios que han analizado la información contenida en bases de datos sanitarios individuales muestran que la mayor parte del gasto sanitario realizado por una persona se concentra en los meses que preceden a su propia muerte, lo que confirma que «no es la edad cronológica *per se* de los individuos sino sus estados de salud lo que hace que el gasto sanitario pueda aumentar o disminuir» (Lubitz y Riley, 1995; Zweifel *et al*., 1999).

ria global. Por ello, a pesar de que las deficiencias de información condicionan el modo en que se efectúan los *ajustes por riesgo* en los esquemas capitativos, éstos continúan siendo preferibles debido a razones de equidad y eficiencia (Sheldon y Smith, 2000).

En cuanto al caso español y en calidad de SNS, el modelo de financiación autonómica actual que integra a la financiación de las competencias sanitarias (Ley 21/2001, de 27 de diciembre) ya ha introducido un ajuste por «necesidad» al criterio per cápita simple sobre la base de otras variables, básicamente la población mayor de 65 años e insularidad, además de otros ajustes menores sobre la base de asignaciones de nivelación y fondos de pacientes desplazados, siendo un paso adelante hacia los modelos de funcionamiento de asignación de recursos sanitarios del resto de países desarrollados aunque lejano respecto a otros modelos comparados. Precisamente, las últimas reformas en países como Italia, Suecia, Reino Unido o Irlanda han incrementado la cesión de responsabilidades a las autoridades regionales o locales para así aumentar la eficiencia en la gestión de la asistencia sanitaria (Urbanos, 2004).

La fórmula británica RAWP (*Resource Allocation Working Party*) desarrollada desde mediados de los años setenta y que relaciona la distribución de recursos a las regiones con la necesidad de su población, constituye en este contexto el mejor ejemplo de los sistemas de financiación que combina los enfoques *matricial*[4] y el basado en un *indice*[5] y que utilizan datos agregados para establecer la capitación y así lograr la equidad[6]. En este sentido, el Gobierno laborista elegido en Mayo de 1997 se comprometió a reducir las crecientes y persistentes desigualdades en salud en el país. Una Comisión independiente presidida por Sir Donald Acheson recomendó en el informe *Saving lives: our healthier nation* (1999) que se incluyera en la agenda política la mejora de la salud de los ciudadanos y en especial de los que están peor, reduciendo así las «desigualdades evitables en salud» (Hauck *et al*., 2002).

Lo cierto es que los reformadores resolvieron su problema inicial traspasando el problema de la aplicación del informe anteriormente señalado a los distritos, mediante un sistema de ajuste capitativo, que vino a continuar la tradición de la fórmula RAWP, y cuyo algoritmo sigue siendo objeto de sucesivas revisiones y ajustes (López I Casasnovas, 2001). Esta es la verdadera base del *Money Follow Patients* (dinero sigue a paciente): la financiación se traslada a un nivel inferior (a los distritos) según la población, y corresponde al «comprador» cubrir las necesidades de sus habitantes sin pedir más

[4] Según este enfoque, algunas de las variables de necesidad sirven para crear un conjunto de celdas en las que cada entrada es el coste anual esperado de un ciudadano según sus características (edad, sexo, etc.).

[5] En este planteamiento, se combina medidas agregadas de las características de un grupo poblacional para así poder aproximar las necesidades de gasto agregadas.

[6] En todo caso, en este mismo país se ha comenzado a considerar la incorporación de un criterio de equidad alternativo al mecanismo de capitación, que consiste en «contribuir a la reducción de las desigualdades en salud evitables» (pasar de la equidad horizontal a la vertical) (Hauck *et al*., 2002). Es decir, una vez que se han identificado los grupos desfavorecidos y sus áreas de residencia, la asignación de los recursos debe responder a la composición por grupos en cada área. Otros países que utilizan métodos similares son Finlandia, Bélgica e Italia.

dinero, ni gastar más de lo que le asigna el sistema (si gasta más sabe que le restará recursos del siguiente año). Como elementos cambiantes figuran los (GP)-*Fund Holding*, o grupo de médicos generales que gestionan por delegación fondos del SNS británico correspondiente a una serie delimitada de servicios, y los *Hospital Trust / Community Health Services Trust* como *centros de titularidad pública con estatuto de autogobierno*.

Es necesario precisar que la situación española tanto política como de estructura federal en términos económicos es muy diferente a la de la RAWP para Inglaterra, ya que en este país, a diferencia de las regiones españolas como *entidades políticas,* las regiones sanitarias operativas para dicha fórmula son *herramientas* de planificación sanitaria que no tienen por sí mismas parlamentos ni circunscripciones políticas.

De todos modos y dado que el empleo de datos agregados provoca el problema de la *falacia ecológica*[7], varios países han desarrollado métodos de asignación de los fondos sanitarios basados en el empleo de datos individuales para así poder superarlo (Rice y Smith, 1999, 2001 y 2002; Cantarero, 2003; Herrero y Utrilla, 2003). Así, además del criterio *per cápita* simple, en algunos países se ajusta exclusivamente mediante el criterio de la edad (Francia) o combinando edad y sexo (Alemania). El sistema más sofisticado es el de Suecia (en concreto, en el condado de Estocolmo), donde las capitaciones en atención hospitalaria se calculan en una matriz en la que se incluye el sexo, la edad, la situación familiar, la categoría ocupacional y la situación con respecto a la tenencia de vivienda, utilizando para ello una base de registros individuales muy detallada (Diderichsen *et al*., 1997). En el cuadro n.º 1 se muestra un resumen final de los sistemas utilizados en diferentes países en cuanto a financiación de tipo capitativo[8] basada en las variables que determinan el consumo sanitario de los individuos (variable proxy de la necesidad).

También se muestran los diferentes mecanismos de financiación. A modo de ejemplo, Italia cuenta con un Fondo Sanitario Nacional para garantizar recursos anualmente por parte del gobierno central y en dónde las últimas reformas llevadas a cabo en febrero de 2000 determinaron que fuera financiado con los recursos del Impuesto sobre el Valor Añadido; España cuenta con un sistema similar aunque con una cesta de impuestos y un Fondo de Suficiencia que financian no solamente la sanidad; la sanidad sueca se financia básicamente con impuestos (fundamentalmente los aplicados sobre la renta) y subvenciones, que son utilizadas por el gobierno central para actuar sobre ciertas políticas.

En cualquier caso, la experiencia comparada lleva a concluir que en las fórmulas de reparto se ha producido un progreso considerable en el desarrollo de los esquemas capitativos, tanto por la mejora de las fuentes de información utilizadas en la elaboración de las fórmulas de reparto

[7] El problema se produce por la identificación de factores que a nivel agregado se muestran como determinantes del gasto, pero no se corresponden con factores de necesidad en el ámbito individual.

[8] Tan solo Austria, Irlanda, Grecia y Luxemburgo de entre los países de la UE-15 no han establecido mecanismos de financiación basados en la capitación.

Cuadro n.º 1

Experiencia comparada de sistemas de necesidades de gasto y financiación sanitaria seleccionados en la Unión Europea mediante fórmulas de reparto capitativas

País	Características	Sistema	Unidades	Variables de reparto
ALEMANIA (SS)	Financiación por contribuciones sociales. Mecanismo específico.	Fondos aseguradores federales y también regionales (1997).	16 Lander y unos 314 Fondos de Enfermedad obligatorios.	Edad y Sexo. Renta.
ESPAÑA (SNS)	Financiación impositiva . Mecanismo de reparto de recursos mixto.	Fórmula capitativa compuesta en el sistema general (a partir del año 2002). (Cesta de impuestos y Fondo de Suficiencia).	17 Autoridades regionales sanitarias.	Población, Edad e insularidad. Variaciones en población, Docencia e investigación médica / Desplazados.
FINLANDIA (SNS)	Financiación impositiva. Reparto no específico.	Sistema de subsidio estatal (1996).	452 municipios.	Edad, Discapacidad, Archipiélagos y Distancia geográfica. Renta.
FRANCIA (SS)	Financiación por contribuciones sociales. Mecanismo de reparto de recursos específico.	Sistema básicamente de contribuciones sociales que combina recursos privados e impuestos (1999).	26 Regiones. 18 fondos de seguro estatutarios.	Edad.
HOLANDA (SS)	Financiación por contribuciones sociales. Mecanismo de reparto de recursos específico.	Básicamente Fondo Central asegurador de ajuste al riesgo por enfermedad (1998).	26 fondos de enfermedad.	Edad, Sexo, Bienestar, Discapacidad y Urbanización. Ajustes retrospectivos y Renta.
ITALIA (SNS)	Financiación impositiva. Mecanismo de reparto de recursos específico.	Mecanismo de asignación de recursos capitativo ajustado regional (1998). Fondo Sanitario Nacional (2001). IVA.	21 Gobiernos regionales.	Edad, Sexo y Mortalidad. Esquema compensador.
NORUEGA (SNS)	Financiación impositiva. Mecanismo de reparto de recursos no específico.	Sistema de financiación de los Gobiernos Locales (1998)	19 condados y 453 municipios.	Edad, Sexo, Densidad, Mortalidad, Ancianos que viven solos, Distancias de viaje y Estado civil. Renta
REINO UNIDO (SNS)	Financiación impositiva. Mecanismo de reparto de recursos no específico.	Formula de capitación compuesta (según necesidades sanitarias) de asignación de recursos. RAWP. (NHS, Executive, 1997).	500 grupos de Atención Primaria y 100 Autoridades sanitarias.	Edad, Mortalidad, Morbilidad, Desempleo, Ancianos solos, Etnicidad y Nivel Socioeconómico (Inglaterra). Diferencias en variables de reparto para los casos de Escocia (SHARE), Gales y Norte de Irlanda. Variaciones en los costes.
SUECIA (SNS)	Financiación impositiva. Mecanismo de reparto de recursos no específico.	Formula de asignación de recursos. Consejo del Condado de Estocolmo (1997).	21 Consejos de Condado. 289 municipios. 9 Autoridades regionales.	Edad, Ingresos, cohabitación y estado civil, Situación de desempleo, etnicidad, tipo de vivienda y diagnóstico previo de pacientes.

Nota: La formula SHARE en Escocia plantea como objetivo la igualdad de oportunidades para asegurar el acceso, si bien está sujeta a varias interpretaciones. En el caso sueco la cohabitación se utiliza para medir el tamaño del hogar (si el individuo vive o no solo como proxy de estado civil) y el diagnóstico previo de pacientes es una proxy de utilización sanitaria.

Fuente: Elaboración propia a partir de Urbanos (2001 y 2004), Banting y Corbett (2002), Cantarero (2003), Herrero y Utrilla (2003), Molina (2004) y European Observatory on Health Care Systems.

como por los avances metodológicos relacionados con su diseño. Es importante señalar que el elemento común en todos los países que utilizan mecanismos de tipo capitativo es la consideración de la edad como la variable más importante en la asignación de recursos.

3. EL MODELO ACTUAL DE FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD

Un claro reflejo de las virtudes del sistema actual de financiación general ha sido la generalización del traspaso de la sanidad a las regiones. Muchas comunidades autónomas (en adelante CC.AA.) ya alertaron que las cantidades que iban a percibir por la transferencia sanitaria iban a ser insuficientes para cubrir sus propias necesidades regionales, aunque finalmente aceptaron dicha transferencia para no quedar así fuera del sistema de financiación autonómica, negociado y aprobado conjuntamente por todas las CC.AA. En este sentido, el 27 de Diciembre de 2001 se aprobaron los Decretos de traspasos de las competencias sanitarias[9] del Estado a las diez CC.AA. que aún quedaban pendientes de recibirlas en ese momento, con lo cual finaliza uno de los procesos transferenciales de mayor entidad financiera junto con el de la educación. No obstante, los problemas presupuestarios se han venido produciendo después de 2002 como resultado de un cada vez mayor desfase entre el crecimiento de ingresos y gastos autonómicos.

El modelo de financiación finalmente acordado en julio de 2001 tiene como principales novedades: el aumento de la corresponsabilidad fiscal, la integración de los distintos sistemas hasta ahora existentes (competencias comunes, en sanidad y en servicios sociales) y la desaparición de las garantías financieras que operaban en el sistema anterior. Del mismo modo, el nuevo modelo cambió el criterio de reparto de la restricción inicial, basándose ahora en la población protegida (ponderación del 75%) ajustada por la población mayor de 65 años (ponderación del 24,5%) y la insularidad (ponderación del 0,5%). Así, los recursos autonómicos pasan a depender en cada región de la proporción y evolución de las transferencias recibidas del Estado (*Fondo de Suficiencia*) y de la propia evolución de los tributos cedidos y compartidos (*Cesta de impuestos*). Es de esperar que la evolución diferenciada de los recursos generará diferentes grados de suficiencia financiera regionales debido a la propia composición de sus ingresos, lo cual evidentemente afectará a sus políticas de gasto y a sus correspondientes márgenes de maniobra presupuestarios.

El modelo de financiación sanitaria determina que las CC.AA. deberán destinar a la sanidad como mínimo una cantidad igual a la resultante de incrementar la financiación inicial con el ITE (principales Ingresos Tributarios del Estado) nacional, además de que en la Ley 21/2001, de 27 de Diciembre, se establece un mecanismo transitorio de garantía financiera dinámica por el cual durante los tres primeros años de funcionamiento del nuevo sistema (2002-2004) el Estado garantizará a las CC.AA. que el índice de evolución de los recursos asignados para sanidad sea

[9] RD 1471-1480/2001, de 27 de Diciembre, sobre traspaso a las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Illes Balears, La Rioja, Madrid y Murcia de las funciones y servicios del INSALUD.

el de la evolución del PIB nominal a precios de mercado (Disposición transitoria segunda de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre). Dicho aspecto es importante en sanidad ya que su índice de evolución de los recursos era hasta el año 2002 el PIB, por lo que puede pensarse que esta garantía financiera es una reminiscencia de los Acuerdos de Financiación sanitaria anteriores de los cuatrienios 1994-1997 y 1998-2001. Del mismo modo, el modelo introduce dos fondos de tipo específico: el fondo Programa de Ahorro en Incapacidad Temporal, distribuido según la población protegida, y el Fondo de Cohesión Sanitaria, para garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el país.

En términos de suficiencia financiera estática, este modelo permitía un margen financiero que cubría relativamente las necesidades de gasto entendidas como tales en la restricción inicial del año base. Así, para los dos primeros ejercicios liquidados del modelo referidos a 2002 y 2003 (cuadro 2), la financiación sanitaria ha pasado de los 23.374,31 millones de euros en 1999 hasta los 28.662,91 en 2002 (734,67 euros *per cápita*) con un índice de crecimiento importante (1,2263) por encima del ITE nacional (1,2129). Las garantías aplicadas en este año suponen un porcentaje relativamente más alto de la financiación sanitaria de cada comunidad autónoma en Galicia (1,76%), Asturias (1,60%), La Rioja (2,15%), Aragón (1,10%), Extremadura (1,50%), Baleares (3,97%) y Castilla y León (2,06%). En total el montante de las garantías sanitarias ha ascendido en 2002 a 208,90 millones de euros (0,73% del total de la financiación sanitaria) afectando a todas las CC.AA. excepto Cantabria, Murcia, Canarias y Madrid.

En 2003 el crecimiento del ITE nacional acumulado (1,2951) vuelve a ser por segundo año consecutivo inferior al PIB (1,3184). En este caso, las garantías han tenido que ser de nuevo aplicadas en 224,08 millones de euros (0,73% del total de la financiación sanitaria) afectando a todas las CC.AA. excepto a las anteriormente mencionadas (Andalucía, Cantabria, Murcia, Comunidad Valenciana y Madrid) en dónde su crecimiento de financiación sanitaria ha sido superior a la evolución del PIB nominal a precios de mercado. Precisamente, las CC.AA. en las que se ha aplicado una mayor garantía en términos relativos son Galicia (2,41%), Asturias (2,38%), La Rioja (1,15%), Aragón (1,10%), Extremadura (1,80%), Baleares (3,50%) y Castilla y León (2,41%) con bajos índices de crecimiento en el período 1999-2003.

Los problemas aflorados de suficiencia financiera del modelo derivan de su poca flexibilidad en estos últimos años para adaptarse al crecimiento poblacional elevado y su desigual distribución regional. Este incremento poblacional ha generado mayores necesidades de gasto (educativas y sanitarias) que en su caso no habían sido previstas en la restricción inicial del sistema estimada en el año base 1999, lo cual ha generado importantes tensiones en la financiación autonómica.

Dada esta situación, y a la espera de un acuerdo sobre el nuevo modelo de financiación autonómica general, en la I Conferencia de Presidentes Autonómicos del 28 de Octubre de 2004 se constituyeron dos grupos de trabajo Gobierno central-CC.AA. con los objetivos de estudiar y analizar el gasto sanitario y su financiación, y los efectos de la evolución de la población en el sistema. De acuerdo a

Cuadro n.º 2

Financiación sanitaria en el modelo actual, 1999-2003
(millones de euros)

CC.AA.	1999	1999 per cápita (€)	2002	2002 per cápita (€)	Garantía 2002	Garantía % s/fina sanidad	2003	2003 per cápita (€)	Garantía 2003	Garantía % s/fina sanidad	Índice 99/02	Índice 99/03
Andalucía	4.402,48	602,66	5.401,17	722,23	19,61	0,36	5.811,06	763,92	0	0	1,2268	1,32
Aragón	826,85	696,68	986,30	810,09	10,80	1,10	1.078,24	876,55	11,88	1,1	1,1928	1,304
Asturias	744	686,15	901,63	839,53	14,46	1,60	958,06	890,90	22,83	2,38	1,2119	1,2877
Baleares	516,81	628,86	612,06	667,48	24,29	3,97	658,33	694,91	23,03	3,5	1,1843	1,2738
Canarias	1034,4	618,41	1.274,10	691,04	0	0	1.358,18	716,77	5,57	0,41	1,2317	1,313
Cantabria	399,68	756,29	492,41	908,04	0	0	527,81	960,20	0	0	1,232	1,3206
Castilla León	1.609,41	646,85	1.941,60	782,79	40,07	2,06	2.071,85	832,86	49,99	2,41	1,2064	1,2873
C. La Mancha	1.094,09	633,81	1.339,77	751,82	7,39	0,55	1.440,57	793,36	1,88	0,13	1,2246	1,3167
Cataluña	3.975,88	640,49	4.860,03	746,96	35,48	0,73	5.206,03	776,54	35,77	0,69	1,2224	1,3094
C. Valenciana	2.475,47	608,75	3.045,97	703,99	2,08	0,07	3.277,49	733,07	0	0	1,2305	1,324
Extremadura	692,02	644,59	839,51	782,36	12,58	1,50	896,24	834,56	16,12	1,8	1,2131	1,2951
Galicia	1.735,67	635,70	2.100,25	767,25	36,87	1,76	2.234,35	812,17	53,95	2,41	1,2101	1,2873
Madrid	2.990,63	581,23	3.788,04	685,35	0	0	4.043,99	707,12	0	0	1,2666	1,3522
Murcia	674,07	595,93	835,60	681,01	0	0	898,51	707,92	0	0	1,2396	1,333
La Rioja	202,83	764,88	244,49	868,17	5,26	2,15	264,37	919,90	3,04	1,15	1,2054	1,3034
Total	23.374,31	624,43	28.662,91	734,67	208,90	0,73	30.725,12	770,38	224,08	0,73	1,2263	1,3145
ITE nacional											1,2129	1,2951
PIB											1,2313	1,3184

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Hacienda (2004 y 2005).

este análisis y a las conclusiones de dichos grupos de trabajo, el Gobierno central se comprometió a mejorar transitoriamente la financiación de las CC.AA. y, en concreto, la de la evolución del gasto en sanidad, respetando los elementos básicos del Sistema de financiación establecido en la Ley 21/2001, y con el objetivo de que a medio plazo se revisaría y reformaría en su caso el modelo actual de financiación autonómica general.

Con estos antecedentes, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el 13 de Septiembre de 2005 por amplia mayoría (CC.AA. gobernadas por el PSOE y partidos afines, Navarra y Canarias) las medidas de mejora de la financiación sanitaria presentadas por el Gobierno y previamente consensuadas en la II Conferencia de Presidentes autonómicos de 10 de Septiembre de 2005 (Ministerio de Economía y Hacienda, 2005). Estas mejoras de los recursos que recibirán las CC.AA. para financiar su sanidad entre 2006 y 2007 se prevé que supongan unos 4.359,8 millones de euros adicionales a los ya proporcionados por el sistema actual, lo que comparado con la financiación total que obtuvieron en 2003 (último ejer-

cicio liquidado hasta la fecha), supondría un incremento del 6,5% de los ingresos alcanzados (cuadro n.º 3). La distribución de estos recursos en términos generales es de 1.677 millones de euros con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en 2006, 1.365,8 millones de euros de anticipos en 2005 y otros 1.365,8 millones de euros en 2006. Además, este aumento de recursos que hace el Estado, podría incrementarse si las CC.AA. hacen uso de su capacidad normativa.

Lógicamente, este análisis de la financiación se debería completar con el estudio de la evolución del gasto sanitario y

Cuadro n.º 3

Fondos para la financiación sanitaria que las CC.AA. van a recibir en los próximos meses. España

(millones de euros corrientes)

CC.AA.	(1) Partida presupuestaria 2006	(2) Insularidad 2006	(3) Anticipos a cuenta 2005	(4) Anticipos a cuenta 2006	(5) INGESA 2006	Total 2006	Total 2005 y 2006
Andalucía	91,1		274,7	274,7		365,8	640,5
Aragón	16,2		46,6	46,6		62,8	109,4
Asturias	14,5		41,2	41,2		55,7	96,9
Baleares	12,0	26,3	30,7	30,7		69,0	99,7
Canarias	24,0	28,7	66,2	66,2		118,9	185,1
Cantabria	7,1		23,5	23,5		30,6	54,1
Castilla y León	33,0		100,2	100,2		133,2	233,4
C. La Mancha	23,7		69,8	69,8		93,5	163,3
Cataluña	85,8		214,2	214,2		300,0	514,2
C. Valenciana	56,1		131,7	131,7		187,8	319,5
Extremadura	13,6		47,5	47,5		61,1	108,6
Galicia	36,1		109,6	109,6		145,7	255,3
Madrid	68,0		157,4	157,4		225,4	382,8
Murcia	15,2		40,0	40,0		55,2	95,2
La Rioja	3,7		12,3	12,3		16,0	28,3
Ceuta			0,2	0,2	0,6303	0,8	1,0
Melilla			0,2	0,2	0,5697	0,8	1,0
Total	500,0	55,0	1.365,8	1.365,8	1,2	1.922,0	3.287,8

Nota: INGESA: Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (sustituye al antiguo Insalud).
Fondos adicionales del Acuerdo con distribución en 2006 entre CC.AA. en función de resultados:

a) Fondo de Cohesión Sanitaria: 45,0 millones de euros.
b) Fondo de Garantía Sanitaria: 500,0 millones de euros.
c) Asistencia a residentes extranjeros: 200,0 millones de euros.
d) Accidentes laborales no cubiertos por mutuas: 100,0 millones de euros.
e) Incremento en impuesto alcohol y tabaco: 227,0 millones de euros.

Total (1) + (2) + (3) + (4) + (5) + (a) + (b) + (c) + (d) + (e): 4359,8 millones de euros.

Fuente: Elaborado a partir de Ministerio de Economía y Hacienda (2005).

su posible déficit. Así, el déficit sanitario puede entenderse como la diferencia entre el volumen de recursos disponibles para la prestación de servicios sanitarios y el gasto efectivamente realizado. Por ello, la estimación de dicho déficit es un ejercicio complejo, tanto desde la perspectiva del gasto como desde la de los ingresos. La razón es que el modelo de financiación autonómica vigente ha hecho que la sanidad dejara de financiarse de forma específica, de ahí que el volumen de ingresos para esta partida sea el resultado de la voluntad política y el ejercicio de la autonomía en el gasto de cada comunidad autónoma. Por ello, el análisis del déficit en sanidad únicamente puede ser evaluado por el lado del gasto efectivamente realizado y las tensiones registradas en los últimos años, y muy especialmente, desde 1999, año base de aplicación de las variables de reparto de la restricción inicial destinado a satisfacer las necesidades de gasto sanitario de cada comunidad autónoma (bloque de sanidad).

Otra de las dificultades al intentar estimar el déficit en sanidad es la escasa información sanitaria disponible en nuestro país (Borraz y Pou, 2005; Gimeno y Tamayo, 2005). Como se ha comentado anteriormente, el Grupo de Trabajo de Análisis del Gasto Sanitario Público[10] dirigido por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) al elaborar su informe pudo constatar la fragmentación de la información del sistema de salud en las diferentes CC.AA. y las distintas fórmulas de gestión adoptadas por algunas de ellas, que creaban grandes dificultades tanto en el acceso efectivo a dicha información como en su comparabilidad para poder extraer conclusiones válidas a nivel general.

Con estos condicionantes previos (sistema no específico de financiación y heterogeneidad en la información sobre el gasto sanitario), las dudas parecen obvias al intentar estimar un posible déficit en la sanidad. En cambio, una prueba de que los recursos no llegan a cubrir las necesidades reales, es la existencia de un volumen importante de deuda[11], debida en parte al gasto farmacéutico, estimada en unos 6.036 millones de euros pendientes de contabilizar a finales del ejercicio 2003. De esta deuda, destacan especialmente los importes registrados en Cataluña (2.175 millones de euros), Andalucía (1.558 millones de euros) y la Comunidad Valenciana (1.111 millones de euros). En este Informe de Gasto Sanitario (cuadro n.º 4), el importe del total de gasto consolidado (todas las Administraciones públicas) real ha sido de 42.626 millones de euros, generando una deuda extrapresupuestaria de 1.680 millones de euros para dicho ejercicio, muy por encima de los casi 68 millones de euros de 1999 y de los valores de 2000, 2001 y 2002 (463, 439 y 597 millones de euros respectivamente).

En cuanto al PIB, el gasto sanitario público llevado a cabo por todas las Administraciones públicas en 2003 ha pasado a ser del 5,72% frente al 5,42% de 1999 y 2000 y el 5,43% de 2001. Puede observarse como en el año 2002 pasa a ser del 5,48%,

[10] Constituido por el Acuerdo alcanzado en la Conferencia de Presidentes celebrada el 28 de Octubre de 2004. Se ha encargado de elaborar «un estudio de la situación del gasto sanitario en el SNS, desde una perspectiva contable, pero también de composición y origen del gasto, de eficacia y eficiencia».

[11] La cuantificación de estos gastos devengados y no contabilizados ha sido llevada a cabo por dicho Grupo de Trabajo.

Cuadro n.º 4

Evolución del gasto sanitario público. España
(millones de euros corrientes)

Año	1999	2000	2001	2002	2003
Gasto total consolidado	42.626	38.295	35.499	33.092	30.635
% sobre el PIB	5,42	5,42	5,43	5,48	5,72
% sobre gasto de las AAPP	13,48	13,57	13,72	13,72	14,45
% sobre renta bruta disponible de los hogares	8,28	8,36	8,50	8,57	n.d.
% Var. Interanual Sector CC.AA.	n.d.	8,55	7,12	8,83	11,57

Fuente: Elaborado a partir del Informe del Grupo de Trabajo sobre Gasto Sanitario (2005).

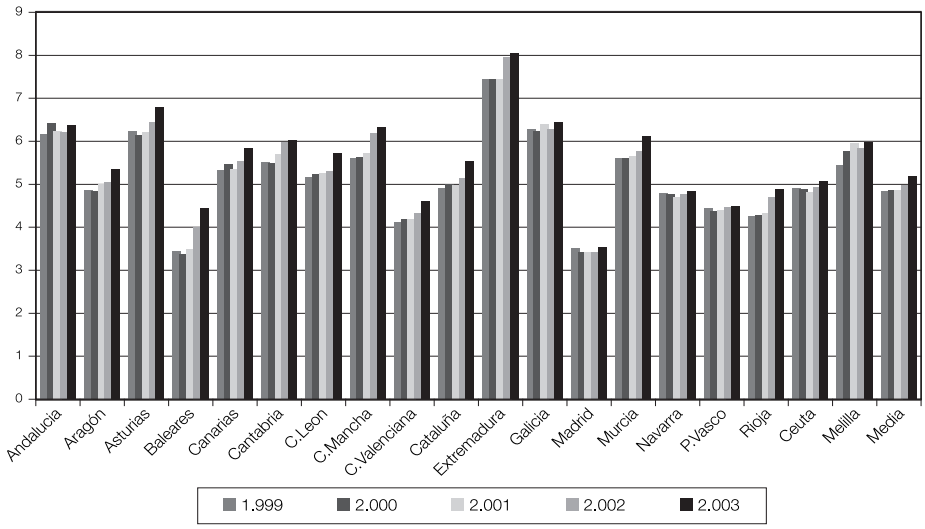
creciendo en casi tres décimas respecto a los valores de años anteriores dado que fue el momento en el que todas las CC.AA. pasaron a disponer de la gestión de competencias sanitarias. Además, el crecimiento interanual de la partida correspondiente a las CC.AA. ha sido de 11,57% en 1999-2003 repuntando así por encima del crecimiento del PIB nominal. Con relación al PIB, el gasto sanitario de las Comunidades y Ciudades Autónomas representa un 5,19% en el año 2003. La Comunidad que presenta mayor porcentaje es Extremadura con un 7,91% y la que registra el menor es Madrid con un 3,56%. Se sitúan por encima de la media: Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Murcia y Melilla. Por debajo de la media se encuentran: Baleares, Cataluña, Madrid, Navarra, País Vasco y la Rioja y Ceuta (gráfico n.º 1).

En cuanto a la distribución autonómica del gasto en España (cuadro n.º 5), el gasto por persona protegida en 2003 ha sido de 954 euros. El valor mínimo se ha alcanzado en Madrid con 870 euros y el máximo fue de 1089 euros en Navarra. El coeficiente de variación ha sido en ese año del 6,23%, lo que nos indica que desde el año 2000 la dispersión del gasto sanitario por persona protegida ha crecido, aunque aún lejos de los valores de 1992-1994 motivados por problemas de deuda sanitaria. En cualquier caso, el crecimiento entre 1999-2003 del gasto sanitario *per cápita* ha mantenido un crecimiento medio del 7,27%.

Especialmente en los últimos años y con el ejercicio de la autonomía del gasto desde 2002 por parte de todas las CC.AA. se han obtenido diferentes resultados en términos de gasto sanitario *per cápita* a nivel regional. Esto se traduce en divergencias en los niveles de calidad del servicio prestado en las CC.AA. Así, el incremento del gasto regional se deduce de intentar superar una posición de partida de desventaja por parte de cada comunidad autónoma cuando ha asumido las competencias sanitarias. Estas diferencias están referidas tanto a los recursos huma-

Gráfico n.º 1

Gasto público en sanidad sobre PIB regional
(1999-2003)



Fuente: Elaborado a partir del Informe del Grupo de Trabajo sobre Gasto Sanitario (2005).

nos como a los medios diagnósticos y a las infraestructuras de primaria y especializada. Al no haberse producido una evaluación precisa de las necesidades de cada Comunidad Autónoma en el momento de valoración de los traspasos sanitarios, se ha consolidado una situación de déficit importante en algunos territorios. Por tanto, uno de los grandes temas pendientes sigue siendo el de garantizar un estándar mínimo de calidad sanitaria para cualquier ciudadano español con independencia del territorio en el que éste resida, entendido como igualdad de oportunidades siendo consideradas como aceptables las desigualdades derivadas del ejercicio de la libertad de elección, básicamente la oferta adicional sobre los servicios sanitarios que fueran previamente definidos como exigibles por todos (catálogo de prestaciones)[12].

4. LAS LÍNEAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN SANITARIA

En este último apartado se realiza una valoración crítica del reciente modelo de financiación sanitaria y su aplicación

[12] A esto debería añadirse los nuevos retos planteados en la financiación del gasto del sistema ante la creciente inmigración, o el hecho de que sea ya frecuente que personas de la tercera edad procedentes de otros países se aprovechen de las ventajas del modelo español.

Cuadro n.º 5

Gasto *per cápita* en sanidad liquidado y territorializado
(euros corrientes)

Concepto	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Andalucía	449	503	527	543	567	583	618	680	766	791	837	903
Aragón	529	521	559	569	622	628	684	776	824	899	955	1.069
Asturias	521	535	564	576	613	612	664	757	810	872	946	1.061
Baleares	427	420	460	470	506	526	552	614	637	677	800	908
Canarias	479	498	520	550	579	587	613	770	820	840	910	1.000
Cantabria	508	528	562	576	584	631	672	773	833	921	1014	1.073
Castilla y León	467	464	500	513	548	565	611	726	787	840	898	1.029
Castilla La Mancha	433	447	487	501	557	560	588	675	721	774	879	936
Cataluña	455	487	525	547	576	591	642	722	777	817	869	958
C. Valenciana	462	497	536	540	573	585	616	689	750	790	846	934
Extremadura	470	487	504	526	581	588	630	725	786	826	969	1.026
Galicia	402	437	479	511	566	585	623	754	797	864	902	980
Madrid	528	522	590	570	598	598	633	725	752	788	815	870
Murcia	441	450	466	504	576	589	606	709	768	806	861	951
Navarra	420	424	437	483	542	570	615	878	933	961	1014	1.089
País Vasco	459	467	513	539	576	589	613	791	836	894	957	1.028
La Rioja	444	451	501	515	514	549	585	720	791	834	910	994
Total	465	488	526	540	574	587	624	721	776	818	874	954
Desv. Típica.	38,87	37,25	42,28	32,91	27,42	25,33	31,85	41,82	39,11	45,64	50,43	59,43
Coef. Variación (%)	8,36	7,63	8,04	6,09	4,78	4,32	5,10	5,80	5,04	5,58	5,77	6,23

Nota: El gasto liquidado por el INSALUD-Gestión Directa comienza a ser cada vez más fiel al gasto real desde 1993 ya que contempla la periodificación de la deuda.

Fuente: Elaborado a partir de INE e INSALUD y Ministerio de Sanidad y Consumo.

práctica hasta el momento presente para exponer algunas de las vías de reforma de cara al futuro.

En primer lugar, la *Suficiencia Financiera (Estática y Dinámica)* del sistema puede verse afectada por el crecimiento generalizado del gasto sanitario que aumenta en mayor proporción que la renta, tal y como puede observarse en todos los países de la OCDE (OCDE Health Data 2005) y en particular en España. La descentralización puede afectar a la suficiencia financiera de modo negativo como consecuencia de la pérdida de economías de escala con el consiguiente incremento en los costos de administración. El resultado neto en bienestar depende de la medida en que tanto las ganancias de aproximar los presupuestos subcentrales a las preferencias en ese mismo nivel como de ampliar un mayor rango de elección disponible para los

consumidores puedan contrarrestar los gastos adicionales de administración.

Así, puede afirmarse que de acuerdo con el escenario anteriormente planteado, la suficiencia del sistema podría considerarse globalmente garantizada en el medio plazo, si bien la ausencia de ajustes posteriores en el modelo puede llevar a algunas CC.AA. a presentar problemas en la sostenibilidad de sus finanzas en el futuro y a la disminución del margen disponible de su gasto discrecional (Cantarero, 2003; López i Casasnovas, 2003; Rey, 2003; Tamayo, 2003a y b; Molina, 2004).

Como experiencia previa hasta el momento, el sistema actual de financiación autonómica parece haber provocado que los gobiernos autonómicos decidieran apostar por un fuerte incremento de los fondos para sanidad en 2002 motivado por los compromisos adquiridos (efecto apalancamiento) en gastos de personal así como el fuerte incremento del gasto farmacéutico, si bien las CC.AA. han optado por una mayor cautela presupuestaria en 2003, 2004 y 2005, aunque de nuevo con un crecimiento del gasto sanitario por encima del PIB. Concretamente en los gastos de personal se consumieron buena parte tanto de los recursos adicionales obtenidos por la comunidad autónoma con motivo de la negociación política del modelo para esa partida, como de la negociación del traspaso o de la reorientación presupuestaria de créditos no comprometidos pero incluidos en el Decreto de Traspasos o de las inversiones.

Otro aspecto muy valorado por los ciudadanos es el que se refiere a la e*quidad* (entendida de manera general como la garantía de la igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias en todo el territorio nacional). En este sentido, la dinámica del modelo de financiación general con cesión de tributos, competencias recaudatorias («Línea ingreso») y fondos de solidaridad supone un mayor poder disgregatorio del SNS en el medio plazo en el sentido de haberse incrementado la dispersión en los gastos sanitarios capitativos por comunidad autónoma bien por el desglose de las cifras que hasta 2002 eran «encubiertas» dentro del antiguo Insalud-Gestión Directa o por las compensaciones «ad-hoc» de la negociación transferencial. Dado esto, las diferencias desde ese año en gasto sanitario capitativo pueden proceder ahora de diferencias en financiación por: mayor esfuerzo fiscal, mayor priorización de dicho gasto en la comunidad autónoma o mayor margen por una mejor eficiencia en el gasto. En este último caso, el enfoque adecuado sigue siendo el abordaje de las realidades causantes de las diferencias personales en salud, así como de combatirlas desde dentro de las CC.AA. y desde fuera de los dispositivos asistenciales sanitarios convencionales. La cuestión está en analizar si se volverá a acudir al Estado mediante los sistemas compensatorios diseñados a tal efecto para cubrir el déficit de nivelación y mantener la igualdad en todos los servicios públicos del Estado.

Existen también dificultades para contar con un notable sistema de información tal y como se ha revelado en las conclusiones del reciente Informe del Grupo de Trabajo sobre el Gasto Sanitario, ausencia de mecanismos de control eficaces y eficientes, duplicación ineficiente de servicios al no aprovecharse las economías de escala de no efectuarse acuerdos de cooperación entre CC.AA., problemas de

coordinación ante la falta de un sistema de sanciones en caso de incumplimiento y las dificultades relacionadas con la puesta en práctica del principio de la lealtad institucional. Las Administraciones públicas deberán así afrontar el problema y establecer prioridades tanto en las prestaciones y servicios de los hospitales como en la parte de los medicamentos que correrán a cargo del erario público por lo que un tercer elemento de discusión se refiere a la e*ficiencia* (evitar despilfarros y lograr los mejores resultados con los recursos disponibles).

Por la parte de los ingresos, la financiación de la sanidad pública española se fundamenta en gran medida ahora en una cesta de impuestos (tanto directos como indirectos, existiendo cierto margen de maniobra en ellos) y en una transferencia central (Fondo de Suficiencia). Antes de utilizar fórmulas de copago descentralizado que afectasen a prestaciones básicas y a la equidad dada la información asimétrica entre el demandante del servicio (paciente) y el oferente (profesional sanitario) nos parece conveniente las siguientes actuaciones: continuar en la senda del establecimiento de impuestos específicos afectados a la financiación sanitaria en la línea italiana del impuesto sobre el consumo, así como las propuestas canadienses relativas a la financiación de un Fondo de Acciones Sanitarias que cumpliría en el sistema español tareas similares a las de la transferencia canadiense (*Canadian Health and Social Transfer*) permitiendo sufragar: políticas de «cohesión» en sentido amplio para planes integrales de salud y el cumplimiento del principio de lealtad institucional y la creación de un Fondo de Reserva para el sistema sanitario a semejanza del de las pensiones.

5. **CONCLUSIONES**

A modo de recapitulación, las principales conclusiones que se derivan de este trabajo pueden resumirse de la siguiente forma:

1. Se confirma que hasta el momento y dado el notable crecimiento de los gastos sanitarios, lo deseable sería establecer en España un sistema que conjugase principios como la suficiencia financiera, autonomía y equidad mediante una adecuada medición de las necesidades de gasto sanitario (donde la variable común es la edad) y articule mecanismos de nivelación que garanticen ciertos niveles mínimos de atención sanitaria. Propuestas detalladas como la RAWP británica serían difícilmente trasladables aquí dado que, a diferencia de ese país, las regiones sanitarias españolas son entidades políticas independientes, por lo que sería mejor establecer capitaciones con datos individuales como en el caso sueco para áreas de salud y posibilitar que en la fórmula para las regiones se utilice únicamente bien a la población o bien se introduzca una mayor desagregación de esta variable por grupos de edad tal y como planteaba el Grupo de Trabajo sobre Gasto en Sanidad.

2. El interrogante que se plantea desde el 1 de enero de 2002 es si efectivamente el modelo actual de financiación autonómica, que ha supuesto también la integración de las competencias sanitarias y la consiguiente desaparición del INSALUD, va a suponer no sólo el cierre del reparto competencial y de las fuentes de incertidumbre anteriores, sino también siendo optimistas el final de los comportamientos estratégicos de reivindicación de recursos financieros por parte de las regiones,

tan arraigados en el pasado y consistentes en la consecución de ventajas comparativas mediante la percepción de transferencias de la Administración central (*mercadeo político*). Lo que ahora se conoce es que el Acuerdo de mejora de la financiación sanitaria alcanzado el pasado Septiembre de 2005 no resuelve el problema de fondo, pues en el mejor de los casos se alcanzaría un equilibrio de ingresos y gastos sanitarios en 2006 pero el desfase arrastrado seguiría sin cubrirse y lo que es peor se reproduciría a los pocos años si no se hace frente a los problemas estructurales de la sanidad española con una especie de gran Pacto político que recoja a todas las Administraciones (central, autonómica y local) similar al de Toledo para las pensiones. Dicho Pacto debería ser planteado en el medio plazo aún teniendo en cuenta las numerosas dificultades para su aplicación.

3. En lo que respecta a la integración de las competencias sanitarias en la próxima reforma del modelo de financiación autonómica, no tiene mucho sentido proponer una alternativa radical al modelo actual que implicase un nuevo reparto de los recursos disponibles a partir del *statu quo,* sino que es de esperar que se planteen cambios puntuales relativos a la actualización e incorporación de nuevas variables que recojan las necesidades de gasto así como la redefinición del Fondo de Suficiencia.

ANEXO

Cuadro A.1

Población mayor de 65 años OCDE y Unión Europea. Periodo 1960-2003

(en % sobre el total de población)

Concepto	1960	1970	1980	1985	1990	1995	2000	2001	2002	2003
Australia	8,5	8,3	9,6	10,3	11,1	11,9	12,4	12,5	12,7	12,8
Austria	12,2	14,1	15,4	14,2	14,9	15,1	15,4	15,5	15,5	15,6
Bélgica	12,0	13,4	14,3	13,8	14,9	15,9	16,8	16,9	17,0	17,0
Canadá	7,5	7,9	9,4	10,3	11,3	12,0	12,5	12,6	12,7	12,8
R.Checa	n.d.	n.d	13,5	11,8	12,5	13,2	13,8	13,9	13,9	14,0
Dinamarca	10,6	12,3	14,4	15,1	15,6	15,2	14,8	14,8	14,8	14,9
Finlandia	7,3	9,1	12,0	12,5	13,4	14,2	14,9	15,1	15,2	15,2
Francia	11,6	12,9	13,9	12,9	14,0	15,2	16,1	16,2	16,3	16,3
Alemania	15,1	17,6	19,8	18,5	18,7	15,5	16,4	16,9	17,3	17,4
Grecia	8,1	11,1	13,1	13,2	13,8	15,6	17,4	17,8	18,1	18,1
Hungria	9,0	11,5	13,4	12,4	13,4	14,2	15,1	15,2	15,3	15,4
Islandia	n.d	8,8	10,1	10,4	10,6	11,2	11,7	11,6	11,8	11,8
Irlanda	11,1	11,1	10,7	10,9	11,4	11,4	11,2	11,2	11,1	11,1
Italia	9,3	10,9	13,1	13,1	14,9	16,6	18,1	18,4	18,6	18,7
Japón	5,7	7,1	9,1	10,3	12,1	14,6	17,4	17,8	18,4	18,4
Corea	n.d	n.d	n.d	n.d	n.d	n.d	7,2	7,6	7,9	7,9
Luxemburgo	n.d	n.d	13,7	13,4	13,4	14,1	14,2	14,0	13,9	13,9
México	n.d	n.d	3,8	3,8	4,0	4,4	4,9	5,1	5,2	5,3
Holanda	9,0	10,2	11,5	12,1	12,8	13,2	13,6	13,6	13,7	13,8
Nueva Zelanda	n.d	n.d	n.d	n.d	n.d	11,5	11,7	11,9	11,9	12,0
Noruega	11,0	12,9	14,8	15,7	16,3	15,9	15,2	15,0	14,9	14,9
Polonia	6,0	8,4	10,1	9,4	10,1	11,1	12,2	12,4	12,6	12,6
Portugal	7,9	9,4	11,3	11,9	13,4	14,7	16,3	16,5	16,6	16,7
R. Eslovaquia	6,9	9,1	10,5	9,4	10,3	10,9	11,4	11,4	11,5	11,5
España	n.d	9,6	11,0	12,0	13,6	15,3	17,0	16,9	16,9	17,0
Suecia	11,7	13,7	16,3	17,2	17,8	17,5	17,3	17,2	17,2	17,2
Suiza	10,2	11,4	13,8	14,1	14,6	14,7	15,3	15,4	15,5	15,5
Reino Unido	11,7	12,8	14,9	15,2	15,7	15,8	15,8	15,9	15,9	16,0
Estados Unidos	9,2	9,8	11,3	11,9	12,5	12,7	12,4	12,4	12,3	12,3
Media UE-15 SS	11,98	13,64	14,77	14,15	14,78	14,83	15,42	15,52	15,62	15,66
Media UE-15 SNS	9,71	11,11	12,98	13,46	14,40	15,14	15,87	15,98	16,04	15,96
Media UE-15	10,58	12,01	13,69	13,73	14,55	15,02	15,69	15,79	15,87	15,93
Mediana UE-15	11,10	11,70	13,70	13,20	14,00	15,20	16,10	16,20	16,30	15,20
D.T. UE-15	2,18	2,31	2,39	2,05	1,88	1,43	1,76	1,85	1,93	3,15
C.V. UE-15	0,21	0,19	0,17	0,15	0,13	0,10	0,11	0,12	0,12	0,19
Media OCDE	7,05	8,78	11,16	11,19	11,90	12,79	13,62	13,72	13,82	14,35
Mediana OCDE	9,25	11,00	13,10	12,40	13,40	14,40	14,90	15,00	14,90	14,90
D.T. OCDE	2,33	2,43	2,99	2,84	2,83	2,59	3,04	3,05	3,08	3,08
C.V. OCDE	0,33	0,28	0,27	0,25	0,24	0,20	0,22	0,22	0,22	0,21

Fuente: Elaboración propia a partir de OECD Health Data (2005). n.d: no disponible.

Cuadro A.2

Gasto sanitario *per cápita* en la OCDE y Unión Europea. Periodo 1960-2003
(en paridades de poder de compra EEUU $)

Concepto	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2001	2002	2003
Australia	94	136	188	464	691	1.004	1.307	1.745	2.404	2.521	2.699	2.699
Austria	77	107	191	424	764	919	1.338	1.870	2.184	2.195	2.280	2.280
Bélgica	n.d.	n.d.	149	346	637	960	1.345	1.820	2.279	2.424	2.607	2.827
Canadá	123	177	294	484	783	1.264	1.737	2.051	2.503	2.710	2.845	3.003
R.Checa	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	555	873	962	1063	1187	1298
Dinamarca	n.d.	n.d.	395	590	955	1.290	1.567	1.848	2.382	2.556	2.655	2.763
Finlandia	63	107	192	358	592	968	1.422	1.433	1.718	1.857	2.013	2.118
Francia	70	118	210	397	711	1.118	1.568	2.033	2.456	2.617	2.762	2.903
Alemania	n.d.	n.d.	270	571	965	1.390	1.748	2.276	2.671	2.784	2.916	2.996
Grecia	n.d.	n.d.	160	n.d.	487	707	840	1.253	1.617	1.756	1.854	2.011
Hungria	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	586	676	857	975	1.115	1.115
Islandia	57	94	165	351	708	1.135	1.614	1.858	2.625	2.742	2.948	3.115
Irlanda	43	61	117	276	518	662	793	1.216	1.804	2.089	2.386	2.386
Italia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	1.195	1.391	1.535	2.049	2.154	2.248	2.258
Japón	30	72	149	298	580	867	1.115	1.538	1.971	2.092	2.139	2.139
Corea	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	164	193	377	538	771	932	975	1.074
Luxemburgo	n.d.	n.d.	163	339	643	925	1.547	2.059	2.722	2.940	3.190	3.190
México	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	293	382	499	545	559	583
Holanda	n.d.	n.d.	330	460	757	987	1.438	1.826	2.259	2.520	2.775	2.976
Nueva Zelanda	n.d.	n.d.	211	416	506	643	995	1.247	1.605	1.701	1.850	1.886
Noruega	49	78	142	321	667	953	1.396	1.897	2.784	3.287	3.616	3.807
Polonia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	296	417	587	646	677	677
Portugal	n.d.	n.d.	51	168	295	422	670	1.079	1.594	1.693	1.758	1.797
R. Eslovaquia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	543	597	641	716	777
España	16	42	96	214	365	498	875	1.198	1.525	1.618	1.728	1.835
Suecia	n.d.	n.d.	309	526	936	1.260	1.579	1.738	2.273	2.403	2.594	2.594
Suiza	166	199	352	631	1.033	1.478	2.033	2.579	3.182	3.362	3.649	3.781
Turquía	n.d.	n.d.	n.d.	45	75	73	166	185	452	452	452	452
Reino Unido	84	110	164	301	482	710	986	1.374	1.833	2.032	2.231	2.231
Estados Unidos	144	203	347	586	1.055	1.759	2.738	3.654	4.539	4.888	5.287	5.635
Media UE SS	73,5	112,5	218,8	422,8	746,1	1.049,8	1.497,3	1.980,7	2.428,5	2.580,0	2.755,0	2.682,0
Media UE SNS	51,5	80,0	185,5	347,5	578,7	856,8	1.124,8	1.408,2	1.866,1	2.017,5	2.163,0	2.221,4
Media UE	58,8	90,8	199,8	382,3	650,5	934,0	1.273,8	1.637,2	2.091,0	2.242,5	2.399,8	2.477,6
Mediana UE	66,5	107,0	177,5	358,0	640,0	960,0	1.391,0	1.738,0	2.184,0	2.195,0	2.386,0	2.386,0
D.T. UE	25,2	31,3	95,5	130,1	212,1	289,8	344,6	365,6	390,9	406,1	437,9	447,4
C.V. UE	0,43	0,34	0,48	0,34	0,33	0,31	0,27	0,22	0,19	0,18	0,18	0,18
Media OCDE	72,5	107,4	202,3	405,7	697,3	1.010,1	1.177,5	1.491,3	1.923,4	2.073,1	2.223,7	2.306,8
Mediana OCDE	70,0	107,0	189,5	377,5	655,0	960,0	1.338,0	1.536,5	2.010,0	2.123,0	2.264,0	2.269,0
D.T. OCDE	44,1	50,9	91,8	146,2	256,1	391,9	583,5	736,6	910,0	975,0	1.054,1	1.108,0
C.V. CDE	0,61	0,47	0,45	0,36	0,37	0,39	0,50	0,49	0,47	0,47	0,47	0,48

Fuente: Elaboración propia a partir de OECD Health Data (2005). n.d: no disponible.

Cuadro A.3

Gasto sanitario en la OCDE y Unión Europea. Periodo 1960-2003
(% PIB)

Concepto	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2001	2002	2003
Australia	4,10	4,30	4,60	7,10	7,00	7,40	7,80	8,30	9,00	9,10	9,30	9,30
Austria	4,30	4,60	5,10	6,90	7,40	6,40	7,00	8,00	7,60	7,50	7,60	7,60
Bélgica	n.d.	n.d.	4,00	5,80	6,40	7,20	7,40	8,40	8,70	8,80	9,10	9,60
Canadá	5,40	5,90	7,00	7,10	7,10	8,20	9,00	9,20	8,90	9,40	9,60	9,90
R.Checa	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	4,70	6,90	6,60	6,90	7,20	7,50
Dinamarca	n.d.	n.d.	8,00	8,90	9,10	8,70	8,50	8,20	8,40	8,60	8,80	9,00
Finlandia	3,80	4,80	5,60	6,30	6,40	7,20	7,80	7,50	6,70	6,90	7,20	7,40
Francia	3,80	4,70	5,40	6,50	7,10	8,20	8,60	9,50	9,30	9,40	9,70	10,10
Alemania	n.d.	n.d.	6,20	8,60	8,70	9,00	8,50	10,60	10,60	10,80	10,90	11,10
Grecia	n.d.	n.d.	6,10	n.d.	6,60	7,40	7,40	9,60	9,90	10,20	9,80	9,90
Hungria	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	7,10	7,50	7,10	7,40	7,80	7,80
Islandia	3,00	3,50	4,70	5,70	6,20	7,30	8,00	8,40	9,30	9,30	10,00	10,50
Irlanda	3,70	4,00	5,10	7,40	8,40	7,60	6,10	6,80	6,30	6,90	7,30	7,30
Italia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	7,70	7,90	7,30	8,10	8,20	8,40	8,40
Japón	3,00	4,40	4,50	5,60	6,50	6,70	5,90	6,80	7,60	7,80	7,90	7,90
Corea	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	4,20	4,10	4,50	4,20	4,70	5,40	5,30	5,60
Luxemburgo	n.d.	n.d.	3,60	4,90	5,90	5,90	6,10	6,40	5,50	5,90	6,10	6,10
México	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	4,80	5,60	5,60	6,00	6,00	6,20
Holanda	n.d.	n.d.	6,90	7,10	7,50	7,40	8,00	8,40	8,30	8,70	9,30	9,80
Nueva Zelanda	n.d.	n.d.	5,10	6,60	5,90	5,20	6,90	7,20	7,80	7,90	8,20	8,10
Noruega	2,90	3,40	4,40	5,90	7,00	6,60	7,70	7,90	7,70	8,90	9,90	10,30
Polonia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	4,90	5,60	5,70	6,00	6,00	6,00
Portugal	n.d.	n.d.	2,60	5,40	5,60	6,00	6,20	8,20	9,20	9,40	9,30	9,60
R.Eslovaquia	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	5.8	5,50	5,60	5,70	5,90
España	1,50	2,50	3,60	4,70	5,40	5,50	6,70	7,60	7,40	7,50	7,60	7,70
Suecia	n.d.	n.d.	6,90	7,60	9,10	8,70	8,40	8,10	8,40	8,80	9,20	9,20
Suiza	4,90	4,60	5,50	7,00	7,40	7,80	8,30	9,70	10,40	10,90	11,10	11,50
Turquia	n.d.	n.d.	n.d.	3,00	3,30	2,20	3,60	3,40	6,60	6,60	6,60	6,60
Reino Unido	3,90	4,10	4,50	5,50	5,60	5,90	6,00	7,00	7,30	7,50	7,70	7,70
Estados Unidos	5,00	5,50	6,90	7,80	8,70	10,00	11,90	13,30	13,10	13,80	14,60	15,00
Media UE-15 SS	4,05	4,65	5,20	6,63	7,17	7,35	7,60	8,55	8,33	8,52	8,78	9,05
Media UE-15 SNS	3,23	3,85	5,30	6,54	7,03	7,19	7,22	7,81	7,97	8,22	8,37	8,47
Media UE-15	3,50	4,12	5,26	6,58	7,09	7,25	7,37	8,11	8,11	8,34	8,53	8,70
Mediana UE-15	3,80	4,35	5,25	6,50	6,85	7,40	7,40	8,10	8,30	8,60	8,80	9,00
D.T. UE-15	1,00	0,86	1,50	1,33	1,32	1,12	0,97	1,12	1,36	1,33	1,26	1,36
C.V. UE-15	0,29	0,21	0,29	0,20	0,19	0,15	0,13	0,14	0,17	0,16	0,15	0,16
Media OCDE	3,79	4,33	5,29	6,15	6,50	6,70	7,09	7,52	7,91	8,20	8,44	8,62
Mediana OCDE	3,80	4,40	5,10	6,55	6,80	7,30	7,40	7,90	7,75	8,05	8,30	8,25
D.T. OCDE	1,04	0,89	1,33	1,34	1,45	1,64	1,69	1,89	1,81	1,83	1,94	2,03
C.V. OCDE	0,27	0,20	0,25	0,22	0,22	0,25	0,24	0,25	0,23	0,22	0,23	0,24

Fuente: Elaboración propia a partir de OECD Health Data (2005). n.d: no disponible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHESON, D. (1998): *Independent Inquiry into Inequalities in Health*. HMSO, London.

BANTING, K.G. y CORBETT, S. (2002): *Health Policy and Federalism. A Comparative perspective on multi-level governance*. McGill-Queen´s University Press, Kingston.

BORRAZ, S. y POU, V. (2005): «Razones para una reforma de la financiación del gasto sanitario». *Cuadernos de Información Económica,* Núm. 188, Septiembre-Octubre 2005, pp. 51-61.

CANTARERO, D. (2003): «Análisis del gasto sanitario autonómico y su nueva financiación en España». *Investigaciones,* n.º 8/03, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

DEPARTMENT OF HEALTH (1999): *Saving Lives: Our Healthier Nation*. The Stationery Office, London.

DIDERICHSEN, F., VARDE, E. y WHITEHEAD, M. (1997): «Resource allocation to health authorities: the quest for an equitable formula in Britain and Sweden». *British Medical Journal*, 315, 875-878.

GIMENO, J.A. y TAMAYO, P. (2005): «La sostenibilidad financiera del sistema público de salud». En REPULLO, J.R. y OTEO, L.A. (2005): *Un nuevo contrato social para un Sistema Nacional de Salud sostenible,* Ariel Sociedad Económica, Barcelona.

HAUCK, K., SHAW, R. y SMITH, P.C. (2002): «Reducing avoidable inequalities in health: a new criterion for setting health care capitation payments». *Health Economics*, vol. 11, n.º 8, 667-677.

HERRERO, A. y UTRILLA, A. (2003): «La financiación de la sanidad en un contexto descentralizado». Jornada *Nuevos instrumentos de integración y cooperación sanitaria*, Asociación de Economía de la Salud, Madrid.

IGAE-MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2005): «Informe del Grupo de Trabajo de Análisis del Gasto Sanitario».

LOPEZ I CASASNOVAS, G. (2001): «La sanidad catalana. Financiación y gasto en el marco de las sociedades desarrolladas». *Colección Els llibres dels Fulls Economics*, Departament de Sanitat i Seguretat Social, Generalitat de Catalunya.

LOPEZ I CASASNOVAS, G. (2003): *Reflexiones acerca de la nueva financiación autonómica de la sanidad*. Mimeo.

LUBITZ, J.D. y RILEY, G.F. (1995): «Population aging and the growth of health expenditures». *Journal of Gerontology and Social Sciences*, Supl. 47, S98-S104.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2004 y 2005): *Financiación de las Comunidades Autónomas por los impuestos cedidos, Fondo de Suficiencia y Garantías de financiación de los servicios de asistencia sanitaria en el año 2002 y 2003 y liquidación definitiva de dicho ejercicio*, Julio 2004 y 2005.

MOLINA, C. (2004): «Análisis del proceso de descentralización de la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas de régimen común: Implicaciones del nuevo modelo de financiación autonómica». *Investigaciones,* N.º 6/04, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

NEWHOUSE, J.P. (1998): «Risk adjustment: where are we now?». *Inquiry*, 35, 122-131.

OECD (2005): OECD Health Data 2005.

REY, J. (2003): «Una propuesta alternativa para la coordinación del Sistema Nacional de Salud español». *Documentos de Trabajo 9/2003, Fundación Alternativas*.

RICE, N. y SMITH, P.C. (1999): *Approaches to capitation and risk adjustment in health care: an international survey*. Centre for Health Economics, University of York.

RICE, N. y SMITH, P.C. (2001): «Capitation and risk adjustment in health care financing: An international progress report», *The Milbank Quarterly*, Vol. 79, No. 1, 81-113.

RICE, N. y SMITH, P.C. (2002): «Strategic resource allocation and funding decisions». En MOSSIALOS, E., DIXON, A., FIGUERAS, J. y KUTZIN, J. (eds.), *Funding health care: options for Europe,* European Observatory on Health Care Systems Series, 250-271.

RUIZ-HUERTA, J. y GRANADO, O. (2003): «La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica». *Documentos de Trabajo 31/2003 de la Fundación Alternativas,* Madrid.

SHELDON, T.A. y SMITH, P.C. (2000): «Equity in the allocation of health care resources». *Health Economics,* 9, 571-574.

TAMAYO, P.A. (2003): «Descentralización sanitaria y asignación de recursos en España: un análisis desde la perspectiva de la equidad». *Información Comercial Española*, n.º 804, Monográfico de Economía de la Salud, M.º de Economía, Madrid.

TAMAYO, P.A. (2003): «La compensación por desplazados en la financiación de la sanidad

descentralizada: valoración del nuevo Fondo de Cohesión Sanitaria». *Cuadernos de Información Económica*, n.º 173, Marzo/Abril 2003, Madrid.

URBANOS, R. (2001): «La financiación sanitaria en los países de nuestro entorno». *Revista de Administración Sanitaria*, V (18), pp. 95-106.

URBANOS, R. (2004): «Tendencias internacionales en la financiación del gasto sanitario». *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales,* N.º 19/04, Madrid.

ZWEIFEL, P., ELDER, S. y MEIERS, M. (1999): «Aging of population and health care expenditure: a red herring?». *Health Economics*, 8, 485-496.

AUTORES

ALONSO ARCE, Iñaki. Licenciado en Derecho por la Universidad del País Vasco. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho financiero y tributario por la UNED (2002). Inspector de Finanzas de la Hacienda Foral de Bizkaia. Secretario de Coordinación y Asistencia Técnica de la Hacienda Foral de Bizkaia. Profesor del Título Propio de Especialista en Tributación de la UPV (Impuesto sobre Sociedades). Coordinador del Fórum Fiscal de Bizkaia.

CANEDO ARRILLAGA, Pilar. Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao). Especialidad Jurídico-Económica. Diplomada en Economía de la Empresa. Curso de Postgrado en Derecho Cooperativo del Instituto de Estudios Cooperativos de la Universidad de Deusto. Su tesis doctoral fue dirigida por D. Alfonso Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid. Desde 1997 es profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Profesora visitante en diversas Universidades españolas (Carlos III de Madrid, UNED, Pública de Navarra) y extranjeras (Robert Schumann de Estrasburgo, Stratclife de Glasgow). Vicedecana de Ordenación Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y Secretario de la Facultad. Ha participado en varios congresos sobre Derecho de la Competencia y ha publicado varios trabajos en dicho asunto.

CANTARERO PRIETO, David. Doctor en Economia y Profesor del Departamento de Economia de la Universidad de Cantabria. Está especializado en Economía de la Salud, Federalismo Fiscal y Economia Regional sobre cuya temática tiene varias publicaciones en revistas especializadas internacionales (Applied Economics, Applied Economics Letters, International Advances in Economics Research y Journal of Socioeconomics) y nacionales (Hacienda Publica Española, Investigaciones Regionales, Ekonomiaz e Informacion Comercial Española). Ha sido investigador visitante en el Centre of Health Economics de la Universidad de York y en el Institute for Social Economics de la Universidad de Essex.

CRUCELEGUI GARATE, Juan Luis. Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto. Doctorado en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco. Diplomado del Centro de Estudios de las Comunidades Europeas en la Universidad de Paris I (Sorbonne). Licenciado y Diplomado de Estudios Superiores Especializados (D.E.S.S.) en Derecho del Mercado Común por la Universidad de Paris I (Sorbonne). Ha impartido conferencias y seminarios sobre la aplicación de Derecho europeo. Publica sobre temas relacionados con la aplicación de las políticas europeas (competencia, marcas, medio ambiente, política regional) en revistas especializadas. Fue responsable de la Asesoría Jurídica para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas del Departamento de Industria del Gobierno Vasco y en el de Vicepresidencia del Gobierno Vasco. Profesor del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto. Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Deusto (ESTE, Donostia). Ponente en varios cursos y seminarios impartidos en diversas instituciones públicas y privadas de la CAPV.

ENGRA MORENO, José Carlos. Desde 1999 es miembro del Departamento de Derecho Comunitario y de Competencia de Uría & Menéndez, y actualmente Asociado Senior en su oficina de Bruselas. Colaboró profesionalmente con el despacho Cuatrecasas en su Departamento de Derecho Administrativo y Constitucional. Licenciado en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha en 1996 y ha cursado el Master en Derecho Europeo Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid (1996-1998) y el *LLM Master of Laws*, mención *cum laude*, de la Universidad Católica de Lovaina (1998-1999). Docente en diversos cursos y seminarios organizados por la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Juan Carlos I y la Universidad Carlos III de Madrid. Asimismo, publica con regularidad artículos en revistas de temas legales, entre las que se incluyen *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, *Revista Española de Derecho Europeo*, *EuroWatch* y *European State Aid Law*.

FRANCO I SALA, Lluís. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales. Profesor titular del área de conocimiento «Economía Aplicada» de la especialidad Política Económica de la Universidad de Barcelo-

na (desde junio de 1992). Director general de Régimen Económico de la Seguridad Social del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalitat de Catalunya (1996-1999). Conseller del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya (1999-2002). Presidente del Tribunal Català de Defensa de la Competència desde enero del 2003. Autor de diversas publicaciones sobre Política Económica, Economía Laboral, Economía de Medio Ambiente y Defensa de la Competencia.

Guerra Fernández, Antonio. Director de Gabinete del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Economía Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Master en Derecho y Economía de la Competencia por la Universidad de Cambridge. Durante los años 1996-1998 fue Subdirector para Relaciones con América Latina y Estados Unidos del Departamento Relaciones Internacionales del Consejo Superior de Cámaras de Comercio e Industria. Durante los años 1998-2000 fue Subdirector del Departamento de Estudios del Consejo Superior de Cámaras de Comercio e Industria. Desde el año 2000 es el Director del Gabinete del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia. Desde 1998 es Profesor de diversas escuelas de negocios sobre Derecho de la Competencia y Economía Internacional y conferenciante habitual en foros sobre defensa de la competencia. Asimismo, ha elaborado diversos artículos sobre estas materias para publicaciones nacionales e internacionales.

Jenny, Frédéric. Doctor en Economía por la Universidad de Paris. Postgrado en Economía (Harvard University) y M.B.A por la E.S.S.E.C Business School de Paris. Ha escrito numerosos artículos sobre Organización Industrial, Ley de la Competencia, Comercio y Desarrollo Económico. Ha sido asesor de numerosos países en desarrollo sobre asuntos de ley de la competencia (Egipto, Brasil, México, Sudáfrica, Trinidad y Tobago, Guinea, etc). Es juez de legislación comercial, económica y de finanzas de la Corte Suprema de Francia (Corte de Casación). Es también Presidente del Comité sobre legislación de la Competencia en Política y Ley de la Competencia, OECD, Paris. Vicepresidente en el Consejo de la Concurrencia (Autoridad francesa de la Competencia). Presidente del WTO. Es profesor en el ESSEC Business School de Paris.

Lizárraga Mollinedo, Carmen. Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Granada con la tesis doctoral de título *La formación del espacio económico andaluz, 1812-1998,* publicada en 2003. Como miembro del grupo de investigación «Economía Política, Historia e Instituciones» ha participado en numerosos proyectos de investigación y publicado diversos libros y artículos en revistas que incluyen la mexicana *Problemas del Desarrollo* o *Ciudad y Territorio.* La Economía Regional, el Desarrollo Rural ligado al turismo y la Economía del Transporte han sido sus áreas preferentes de estudio. Fue coordinadora de la Diplomatura en Turismo de la Universidad de Granada hasta 2006, y preside el comité de autoevaluación de dicha titulación. Ha impartido numerosas conferencias sobre turismo sostenible y en la actualidad es profe-

sora de «Economía del Transporte» en la Universidad de Granada e imparte clases en diversos masters y cursos especializados.

PRADO MOTA, Begoña. Licenciada en Geografía e Historia por la Universidad de Deusto. Master of Library and Information Science por la Universidad de Texas (Austin EEUU). Ha desempeñado su labor profesional en la Biblioteca Central de la Universidad de Nevada-Reno (USA), Biblioteca del Parlamento Vasco, Archivos Centrales del Consejo de la Unión Europea. Actualmente es documentalista del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Deusto y profesora de los programas de postgrado del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto.

RODRÍGUEZ ENCINA, Ana. Licenciada en Derecho y en Traducción e Interpretación por la Universidad de Salamanca. Desde 2002 viene desarrollando su práctica profesional como abogado del Departamento de Derecho Comunitario y Defensa de la Competencia de Uría & Menéndez en las oficinas de Madrid, Bruselas y Barcelona. Docente en diversas cursos y seminarios de Derecho Comunitario y Defensa de la Competencia en la Escuela Diplomática, el Instituto de Empresa y el Instituto de Estudios Bursátiles. Igualmente, es profesor honorario de la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Comunitario) de la Universidad Autónoma de Madrid. Entre sus publicaciones recientes destacan: *European Competition Laws. A Guide to the EU and its Member States. Spanish Chapter*, Ed. LexisNexis, 2006 o «El Nuevo Reglamento Comunitario de Exención por Categorías para los Acuerdos de Transferencia de Tecnología» en *Revista de Derecho Mercantil,* No 255.

SAINT-ESTEBEN, Robert. Desde 1978 abogado asociado al Colegio de abogados de Paris (Cabinet Bredin Prat). Creador en 1999 de la oficina Bredin Prat en Bruxelles. Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Paris. Fundador del Departamento de Competencia y Derecho Europeo. Diplomado del Centro de Estudios Europeos (Paris-Sorbonne). Diplomado de Estudios Superiores (D.E.S.) de Derecho Privado. Diplomado de Estudios Superiores (D.E.S.) en Ciencias Criminales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Paris. De 1967 a 1973, asistente del Profesor B. Goldman, creador y titular del Curso de Derecho Comercial Europeo de la Universidad de Paris I (Sorbonne) y II (Assas). Profesor de Derecho Europeo y Francés de la Concurrencia. Ha escrito: *Droit Communautaire et Droits Nationaux .* Ha escrito en el *Journal du Droit International*, *Revue de Droit et Pratique Internationale*. Sus últimos artículos han sido «Pour ou Contre les Dommages Intérêts Punitifs», en la revista *Les Petites Affiches*, «Les Sanctions Judiciaires des Pratiques Anticoncurrentielles», en la revista *Les Petites Affiches. La Loi* (20 janvier 2005).

SEGURA SÁNCHEZ, Julio. Licenciado en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales y Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid. Ha dirigido numerosas tesis y tesinas. Ha escrito numerosos artículos y libros de investigación y es evaluador de las revistas *Review of Economics and Statistics, Applied Economics, In-*

vestigaciones Económicas, Revista de Economía Aplicada, Moneda y Crédito. Ekonomiaz-Revista vasca de Economía. Ha desempeñado diversos cargos directivos en empresas públicas. Catedrático de Teoría Económica de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Microeconomía y Economía Industrial, Centro de Estudios Monetarios y Financieros. Consejero Ejecutivo del Banco de España. Profesor de Economía Aplicada III del Centro de Estudios Monetarios y Financieros. Director de la Escuela de Economía de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Presidente de la Comisión Evaluadora de Investigación de la Universidad de Las Palmas. Vocal del Comité Asesor Científico de la Fundación para la Modernización de España. III Premio Rey Juan Carlos de Economía. Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Oviedo.

VARELA CARID, Fernando. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, master en Administración Pública por la Universidad de Harvard, y técnico comercial y economista del Estado. Es también licenciado en Medicina y Cirugía. Ha sido profesor asociado de Teoría Económica en la Universidad de Santiago de Compostela, y en la actualidad colabora en tareas docentes e investigadoras del Departamento de Economía Aplicada de la misma universidad. Entre otros puestos, ha sido Director Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional, consejero económico y comercial jefe de las Oficinas Comerciales de la RP China y Japón, agregado financiero de la Embajada y representante del Banco de España en Japón, y subdirector general de Fomento Financiero de las Exportaciones en el Ministerio de Economía y Hacienda. Actualmente trabaja como vocal del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia, con sede en Santiago de Compostela.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Los trabajos presentados para su publicación en la Revista *Ekonomiaz* deberán versar sobre cualquier tema susceptible de ser incluido en el ámbito de la Teoría Económica o de la Economía Aplicada, de acuerdo con los principios manifestados en su línea editorial. Los originales deberán estar escritos en lengua española, inglesa o euskera. El contenido de los originales no podrá haber sido publicado o estar sometido a proceso de publicación en ninguna otra revista nacional o extranjera, ya sea de edición ordinaria o electrónica, ni formar parte de un libro de autor o colectivo. Todos los originales enviados se consideran sometidos al proceso de evaluación científica establecido en la línea editorial de la Revista, doble evaluación anónima, independientemente de si se trata de originales propuestos por los autores o si han sido solicitados por el Consejo de Redacción.

2. Los originales deben remitirse en versión electrónica (en disquete de 3,5" o en CD-Rom, en formato MICROSOFT WORD® o compatible) a la siguiente dirección:

REVISTA *EKONOMIAZ*
Dirección de Economía y Planificación.
Departamento de Hacienda
Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián 1
01010 Vitoria-Gasteiz

La Redacción de la Revista acusará recibo de los originales, notificando al autor, en la dirección de contacto señalada, las posibles incidencias del envío. Para cualquier información sobre el proceso editorial, los autores pueden contactar con la Secretaría de la Revista en: <economia@ej-gv.es>.

3. Los originales deberán estar mecanografiados a doble espacio, con un cuerpo de letra de tipo 12 y con márgenes mínimos de 2,5 cms. La extensión máxima de los trabajos no deberá exceder de 40 páginas, incluidos apéndices, cuadros y gráficos. En la primera página deberá constar el nombre del autor o autores junto con la institución a la que pertenecen, además de la dirección de contacto que se establezca, que incluirá tanto los datos postales como los números de teléfono, fax y la dirección de correo electrónico. Esta dirección de contacto será la empleada en las comunicaciones de los editores de la revista, comprometiéndose los autores a mantenerla actualizada.

4. Cada original incluirá, en una hoja independiente, un resumen del trabajo de no más de 125 palabras en español y en inglés, así como una lista de palabras clave (al menos dos y no más de cinco) y las referencias correspondientes a la clasificación del *Journal of Economic Literature*.

5. El texto correspondiente al contenido del trabajo presentado deberá comenzar en una nueva página. Las distintas secciones en las que se estructure el artículo han de numerarse de forma correlativa siguiendo la numeración arábiga (incluyendo como 1ª la sección de introducción) y la rúbrica correspondiente se consignará en letras minúsculas tipo negrita. Consecutivamente, los apartados de cada sección se numerarán con dos o tres dígitos (por ejemplo: 2.3, 2.3.2).

Los cuadros y gráficos, en su caso, se numerarán de forma consecutiva en cada categoría y siempre con números arábigos. En cuanto a su ubicación en el original, siempre figurarán al final de documento, tras las referencias y, en su caso, los apéndices, debiéndose incluir en el texto indicación sobre el lugar en el que deberían aparecer en la versión impresa. Su utilización debe ser siempre mesurada, no debiéndose incluir información innecesaria o redundante.

6. Las ecuaciones y cualquier otra expresión matemática deberán aparecer numeradas de forma correlativa a lo largo del texto y con alineamiento al margen derecho.

7. Debe cuidarse el estilo y la claridad de dicción además de respetarse escrupulosamente las normas gramaticales y recomendaciones de las autoridades de la lengua española. Y evitarse al máximo la incorporación de expresiones redundantes o innecesarias para el desarrollo del artículo, así como el uso de de términos en inglés supuestamente técnicos y de anglicismos léxicos y sintácticos.

8. Las notas que se intercalen en el texto deberán limitarse por criterios de estricta oportunidad, de acuerdo con el desarrollo del trabajo. Para referenciar las notas que pudieran incluirse en tablas o cuadros se usarán letras minúsculas ([a], [b], etc.), presentado su contenido al pie del respectivo cuadro o gráfico. Los agradecimientos y cualquier otra información que pudiera incorporarse figurarán referenciadas mediante un asterisco asociado al título del artículo o al nombre del autor o autores según corresponda.

9. Las referencias a la literatura invocada en el trabajo figurarán tras la última sección del artículo y bajo la rúbrica Referencias bibliográficas Se detallaran por orden alfabético de autores (no numerada). Su correcta verificación es responsabilidad del autor. Las citas aparecerán en el texto según el formato «autor-fecha», distinguiendo mediante letras minúsculas consecutivas si existen coincidencias de autor y año. Las referencias en el texto que incluyan hasta tres autores deben ser completas, usándose la fórmula *et al.* para un mayor número de autores.

10. Los datos a incluir se ajustarán al siguiente formato:

AUERBACH, A. y L. J. KOTLIKOFF (1983): «National savings, economic welfare, and the structure of taxation», en M.S. FELDSTEIN (ed.), *Behavioral simulation methods in tax policy analysis*, Chicago, II : NBER-The University of Chicago Press, 459-498.

COWELL, F.A (1990): *Cheating the government: The economics of tax evasion*, Cambridge, ass.: MIT Press.

MIRRLEES, J.A. (1971): «An exploration in the theory of optimum income taxation», *Review of Economic Studies*, 38: 175-208.

SEGURA, J. (1991): «Cambios en la Política de Defensa de la Competencia y Política Industrial», *Ekonomiaz*, 21: pp. 32-49.

11. En el caso de resultar el original aceptado para su publicación, el autor o autores se comprometen a satisfacer las recomendaciones y prescripciones de las evaluaciones y presentar una versión mejorada definitiva y a revisar las pruebas de imprenta pertinentes en un plazo máximo de cuatro días desde su recepción.

12. Los autores recibirán dos ejemplares del número de la revista en el que resulte publicado el original.

EKONOMIAZ

ÚLTIMOS NÚMEROS PUBLICADOS

30. Economía y Empresas
31/32. El Reto del Empleo
33. Economía de la Participación
34. El Reparto de Trabajo
35. El Debate Económico Actual
36. Comercio Exterior: Tendencias Recientes
37. Competencia y Regulación de Mercados
38. El Dilema Fiscal
39. Medir en Economía. Lo que sabemos que no sabemos
40. Economía e Igualdad
41. Economía y Territorio
42. El Futuro del Estado de Bienestar
43. Capital Humano y Transiciones Laborales de los Jóvenes
44. Competitividad y empleo en la economía vasca
45. La Economía del conocimiento
46. Panorama de las industrias de red
47. La empresa innovadora
48. Globalización y sistema financiero: los desafíos ante el nuevo milenio
49. Medio ambiente y recursos naturales: nuevas aportaciones
50. El gobierno de la empresa
51. La propiedad intelectual en la sociedad de la información
52. Lecciones de la deflación: Estados Unidos frente a Japón
53. La política de *clusters* en el País Vasco
54. El siglo xx en la historia económica del País Vasco: de la gran empresa a las pymes
55. Inversión extranjera directa y procesos de deslocalización
56. Ciencia, tecnología, innovación y sociedad
57. Valoración de activos ambientales: la catástrofe del *Prestige*
58. Ciudades Región Globales. Espacios Creativos y Nueva Gobernanza
59. Capital Social. Innovación Organizativa y Desarrollo Económico
60. La evaluación de las políticas públicas

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Nombre o Razón Social. . . . . .
Domicilio . . . . . .
Localidad . . . . . D.P. . . . . .
Provincia o País. . . . . .
DNI/NIF . . . . . Tfno. . . . . .

TARIFAS: Suscripción anual (3 números)

- Particulares: 18 €.
- Instituciones y empresas: 30 €.
- Números sueltos: 12 €.
- Estudiantes 20% de descuento

PAGO ☐ Talón bancario a favor de «Tesorería General del Gobierno Vasco»
☐ Transferencia bancaria

Firma o Sello

EKONOMIAZ

Ogasun eta Herri Administrazio Saila. Ekonomia eta Plangintza Zuzendaritza
Dpto. de Hacienda y Administración Pública. Dirección de Economía y Planificación
Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco. Donostia-San Sebastián, 1 – 01010 Vitoria-Gasteiz
Tfno.: 945 019 038 – Fax: 945 019 062
E-mail: economia@ej-gv.es
http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/indice_c.htm

HARPIDETZA-ORRIA

Interesatuaren edo Sozietatearen Izena . . . . . .
Helbidea. . . . . .
Herria . . . . . D.B. . . . . .
Probintzia edo Herrialdea . . . . . .
NAN/IFZ . . . . . Tlf. . . . . .

TARIFAK: Urteko Harpidetza (3 ale)

- Bereziak: 18 €.
- Erakunde eta enpresak: 30 €.
- Ale solteak: 12 €.
- Ikasleentzat %20ko beherapena

ORDAINKETA ☐ Banku-taloia «Eusko Jaurlaritzako Altxortegi Orokorra»ren alde
☐ Banku-transferentzi

Sinadura edo zigilua

EKONOMIAZ

Ogasun eta Herri Administrazio Saila. Ekonomia eta Plangintza Zuzendaritza
Dpto. de Hacienda y Administración Pública. Dirección de Economía y Planificación
Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco. Donostia-San Sebastián, 1 – 01010 Vitoria-Gasteiz
Tfno.: 945 019 038 – Fax: 945 019 062
E-mail: economia@ej-gv.es
http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/indice_c.htm

EKON

La Defensa de la competencia se configura como el pilar fundamental de las políticas encaminadas a flexibilizar el funcionamiento de los mercados, convirtiéndose en un objetivo plenamente justificado en términos de eficiencia asignativa. Su función es velar para que las empresas actúen de forma competitiva, evitando abusos de posición dominante, acuerdos colusivos, decisiones que tratan de impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier tipo de práctica encaminada a restringir la competencia. Resulta esencial entender las claves del procedimiento de aplicación de la normativa para la defensa de la libre competencia e intentar anticiparnos a los problemas que pueden plantear la confluencia de los diferentes ordenamientos jurídicos: europeo, nacional, regional.

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

P.V.P.: 12 €