

♦ LA PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, LA VALORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS RÉGIMENES DE LIBRE COMPETENCIA EUROPEO, ESPAÑOL Y COLOMBIANO¹

Por Ingrid Soraya Ortiz Baquero²

INTRODUCCIÓN I. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS Y LA VALORACION DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL DERECHO EUROPEO DE LA LIBRE COMPETENCIA. 1. EL DERECHO EUROPEO DE LA LIBRE COMPETENCIA: EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 81.1 Y EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 81.3. DEL TCE. 1.1. EL MODELO EUROPEO DE PROHIBICIÓN DE ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA 1.2. LA CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA: SU ALCANCE Y SUS LÍMITES 1.2.1. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO DE PROHIBICIÓN A. QUE EXISTA UN ACUERDO O UNA CONCERTACIÓN ENTRE EMPRESAS B. QUE EL ACUERDO TENGA POR OBJETO O COMO EFECTO IMPEDIR, RESTRINGIR O FALSEAR LA COMPETENCIA C. QUE EL ACUERDO AFECTE EN FORMA SENSIBLE LA COMPETENCIA D. QUE EL ACUERDO TENGAN O PUEDA TENER EFECTOS EN UN MERCADO DETERMINADO E. QUE EL ACUERDO PUEDA AFECTAR EL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS 1.2.2. DOCTRINAS Y TEORÍAS QUE REDUCEN EL ÁMBITO DE LA PROHIBICIÓN 1.3. EL REGLAMENTO 1/2003: LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 81.1 DEL TCE Y OTRAS REFORMAS 1.4. EL SISTEMA COMUNITARIO DE EXENCIÓN 1.4.1. LAS EXENCIONES A NIVEL COMUNITARIO ANTES DEL REGLAMENTO (CE) 1 DE 2003 1.4.2. LA FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA DE EXENCIONES DESPUÉS DEL REGLAMENTO (CE) 1 DE 2003. 2. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL CONTROL Y SANCIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA. 2.1. LAS AUTORIDADES

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 21 de marzo de 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de junio de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente trabajo de investigación se encuentra dividido en tres partes: El Derecho Comunitario Europeo, el Derecho Español y el Derecho Colombiano, tri división que se explica de forma más detallada en la introducción de esta primera publicación o entrega. Dada la extensión de la investigación, su publicación se hará siguiendo la ya mencionada división, de tal manera que el presente artículo corresponde a la regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia y a la valoración de las cláusulas de exclusividad en Derecho Europeo, en concreto, en el Derecho Europeo de la libre competencia. En los siguientes números de E- Mercatoria se publicarán, en orden, los capítulos correspondientes al Derecho Español y al Derecho Colombiano, a este último se acompañarán las conclusiones definitivas de la investigación y algunas recomendaciones sobre una posible reglamentación del tema. Valga señalar desde ya, que ésta primera parte es la más extensa, la que sirve de eje central al desarrollo del tema y la que contiene el mayor número de referencias normativas.

² Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial y estudios de maestría en Responsabilidad Civil y del Estado Contractual y Extracontractual de la misma universidad y estudiante del doctorado en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, España.

COMPETENTES. 2.1.1. LA COMISIÓN EUROPEA. 2.1.2. LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA. 2.1.3. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. 2.2. LOS PROCEDIMIENTOS A CARGO DE LA COMISIÓN. 3. LOS ACUERDOS VERTICALES EN EL CONTEXTO COMUNITARIO: SU PROHIBICIÓN Y EXENCIÓN. 3.1. LA REGLAMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS VERTICALES: EL PROCESO DE INSERCIÓN DE CRITERIOS ECONÓMICOS PARA SU VALORACIÓN Y JUZGAMIENTO. 3.2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES. 3.2.1. EL REGLAMENTO (CE) NO. 2790 DE 1999. A. ÁMBITO DE APLICACIÓN. B. LAS CLÁUSULAS BLANCAS Y CLÁUSULAS NEGRAS. 3.2.2. LAS DIRECTRICES SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES. 3.2.3. EL REGLAMENTO (CE) NO. 1400/2002. 3.2.4. EL REGLAMENTO DE LOS ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA (RECATT). 4. LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD Y SU VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA. 4.1. NOCIÓN. 4.2. LA EXCLUSIVIDAD EN LAS RELACIONES DE DISTRIBUCIÓN. 4.3. FORMAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL. 4.3.1. DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA. 4.3.2. SUMINISTRO EXCLUSIVO O VENTA EN EXCLUSIVA. 4.3.3. COMPRA EN EXCLUSIVA. 4.4. LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD. 4.4.1 VENTAJAS Y BENEFICIOS DE ORDEN ECONÓMICO. 4.4.2. EFECTOS RESTRICTIVOS QUE DERIVAN DE LA EXCLUSIVIDAD. 4.5. EL PROCESO DE VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD. **CONCLUSIÓN.**

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más discutidos actualmente en torno a las normas de libre competencia, tiene que ver con la racionalidad que debe presidir su aplicación. Tanto la doctrina Norteamericana como la Europea plantean la necesidad de compatibilizar la aplicación de las normas antitrust con las libertades y derechos establecidos por el derecho privado.

Precisamente como producto de estas discusiones se suscita en Europa un proceso de reforma a los artículos 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), que concluye con la expedición del Reglamento 1 de 2003 y un conjunto de normas complementarias denominadas “paquete de modernización”.

La nueva reglamentación comunitaria reduce el ámbito de aplicación de las normas que prohíben los acuerdos restrictivos, y da cabida en forma expresa a las tesis del análisis económico del derecho, que aun cuando ya habían hecho su incursión en la regulación de las restricciones de carácter vertical, no tenían tanta claridad y fuerza como ahora.

En el presente trabajo se estudia el alcance de la reforma, en concreto, la nueva forma de interpretar y aplicar la prohibición del art. 81 del TCE; también se analiza la regulación de las restricciones de tipo vertical, las reformas legislativas y los recientes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Igualmente, se describen los efectos de las reformas desde el punto de vista procesal y, en particular, su alcance sobre la competencia de las autoridades nacionales y comunitarias para juzgar y sancionar los acuerdos restrictivos de la competencia e igualmente, los sistemas de

colaboración establecidos entre ellas para lograr una mayor efectividad en el control y sanción de esta clase de acuerdos.

Una vez establecido el efecto de la reforma y el alcance de la normativa sobre las restricciones de tipo vertical, se aplican dichas consideraciones al tema específico de la valoración de los pactos de exclusividad, los cuales han dejado de ser extraños o exóticos para convertirse en elementos comunes en los contratos de distribución mercantil³, área desde la cual han migrado con éxito al campo de la propiedad intelectual⁴, del derecho laboral y de la contratación estatal.

Sobre el tema de la exclusividad, se intenta establecer si es razonable su prohibición a través de las normas de defensa de la competencia y de ser así, cuáles han de ser los criterios que deben atenderse al momento de definir su licitud y validez. Igualmente, se analiza si es necesario someter este tipo de cláusulas a un proceso de valoración extenso y complicado como el previsto para los acuerdos restrictivos de carácter horizontal o, si resulta posible plantear una forma más sencilla y más eficiente de analizar y valorar esta clase de pactos.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones generales sobre el tema, en cada uno de las tres partes que integran el trabajo de investigación se sigue la misma dinámica de exposición: Así, comenzando por la descripción del régimen de libre competencia en general y, luego, por el estudio de las normas que prohíben los acuerdos restrictivos, se pasa a analizar la normativa sobre las restricciones verticales y, por último, se arriba al tema de las cláusulas de exclusividad respecto de las cuales se desarrolla su noción, las formas que suelen adoptar, su utilidad en el contexto de las relaciones y los contratos de distribución y la manera en que han sido valoradas y juzgadas por las autoridades de competencia y los jueces.

Si bien se hace una aproximación al tema de la exclusividad desde la óptica contractual y se destaca su importancia en el ámbito de algunos contratos de distribución mercantil, quedan aún muchos más temas y más aristas que abordar desde esta concreta perspectiva, lo cual deberá por razones metodológicas ser objeto de otro trabajo.

Finalmente, a partir de la investigación, se propone la asimilación de la experiencia Europea y Española en los temas de libre competencia y en particular en relación con el tema de las autorizaciones singulares, por parte del legislador y de la doctrina colombiana. También se propone, para cada uno de los tres ámbitos geográficos y jurídicos que definen el marco de la investigación, una forma de valoración de los pactos de exclusiva que resulta más coherente con la tendencia mundial de

³ En el ámbito contractual las cláusulas de exclusiva no limitan sus efectos a los contratos de distribución mercantil, aunque encuentran en ellos su mayor campo de desarrollo. En la actualidad posible además analizar la incidencia de estas cláusulas desde la óptica del derecho público, particularmente su importancia y alcance dentro de los procesos de contratación estatal y su incidencia en la prestación de los servicios a cargo de empresas públicas o privadas a las cuales se ha otorgado la explotación exclusiva de los mismos. Igualmente, se discute la validez y los efectos de estas cláusulas en el marco de las relaciones laborales.

⁴ El uso de las cláusulas de exclusividad reviste carácter esencial en las transacciones y los contratos que tienen por objeto o recaen sobre derechos de propiedad intelectual así como en todos aquellos que incorporan efectos sobre esta clase de derechos. En estos casos, las cláusulas de exclusividad constituyen un instrumento que garantiza la mayor efectividad de los derechos reconocidos (mayor extensión del privilegio otorgado) y un mecanismo adicional de protección en caso de incumplimiento de los acuerdos celebrados.

racionalización de las normas de libre competencia y más acorde con los criterios económicos que impulsan el desarrollo de acuerdos y conductas eficientes en los mercados.

I. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRITIVOS Y LA VALORACION DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD EN EL DERECHO EUROPEO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este capítulo describe el régimen de libre competencia Europeo (denominado también en este trabajo como Derecho Europeo o Derecho Comunitario de la Competencia), y la valoración de las cláusulas de exclusividad (denominadas también cláusulas de exclusiva o pactos de exclusiva) a partir de esta normativa supranacional.

Se toma como punto de partida el Derecho Europeo de la Competencia toda vez que dentro de este sistema jurídico se han concretado recientemente los mayores avances en los temas de libre competencia -por lo menos en cuanto se refiere a los regímenes jurídicos que siguen el modelo de Derecho Continental Europeo-, como lo demuestran la reforma a los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) relativos a los acuerdos restrictivos de la competencia y al abuso de posición dominante respectivamente⁵, y la reforma al sistema de control de las concentraciones empresariales⁶.

Las reformas mencionadas destacan la actualidad del tema y ponen de presente la importancia jurídica y económica del derecho de la libre competencia, no sólo como herramienta de integración y consolidación del mercado único Europeo sino además como instrumento para garantizar el ejercicio de otras libertades económicas de índole comunitario como la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y las libertades de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Así las cosas, en primer lugar se hará una referencia al modelo Europeo de prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia a efectos de apreciar y entender los cambios introducidos por el Reglamento (CE) No. 1 de 2003 (en adelante Reglamento 1/2003) y de formular algunas críticas sobre el alcance que la doctrina ha dado al tema; a continuación, se aborda la prohibición del apartado 1 del artículo 81 del TCE (referido en esta forma o como art. 81.1 del TCE), el nuevo sistema de interpretación y aplicación del art. 81 del TCE y el sistema de exenciones; seguidamente, en el numeral 2 de este capítulo, se estudian los procedimientos que se siguen en caso de infracción del art. 81 el TCE y las autoridades competentes; en el numeral 3 se estudia la normativa comunitaria sobre las restricciones de tipo vertical, contenida fundamentalmente en el

⁵ La reforma se realizó a través del Reglamento (CE) No. 1 de 2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en adelante Reglamento 1/2003), el cual se complementó con el Reglamento (CE) No. 774 de 2003, 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 (en adelante Reglamento 774/2003).

⁶ La reforma en el tema del control de las concentraciones empresariales se realizó a través del Reglamento (CE) No. 139 de 2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, relativo al control de las concentraciones empresariales y del Reglamento (CE) No. 802 de 2004 de la Comisión, del 7 de abril de 2004, relativo al procedimiento que se sigue en los casos de concentraciones empresariales.

Reglamento (CE) No. 2790 de 1999⁷ (referido en adelante como Reglamento 2790/1999) y en las Directrices de la Comisión Europea sobre el tema y, finalmente, en el numeral 4 se estudia la aplicación de la normativa sobre restricciones verticales a las cláusulas de exclusividad.

1. EL DERECHO EUROPEO DE LA LIBRE COMPETENCIA: EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 81.1 Y EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 81.3. DEL TCE.

La libre competencia económica es uno de los instrumentos a través de los cuales se pretende alcanzar algunas de las finalidades -fundamentalmente de tipo o contenido económico- establecidas en el art. 2 TCE⁸, entre ellas, la consolidación de un mercado único capaz de generar un desarrollo económico y social armonioso, la obtención de un alto nivel de empleo, de convergencia y, en general, la competitividad de la Unión Europea⁹.

⁷ Reglamento (CE) No. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante Reglamento 2790/1999), publicado en el Diario Oficial de la Comunitàes Europeas (en adelante DOCE) L 336 de 29.12.1999, y las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales, publicadas en el DOCE C 291 del 13.10.2000. Estas normas pueden consultarse en la página web europa.eu.int/competition/antitrusts/legislation].

⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada tras la modificación del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

“Artículo 4 (antiguo artículo 3 A) 1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. (...).” Negrillas fuera de texto.

“Artículo 98 (antiguo artículo 102 A) Los Estados miembros llevarán a cabo sus políticas económicas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad, definidos en el artículo 2, y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el apartado 2 del artículo 99. Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4.” Negrillas fuera de texto.

⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada tras la modificación del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

“Artículo 2 (antiguo artículo 2). La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.” Negrillas fuera de texto.

“Artículo 3 (antiguo artículo 3). 1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: (...) g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (...).” Negrillas fuera de texto.

De otra parte, la libre competencia es un derecho que permite y garantiza el ejercicio y el desarrollo de otros derechos y libertades, como son: la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, la libertad de ocupación u oficio, el derecho de propiedad y la libertad y autonomía contractual.

Vista desde una perspectiva económica, la libre competencia genera eficiencias en la distribución de recursos, la construcción y fortalecimiento de economías de escala, la creación de mercados competitivos, la asignación adecuada de riesgos, la diversidad de ofertas y precios en favor de los consumidores entre otras muchas ventajas¹⁰.

Es claro entonces que la competencia económica (entendida como la rivalidad entre los diferentes agentes económicos) sin obstáculos ni restricciones, se considera como un estado que debe preservarse o una finalidad hacia la cual debe propenderse con el fin de garantizar los beneficios que derivan de la existencia y desarrollo de una economía de mercado. Por esta razón, cualquier restricción o limitación de la libre competencia debe estar expresamente justificada y ser además proporcional a los beneficios que de ella derivan¹¹.

En este orden, cualquier restricción indebida a la libre competencia además de afectar el ejercicio de diversas libertades y derechos individuales, elimina las ventajas económicas que resultan de su desarrollo, afecta de forma drástica la operatividad de los mercados y los derechos de sus operadores (empresarios, usuarios y consumidores), y en el contexto comunitario, puede además afectar el proceso de integración y el fortalecimiento del mercado común.

Precisamente para preservar la competencia y evitar que pueda ser alterada, falseada o reducida por parte de los operadores o empresarios -para quienes puede resultar más rentable no competir-, se establece un sistema normativo de libre competencia a través del cual el Estado interviene en la economía. Este sistema a su vez está compuesto por diferentes mecanismo de intervención y regulación, a saber: (i) La prohibición de los acuerdos restrictivos o cárteles (art. 81.1 TCE) y la regulación de los sistemas de exención (art. 81.3 TCE); (ii) La prohibición del abuso de la posición dominante (art. 82

¹⁰ Sobre la importancia de la libre competencia económica, la Comisión Europea en la propuesta de Reglamento del Consejo COM (2000) 582 final, publicada en el DOCE 27.9.2000, p. 58, señaló: “*Nadie discute ya que la competencia efectiva es de importancia fundamental para la economía Europea. La competencia efectiva es el mejor garante de la asignación eficiente de recursos y establece las bases del crecimiento económico. La presión competitiva obliga a las empresas a adaptarse mediante innovaciones y la lucha por una mayor productividad. Las empresas expuestas a una competencia vigorosa son más competitivas y están generalmente mejor equipadas para competir en el ámbito internacional. La competencia efectiva asegura un alto grado de empleo productivo y por tanto, viable y seguro. Los mercados competitivos están abiertos a nuevos operadores y favorecen la inversión y la creación de empleo. Este efecto queda patente en los mercados recientemente liberalizados*”.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (en adelante STJCE), asunto C- 212/97: “34. (...) procede señalar que, según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. pg. I-1663, apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. pg. I-4165, apartado 37)”.

del TCE); (iii) La reglamentación de las ayudas públicas (arts. 86 a 89 del TCE), y por último (iv) El control a las operaciones de concentración empresarial (Reglamento 139/2004)¹².

En concreto, el presente trabajo se centra en el estudio de la prohibición de los acuerdos restrictivos (art. 81.1 del TCE) y en la regulación del sistema de exenciones (art. 81.3 del TCE), los cuales constituyen el marco teórico dentro del cual se realiza el análisis y la valoración de las cláusulas de exclusividad. A estos temas nos referiremos a continuación, previas algunas consideraciones sobre el modelo Europeo de prohibición de los acuerdos restrictos y las modificaciones que éste ha sufrido como consecuencia de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003.

1.1. EL MODELO EUROPEO DE PROHIBICIÓN DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

El modelo Europeo de regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia, sigue desde su redacción original en el Tratado de Roma (art. 85) hasta el día de hoy (art. 81 del TCE), un esquema dual, compuesto de una prohibición general (art. 81.1 del TCE) y de un sistema de exención (art. 81.3 del TCE). La norma en cuestión dispone lo siguiente:

“Artículo 81

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en (...).”

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o

¹² De forma semejante el Derecho Español de la libre competencia comprende la regulación de los siguientes aspectos: (i) la prohibición los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 de la Ley 16 de 1989 o Ley de Defensa de la Competencia -LDC-) y la regulación de las autorizaciones de los acuerdos restrictivos o el régimen de las exenciones (art. 3, 4 y 5 LDC y Real Decreto -RD- 378 de 2003); (ii) la prohibición del abuso de posición dominante (art. 6 LDC) y (iii) el control a las operaciones de concentración económica (artículo 14 y ss LDC y RD 1443 de 2001).

económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

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

De conformidad con esta norma y con anterioridad al Reglamento 1/2003, se consideraba que los acuerdos que cumplieran los requisitos del apartado 1 del art. 81 estaban prohibidos *a priori*, es decir, sin necesidad de que ninguna autoridad declarara tal situación y sin que fuera necesario que el acuerdo hubiese producido efectos sobre el mercado. Así mismo, se consideraba que sólo estaban autorizados los acuerdos que estando prohibidos cumplieran los requisitos previstos en el apartado 3 del art. 81, siempre que la Comisión Europea (en adelante Comisión) declarara que estaban exentos de la prohibición bien a través de un Reglamento de Exención por Categoría (en adelante REC), o a través de una autorización de carácter particular o singular expedida en favor de las partes solicitantes y referida a un acuerdo restrictivo específico.

Para alguna parte de la doctrina -en este momento mayoritaria-, el Reglamento 1/2003 alteró este esquema de prohibición - exención al establecer en su art. 1 que sólo se encuentran prohibidos los acuerdos que estando incursos o cumpliendo los requisitos del art. 81.1 no cumplen los requisitos del art. 81.3 del TCE o, *contrario sensu*, que no están prohibidos aquellos acuerdos que estando dentro de los supuestos del art. 81.1 cumplen los requisitos del art. 81.3 del TCE¹³.

Quienes apoyan esta tesis lo hacen con base en una interpretación literal del art. 1 del Reglamento 1/2003, el cual establece:

“Artículo 1. Aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado

1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho

¹³ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, en el documento texto sobre “Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia” entregados como material de clase en el doctorado de derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid curso 2004 – 2005, s.p., considera: “(...) el artículo 81 del Tratado y el artículo 1 de la LDC contienen una prohibición de acuerdos restrictivos perjudiciales para los consumidores. Desde la reforma, sólo se consideran prohibidos los acuerdos que, entrando en el tenor literal del art. 81.1 del TCE no cumplen los requisitos para ser autorizados. Si cumplen tales requisitos, aunque de hecho no reciben una autorización administrativa, se consideran válidos”.

artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto (...).”.

Si bien del texto y de la lectura de esta norma podría concluirse que el esquema de prohibición - exención ha desaparecido, tal interpretación además de sesgada es, según mi opinión, incorrecta por ser contraria al propio TCE, según pasa a explicarse:

El TCE como Derecho Comunitario originario tiene carácter preeminente sobre las normas de Derecho Comunitario derivado como pueden ser las directivas o los reglamentos. Teniendo en cuenta que es el propio TCE el que establece el esquema de sanción de los acuerdos restrictivos (prohibición - exención) no puede admitirse que el Reglamento 1/2003 haya cambiado este esquema y haya eliminado las exenciones. Si bien hay que reconocer que la redacción del art. 1 del mencionado Reglamento puede prestarse a confusiones y es desafortunada por la desorientación que puede originar, en ningún caso puede interpretarse como una modificación o derogación del TCE.

Además, hay que tener en cuenta que la interpretación literal del art. 1 del Reglamento 1/2003 deja sin contenido el apartado 3 del art. 81 del TCE, el cual quedaría sin operatividad incluso respecto de los REC, toda vez que no tendría sentido autorizar acuerdos que cumplen los requisitos del art. 81.3 del TCE, pues estos, según el art. 1 del Reglamento 1/2003, no estarían prohibidos; en otros términos, no podría autorizarse aquello que no está prohibido.

Contra la interpretación literal del art. 1 del Reglamento 1/2003 y desde luego contra la doctrina que afirma la alteración del sistema de prohibición – exención, se afirma que Bajo la actual redacción del art. 81.3 del TCE resulta imposible su aplicación directa por falta de claridad y precisión de la norma¹⁴, y en consecuencia también resulta imposible la operatividad de un sistema de excepción legal con el alcance previsto en la reforma¹⁵. Según los críticos de la disposición, se requiere modificar directamente el art. 81.3 del TCE y luego sí, proceder a aplicar el nuevo sistema de excepción legal¹⁶.

De otra parte, hay que tener en cuenta que la interpretación literal del art. 1 del Reglamento 1/2003 altera el tipo de prohibición contenido en el art. 81.1 del TCE, de forma que a los requisitos tradicionales a los cuales nos referiremos en el numeral siguiente habría que agregar como requisito independiente “el no cumplimiento de los requisitos del art.81.3 del TCE”, lo cual no tendría inconveniente de no ser porque con ello se contradice el Tratado.

¹⁴ GARRIDO RUIZ, Fulgencio, “Novedades aportadas por el nuevo Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas de los artículos 81 y 82 CE”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 231, mayo/junio, Madrid, Edit. Einsa, p. 75 “(...) En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia de los (sic) TJCE sobre el efecto directo, el apartado 3 del art. 81 CE no parece cumplir con los requisitos para ser considerado como directamente aplicable”.

¹⁵ *Ibid* p. 74: “(...) De esta forma, un cambio al sistema de excepción legal sin una modificación del apartado 3 del artículo 81 CE implicaría que no todos los acuerdos podrían beneficiarse de este sistema. Esto daría lugar a la existencia de un sistema de excepción legal de efectos limitados lo cual es incompatible con la propia naturaleza de este sistema bajo el cual no sólo ciertos acuerdos o categorías de acuerdos, sino todos los acuerdos o categorías de acuerdos que cumplen las condiciones descritas el (sic) mismo apartado serían declarados exentos”.

Para quienes abogan por una interpretación coherente con el TCE, se debe concluir que el esquema de prohibición-exención en materia de prácticas restrictivas de la competencia se mantiene vigente, sólo que a partir de la reforma del Reglamento 1/2003 se modifica su operatividad.

El tema no es para nada pacífico; respecto del mismo la doctrina tiene posturas contrarias y dado que no existe todavía ninguna decisión ni pronunciamiento de las instancias comunitarias que brinde claridad sobre el punto, habrá que ver cómo se desarrolla en la práctica la reforma para poder arribar a conclusiones más radicales.

Por lo demás, cualquiera de las interpretaciones que se acoja conduce en términos prácticos a idénticas conclusiones y soluciones, pues puede ocurrir que el acuerdo supuestamente restrictivo se excluya al momento de realizar la adecuación típica de la conducta conforme al art. 81.1 del TCE o que se excluya al aplicar el art. 81.3 TCE; en uno u otro caso, el resultado es que la conducta no será objeto de sanción y podrá ejecutarse.

Hecho este análisis y teniendo clara la vigencia del esquema de prohibición –exención, a continuación se aborda el contenido del art. 81.1 del TCE y los límites que al mismo se imponen bajo el análisis de criterios económicos.

1.2. LA CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA: SU ALCANCE Y SUS LÍMITES¹⁷

El art. 81.1 del TCE contiene una prohibición general de celebrar acuerdos restrictivos de la competencia y establece además una relación ejemplificativa de algunos de estos acuerdos.

El problema fundamental de esta disposición y el punto central de las críticas que se formulan a la misma tiene que ver con su carácter general.

La norma, tal como se encuentra redactada conduce -según sus críticos- a prohibir acuerdos legítimos y a restringir la libertad contractual de los operadores económicos. En efecto, según sus censores, el art. 81.1 del TCE es una norma tan amplia y sin límites que cualquier acuerdo (y por ende cualquier contrato o negocio jurídico) podría caer dentro de su ámbito de aplicación y ser en consecuencia objeto de sanción¹⁸.

¹⁷ En la explicación sobre las teorías o doctrinas que reducen el ámbito de aplicación de la prohibición del art. 81.1 del TCE y las consecuencias que derivan de esa reducción se siguen en general los argumentos expuestos por el profesor Jesús Alfaro Águila Real en el documento sobre “Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia” ... Ob. Cit., s.p.

¹⁸ PINTOS AGER, Jesús. “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, julio, Barcelona, 2001, p. 3, quien afirma: “En efecto, ambos artículos son muy poco selectivos a la hora de enunciar las conductas consideradas anticompetitivas que definen su supuesto de hecho: prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela -éstas últimas sólo en la norma española-, cuya finalidad, efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear la competencia. Interpretado estrictamente, podría subsumirse en el ámbito de la prohibición casi cualquier contacto entre empresas”. En igual sentido ver BERENGUER FUSTER, Luís. “Excepciones a la Prohibición de Conductas Colusorias. La regla de lo razonable y el Derecho Europeo”, *Boletín Latinoamericano de la Competencia*, No. 5, noviembre, 1998, p.

Frente a la prohibición, los operadores ven limitado el ejercicio de su libertad contractual (deciden no celebrar acuerdos necesarios y eficientes desde el punto de vista económico por el temor de verse abocados a sanciones en principio injustificadas), o simplemente trastocada su creatividad y el acceso a nuevos tipos contractuales o a nuevas cláusulas negociales (deciden repetir acuerdos o fórmulas respecto de las cuales ya se ha determinado su carácter legal).

Llegados a este punto el análisis es simple: Si lo que pretende protegerse con las normas de libre competencia es la rivalidad dentro de los mercados y por tanto la libertad de empresa, la libertad contractual y desde luego la autonomía privada, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia no puede ser tan amplia que termine por negar o coartar dichas libertades.

El problema no se resuelve -según los críticos- invocando la existencia del art. 81.3 del TCE (que se refiere a los supuestos en los cuales un acuerdo restrictivo puede ser objeto de exención), pues no es coherente formular una prohibición de manera amplia para luego proceder a declarar exentos un gran número de acuerdos por la vía de la expedición de REC o por la vía del autoexamen, pues como lo afirma el profesor JESÚS ALFARO *“es completamente irracional un sistema que prohíbe masivamente para autorizar masivamente después”*¹⁹.

Lo coherente es por tanto, reducir el ámbito de aplicación de la norma, de tal manera que sólo los acuerdos realmente anticompetitivos se encuentren prohibidos.

Precisamente con la finalidad de reducir el alcance de la norma y para lograr una aplicación del art. 81.1 del TCE que sea coherente con el ejercicio de otras libertades y que además responda a criterios de orden económico, lo primero que ha hecho la doctrina es identificar los elementos del tipo prohibitivo y luego, desarrollar una serie de criterios y de doctrinas con base en los cuales se excluyen de la norma algunas categorías de acuerdos; estos mecanismos sin embargo han conducido a la pérdida o vaciamiento del contenido de la norma, pues son tantas las excepciones a la prohibición que ésta sólo resulta aplicable en pocos casos, o dicho en otros términos, son más los criterios que permiten excluir un acuerdo del ámbito del art. 81.1 del TCE que aquellos utilizados por las autoridades para identificar y sancionar los verdaderamente restrictivos. De todo esto queda claro que existe una necesidad inminente de modificar la redacción de la norma y no simplemente su interpretación.

1.2.1. Los elementos constitutivos del tipo de prohibición

El primer límite que se establece a la prohibición del art. 81.1 del TCE viene dado por los elementos constitutivos de la prohibición (tipo de prohibición), es decir, aquellos que permiten establecer si un acuerdo está o no permitido.

73. El boletín se puede consultar en la siguiente dirección electrónica <http://europa.eu.int/comm/dg0004/interna/other.htm>.

¹⁹ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, No. 253, noviembre, Barcelona, [www.indret.com], 2004, p. 26.

Si dentro del proceso de adecuación típica a cargo de las autoridades competentes se verifica que el acuerdo carece de cualquiera de los elementos del tipo, simplemente habrá de concluirse que el mismo no está prohibido y que puede ejecutarse o cumplirse libremente, sin que en ningún caso sea necesario analizar el tema desde la óptica del art. 81.3 del TCE.

Los elementos que conforman el tipo de prohibición son: (a) La existencia de un acuerdo o una concertación entre empresas, (b) que el acuerdo tenga por objeto o como efecto restringir la competencia, (c) que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, (d) que afecte de manera sensible la competencia y, (e) que dicha afectación se produzca en un mercado determinado.

Para quienes afirman que el art. 1 del Reglamento 1/2003 modificó el contenido del art. 81.1 del TCE se agregaría como uno más de los elementos del tipo, el requisito consistente en que el acuerdo no cumpla con las exigencias previstas en el art. 81.3 del TCE, sobre esto me remito a las consideraciones hechas en el numeral 1.1 anterior.

a. Que exista un acuerdo o una concertación entre empresas

El art. 81.1 del TCE prohíbe los acuerdos, las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tenga por objeto o como efectos restringir la competencia; en otros términos, lo que prohíbe y sanciona la norma es que el comportamiento de una empresa dentro del mercado no sea el resultado de su voluntad individual y libre sino consecuencia de una concertación expresa o tácita con otras empresas²⁰.

Todas las formas de concertación mencionadas en la norma suponen la confluencia o concordancia de una pluralidad de voluntades independientes. La norma no exige que las voluntades deban ser manifiestas o expresas, ni tampoco que el acuerdo o la concertación tenga o revista una forma especial²¹.

Así las cosas, bajo la acepción de acuerdo se entienden comprendidos los contratos, negocios jurídicos y concertaciones expresas entre dos o más empresas.

Por su parte, las decisiones o recomendaciones se sancionan en cuanto sean el resultado de la voluntad conjunta de los integrantes de la asociación, ya sea que ésta se exprese bajo la forma de una orden vinculante (decisión) o bajo una forma no vinculante

²⁰ GALAN CORONA, Eduardo. "Prohibición de prácticas colusorias (I) visión general", en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 4, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. 178: "La prohibición recae sobre la cooperación interempresarial que tiene un objeto o un efecto lesivo para la competencia; esto es, recae sobre la "colusión" en su genuina acepción de pacto en daño o perjuicio de tercero". Sobre el punto puede consultarse la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia Comunitario (en adelante STPI) de 10 de marzo de 1992, asunto T 9/1989.

²¹ STJCE de 19 de febrero de 2002, asunto C- 309/1999: "66 En efecto, el artículo 85 del Tratado, según su propio tenor, se aplica a los acuerdos entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas. El marco jurídico en el que se celebran tales acuerdos y se toman tales decisiones, así como la calificación jurídica que este marco recibe en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, no inciden en la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de competencia y, en particular, del artículo 85 del Tratado (sentencias de 30 de enero de 1985, Clair, 123/83, Rec. pg. 391, apartado 17, y de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, antes citada, apartado 40)".

(recomendación), sin que en ningún caso sea relevante la forma jurídica que reviste la asociación.

Bajo la figura de las prácticas concertadas se sancionan los comportamientos colusorios que son el resultado de una concertación no manifiesta de voluntades²². Se considera que existe una práctica concertada cuando los comportamientos paralelos y las actuaciones simétricas no pueden explicarse sino en razón de la existencia de una coordinación de los comportamientos de las partes²³; si el comportamiento de las empresas puede explicarse de otra forma más racional o coherente no habrá infracción del art. 81.1 del TCE, por ejemplo, porque la conducta restrictiva de las partes se deba al incremento de una carga impositiva, o sea una respuesta de los competidores a las decisiones adoptadas por el líder dentro de un oligopolio etc.²⁴.

Además, según lo dispone el art. 81.1 del TCE, la concertación de voluntades debe suscitarse entre “empresas”; entendiéndose por “empresa” cualquier entidad que ejerza una actividad económica, la cual a su vez se define como cualquier intercambio de bienes y servicios en un mercado determinado.

El TJCE ha considerado como empresas entidades tales como los colegios de profesionales²⁵, los fondos de pensiones especializados e incluso entidades públicas siempre que estas actúen en el mercado como particulares, es decir, desprovistas de sus potestades o prerrogativas de carácter público.

²² STPI de 10 de marzo de 1992, asunto T-9/1989: “293 *Con vistas a definir el concepto de práctica concertada, es preciso acudir en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha establecido que los criterios de cooperación y de coordinación asentados previamente por ella deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las normas sobre la competencia del Tratado CEE, según la cual todo agente económico debe determinar de modo autónomo la política que desea aplicar en el mercado común. Dicho requisito de autonomía, si bien es cierto que no excluye el derecho de los agentes económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o prevén que seguirán sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto, bien influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, bien revelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o se propone adoptar en el mercado (sentencia de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, antes citada, apartados 173 y 174)*”. Ver también sobre el concepto de práctica concertada las consideraciones de VASQUEZ ORGAZ, Jorge. “El Derecho comunitario de la competencia y los acuerdos de compra en exclusiva”. *Diario La Ley*, Ref. D 262, Tomo 5, 1997.

²³ GALAN CORONA, Eduardo. “Prohibición de prácticas colusorias...”, Ob. Cit., p. 189: “*Ahora bien, no es menos cierto que el comportamiento paralelo puede por sí mismo ser constitutivo de práctica concertada cuando, a la vista de las circunstancias en él concurrentes, no quepa otra explicación plausible y razonable que la de ser fruto de una concertación*”.

²⁴ BERCOVITZ, Alberto. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Madrid, Edit. Aranzadi, 2005, p. 311: “(...) el simple paralelismo en la actuación de las empresas no implica la existencia de una práctica concertada o de una práctica conscientemente paralela, cuando esta forma de actuar parece justificada como reacción frente a cambios en el mercado que afectan por igual a todas las empresas participantes en él”.

²⁵ STJCE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/1999: “58 Debe señalarse, en primer lugar, que cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993, una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos no ejerce ni una función social basada en el principio de solidaridad, contrariamente a determinados organismos de seguridad social (véase la *sentencia Poucet y Pistre*, antes citada, apartado 18), ni prerrogativas típicas del poder público (véase la *sentencia SAT Fluggesellschaft*, antes citada, apartado 30). Actúa como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por lo demás, una actividad económica”.

En este orden de ideas, bajo el art. 81 del TCE, sólo se sancionan las conductas que son el resultado de una pluralidad de voluntades. Las conductas unilaterales sólo se sancionan cuando constituyen un abuso de la posición de dominio de una empresa en un mercado determinado. A este respecto el TJCE ha considerado por ejemplo que el requerimiento dirigido por un proveedor a sus distribuidores que se inserta dentro de un conjunto de relaciones reguladas a través de un acuerdo general o marco, tiene la calidad de acuerdo y por tanto de cumplir los demás requisitos del art. 81.1 del TCE puede calificarse como restrictivo y en consecuencia declararse prohibido²⁶. En sentido contrario, ha estimado que la adopción de decisiones o medidas unilaterales por parte de una empresa en relación con la distribución de sus productos, aún cuando estas sean restrictivas, no puede sancionarse bajo el art. 81.1 como quiera que tales decisiones no pueden calificarse como “acuerdos”²⁷.

Teniendo en cuenta que las formas de concertación que prohíbe al art. 81 del TCE suponen la existencia de dos o más voluntades independientes, el Derecho Europeo de la Competencia excluye del ámbito de aplicación de la norma, los verdaderos o genuinos contratos de agencia, es decir, aquellos en los que el agente no asume ni los riesgos de mercado ni los riesgos financieros derivados del contrato²⁸. Si el agente asume el riesgo comercial y/o el riesgo de financiero, el contrato no será según el Derecho Europeo, un verdadero contrato de agencia y por tanto le resultarán aplicables

²⁶ STJCE 17 de septiembre de 1985, asuntos acumulados 25/84 y 26/84 y STJCE del 24 de octubre de 1995, asunto C-70/1993.

²⁷ STJCE de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C 2/2001 P y C 3/2001 P: “100 Respecto a los argumentos de las recurrentes según los cuales el Tribunal de Primera Instancia debía haber admitido que la manifestación de voluntad de Bayer de restringir las importaciones paralelas podía constituir el fundamento de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado, se ha de reconocer ciertamente que la existencia de un acuerdo en el sentido de dicha disposición puede deducirse del comportamiento de las partes de que se trate. 101 No obstante, un acuerdo de esa índole no puede basarse en algo que tan sólo es la expresión de una política unilateral de una de las partes contratantes, que puede realizarse sin la ayuda de otros. En efecto, considerar que se puede declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado tomando como único fundamento la expresión de una política unilateral destinada a impedir las importaciones paralelas tendría como efecto confundir el ámbito de aplicación de este precepto con el del artículo 86 del Tratado (...) 141 A este respecto, es preciso recordar que el presente asunto plantea la cuestión de la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado (LCEur 1986, 8) . El mero hecho de que existan de manera concomitante un acuerdo, en sí mismo neutro, y una medida restrictiva de la competencia impuesta de manera unilateral no equivale a un acuerdo prohibido por dicho precepto. Por tanto, el mero hecho de que una medida adoptada por un productor, que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia, se encuadre en las relaciones comerciales continuas entre éste y sus mayoristas no basta para declarar la existencia de un acuerdo de esa índole”. (Negrillas fuera de texto).

²⁸ Ver puntos 14 a 17 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales y las consideraciones que sobre el tema se realizan en el documento denominado “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución”, Comisión Europea, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, [europe.eu.int/comm/competition/index-es.html]. Ver también al respecto ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. “Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”, en el libro Tratado de Derecho de la Competencia, capítulo 6, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. 325 “En los acuerdos “genuinos” de agencia, las obligaciones impuestas al agente referidas a los contratos negociados o suscritos por cuenta del principal no se encuadran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Por el contrario, los acuerdos “no genuinos” de agencia son susceptibles de encuadrarse en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. El factor determinante para la caracterización de un acuerdo como de genuina agencia sería el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con las actividades para las cuales ha sido designado como tal por el principal (...)”.

las normas de libre competencia²⁹. Para facilitar la labor de los operadores económicos en relación con este tema, las Directrices sobre restricciones verticales establecen un listado de los supuestos en los cuales se considera que el agente asume los riesgos financieros y comerciales del contrato y por tanto que existe un “acuerdo” que puede quedar sometido al art. 81.1 del TCE.

También se excluyen del art. 81.1 del TCE los acuerdos entre empresas pertenecientes al mismo grupo. Si bien en estos casos existe formalmente una pluralidad de voluntades, éstas no pueden calificarse como “independientes”, pues en la mayoría de los eventos la voluntad de la filial es la voluntad de la matriz. Excepcionalmente, podrá considerarse que existe “acuerdo” desde el punto de vista del derecho de la competencia, cuando se logre probar que la voluntad de las empresas se ha formado de manera independiente³⁰.

Las empresas en participación o joint venture quedarán sujetas a las disposiciones del art. 81 del TCE en tanto y en cuando tengan fines cooperativos y sean -como se ha dicho reiteradamente- el resultado de la voluntad independiente de dos o más empresas. Si por el contrario, la empresa en participación tiene plenos poderes (joint venture concentrativas), su conformación estará sujeta a las normas sobre el control de las concentraciones empresariales y no a las normas sobre acuerdos restrictivos.

b. *Que el acuerdo tenga por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear la competencia*

Las normas de libre competencia sancionan las conductas restrictivas que tienen como objeto (finalidad) restringir la competencia hayan o no producido este efecto sobre el

²⁹ ORTIZ BLANCO, Luís y LEÓN JIMÉNEZ, Rosario. “Lectura interpretativa del nuevo régimen comunitario de las restricciones verticales”, Revista de Derecho VLEX - UJ331, Edit. Vlex, 2003. [www.vlex.com]: “(...) con anterioridad al nuevo Reglamento, era ya doctrina tradicional de la Comisión el diferenciar entre aquellos contratos de agencia, considerados “contratos de agencia puros” a los que no resulta de aplicación la prohibición del artículo 81.1., al no tratarse de acuerdo entre partes independientes en el mercado; y aquellos contratos de agencia que realmente regulan una relación entre un proveedor y un comerciante independiente, dándose éste último caso cuando el “agente” asuma los riesgos financieros y comerciales vinculados a la transacción, en cuyo caso, sí resulta de aplicación el artículo 81.1 TCE y por ende el nuevo Reglamento de exención por categorías relativo a los acuerdos verticales como marco jurídico en el que se pueden beneficiar de una exención”.

³⁰ VASQUEZ ORGAZ, Jorge. Ob. Cit.: “En un principio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dispuso que los acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas que pertenecen al mismo grupo (ya sea en calidad de sociedad matriz o de filiales) no estarían sujetos al art. 85 del Tratado de la Comunidad Europea si las empresas formaran una unidad económica en cuyo seno la filial no gozase de autonomía real en la determinación de su línea de acción en el mercado, y siempre que estos acuerdos y prácticas tuvieran como finalidad establecer un mero reparto de tareas entre las afiliadas. Eso sí: la autonomía de la filial debía estar determinada concretamente en cada caso. Así, el art. 85 sí se aplicaría cuando un acuerdo interno de un grupo de empresas rebasa los límites del reparto de tareas en el seno del mismo, afectando la posición de terceros. (...) el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que ha entendido que el control de una sociedad matriz sobre su filial ha de ser absoluto y real para garantizar la inmunidad del acuerdo interno del grupo en relación al art. 85 del Tratado de la Comunidad Europea. Así, por ejemplo, el mismo Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ha entendido que una participación del 25 por ciento sobre las filiales por parte de la matriz está muy alejado de la mayoría, y por tanto resulta insuficiente para hacer jugar la inmunidad de los acuerdos tomados en el seno del grupo de empresas”.

mercado³¹; así como las conductas que tienen efectos restrictivos inmediatos o potenciales sin importar su finalidad e incluso aunque ésta sea lícita³².

El acuerdo debe afectar en forma negativa la competencia. La norma emplea las acepciones de impedir, restringir o falsear, sin que ellas tengan un alcance limitado, de manera tal que la afectación puede revestir muchas otras formas sin que ello impida u obstaculice la aplicación del art. 81.1 del TCE.

Se considera que los acuerdos que tienen “objeto” restrictivo deben prohibirse por esa sola causa, sin que sea necesario demostrar los efectos que producen sobre el mercado. La sola existencia de esta clase de acuerdos afecta en forma considerable la competencia y por tanto deben sancionarse de forma contundente³³. Por su parte, los acuerdos que tienen “por efecto” restringir la competencia, sólo se prohíben en la medida en que afectan de forma considerable o sensible la competencia dentro del mercado de referencia³⁴.

Para establecer si el acuerdo tiene la aptitud para restringir la competencia, sea que en efecto lo haga o sea que sólo tenga esta finalidad, se requiere formular y responder los cuestionamientos a los que se refiere el punto 18 de la Comunicación de la Comisión

³¹ Ver STJCE de 15 de octubre de 2002, asuntos C-238/1999-P, C-244/1999-P, C-245/1999-P, considerando 491 y STJCE de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000 P en la cual se dispuso: “261 *Asimismo, la distinción que efectúa Buzzi Unicem entre un «acuerdo único» y un «propósito delictivo único» no reviste ninguna importancia. A los efectos de la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, la toma en consideración de los efectos concretos de un acuerdo es superflua, cuando resulte que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (véase la sentencia de 11 de enero de 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión, C-277/1987, Rec. pg. I-45)”*. También al respecto DE EIZAGUIRRE, José María. *Derecho Mercantil*, Cuarta Edición, Madrid, Edit. Thomson Civitas, 2005, p. 372.

³² STJCE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/95 P: “76 Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, para determinar si un acuerdo debe considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que tenga por efecto, procederá examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido (véanse, en particular, las sentencias de 30 de junio de 1966, Société technique mini re, 56/65, Rec. p. 337, y de 11 de diciembre de 1980, L’Or al, 31/80, Rec. p. 3775, apartado 19). 77 Pues bien, el apartado 1 del *artículo 85* no limita dicha apreciación únicamente a los efectos actuales, sino que ésta también ha de tener en cuenta los efectos potenciales del acuerdo en la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las *sentencias de 10 de diciembre de 1985, ETA, 31/85, Rec. p. 3933, apartado 12, y BAT y Reynolds/Comisión*), antes citada, apartado 54). En cualquier caso, como el Tribunal de Primera Instancia record  correctamente, un acuerdo no est  comprendido en la prohibición del *artículo 85* cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (sentencia de 9 de julio de 1969, V lk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7)”.

³³ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del *artículo 81* del Tratado CE, punto 21: “*Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado (...)*”. Ver también KJOLBYE, Lars. “The new Commission Guidelines on the application of article 81(3) an economic approach to article 81”, *European Competition Law Review*, 2004.

³⁴  dem. punto 24: “*(...) Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos o servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad (...)*”.

sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE³⁵. En realidad la cuestión es simple, se trata de una evaluación para determinar la situación que existía dentro del mercado antes y después del acuerdo restrictivo; si la respuesta es que la estructura y el funcionamiento del mercado se han alterado, es posible que el acuerdo restrinja la competencia en forma indebida, en estos casos deberá verificarse si se cumplen los demás requisitos para determinar si queda o no cobijado por el art. 81.1 del TCE.

c. Que el acuerdo afecte en forma sensible la competencia

No todas las conductas restrictivas son objeto de prohibición y sanción. Conforme lo ha establecido la jurisprudencia comunitaria, las conductas que afectan la competencia de forma mínima no están comprendidas en el art. 81.1 del TCE, o dicho de otra forma, no son objeto de prohibición.

No basta por tanto que el acuerdo tenga por objeto o como efecto restringir la competencia, se requiere que el acuerdo afecte real o potencialmente la competencia de forma considerable o sensible³⁶.

La “sensibilidad” se refiere a la magnitud con la que el acuerdo o la práctica afecta la competencia. Su existencia se predica también en relación con el requisito de “*la posible afectación del comercio entre Estados miembros*” y se aplica tanto a los acuerdos verticales como horizontales, aún cuando en relación con cada uno de ellos se valore en forma diversa, según se establecen en las Directrices sobre la aplicación del art. 81 del TCE a cada una de estos tipos de acuerdos.

Además, la “sensibilidad” va más allá de la regla del *mínimis*³⁷. Así, sin desconocer la estrechísima relación entre estos dos temas, hay que dejar claro que el primero no se agota en el análisis de la importancia del acuerdo; la sensibilidad pasa por este tema pero va mucho más allá, como lo reconoce la propia la Comisión en su Comunicación del 22 de diciembre de 2001, num. C 149, “*relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*”³⁸.

³⁵ Las preguntas que según el num. 18 de la mencionada Comunicación deben responderse son: 1. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido sin el mismo? y 2. ¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales?.

³⁶ AAVV. “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales” en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 5, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. 228: “*Ya no es suficiente que se produzca una limitación de la competencia entre las partes, sino que se exige, para determinar la sujeción de un acuerdo al artículo 81 (1) CE, que el mismo provoque efectos negativos sobre el mercado, lo que dependerá, sustancialmente, del poder de mercado que detenten las partes en la cooperación*”.

³⁷ Ver *infra* num. 1.2.2. del capítulo I del presente trabajo.

³⁸ Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001: “*I (...) 2. En la presente Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 del Tratado CE. Esta definición negativa de lo “sensible” no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible. Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del apartado 1 del artículo 81*”.

Es claro que los acuerdos considerados de menor importancia y por tanto cobijados por la regla del *minimis* (por estar celebrados entre empresas que no superan las cuotas de mercados establecidas en la comunicación sobre los acuerdos de menor importancia) no afectan en forma sensible el comercio ni la competencia intracomunitaria y por tanto, están fuera de la prohibición del art. 81.1 del TCE; sin embargo, existen otros acuerdos que sin estar cobijados por la regla del *minimis* (se celebran por empresas cuyas cuotas de mercado superan los umbrales fijados en la comunicación) también se encuentran excluidos de la prohibición por no cumplir con el requisito de la sensibilidad.

Por tanto, puede afirmarse que los acuerdos de menor importancia no afectan de forma sensible la competencia y por tanto no están prohibidos; pero, no todos aquellos que se excluyen de la prohibición por no afectar de forma sensible la competencia son acuerdos de menor importancia.

El requisito de la “sensibilidad” de la afectación se abordó por primera vez, según lo reconoce la mayoría de la doctrina, en la STJCE del 9 de julio de 1969, asunto 5/1969 “*Völk*”. En este caso la “sensibilidad” se estudio con relación a la posible afectación del comercio entre los Estados miembros. El TJCE consideró que un acuerdo de exclusividad podía quedar excluido del ámbito del art. 85.1 del TCE (actual art. 81.1 del TCE) dada la débil posición que en el mercado tenían las partes que lo habían celebrado³⁹.

A esta primera decisión sobrevinieron otras a través de las cuales el elemento “sensibilidad” ha adquirido una autonomía e importancia cada vez mayor, tanto en caso de que su existencia se predique en relación con la afectación de la competencia como cuando se refiere a la afectación del comercio entre Estados miembros.

Han sido por tanto la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de definir el alcance de este requisito y la forma en que ha de constatarse su existencia.

En la actualidad se tiene por establecido que lo primero que debe tenerse claro para determinar si se ha producido una afectación sensible a la competencia es que los efectos anticompetitivos de una conducta no pueden establecerse en abstracto sino que han de fijarse en relación con un mercado geográfico, de producto y, en ocasiones temporal, concreto. En segundo lugar, una vez establecido el mercado, debe determinarse su estructura y su funcionamiento, por ejemplo debe establecerse si se trata de un mercado oligopólico u oligopsónico, las condiciones de entrada y salida de los competidores, la existencia de competidores potenciales y de productos sustitutos, la existencia de poderes compensatorios etc. Y en tercer lugar, se debe establecer la incidencia del acuerdo sobre las condiciones de competencia existentes en el mercado que ha sido definido⁴⁰, deberá verificarse sin el acuerdo ha hecho variar la estructura o

³⁹ STJCE de 9 de julio de 1969, asunto 5/1969 *Völk*: “3 . *e' possibile che un accordo d' esclusiva, sia pure assoluta, non ricada sotto il divieto dell' articolo 85, n. 1, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi nella zona protetta*”. La cita se hace en idioma Italiano, dado que no se dispone de una versión oficial en Castellano.

⁴⁰ GALAN CORONA, Eduardo. “Prohibición de prácticas colusorias ...”, Ob. cit., p. 200: “*En suma la concreta incidencia sobre el mercado, sobre las condiciones de competencia es el dato relevante para constatar si el acuerdo en cuestión tiene por objeto o efecto restringir la competencia. No es tanto la limitación de la libertad de actuación empresarial, cuando los concretos efectos sobre el mercado, y esta matización adquiere más relevancia con los acuerdos de tipo vertical, ya que en los acuerdos horizontales*

la forma en que funciona el mercado o alguno de los factores a partir de los cuales los operadores compiten dentro de éste⁴¹; para ello será necesario hacer un análisis comparativo sobre la competencia existente en el mercado antes y después del acuerdo restrictivo.

Los criterios y condiciones mencionadas permitirán establecer si el acuerdo tiene un impacto sobre la competencia en el mercado específico de que se trate, una vez lo cual debe puntualizarse la magnitud de dicho impacto.

Algunas consideraciones adicionales sobre este elemento se hacen en el literal e) de este mismo numeral.

d. Que el acuerdo tengan o puede tener efectos en un mercado determinado

La afectación sensible de la competencia deberá tener lugar en un mercado determinado. La determinación del mercado relevante geográfico y de producto permite conocer su estructura, sus características, su operatividad, la posición que las partes tienen dentro del mismo (determinar por tanto, si se aplica el art. 81 u 82 del TCE) y, tal como se indicó anteriormente, si la afectación producida por el acuerdo puede calificarse como considerable o sensible.

El art. 81.1 del TCE habla de que “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia **dentro del mercado común** (...)”. (Negrillas fuera de texto).

Pero qué debe entenderse por mercado común? Qué ocurre cuando una práctica restrictiva sólo afecta un mercado que geográficamente coincide con el territorio de un Estado miembro o parte de éste?, en estos casos se aplicarán las normas de competencia nacionales o las comunitarias?. Lo primero que hay que tener claro, según

la afectación negativa a la competencia, a las condiciones de competencia en el mercado, es generalmente pareja a la limitación de la libertad de actuación empresarial”.

⁴¹ STJCE de 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-180/98 y C-184/98: “93 Resulta obligado reconocer que una decisión de este tipo, que armoniza parcialmente los costes y las prestaciones de las pensiones complementarias de los médicos especialistas, restringe la competencia en relación con uno de los componentes del coste de los servicios médicos especializados. Esta decisión tiene por consecuencia, en efecto, que dichos médicos no competirán entre sí para obtener un seguro más barato en lo que respecta a esta parte de sus pensiones. 94 Sin embargo, como ha señalado el Abogado General en los puntos 138 a 143 de sus conclusiones, los efectos restrictivos de dicha decisión sobre el mercado de los servicios médicos especializados son escasos. 95 En efecto, la decisión controvertida sólo produce efectos restrictivos en relación con un único componente del coste de los servicios ofrecidos por los médicos especialistas independientes, a saber el régimen de pensiones complementarias, que es poco importante comparado con otros factores, tales como los honorarios médicos o el precio del instrumental médico. El coste del régimen de pensiones complementarias sólo influye de modo marginal e indirecto sobre el coste final de los servicios ofrecidos por los médicos especialistas independientes. (...) 97 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que la decisión de los miembros de una profesión liberal de establecer un fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias no restringe sensiblemente el juego de la competencia dentro del mercado común”. Sobre el tema también puede verse la STJCE de 28 de mayo de 1998, asunto C-7/1995 P.

lo han establecido los órganos y los tribunales comunitarios, es que la definición geográfica de un mercado es sólo uno pero no el único de los criterios que permiten definir la normativa aplicable. Por tanto, aún cuando un mercado coincida con el territorio de un Estado o parte de éste, ello no impide la aplicación de la normativa comunitaria cuando la conducta de que se trate repercute sobre la libre competencia en la Unión; incluso una práctica restrictiva que se desarrolle en un mercado geográficamente pequeño (menor que el territorio de un Estado) puede llegar a afectar de manera sensible la competencia dentro del mercado común, caso en el cual se aplicará el art. 81 del TCE y no las normas nacionales.

e. Que el acuerdo pueda afectar el comercio entre los Estados Miembros

Para que un acuerdo o práctica se considere prohibido en los términos del art. 81.1 del TCE, se requiere que el mismo pueda afectar el comercio entre los Estados miembros⁴². Además de ser un elemento del tipo prohibitivo, este requisito permite definir si la normativa aplicable a un caso específico es la comunitaria o la nacional de un Estado. *“El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso. Es un criterio jurisdiccional que define el ámbito de la aplicación de la Derecho comunitario de la competencia. El Derecho comunitario de la competencia no es aplicable a los acuerdos y prácticas que no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros”*⁴³.

Por la importancia del tema y por las dificultades que suscita su aplicación práctica, la Comisión mediante la Comunicación *“sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”* (2004/ C 101/07), publicada en el DOCE del 27.4.2004, regula el contenido y alcance de este requisito. En concreto, en el punto 18 de la Comunicación se dispone que para establecer si un acuerdo “puede afectar el comercio entre los Estados miembros” deben tenerse en cuenta varios elementos: (i) El concepto de “comercio” entre Estados

⁴² 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 (2004/ C 101/05), DOCE del 27.4.2004, punto 49: “Para entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82, los acuerdos y prácticas han de afectar al comercio entre Estados miembros. Cuando un acuerdo o práctica no cumple esta condición puede aplicarse la normativa nacional, pero no la comunitaria. (...)”. Igualmente, STPI de 10 de marzo de 1992, asunto T- 9/1989: “313 Se debe destacar que, en contra de lo que afirma la demandante, la Comisión no tenía la obligación de demostrar que la participación de la demandante en un acuerdo y en una práctica concertada había producido un sensible efecto sobre los intercambios entre los Estados miembros. En efecto, el apartado 1 del artículo 85 del *Tratado CEE* requiere solamente que los acuerdos y las prácticas concertadas restrictivas de la competencia puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. A este respecto, es preciso consignar que las restricciones de la competencia de las que se ha dejado constancia podían desviar las corrientes comerciales de la orientación que de otro modo habrían seguido (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, antes citada, apartado 172). 314 A este respecto, es preciso subrayar que las empresas que participaron en la infracción que se les atribuye en la Decisión controlan la cuasitotalidad de este mercado, lo que revela de modo evidente que la infracción que cometieron conjuntamente podía perjudicar al comercio entre los Estados miembros. 315 De ello se sigue que la Comisión demostró de forma suficiente con arreglo a Derecho, en los apartados 93 y 94 de su Decisión, que la infracción en la que participó la demandante podía afectar al comercio entre los Estados miembros, sin que fuera necesario que demostrase que la participación individual de la demandante había afectado a dichos intercambios”.

⁴³ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/ C 101/07), DOCE del 27.4.2004, punto 12.

miembros; (ii) La noción “pueda afectar” y, (iii) El concepto de apreciabilidad o sensibilidad.

(i) El concepto de comercio entre Estados miembros

El concepto de “comercio” abarca todo tipo de actividad económica transfronteriza y no sólo los intercambios de bienes y servicios, e igualmente “(...) *incluye supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan la estructura de la competencia en el mercado*”⁴⁴.

Se afecta el comercio entre Estados cuando el acuerdo o la práctica afectan las actividades económicas transfronterizas y el flujo o las corrientes de intercambios comerciales, por ejemplo cuando se restringe el desarrollo de actividades profesionales en la Unión, el comercio (producción y distribución) de productos o de servicios, el desarrollo de inversiones etc.

La protección de las actividades económicas transfronterizas se justifica en los fines mismos de la Unión y en la promoción y garantía de las libertades de circulación de personas, bienes y capitales. En este sentido, el derecho de la libre competencia se convierte en un instrumento que permite garantizar la existencia y la operatividad del mercado único⁴⁵.

Se pueden afectar el comercio entre los Estados aun cuando sólo estén involucrados operadores de un Estado miembro o aun cuando se trate de acuerdos que se desarrollan en un mercado geográfico nacional o subnacional.

(ii) La noción de “pueda afectar”

Esta noción implica “(...) *que debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados Miembros*”⁴⁶.

Conforme con este requisito no resulta necesario que el acuerdo haya afectado ni probar que este va a afectar el comercio entre los Estados; basta la probabilidad para

⁴⁴ *Ibíd.* punto 20.

⁴⁵ STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C 359/01 P: “27 El Tribunal de Primera Instancia recordó acertadamente, en el apartado 78 de la *sentencia recurrida*, que para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio entre Estados miembros, **debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros** (véase la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84 Rec. pg. 2545, apartado 22). De este modo, el perjuicio de los intercambios intracomunitarios es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos (véanse las *sentencias de 15 de diciembre de 1994*, DLG, C-250/92, Rec. pg. I-5641, apartado 54, y Bagnasco y otros, antes citada, apartado 47)”. Negrillas fuera de texto.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/ C 101/07), DOCE del 27.4.2004, punto 23.

que se considere que el acuerdo de cumplir con los demás requisitos se encuentra prohibido⁴⁷.

La posibilidad de afectación debe surtir un impacto sobre las corrientes comerciales que no necesariamente debe ser negativo, es decir, que incluso puede considerarse que el acuerdo “puede afectar el comercio” cuando en virtud del mismo las corrientes comerciales se incrementan. En este caso lo relevante será determinar cómo operaban las corrientes comerciales y qué variaciones se suscitaron en razón del acuerdo, sin importar si éstas son positivas o negativas⁴⁸.

(iii) Apreciabilidad o sensibilidad

La afectación real o potencial del comercio entre Estados miembros debe ser considerable, sustancial o apreciable.

En principio no afectan en forma “sensible” el comercio entre Estados miembros los acuerdos amparados por la regla del *minimis*; ello no significa que todos los acuerdos que no estén cobijados por la regla del *minimis* puedan afectar de manera sensible el comercio, según ya se indicó en el literal c) de este numeral.

Así las cosas, una vez reconocido que sensibilidad y magnitud del acuerdo son nociones relacionadas pero no idénticas, surge la dificultad de establecer criterios que permitan definir cuándo una afectación al comercio es sensible y cuándo no lo es, y por tanto, en qué casos se aplica la normativa comunitaria y a cuáles la normativa nacional.

Para responder estos interrogantes y dado que resulta más fácil identificar en qué casos un acuerdo no afecta de manera “sensible” el comercio, los organismos comunitarios diseñaron la regla de “Ausencia de Efecto Apreciable sobre el Comercio (AEAC)” que opera como una presunción *iuris tantum* y cuya aplicación ha sido aceptada tanto por los tribunales nacionales como por los comunitarios.

En términos generales, la aplicación de esta regla se rige por los puntos 52 y 53 de la Comunicación de la Comisión sobre *las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, los cuales establecen respectivamente, un listado de eventos en los cuales se presume que los acuerdos celebrados no afectan de forma apreciable el comercio⁴⁹ y un listado de eventos en los cuales se presume la afectación sensible al comercio entre los Estados miembros⁵⁰.

⁴⁷ STJCE de 21 de enero de 1999, asuntos C-215/96 y C-216/96 “48. También según reiterada Jurisprudencia, aunque el apartado 1 del artículo 85 del Tratado no exige que los acuerdos contemplados en dicha disposición hayan afectado de manera sensible a los intercambios intracomunitarios, sí que requiere que se demuestre que dichos acuerdos pueden tener tal efecto (véase la Sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. pg. I-4411, apartado 19)”.

⁴⁸ Sobre este tema pueden verse entre otras las STJCE del 31 de marzo de 1993 asunto C-89/85, del 28 de abril de 1998 asunto C-306/1996, del 21 de enero de 1999 asuntos C-215/96 y C-216/96 y la STJCE del 29 de abril de 2004 asunto C 359/01 P.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión “sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado” (2004/ C 101/07), DOCE del 27.4.2004, punto 52: “52. La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones: a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 %, y, b) En el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios total

Además de la regla AEAC, para verificar la existencia de este requisito se requiere definir, como ya se señaló en el literal c) de este numeral, el mercado relevante, sus características, su estructura y operatividad; considerar igualmente la naturaleza del acuerdo, la clase de productos o servicios que involucra y su extensión tanto geográfica como temporal así como el poder de mercado que tienen las partes dentro del mismo⁵¹. Definidos estos aspectos se debe hacer un juicio hipotético para valorar la situación que existiría en el mercado relevante si el acuerdo no se hubiese estipulado⁵², para ello habrá que analizar la situación anterior al acuerdo y la situación existente una vez éste ha sido celebrado.

Estas consideraciones ponen de presente la necesidad de hacer un análisis caso por caso para efectos de verificar si el acuerdo cumple o no con el requisito al cual se viene haciendo referencia, sin que puedan formularse reglas con pretensiones de generalidad.

Además de lo anterior, al momento de verificar si el acuerdo puede afectar el comercio entre los Estados, será importante tener en cuenta algunas consideraciones generales que si bien no tienen carácter absoluto son herramientas útiles en este proceso:

anual en la Comunidad de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. En el caso de acuerdos verticales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. En el caso de acuerdos de licencia, el volumen de negocios pertinente será el volumen de negocios total de los licenciatarios de los productos que incorporen la tecnología licenciada y el volumen de negocios del propio licenciante en dichos productos. En caso de acuerdos entre un comprador y varios proveedores, el volumen de negocios aplicable será el del comprador. La Comisión aplicará esta misma presunción cuando durante dos años naturales sucesivos el mencionado umbral de volumen de negocios no se supere en más del 10 % y el citado umbral de cuota de mercado no se supere en más de 2 puntos porcentuales. Cuando el acuerdo se refiera a un mercado emergente pero no existente todavía y cuando, de resultas del acuerdo, las partes no generen un volumen de negocios importante ni acumulen una cuota de mercado significativa, la Comisión no aplicará esta presunción. En estos casos la apreciabilidad puede tener que evaluarse en función de la posición de las partes en los mercados de productos relacionados o de su fuerza con respecto a las tecnologías relacionadas con el acuerdo”.

⁵⁰ *Ibíd.* punto 53: “53. La Comisión también considerará que cuando, por su propia naturaleza, un acuerdo o práctica puedan afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo por interesar a importaciones y exportaciones o abarcar varios Estados miembros, existe la presunción positiva refutable de que tales efectos sobre el comercio son apreciables cuando el volumen de negocios de las partes en los productos cubiertos por el acuerdo calculado según se indica en los puntos 52 y 54 sea superior a 40 millones de euros. En caso de acuerdos que puedan, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros también se podrá presumir frecuentemente que los efectos son apreciables cuando la cuota de mercado de las partes supere el umbral del 5 % establecido en el punto anterior. No obstante, esta presunción no se aplica cuando el acuerdo sólo abarca una parte de un Estado miembro, véase el punto 90”.

⁵¹ Al respecto la STJCE de 28 de abril de 1998, asunto C-306/1996 señala: “17 La influencia que un acuerdo puede tener en el comercio entre Estados miembros se aprecia considerando, entre otros factores, la posición y la importancia que los participantes en el acuerdo tengan en el mercado de los productos de que se trate (sentencia de 10 de julio de 1980, Lancôme y Cosparfrance Nederland, 99/79, Rec. p. 2511, apartado 24). De este modo, incluso un acuerdo que contenga una protección territorial absoluta quedará al margen de la prohibición del artículo 85 del Tratado cuando tan sólo afecte al mercado de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate (sentencia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 85)”. También puede verse la STJCE de 25 de noviembre de 1971, asunto C-77/1971.

⁵² STJCE de 25 de noviembre de 1971, asunto C-77/1971.

- Se considera que las prácticas que involucran o se aplican en varios Estados generalmente pueden afectar el comercio entre Estados miembros, por ejemplo los acuerdos de exportación o importación y los acuerdos a través de los cuales se imponen restricciones a las ventas activas o pasivas o a las actividades de reventa por parte de los compradores situados en otro país.
- También se considera que afectan el comercio entre Estados los cárteles de fijación de precios o reparto de mercados o las empresas en participación sin funciones plenas.
- Los acuerdos de tipo vertical aplicados en varios Estados pueden afectar el comercio cuando determinan que los intercambios se canalicen de determinadas formas, entre ellos por ejemplo, los acuerdos de exclusión o los acuerdos de imposición de precios de reventa que abarcan dos o más Estados.
- Los acuerdos que sólo abarcan el territorio de un Estado miembro también pueden afectar el comercio entre Estados; por ejemplo, los cárteles que abarcan todo el territorio de un Estado, las empresas en participación sin plenas funciones y los acuerdos verticales a través de los cuales se produce un efecto de cierre de mercado o un reparto de ellos⁵³.
- Incluso, los acuerdos que sólo abarcan una parte del territorio de un Estado miembro pueden llegar a afectar el comercio, cuando la cuota de mercado nacional excluida es considerable y/o cuando ese mercado por sí sólo constituye una parte sustancial del mercado común.

Por tanto, el hecho de que un acuerdo o una práctica se circunscriba a un territorio que geográficamente no excede el de un Estado miembro y que incluso puede ser menor que éste, no excluye la posible afectación del comercio comunitario, más ahora que el mercado único Europeo se encuentra casi consolidado y por tanto las actividades de producción o intercambio de productos realizados en un Estado casi siempre repercuten en otro u otros.

⁵³ STJCE de 11 de julio de 1989, asunto C- 246/1986: “33 Debe recordarse, en primer lugar, que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el hecho de que una práctica colusoria sólo afecte a la comercialización de los productos en un único Estado miembro no basta para excluir que pueda verse afectado el comercio entre Estados miembros. 34 Debe señalarse, a continuación, que, al tratarse de un mercado permeable a las importaciones, los participantes en una práctica colusoria relativa a los precios interiores sólo pueden conservar su cuota de mercado protegiéndose contra la competencia extranjera. 35 A este respecto, hay que manifestar que, en el caso de autos, el convenio preveía medidas de protección y de defensa, especialmente en el caso de que aumentara la competencia de las empresas extranjeras. Además, con objeto de impedir que las demás empresas, en particular las extranjeras, mejoraran su competitividad, las empresas demandantes se comprometieron a no transferir su utillaje a terceros, a no fabricar por cuenta de terceros y a adquirir el utillaje de una de ellas en el supuesto de que ésta fuera declarada en quiebra.(...) 38.Por ello, y aunque la práctica colusoria que se discute sólo tuvo por objeto la comercialización de los productos en un único Estado, procede declarar que podía ejercer influencia sobre los intercambios intracomunitarios”. Ver también las STJCE de 24 de octubre de 1995, asunto C-70/93, de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/1999 -considerando 95-, considerando 20 y de 29 de abril de 2004, asunto C 359/01 P -considerando 28-.

- Los arts. 81 y 82 del TCE se aplican a los acuerdos que pueden afectar el comercio entre los Estados sin importar si una o varias partes del acuerdo están por fuera de la Unión, si el acuerdo se ha concluido por fuera de ella y sin importar si el acuerdo involucra a terceros países o a empresas pertenecientes a estos⁵⁴. En estos eventos, lo importante es determinar si el acuerdo se desarrolla y surte efectos en la Unión Europea.

Cuando el acuerdo o la práctica no cumple uno o varios de los requisitos del tipo se considera que no entra dentro del supuesto de la norma y por tanto que no se encuentra prohibido. Por el contrario, si cumple con los requisitos del art. 81.1 del TCE, en principio el acuerdo se considera prohibido excepto cuando al mismo puedan aplicarse algunas de las teorías que justifican su permisión y validez.

1.2.2. Doctrinas y teorías que reducen el ámbito de la prohibición

El objetivo de las teorías que han acuñado tanto la doctrina como las autoridades y tribunales comunitarios es el de reducir el ámbito de aplicación del art. 81.1 del TCE, y limitar su alcance a los acuerdos que afectan considerablemente la competencia en el mercado común, abstrayendo aquellos que por razones jurídicas o económicas no deben estar prohibidos. Estas teorías se aplican con independencia del proceso de adecuación típica, aún cuando teóricamente podríamos afirmar que algunas de ellas no son más que consecuencia de la falta de uno o varios de los elementos estructurales de la prohibición.

Por lo demás, aún después del Reglamento 1/2003, las teorías que se mencionan a continuación conservan su vigencia y utilidad, y aún más, podría decirse que tienden a expandir sus horizontes, pues la cabida que con la reforma se ha dado al tema del análisis económico del derecho ha permitido que amplíen sus fronteras y su cobertura y en muchos casos ha reforzado su utilidad.

La primera de las doctrinas que permite excluir algunos acuerdos restrictivos del ámbito del art. 81.1 del TCE, se conoce como la **Regla del Minimis**. Según esta regla, los acuerdos celebrados entre empresas que tienen cuotas de mercado pequeñas (que no superan los umbrales fijados por la Comisión), no afectan la competencia en forma considerable o sensible y, en consecuencia, no se encuentran cobijados por la prohibición del art. 81.1 del TCE.

Esta doctrina se encuentra reconocida y reglamentada en el contexto comunitario en la Comunicación de la Comisión del 19 de mayo de 2001 *“relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE”*. De acuerdo con esta Comunicación se excluyen de la prohibición del art. 81.1 del TCE los acuerdos celebrados entre empresas cuyas cuotas de mercado no superen los umbrales señalados, a saber: a) Los acuerdos celebrados entre competidores con una cuota de mercado conjunta que no exceda del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo (lit. (a) del punto 7 de la Comunicación), b) Los

⁵⁴ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/ C 101/07), DOCE del 27.4.2004, punto 100. Sobre el tema también puede verse la STJCE de 25 de noviembre de 1971, asunto 22/1971.

acuerdos celebrados entre no competidores siempre que la cuota de mercado de cada uno de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo (lit. (b) del punto 7 de la Comunicación) y c) Los acuerdos entre competidores y no competidores cuya cuota de mercado no exceda del 5%, cuando se trate de mercados en los cuales existen redes de acuerdos semejantes, es decir, cuando dentro del mercado de referencia se presente un efecto acumulativo de exclusión por la implementación de acuerdos idénticos o similares (punto 8 de la Comunicación)⁵⁵.

De acuerdo con la Comunicación el concepto de poder de mercado se encuentra ligado a la cuota que tiene un operador dentro del mismo y es precisamente en este punto en el cual radican las principales críticas que se formulan a la regla del *minimis*, ya que no siempre quien tiene una cuota alta de mercado tiene poder y no siempre quien tiene una cuota pequeña carece del mismo. En efecto, puede ocurrir que un operador tenga poder de mercado aun cuando su cuota dentro del mismo sea muy pequeña *Vgr.* cuando es titular de una marca dominante; como también puede suceder que una empresa con una cuota muy grande carezca de poder de mercado *Vgr.* cuando desarrolla sus actividades en un mercado sin barreras de acceso, existiendo adicionalmente un número cuantioso de competidores potenciales. Por estas razones se considera que en cada caso resulta necesario analizar la estructura del mercado de referencia (geográfico y de producto), las barreras de acceso al mismo, los competidores actuales y potenciales y desde luego la cuota de mercado, entre otros muchos factores, para establecer si existe o no poder de mercado⁵⁶.

De otra parte, hay que tener en cuenta que no se benefician de la regla del *minimis* ni los acuerdos horizontales de repartición de mercados o clientes, ni aquellos mediante los cuales se limita la producción o las ventas o se fijan los precios de venta para terceros (punto 11.1 de la Comunicación). Tampoco quedan bajo la cobertura de esta regla, los acuerdos verticales en los cuales se haya incluido una restricción especialmente grave a las cuales se refiere el Reglamento 2790/1999 (punto 11.2 de la Comunicación).

Además, debe considerarse que los acuerdos excluidos del ámbito de aplicación del art. 81.1 del TCE bajo la regla de *minimis*, pueden llegar a ser juzgados por las autoridades nacionales e incluso por las de un tercer Estado en caso de que los mismos afecten la competencia dentro de dichos mercados; en estos casos, se aplicarán las normas nacionales o las del Estado afectado por la conducta restrictiva.

⁵⁵ En la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, se indica que es improbable el efecto acumulativo de exclusión, cuando menos del 30% del mercado de referencia está cubierto por esta clase de acuerdos. Adicionalmente, la Comisión considera que estos acuerdos no restringen la competencia cuando las cuotas mencionadas registran un incremento de dos puntos porcentuales durante un término de dos años naturales consecutivos; por encima de este porcentaje los acuerdos quedarán sujetos a la prohibición siempre que cumplan todos los requisitos del tipo.

⁵⁶ POSNER, considera que “(...) para estimar el poder monopólico o el poder de mercado (...) [resultan importantes diversos factores, como] la elasticidad de la demanda del mercado, la participación en el mercado de la empresa o las empresas que supuestamente tienen poder monopólico y la elasticidad de la oferta de otras empresas”. En, *El análisis económico del Derecho*, México D.F. Edit. Fondo de Cultura Económica de México, 1992, p. 286.

Finalmente, es importante precisar que la regla de minimis no se corresponde con lo que antes de la reforma eran las exenciones individuales a nivel comunitario: No se trata de que un acuerdo estando prohibido sea objeto de autorización a través de la aplicación del art. 81.3 del TCE sino de que éste en virtud de la regla se sitúe por fuera de la prohibición sin que sea necesario aplicar ningún mecanismo de exención.

De mayor importancia, por la trascendencia que tiene en relación con el tema de las cláusulas de exclusividad, es la tesis de las **restricciones accesorias o ancillary restrictions** como las denomina la doctrina Norteamericana⁵⁷. De conformidad con esta doctrina no se encuentran prohibidas por el art. 81.1 del TCE las restricciones a la competencia que habiendo sido incorporadas en un contrato o en una relación considerada como principal, resultan necesarias y proporcionadas para que las partes logren la finalidad legítima prevista al celebrar el contrato, y sin las cuales además habrían optado por no contratar o por hacerlo en términos más onerosos e incluso más restrictivos⁵⁸.

Las restricciones inmanentes se justifican y son lícitas en cuanto facilitan la cooperación y los intercambios, son por tanto restricciones de carácter útil y necesario. Sobre el punto JESÚS ALFARO sostiene que *“Son ancillary restraint las restricciones de la competencia necesarias para poder organizar la producción conjunta de bienes o servicios o la integración económica que, como señalamos más arriba, es vital para la eficiencia productiva si la escala óptima de producción va más allá de la empresa individual. La cooperación se articula a través de una gran variedad de contratos que tienen efectos restrictivos de la competencia pero que se consideran fuera de la prohibición del art. 1 de la Sherman Act (...)”*⁵⁹.

La aplicación de esta teoría además de reducir el ámbito de la prohibición permite armonizar el derecho de la competencia con el derecho de los contratos, y en particular con la libertad contractual y la autonomía privada, pues reconoce la utilidad de los pactos que siendo restrictivos desempeñan una función que resulta necesaria, proporcionada y coherente con la finalidad legítima del negocio jurídico.

Aunque en el Derecho Europeo de la competencia la aplicación de la doctrina de las *ancillary restrictions* no tiene -por lo menos actualmente- el mismo alcance que en el Derecho Norteamericano, su aplicación y su utilidad han sido puestas de manifiesto por la Comisión y por el TJCE en la resolución de controversias relativas a las restricciones incorporadas en los contratos de distribución. Entre otras, pueden consultarse al respecto la sentencia del TJCE en el asunto 161/84 *Pronuptia*⁶⁰ y las decisiones de la

⁵⁷ En Derecho Norteamericano la doctrina de las restricciones inmanentes se formuló en el caso *United States v. Addyston Pipe and Steel Co.*

⁵⁸ PINTOS AGER, Jesús. La remisión a los reglamentos comunitarios ..., Ob. Cit. p. 6: *“(...) existen tanto a nivel nacional como comunitario restricciones en forma de cláusulas contractuales que quedan directamente fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. Suele justificarse su licitud recurriendo al efecto neto procompetitivo que provoca su inclusión como parte inmanente de la cláusula de determinados contratos, y sin las cuales carecerían directamente de sentido para quienes los celebran”*.

⁵⁹ ALFARO AGUILA REAL, Jesús. Documento texto sobre “Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia” ..., Ob. Cit., s.p.

⁶⁰ En la STJCE de 28 de enero de 1986, asunto 161/1984 se dispuso: “1.º a) La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85, apartado 1, esta en función de las Cláusulas que contengan dichos contratos y del contexto económico en el que se inserten. b) Las Cláusulas que sean indispensables para impedir que los competidores puedan beneficiarse del patrimonio de conocimientos y

Comisión en los casos *Yves Rocher* (87/17/CEE) de 17 de diciembre de 1986, *Computerland* (87/14/CEE) de 17 de julio de 1987, *Service Master* (88/604/CEE) de 14 de noviembre de 1988 y *Charles Jourdan* (89/94/CEE) de 2 de diciembre de 1988⁶¹.

Teniendo en cuenta el tratamiento que a esta doctrina se da en el derecho Norteamericano, considerando el desarrollo que al mismo se ha venido dando por parte de los órganos y tribunales comunitarios, y desde luego como consecuencia de la reforma implementada en el año 2003, la Comisión reconoció y reguló de forma expresa la aplicación de esta doctrina en la Comunicación *“relativa a las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08)*, publicada en el DOCE del 27.4.2004, particularmente en los puntos 29, 30 y 31 de la misma, los cuales disponen literalmente lo siguiente:

“29. En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma (37). (...)”

Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. (...)”.

“30. La aplicación del concepto de restricción accesoria debe distinguirse de la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 81, que se refiere a ciertas ventajas económicas producidas por los acuerdos restrictivos y que contrarrestan sus efectos de restricción de la competencia. La aplicación del concepto de restricción accesoria no implica sopesar los efectos favorables y desfavorables a la competencia. Esto último se reserva al apartado 3 del artículo 81 (...)”.

de técnicas (know-how) transmitido y de la asistencia aportada por el cedente no constituyen restricciones a la competencia, tal como se definen en el artículo 85, apartado 1. c) Las Cláusulas que establezcan el control indispensable para mantener la identidad y el prestigio de la red de distribución simbolizada por el rotulo no constituyen tampoco restricciones a la competencia tal como se definen en el artículo 85, apartado 1”. Sobre el tema ver también GINER PARREÑO, Cesar A. *Distribución y Libre Competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1994, pp. 364 y 365, quien refiriéndose a la valoración de JAMES S. VENIT sobre la sentencia de Tribunal de Justicia en el caso pronuptia afirma: “(...) como lo señala acertadamente VENIT el Tribunal sigue tres pasos en su método de análisis: i) definición de los elementos esenciales del acuerdo de franquicia; ii) identificación de las condiciones necesarias para que tal acuerdo funcione correctamente; iii) exclusión del artículo 85.1 del TCE de todas las cláusulas del acuerdo indispensables para la consecución de esas condiciones”. Esto es la aplicación por parte del TJCEE a los contratos de franquicia de distribución de productos de la doctrina norteamericana de las ancillary restrictions”.

⁶¹ Sobre estas decisiones de la Comisión pueden verse GINER PARREÑO, Cesar A. *Ob. Cit.*, pp. 374 a 381.

“31. La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma (...)”.

En todo caso hay que reconocer que en el contexto Europeo la doctrina de las *ancillary restrictions* tiene como límite para su aplicación las funciones integración que se han asignado a las normas de competencia (favorecer el comercio intracomunitario y el fortalecimiento del mercado único), en virtud de las cuales pueden incluso prohibirse acuerdos que siendo económicamente eficientes e indispensables en el contexto de un contrato particular pueden afectar la consolidación y el funcionamiento del mercado único.

Como un derivado de la doctrina de las *ancillary restrictions*, el TJCE ha reconocido que algunas restricciones a la competencia que resultan necesarias para el adecuado ejercicio de una actividad económica (ya no de un contrato) también se sitúan también por fuera del art. 81.1 del TCE⁶².

Precisamente, con fundamento en la teoría de las *ancillary restrictions* se afirma que los acuerdos de tipo vertical y en particular las cláusulas de exclusividad son en acuerdos lícitos que sólo deben prohibirse bajo supuestos específicos y excepcionales. En efecto, en la mayoría de casos las cláusulas de exclusividad pueden calificarse como restricciones accesorias, toda vez que su incorporación a un contrato o una operación principal es casi siempre necesaria y proporcionada para que las partes puedan lograr la finalidad legítima del contrato. A estas ventajas se suman las eficiencias que derivan de la exclusividad como son: la reducción de costos, la organización en la distribución de los productos, la compensación de los esfuerzos y las inversiones realizadas, la garantía de fidelidad de su contraparte y la eliminación de la competencia parasitaria entre otras.

Otra de las doctrinas que se ha elaborado para reducir el espectro de la prohibición del art. 81.1 del TCE, excluye del ámbito de aplicación de esta norma los acuerdos horizontales entre empresas no competidoras que tengan una finalidad de cooperación, y sin los cuales las partes no podrían desarrollar un proyecto determinado o éste resultaría excesivamente costoso de ser gestionado en forma independiente.

⁶² STJCE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/1999: “109 En vista de estos elementos, no se puede afirmar que los efectos restrictivos de la competencia como los impuestos a los abogados que ejercen en los Países Bajos por un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993 vayan más allá de lo necesario para garantizar el buen ejercicio de la abogacía (véase en este sentido, la *sentencia de 15 de diciembre de 1994*, DLG, C-250/92, Rec. pg. I-5641, apartado 35). 110 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que una normativa nacional como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptada por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no infringe el artículo 85, apartado 1, del *Tratado*, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el Estado miembro de que se trata”.

Igualmente se considera que el art. 81.1 del TCE no se aplica a los acuerdos que no afectan parámetros de competencia y que por tanto no afectan el mercado ni la concurrencia dentro del mismo, como son entre otros, los acuerdos sobre estándares de producción o sobre procesos de normalización⁶³.

Tampoco se considera aplicable el art. 81.1 del TCE a los acuerdos de compra que se celebran entre operadores que compiten en mercados posteriores de venta, excepto en el caso de que las partes tengan poder de mercado⁶⁴.

De la misma forma, se considera que los acuerdos o las prácticas restrictivas que tengan por objeto la protección medioambiental no están prohibidos por el art. 81.1 del TCE. A través de esta doctrina se trata de compatibilizar las políticas de la Unión Europea en materia de protección del medio ambiente y desarrollo sostenible con las disposiciones que garantizan la libre competencia.

Tratándose de acuerdos restrictivos celebrados por empresas en cumplimiento de mandatos públicos hay que considerar dos situaciones diferentes: (i) Que las normas que disponen la celebración de los acuerdos restrictivos no dejen margen de escogencia a las partes y por tanto no exista un espacio para que estas puedan elegir y dar vía a la libre competencia y (ii) Que el Estado simplemente promueva o contribuya a la celebración de acuerdos o la ejecución de prácticas restrictivas, dejando un margen para que las partes desarrollen sus actividades acatando el principio de libre competencia. En el primer caso, las conductas amparadas por la normativa nacional se consideran excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición art. 81.1 del TCE⁶⁵ y en consecuencia no podrán imponerse sanciones a las empresas que hayan desplegado

⁶³ AAVV. “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales” ... Ob Cit., p. 273: “Existen acuerdos que, por su naturaleza, casi nunca entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 CE. Se trata, por lo general, de acuerdos que no implican la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, como la cooperación entre empresas no competidoras, la cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado la actividad cubierta por la cooperación, o la cooperación referente a una actividad que no influye en los parámetros relevantes de la competencia, salvo que se cree una posición de dominio o la posición de terceras empresas quede afectada de forma significativa”.

⁶⁴ ORTIZ BLANCO, Luís y LEÓN JIMÉNEZ, Rosario. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a las grandes superficies de distribución minorista”, *Revista de Derecho VLEX – TR331*, Edit. Vlex, 2003. [www.vlex.com]: “Por central de compras se entiende la unión entre dos o más empresas de distribución minorista para la adquisición de bienes de aprovisionamiento en común, con el fin de racionalizar los pedidos y optimizar los medios de transporte y almacenamiento. Tanto las autoridades comunitarias como españolas han adoptado generalmente un enfoque favorable hacia este tipo de acuerdos, ya que suele tratarse de uniones entre pequeñas y medianas empresas de distribución que tienen por fin contrarrestar el poder de las grandes cadenas de distribución. Estos acuerdos pueden, por tanto, favorecer la competencia”.

⁶⁵ STJC de 9 de septiembre de 2003, asunto C- 198/2001 “67 En primer lugar, cabe recordar que el Tribunal de Justicia sólo ha admitido con carácter restrictivo la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del artículo 81, apartado 1 CE, un determinado comportamiento contrario a la competencia porque la normativa nacional vigente lo exigía a las empresas implicadas o porque dicha normativa eliminaba cualquier posibilidad de comportamiento contrario a la competencia por su parte (véanse, por ejemplo, las sentencias de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. pg. 3125, apartados 130 a 134; de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/1983, Rec. pg. 873, apartado 19, y de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenundustrie y otros/Comisión, asuntos acumulados 240/1982 a 242/1982, 261/1982, 262/1982, 268/1982 y 269/1982, Rec. pg. 3831, apartados 27 a 29)”.

su conducta con base en la normatividad vigente, pero una vez se hayan declarado inaplicables las normas nacionales podrán imponerse las sanciones del caso si las empresas continúan ejecutando los comportamientos anticompetitivos⁶⁶. En el segundo caso, es decir, cuando el Estado simplemente promueve la celebración de esta clase de acuerdos, pero se conserva un espacio o un sector dentro del cual rige la libre competencia, se podrán imponer sanciones cuando los acuerdos limiten, restrinjan o falsean la competencia dentro del segmento del mercado donde ésta debería regir.

Puede ocurrir también que sean las propias autoridades públicas las que excluyan un sector determinado de la aplicación de las normas de libre competencia, ya sea por razones de interés público o de protección especial de dicho sector o actividad económica⁶⁷; en estos casos, las restricciones serán válidas mientras no contradigan las normas comunitarias. Tratándose de empresas que tiene a su cargo la prestación de servicios de interés económico general o que constituyen un monopolio fiscal, los Estados miembros tienen la facultad de exencionar algunos de los acuerdos celebrados por dichas empresas, siempre que ello sea necesario para garantizar la prestación de los servicios y no resulte contrario al interés comunitario⁶⁸.

También pueden situarse fuera del ámbito del art. 81.1 del TCE los acuerdos de investigación y desarrollo en la medida en que no afecten de forma negativa la competencia⁶⁹. En este sentido, las Directrices aplicables a los acuerdos de naturaleza horizontal señalan: *“La Comisión estima que los acuerdos de I+D [Investigación y Desarrollo] por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 CE. Tal es el caso de los acuerdos de I+D en fase inicialmente teórica y distante de la explotación de resultados; los acuerdos de I+D entre empresas no competidoras (salvo que pueda producirse un efecto de exclusión al contemplar el*

⁶⁶ STJC de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/2001 “53 En primer lugar, si una Ley nacional elimina la posibilidad de una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas, procede señalar que, so pena de vulnerar el principio general del Derecho comunitario de la seguridad jurídica, la obligación, a cargo de las autoridades nacionales de defensa de la competencia, de descartar la aplicación de dicha Ley contraria a la competencia no puede suponer que las empresas implicadas se expongan a ser sancionadas, tanto si se trata de sanciones de naturaleza penal como administrativa, por un comportamiento pasado, en la medida en que la citada Ley imponía dicho comportamiento. (...) 55. En cuanto a la sanción de los comportamientos futuros de empresas hasta entonces obligadas por una Ley nacional a adoptar comportamientos contrarios a la competencia, es importante destacar que, desde el momento en que la decisión de la autoridad nacional de defensa de la competencia por la que se declara la infracción del artículo 81 CE y se excluye la aplicación de dicha Ley nacional contraria a la competencia se convierte en definitiva frente a ellas, dicha decisión es vinculante para las empresas implicadas. A partir de entonces las empresas ya no pueden alegar que estaban obligadas a infringir las normas comunitarias en materia de competencia. Por tanto, su comportamiento futuro puede ser objeto de sanciones”.

⁶⁷ STJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-9/1999: “26 En consecuencia, procede responder a la cuestión prejudicial que los artículos 3, letras c) y g), 3 A, 5 y 7 A, párrafo segundo, así como 102 A y 103 del *Tratado* no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que obligue a los editores a imponer a los librereros un precio fijo de reventa de los libros”

⁶⁸ Art. 86.2 del TCE: “Artículo 86.- (...) 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.

⁶⁹ AAVV. “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales” ... Ob. Cit., p. 277

acuerdo una explotación exclusiva y una de las partes tenga considerable poder de mercado en relación con una tecnología clave), los acuerdos de externalización de la actividad de I+D, o los acuerdos de I+D pura (salvo que reduzca significativamente la competencia efectiva en el ámbito de la innovación)". No obstante, también podría afirmarse que los acuerdos de investigación y desarrollo se encuentran prohibidos bajo el art. 81.1 del TCE pero gozan de inmunidad en virtud de lo establecido en el Reglamento (CE) No. 2659 de 2000. En todo caso el efecto práctico de cualquiera de estas tesis es idéntico.

Igualmente, en el ámbito comunitario, el TJCE considera como exceptuados del art. 81.1 del TCE los convenios colectivos de trabajo, siempre que estos se hayan firmado en el desarrollo de una negociación colectiva, teniendo como finalidad la regulación de las relaciones colectivas de trabajo y siempre que no exista abuso del derecho. Si las cláusulas incluidas en el convenio restringen injustificadamente y de forma abusiva la competencia de los trabajadores o empleadores con terceros o, afectan negativamente mercados diferentes a aquel en el cual se celebró el convenio, se entienden prohibidas y sancionadas, aunque excepcionalmente puedan considerarse exentas si cumplen los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE.

En la misma dirección de las doctrinas mencionadas, pero gozando de mayor reconocimiento y trayectoria aparece el sistema comunitario de exenciones. Tanto las autoridades comunitarias como las nacionales coinciden en que la prohibición de los acuerdos restrictivos no tiene carácter absoluto; por lo tanto, en aplicación del art. 81.3 del TCE han excepcionado de la prohibición del art. 81.1 del TCE algunas categorías de acuerdos a través de Reglamentos, y con anterioridad al Reglamento 1/2003 también a través de la concesión de autorizaciones de carácter individual.

Finalmente, ya no bajo el calificativo de teoría sino bajo la consideración de una postura doctrinal, hay quienes abogan porque los acuerdos de tipo vertical se excluyan del ámbito del art. 81.1 del TCE⁷⁰. En favor de esta doctrina se afirma que los acuerdos de naturaleza vertical producen una mejora en los sistemas de distribución que se traduce en beneficios para los consumidores, que esta clase de acuerdos no afecta la competencia en forma sustancial en tanto y en cuanto no eliminan la competencia intermarcas y, que en general, constituyen formas legítimas de organizar una actividad económica.

La aplicación de todos estos criterios, teorías y doctrinas además de reducir el campo de aplicación del art. 81.1 del TCE, permite -según opinión de alguna parte de la doctrina-, reinterpretar la norma afirmando que la misma incorpora lo que en Derecho Norteamericano se denomina como una regla de razón (*rule of reason*), con base en la cual se puede afirmar que sólo se encuentran prohibidos los acuerdos que tienen "por

⁷⁰ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, documento sobre cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia... Ob. Cit. s.p. *"En definitiva, pues, si existe suficiente competencia intermarcas, la competencia intramarcas deviene irrelevante. Y la mejor prueba es, como siempre, que si se permite que un fabricante compre la empresa de sus distribuidores -y sólo se le prohíbe cuando, como consecuencia de la adquisición, se cree una posición de dominio (...) ¿por qué no ha de permitírsele lo menos?, esto es? ¿por qué no ha de permitírsele que reduzca la independencia de sus distribuidores?. Lo grave de la prohibición es que, además las restricciones verticales de la competencia tienen pleno sentido económico para garantizar la eficiencia del sistema de distribución, esto es, para asegurar que los distribuidores se esfuerzan (cantidad) lo suficiente y cuidan (calidad) de la marca de los productos que revenden a los consumidores"*.

objeto” restringir la competencia y por tanto que sólo respecto de ellos es aplicable el apartado 3 del art. 81 del TCE

Este punto no es pacífico ya que otra parte de la doctrina considera que la base legal para la aplicación de una *rule of reason* se encuentra en el apartado 3 del art. 81 del TCE, pues es en sede de esta disposición que se valoran los efectos procompetitivos del acuerdo restrictivo⁷¹, y otros estiman que la nueva forma de interpretar y aplicar el art. 81 del TCE, sin ser una *rule of reason*, permite obtener beneficios o resultados análogos a los de esta regla de interpretación⁷².

En mi criterio todas las doctrinas mencionadas son manifestaciones de una *rule of reason*. Son instrumentos útiles (tanto para las partes como para las autoridades) para abstraer de la prohibición un acuerdo que siendo restrictivo realmente no afecta de manera negativa y en forma considerable la competencia. En el fondo, todas estas doctrinas se refieren de una u otra forma a la falta de uno o varios de los elementos del tipo prohibitivo, principalmente, a la carencia de efectos anticompetitivos del acuerdo, lo cual desde luego justificaría su no prohibición. Por lo demás, a través de las teorías mencionadas se busca que la aplicación del art. 81.1 del TCE responda a criterios de eficiencia y funcionalidad que impiden extender la cobertura de la norma a situaciones que racional y económicamente no deben estar prohibidas.

Lo que sí es claro es que todas las teorías a las cuales hemos hecho referencia demuestran la ingente necesidad de modificar en forma directa el art. 81 del TCE y no en expedir normas sobre su forma de interpretación y aplicación, toda vez que no se concibe como lógico ni adecuado un sistema en el cual las excepciones y los métodos para reducir la cobertura de la prohibición proliferen de forma tal que vacíen de contenido la norma y hagan la tarea del juez más compleja y la actividad económica más insegura. En este sentido compartimos con el profesor JESÚS ALFARO la consideración según la cual *“Se trata de argumentar que lo razonable es incorporarlas [las teorías y doctrinas mencionadas] a la propia cláusula de prohibición de los acuerdos colusorios en lugar de utilizarlas como instrumentos que exceptúan de la prohibición los acuerdos a los que se refieren”*⁷³.

⁷¹ DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit. pp. 362 y 363, parece inclinarse por la tesis que afirma que la *rule of reason* Europea se encuentra en el art. 81.3 del TCE, a este respecto afirma: “c) *La perspectiva ofrecida por el art. 81CE es muy distinta de la que resulta del ordenamiento federal norteamericano referido. El párrafo III del mencionado precepto advierte, en efecto, los casos en que la prohibición enunciada en el párrafo I no tiene lugar. Por tal motivo se ha afirmado certeramente, que el art. 81 III CE contiene ya una «regla de la razón» manifestada en los requisitos tipificados en dicha norma; a diferencia de la rule of reason anglosajona, que presenta el carácter de una cláusula general, cuya determinación corresponde a los tribunales. (...) e) Por su parte el Libro Blanco de 1999 formulado por la Comisión descartó, justamente al decantarse por el sistema de excepción legal que la estructura del art. 81 CE permita otra «regla de la razón» que la que hemos referido en el sub c) (...)*”.

⁷² AAVV. “Prohibición de prácticas colusorias (II) Restricciones Horizontales” ... Ob. Cit., pp. 228 y 229 *“Este modelo, influencia directa del sistema americano, introduce un enfoque económico que permitirá, en la práctica, alcanzar resultados análogos a la rule of reason americana, si bien mediante una metodología distinta y en dos tiempos: en sede del artículo 81 (1) CE se analizan los efectos anticompetitivos del acuerdo y el impacto sobre el mercado y será mediante la aplicación de los criterios contenidos en el artículo 81 (3) CE y en un momento posterior, cuando se ponderen los aspectos procompetitivos del mismo”*

⁷³ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...Ob. Cit., p. 4.

Si bien el Reglamento 1/2003 no eliminó ninguna de las doctrinas mencionadas, sí modificó el alcance y la metodología de su aplicación en razón de la nueva interpretación y aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE según pasa a explicarse.

1.3. EL REGLAMENTO 1/2003: LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 81.1 DEL TCE Y OTRAS REFORMAS

Atendiendo las críticas sobre la amplitud de la prohibición contenida en el art. 81.1 del TCE, las tesis y doctrinas que abogan por su reducción, las dificultades que derivaban del sistema de autorizaciones individuales cuya concesión correspondía en forma exclusiva a la Comisión⁷⁴, y dada la necesidad de establecer un sistema descentralizado de aplicación del Derecho Europeo de la competencia, se produce en el año 2003 la reforma a las normas de libre competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del TCE.

Con el Reglamento 1/2003 se impone un sistema de excepción legal, se elimina el mecanismo de las autorizaciones individuales, se crea un sistema de autoexamen, se pone fin al monopolio de la Comisión en la aplicación del art. 81.3 del TCE, se otorga competencia a las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el art. 81.3 del TCE, y se corrigen otras deficiencias de la normativa de libre competencia a nivel comunitario⁷⁵.

De las mencionadas, la reforma más importante se refiere al nuevo sistema de interpretación y aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81.1 TCE) y del sistema de excepción o autorización de los mismos (art. 81.3 del TCE). El Reglamento 1/2003 establece una nueva forma de entender y de

⁷⁴ Con anterioridad a la expedición del Reglamento 1/2003, la Comisión tenía la competencia exclusiva para conceder autorizaciones singulares (Reglamento (CE) No. 17 de 1962). Este sistema condujo a la Comisión a resolver muchas de las solicitudes de autorización a través de cartas administrativas *o comfort letters*, que eran respuestas no vinculantes y que por tanto no tenían carácter definitivo ni brindaban seguridad a las empresas. Igualmente, este sistema de autorización *a priori* impedía que la Comisión pudiese concentrar sus esfuerzos en los temas de mayor importancia a nivel comunitario, es decir, en el análisis de los cárteles que podían afectar el proceso de integración y consolidación del mercado único.

⁷⁵ Sobre el punto son ilustrativas las consideraciones hechas por la Comisión Europea en la propuesta de Reglamento del Consejo COM (2000) 582 final, publicada en el DOCE 27.9.2000, en relación con las deficiencias derivadas de la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE con anterioridad a la expedición del Reglamento 1/2003: “(...) *el sistema actual presenta dos deficiencias. En primer lugar, ya no garantiza una protección eficaz de la competencia. El monopolio de la Comisión en la aplicación del apartado 3 del artículo 81 es un obstáculo significativo para la aplicación de las normas por parte de las autoridades de competencia de los Estados miembros y de los tribunales nacionales. Además, en una Comunidad amplia, la Comisión por sí sola no puede cargar con la responsabilidad de hacer cumplir las normas de competencia en toda la Unión. Por otra parte, el régimen de notificación ya no constituye una herramienta efectiva para la protección de la competencia, ya que sólo en contadas ocasiones detecta los casos que plantean una amenaza real para la competencia. De hecho, el sistema de notificación impide que los recursos de la Comisión se empleen para detectar y castigar las infracciones graves. La segunda deficiencia del sistema actual es la que impone una carga excesiva en la industria al incrementar los costes de cumplimiento e impedir que las empresas cumplan sus acuerdos si no han sido notificados, aún cuando reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81. Ellos resulta especialmente pernicioso para las PYMES para las cuales el coste de la notificación y, a falta de ésta, la dificultad de hacer cumplir sus acuerdos puede constituir una desventaja competitiva frente a las empresas más grandes*”.

aplicar el art. 81 del TCE, introduce criterios de análisis económico que permiten definir y reducir el campo de acción de la norma:

En efecto, bajo el sistema del Reglamento (CE) No. 17 de 1962, cualquier acuerdo restrictivo en los términos del art. 81.1 del TCE estaba prohibido *a priori*, es decir, sin necesidad de que tal hecho fuera declarado por una autoridad competente. De forma excepcional las empresas podían celebrar, ejecutar y alegar la validez de un acuerdo restrictivo si obtenían *ex ante* una autorización individual -concedida por la Comisión- o si existía un REC que le brindara inmunidad⁷⁶.

Por su parte, el Reglamento 1/2003 establece un sistema de excepción legal⁷⁷, de conformidad con el cual los acuerdos que están dentro de los supuestos de la prohibición del art. 81.1 del TCE y que cumplen los requisitos del apartado 3 de esta disposición, se consideran válidos y pueden ejecutarse sin necesidad de notificación y autorización previa⁷⁸.

Como lo señalé al describir el modelo Europeo de prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, hay quienes consideran, con base en una interpretación literal de las normas, que los apartados 1 y 2 del art. 1 del Reglamento 1/2003 excluyen de la prohibición del art. 81.1 del TCE los acuerdos que cumplen con los requisitos del apartado 3 de esta norma⁷⁹.

⁷⁶ Ídem “El Reglamento No. 17 se basó en la aplicabilidad directa de la prohibición del apartado 1 del artículo 81 y en la notificación previa de los acuerdos y prácticas restrictivos con vistas a su exención de conformidad con el apartado 3 del artículo 81. **Mientras que tanto la Comisión como los Tribunales y autoridades nacionales de competencia pueden aplicar el apartado 1 del artículo 81, solo la Comisión es competente para aplicar el apartado 3 del artículo 81**”. (Negrillas fuera de texto).

⁷⁷ La adopción del sistema de excepción legal en virtud del cual se recomendaba la aplicación directa del apartado 3 del artículo 81 del TCE tanto por parte de la Comisión, como de las autoridades y los tribunales nacionales, fue una de las propuestas de la Comisión Europea incluidas en el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. También en este sentido puede verse el considerando 4 del Reglamento 1/2003. Igualmente, sobre el tema las consideraciones de CREUS, Antonio y AMADOR, Olivia. “Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del TJCE”, en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 11, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. 753: “*Dentro de las novedades más significativa que incorpora el Reglamento 1/2003, como se ha señalado, se encuentra el establecimiento de un sistema de exención legal directamente aplicable, convirtiéndose tanto la prohibición contenida en el artículo 81.1, como la exención prevista en el artículo 81.3 del Tratado CE, en normas directamente aplicable no sólo por la Comisión sino también por las autoridades nacionales de competencia y los tribunales estatales. Los acuerdos serán válidos o nulos dependiendo de que se cumplan o no las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE*”. También, DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit., p. 378 a 380.

⁷⁸ Consideraciones de ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, Documento texto sobre “Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia”...Ob. cit., s.p. y DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit., pp. 360 a 364. En igual sentido puede verse también la 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) (2004/ C 101/06), publicada en el DOCE del 27.4.2004, que refiriéndose al Reglamento 1/ 2003 establece en su parágrafo 1:“(…) el Reglamento también brinda seguridad jurídica al prever que los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 pero cumplen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo son válidos y plenamente ejecutables ab initio sin que sea necesaria una decisión previa de una autoridad de competencia (...)”.

⁷⁹ GALAN CORONA, Eduardo. Prohibición de prácticas colusorias (I) visión general”, en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 4, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. 175 “(…) los apartados 1 y 3 del art. 81 no se aplican en momentos distintos, sino simultáneamente y sin necesidad de ninguna declaración previa: un acuerdo, decisión o práctica concertada está prohibido sí, incurso en el apartado 1, no cumple

En mi criterio, el Reglamento 1/2003 no excluye de la prohibición los acuerdos que cumplen los requisitos establecidos en el art. 81.3 del TCE, lo que ocurre es que estos acuerdos estando prohibidos se consideran exentos automáticamente sin que se requiera una declaración previa por parte de la autoridad nacional o comunitaria competente⁸⁰.

Además de establecer el sistema de excepción legal y precisamente como consecuencia del mismo, el Reglamento 1/2003 elimina el sistema de autorizaciones singulares y lo sustituye por un mecanismo de autoexamen:

Una de las causas que justificó la reforma era la forma en que operaba el mecanismo de autorizaciones individuales a cargo de la Comisión, el cual no sólo generaba una congestión de solicitudes y de retrasos con los consiguientes efectos negativos sobre la actividad empresarial, sino que además impedía que la Comisión centrara su atención y sus esfuerzos en el estudio y la sanción de las prácticas relevantes en el mercado comunitario.

El Reglamento 1/2003 soluciona estos inconvenientes al eliminar la figura de las autorizaciones singulares e implantar el mecanismo del auto-examen o de auto-evaluación.

Bajo el nuevo sistema del auto-examen son las partes las encargadas de valorar si el acuerdo por ellas celebrado cumple con los requisitos del art. 81.3 del TCE, siguiendo para ellos los parámetros y las herramientas dispuestas para estos efectos por parte de la Comisión⁸¹.

Adicionalmente, al eliminar el mecanismo de autorizaciones individuales también se puso fin al monopolio de la Comisión en la aplicación del art. 81.3 del TCE. De conformidad con el Reglamento 1/2003, corresponde a la Comisión, a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales la aplicación directa e íntegra del art. 81 del TCE, de esta forma, se descentraliza la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia y en consecuencia, el control y la sanción de los acuerdos restrictivos.

En este orden de ideas, bajo el nuevo sistema de interpretación y aplicación del art. 81 del TCE impuesto por el Reglamento 1/2003, el control sobre la aplicación de las normas es siempre un control a posteriori, en desarrollo del cual las autoridades competentes deben demostrar la infracción del art. 81.1 del TCE y las partes (empresas y otros operadores del mercado) que pretendan acogerse a la exención deben probar que el mismo cumple los requisitos del art. 81.3 del TCE, en otros términos, lo que estará sujeto a revisión de las autoridades será el auto-examen que las partes hagan en relación con el acuerdo suscrito entre ellas.

las condiciones del apartado 3 del art. 81 y no estará prohibido si, a pesar de estar incurso en el apartado 1 del aludido precepto, cumple las condiciones del apartado 3 del mismo”

⁸⁰ Por lo demás, lo cierto es que las diversas interpretaciones que pueden darse al art. 1 del Reglamento 1/2003 no tienen mayores efectos prácticos, pues en definitiva el resultado es el mismo, ya que la conducta se considera válida y el acuerdo puede ejecutarse sin que se requiera adelantar un procedimiento de autorización previa

⁸¹ Ver infra num. 1.4.2 capítulo I.

Precisamente atendiendo las reformas hasta ahora comentadas, algún sector de la doctrina reafirma la opinión de que el art. 81.1 del TCE contiene una *rule of reason*, que exige en cada caso, antes de considerar que un acuerdo es restrictivo de la competencia, verificar si el mismo cumple con los elementos del tipo, evaluar la necesidad de su implementación, las ventajas derivadas del mismo y la afectación concreta del mercado, de forma tal que sólo los no autorizables se prohíban y consideren ilícitos.

A las anteriores, se suman otras importantes reformas introducidas por el Reglamento 1/2003, a las cuales se hará referencia detallada más adelante, entre ellas se destacan: (i) La creación de una red de información y la implementación de mecanismos de colaboración entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia⁸²; (ii) El establecimiento de mecanismos de cooperación entre la Comisión y los jueces o tribunales nacionales⁸³; (iii) La atribución expresa de competencias a las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE⁸⁴ y (iv) El refuerzo de las facultades de inspección, investigación y sanción de la Comisión⁸⁵. A través de las tres primeras se pretende conseguir una aplicación coherente y sistemática del Derecho Comunitario de la competencia y con la última se busca garantizar la efectividad de las decisiones y sanciones impuestas en este nivel. Adicional a estas, habrá que tener en cuenta el impacto que tuvo la reforma sobre regulación de libre competencia en sectores específicos de la economía⁸⁶.

Finalmente, hay que señalar que a pesar de los avances que ha supuesto la reforma del año 2003, existen otros muchos aspectos del Derecho Comunitario de la libre competencia cuya revisión y actualización se encuentra aún pendiente⁸⁷, y otros cuya

⁸² Ver *infra* num. 2.1.1 del capítulo I.

⁸³ Arts. 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del Reglamento 1/2003. Ver *infra* 2.1.3 del capítulo I.

⁸⁴ Arts. 3, 5 y 6 del Reglamento 1/2003.

⁸⁵ Arts. 17, 18, 19, 20 y 21 del Reglamento 1/2003.

⁸⁶ La reforma introducida por el Reglamento 1/2003 afectó también la regulación de libre competencia en sectores específicos de la economía: Se derogó el Reglamento (CE) No. 141/1952, del Consejo, de 26 de noviembre de 1962 y se modificaron los Reglamentos (CEE) No. 1017/1968 sobre las normas de competencia aplicables a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, No. 4056/1986 sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 al transporte marítimo y No. 3975/1985 sobre el desarrollo de las normas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo. Es también importante destacar que la reforma del año 2003 se ha venido complementando a través de Directrices y de Comunicaciones de la Comisión sobre el alcance de algunas expresiones utilizadas en los artículos 81 y 82 del TCE con el fin de favorecer la aplicación sistemática y coherente del tema por parte de las autoridades nacionales.

⁸⁷ Sobre este punto ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...Ob. Cit. p. 5, afirma: “La reforma culminada en 2004 ha modificado sustancialmente el armazón conceptual que acabamos de exponer (...). No obstante, no ha avanzado todo lo que hubiera sido deseable. Por tres razones: En primer lugar por la obsesión de las autoridades Europeas de utilizar el Derecho de la competencia para lograr objetivos de integración de mercados haciendo micromanagement de la conducta de la empresas para lo que el Derecho de la Competencia es una herramienta escasamente adecuada. En segundo lugar, porque el derecho comunitario de la competencia no se enmarca –como los derechos nacionales- en un ordenamiento jurídico-privado que permita delimitar fácilmente los acuerdos que limitan la libertad de los que los celebran o tienen efectos restrictivos de la competencia pero que no deben considerarse prohibidos. Por último, la voluntad de las autoridades comunitarias de no modificar el Tratado ha obligado a deformar el sentido del artículo 81.3, paradójicamente para hacerlo más coherente con una concepción más económica del derecho antimonopolio”.

crítica tras la reforma no se ha hecho esperar⁸⁸. Por lo demás, dado que el Reglamento 1/2003 entró en vigencia el día 1 de mayo de 2004, la experiencia y las decisiones institucionales comunitarias y nacionales son aún muy escasas para poder valorar el éxito o el fracaso de las reformas ya comentadas.

1.4. EL SISTEMA COMUNITARIO DE EXENCIÓN

El sistema comunitario de exenciones opera una vez se ha definido que el acuerdo se encuentra prohibido y se verifica que el mismo cumple con los requisitos del art. 81.3 del TCE. Este sistema es una de las más importantes formas de limitar el alcance y de racionalizar la aplicación de la prohibición del art. 81.1 del TCE.

Antes de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003, un acuerdo restrictivo de la competencia podía ser excepcionalmente autorizado por parte la Comisión a través de un REC o de una autorización de carácter individual⁸⁹. En la actualidad, son las partes (empresas y asociaciones de empresas) las encargadas de evaluar si el acuerdo cumple con los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE y en caso de ser así, proceder a su celebración y ejecución sin necesidad de procedimiento o autorización adicional de ninguna naturaleza (sistema de auto-examen).

1.4.1. Las exenciones a nivel Comunitario antes del Reglamento (CE) 1 de 2003

Antes del Reglamento 1/2003 la competencia para aplicar el art. 81.3 del TCE correspondía en forma exclusiva a la Comisión, la cual tenía a su cargo las tareas de autorizar los acuerdos que le fueran notificados en forma individual y de expedir REC cuando ello fuera necesario.

Bajo el sistema de las autorizaciones individuales las partes debían solicitar y obtener una autorización previa y específica de la Comisión en virtud de la cual ésta consentía la ejecución y el cumplimiento del acuerdo restrictivo notificado (control *ex - ante*)⁹⁰. En este caso, las partes tenían la carga de probar ante la autoridad comunitaria que el acuerdo cumplía los requisitos del art. 81.3 del TCE.

La manera en que operaba este sistema generaba un desgaste innecesario para la Comisión, dado que ésta tenía que resolver un número cuantioso de solicitudes respecto de acuerdos que no eran restrictivos, que pese a serlo no tenían la virtualidad

⁸⁸ ORTIZ BLANCO, Luís y LEÓN JIMÉNEZ, Rosario. Reforma revolucionaria de la aplicación del Derecho de competencia ... Ob. Cit. “a) Otra de las críticas recibidas por la reforma es que el nuevo sistema de competencias paralelas va a fomentar el *forum shopping* entre las empresas; es decir, la posibilidad de las empresas de elegir el país en el cual denunciar una práctica o impugnar un acuerdo en función del sistema nacional más favorable, o de ir de una jurisdicción a ANC {Autoridad Nacional de Competencia} a otra hasta encontrar una resolución o decisión que le sea beneficiosa. El *forum shopping* sería también fomentado por la inconsistencia que reinará en las decisiones y resoluciones de las autoridades de los diferentes Estados miembros”.

⁸⁹ En España opera esta dualidad de autorizaciones. La autorización particular o individual es otorgada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y la exención por categoría la otorga el Gobierno Nacional. Las normas aplicables en esta materia son los arts. 3, 4 y 5 de la LDC y el RD 378 de 2003.

⁹⁰ GARRIDO RUIZ, Fulgencio. Ob. Cit., p. 72.

de afectar en forma considerable la competencia (por ejemplo acuerdos que hoy podrían calificarse como de menor importancia), o que simplemente eran acuerdos cuyas ventajas y beneficios en favor de la competencia y de los consumidores eran claramente mayores a las restricciones que se derivaban de su celebración y que por tanto eran claramente autorizables. Igualmente este sistema afectaba el desempeño de otras funciones a cargo de la Comisión, pues impedía que ésta concentrara sus esfuerzos en las conductas con relevancia comunitaria. Además este sistema le restaba agilidad al tráfico mercantil, pues las partes del acuerdo notificado no podían proceder a su ejecución hasta tanto no obtenían respuesta favorable a su solicitud por parte de la Comisión⁹¹.

Por su parte, a través de los REC la Comisión otorgaba una dispensa general a los acuerdos (comunes a ciertos tipos contractuales) que además de los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE cumplían los requisitos previstos en el Reglamento específico (relativos por ejemplo a las cuotas de mercado de las partes o a la duración del acuerdo). Los REC permitían que la Comisión diera una respuesta ágil a las solicitudes individuales de autorización que tenían características comunes y/o que eran reiteradas para cierta categoría de acuerdos o en relación con cierta clase de contratos; en este sentido, los REC constituían un reconocimiento de la tipicidad de algunos acuerdos que siendo restrictivos de la competencia debían ser autorizados por las ventajas que los mismos generaban para las partes y para el mercado. A pesar de estas ventajas, lo cierto fue que los REC no solucionaron el problema de congestión y atraso generado por el cúmulo de solicitudes individuales; en realidad, sólo fueron un paliativo para un sistema que estructuralmente no era funcional.

Bajo el sistema de los REC, las partes no debían notificar el acuerdo celebrado ni obtener una autorización particular y expresa para la ejecución del mismo, bastaba con que el acuerdo cumpliera los supuestos y exigencias del Reglamento para que éste quedara cobijado por su inmunidad⁹². Algunas veces el Reglamento además de establecer un listado sobre los pactos restrictivos expresamente autorizados, incluía un listado de las cláusulas negras o los pactos que no quedaban cubiertos por la exención por ser especialmente graves o restrictivos, esta técnica legislativa además de facilitar a las partes la verificación sobre la inmunidad que ofrecía el Reglamento, permitía que éstas adecuaran sus acuerdos y contratos con el fin de quedar bajo el amparo de la exención y evitar el proceso de notificación individual.

Tanto las autorizaciones individuales como las exenciones por categoría podían ser revocadas por la Comisión cuando el acuerdo dejaba de cumplir cualquiera de los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE o alguno de los supuestos particulares establecidos en el REC. En estos eventos se consideraba que las conductas realizadas eran lícitas y válidas mientras hubiese estado vigente la autorización, de tal manera que la revocación sólo surtía efectos *ex nun*. La carga de la prueba para revocar la autorización correspondía a la Comisión, la cual debía demostrar que el acuerdo no cumplía con lo previsto en el art. 81.3 del TCE y/o no cumplía con las exigencias del

⁹¹ Ver considerando 3 del Reglamento 1/2003. También GARRIDO RUIZ, Fulgencio. Ob. Cit., p. 72.

⁹² VASQUEZ ORGAZ, Jorge. Ob. Cit., “En definitiva, el instrumento de las exenciones en bloque supone que los acuerdos afectados por la misma queden automáticamente fuera del ámbito de aplicación del art. 85.1 del Tratado de la Comunidad Europea, sin necesidad de notificación a la Comisión, y gozando del mismo estatuto jurídico que los acuerdos a los que se ha concedido una exención individual”.

Reglamento o excedía los límites bajo los cuales se había concedido la autorización individual.

Con el propósito de responder a las críticas que la doctrina y los operadores económicos formulaban en relación con la aplicación práctica de los REC y para actualizar su contenido e incluir nuevos criterios de valoración de los acuerdos restrictivos -fundamentalmente de tipo económico-, entre 1999 y 2000 se introdujeron grandes modificaciones en los REC vigentes a nivel comunitario. Para ese momento la Comisión consideró que además de actualizar los REC resultaba importante expedir Directrices con el fin de orientar la aplicación de estas normas comunitarias y regular aquellas categorías de acuerdos que quedaban fuera de la exención, de manera tal que a los Reglamentos se unieron las directrices y con posterioridad a ellas se sumaron también las comunicaciones de la Comisión sobre temas particulares o específicos de libre competencia, normas estas que en conjunto permitían y facilitaban una aplicación coherente del sistema comunitario de exenciones.

1.4.2. La funcionalidad del sistema de exenciones después del Reglamento (CE) 1 de 2003

Bajo la vigencia del Reglamento 1/2003 siguen teniendo aplicación las consideraciones realizadas en torno a la autorización de los acuerdos restrictivos de la competencia a través de los REC⁹³; no puede decirse lo mismo del sistema de autorizaciones individuales, el cual como consecuencia de la reinterpretación del art. 81 del TCE ha desaparecido del contexto comunitario y ha sido sustituido por el mecanismo del auto-examen.

Tras la reforma, son las partes del acuerdo presumiblemente restrictivo y no cubierto o amparado por un REC quienes deben evaluar en forma directa y autónoma si el mismo cumple con los requisitos del art. 81.3 del TCE⁹⁴, teniendo para ello en consideración las herramientas que la Comisión ha elaborado como guía de este procedimiento. Si al final del auto-examen las partes concluyen que el acuerdo cumple todos los requisitos,

⁹³ Considerando No. 10 del Reglamento 1/2003: “*Los Reglamentos (CEE) n° 19/65, (CEE) n° 2821/71, (CEE) n° 3976/87, (CEE) n° 1534/91 y (CEE) n° 479/92 facultan a la Comisión para aplicar el apartado 3 del artículo 81 del Tratado por medio de reglamento a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. En el ámbito de dichos Reglamentos, la Comisión ha adoptado y podrá seguir adoptando los llamados «Reglamentos de exención por categorías», mediante los cuales declara inaplicable el apartado 1 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. Cuando a pesar de todo, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a los que se aplican dichos Reglamentos produzcan efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deben estar facultados para retirar en casos concretos el beneficio del Reglamento de exención por categorías*”. Numeral 2 de la Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

⁹⁴ ORTIZ BLANCO, Luís y LEÓN JIMÉNEZ, Rosario, “Reforma revolucionaria de la aplicación del Derecho de competencia ... Ob. Cit. “(...) por su parte. Las empresas sin necesidad de notificar el acuerdo a la Comisión, podrán valorar por sí mismas si un acuerdo cumple con los requisitos del artículo 81.3; si este fuera el caso, el acuerdo será válido desde el primer momento, sin necesidad de obtener una autorización por parte de la Comisión”.

podrán ejecutarlo y el mismo se presumirá válido hasta tanto no se declare lo contrario por cualquiera de las autoridades competentes⁹⁵.

A este respecto se afirma: “(...) las empresas deberán analizar, por sí mismas, si los acuerdos que han celebrado son contrarios a las disposiciones de defensa de la competencia. Este sistema de autoevaluación si bien agiliza el proceso, introduce en los operadores económicos una cierta inseguridad jurídica. En efecto, las empresas deberán recurrir a un asesoramiento cualificado que les permita dilucidar la bondad de sus prácticas y acuerdos desde la perspectiva del Derecho de la competencia y actuar en consecuencia”⁹⁶.

Dada la importancia de la labor que se asigna a los particulares en la evaluación de los acuerdos restrictivos, se han dispuesto dentro del ámbito comunitario varias herramientas cuya finalidad es, precisamente, orientar la actividad de las partes en el proceso de auto-examen: Así, además de los REC, las partes deberán tener en consideración las directrices sobre las diferentes clases de acuerdos restrictivos (horizontales y verticales), a través de las cuales la Comisión ha precisado el alcance de algunos conceptos y establecido los parámetros que permiten definir el mayor o menor grado de restricción que deriva de un acuerdo específico; junto a ellos, las partes deberán tener en cuenta las Comunicaciones de la Comisión relativas al tema de libre competencia y en particular la Comunicación sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, también deberán considerar las cartas de orientación y, por último, la jurisprudencia de los tribunales comunitarios.

Cuando se trate de una situación completamente novedosa (acuerdos o prácticas nuevos o cuyos efectos no hayan sido objeto de análisis), respecto de la cual los instrumentos mencionados no resulten útiles o sean insuficientes, la Comisión puede a solicitud de las partes emitir cartas de orientación siempre que ello sea compatible con sus prioridades⁹⁷. Las cartas constituyen un mecanismo excepcional que de ninguna forma sustituye a las autorizaciones individuales⁹⁸, su finalidad no es otra que la de

⁹⁵ ILLESCAS, Rafael, “Las relaciones entre los derecho comunitario europeo y español de la competencia”, en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, capítulo 3, Madrid, Edit Bosch, 2005, pp. 160 y 161: “Conforme a las nuevas pautas los empresarios están llamados a evaluar sus prácticas y acuerdos desde una perspectiva antitrust y actuar en consecuencia: absteniéndose de llevarla a cabo si consideran que resulta infractora o, en caso contrario, aplicándola en el mercado que no lo es o que se encuentra amparada por alguna regla de exención por categoría; a riesgo, no obstante, de verse sometidos a investigación primero y luego a sanción por infracción del DEC (Derecho Europeo de la Competencia)”.

⁹⁶ También BENEYTO PÉREZ, José María (Director) y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, Jerónimo, en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. LXIX. En el mismo sentido son ilustrativas las consideraciones de CREUS, Antonio y AMADOR, Olivia. Ob cit., p. 753: “(...) un elemento clave de esta reforma es el hecho de que se permita a las empresas, con el adecuado asesoramiento, llevar a cabo la evolución de si los acuerdos que concluyen y que restringen y que restringen la competencia, son o no acreedores de la exención legal prevista en el art. 81.3. Esta evolución se deberá realizar teniendo en cuenta la establecido por la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión. A estos efectos será de especial importancia y utilidad para las empresas, las Directrices que sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 ha publicado recientemente la Comisión”.

⁹⁷ 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) (2004/ C 101/06), DOCE del 27.4.2004, puntos. 6 a 25.

⁹⁸ *Ibíd.* punto. II. 7: “Aunque el Reglamento 1/2003 no constituye ningún impedimento para que la Comisión facilite orientaciones informales a empresa concretas a lo conforme en la presente Comunicación, la posibilidad de expedir tales orientaciones no debe afectar el objetivo primordial del

facilitar a las partes la evaluación de sus acuerdos a la luz de las disposiciones de libre competencia, sin prejuzgar ni impedir la evaluación que de una conducta pueden realizar los tribunales comunitarios en la medida en que “(...) *no constituyen decisiones de la Comisión y no son vinculantes para las autoridades de competencia o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros facultados para aplicar los artículos 81 y 82*”⁹⁹.

Hechas estas consideraciones, puede afirmarse que el Reglamento 1/2003 brinda mayor coherencia al régimen de autorizaciones y hace innecesario deformar el alcance del art. 81.3 del TCE¹⁰⁰. Antes de la reforma las autoridades se veían abocadas a aplicar de forma extensiva el art. 81.3 del TCE con el propósito de que ésta disposición cobijara acuerdos útiles, necesarios y eficientes, deformando en muchos casos el sentido y alcance de la disposición. Actualmente, el art. 81.3 del TCE tiene un ámbito de aplicación restringido, por regla general su aplicación corresponde a las partes y sólo en casos de conflicto y de manera excepcional a las autoridades competentes¹⁰¹.

Al lado de las notables ventajas que se desprenden de la reforma, surgen algunos problemas o discusiones sobre la validez y a los efectos del auto-examen frente a las partes del acuerdo y respecto de terceros ajenos al mismo. El punto clave consiste en definir qué sucede en caso de que se alegue -con posterioridad al auto-examen- el carácter restrictivo de los acuerdos, ya sea por una de las partes o por un tercero afectado. Igual cuestionamiento se plantea cuando es la Comisión o las autoridades nacionales -de oficio- las que deciden y definen el carácter anticompetitivo del acuerdo. De la misma manera se plantea como punto de debate el posible fraude en el proceso de auto-examen, al respecto se plantea la invalidez del mismo y la eventual indemnización de perjuicios a cargo de quienes han actuado en forma fraudulenta.

Conforme a lo anterior, en el proceso de valoración de un acuerdo restrictivo las autoridades competentes deben verificar si el acuerdo respecto del cual existe controversia se encuentra cobijado por un REC o si ha sido desarrollado por las partes con posterioridad a un auto-examen que arrojó como resultado la legalidad del acuerdo.

Si el acuerdo está cobijado por un REC está exento de la aplicación del art. 81.1 del TCE, excepto en caso de que las autoridades consideren que debe revocarse la autorización concedida ya sea en relación con un acuerdo en particular o en relación con una categoría de acuerdos en general. De conformidad con el art. 29.1 del Reglamento 1/2003, la facultad para retirar el beneficio de la autorización le corresponde a la Comisión y a las autoridades nacionales, en estos casos corre a cargo de ellas probar que el acuerdo no reúne todas las condiciones previstas en el art. 81.3 del TCE o que incumple algunos de los requisitos particulares previstos en el Reglamento correspondiente.

Reglamento de garantizar una aplicación efectiva de las normas de competencia. Por ello la Comisión sólo podrá proporcionar orientaciones informales si ellos es comprobable con sus prioridades de aplicación”.

⁹⁹ *Ibíd.* punto VI. 25.

¹⁰⁰ Para orientar las actividades de los particulares, de las autoridades y tribunales nacionales, la Comisión expidió las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08), DOCE del 27.04.2004.

¹⁰¹ La Comisión aplicará el artículo 81.3 del TCE cuando expida REC, revise el contenido y el alcance del auto-examen y cuando se solicite de su parte un concepto de no aplicabilidad del art. 81.1 del TCE.

Si el acuerdo no está cobijado por un REC y existe controversia sobre el mismo, las autoridades competentes deberán entrar a valorar el procedimiento de auto-examen hecho por las partes, quienes a su vez tendrán la carga de probar que el acuerdo cumple todos los requisitos del art. 81.3 del TCE a saber:

1. Que el acuerdo produce mejoras en la producción o distribución o contribuye a fomentar el progreso técnico o económico.
2. Que los consumidores o usuarios puedan participar de las ventajas generadas por el acuerdo.
3. Que las restricciones que derivan del acuerdo son indispensables para obtener los beneficios y ventajas que persiguen las partes.
4. Que las restricciones que derivan del acuerdo no otorgan a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En relación con el alcance estos requisitos, tanto las partes como las autoridades competentes deben atender lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión “*relativa a las Directrices sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*” (2004/ C 101/08), publicado en el DOCE del 27.4.2004, particularmente lo previsto en los puntos 38 y siguientes¹⁰² a saber:

- En primer lugar, deberán tener en cuenta que no se encuentran excluidos del ámbito del art. 81.3 del TCE ninguna clase de acuerdos, aunque es muy probable que las restricciones especialmente graves a las cuales se refieren los REC no puedan superar el test dispuesto por mencionado artículo.
- Así mismo, deberán considerar que los requisitos previstos en el art. 81.3 son acumulativos (puntos. 38 y 42), que deben ser analizados en un mercado geográfico y de producto determinado y dentro del contexto real en el cual se producen y según el momento en el cual se realizan (puntos 43 y 44).
- Teniendo claro los puntos anteriores, las partes deberán acreditar y las autoridades comprobar que el acuerdo genera beneficios objetivos y directos que se desprenden de su celebración; así mismo, deberán acreditar la forma y el tiempo en que se obtendrán dichos beneficios y la importancia y cuantía de las eficiencias.
- En relación con el segundo requisito al cual se refiere el art. 81.3 del TCE, las partes tendrán que probar que del acuerdo se desprenden beneficios para los consumidores¹⁰³ que al menos logran compensar los daños que para estos pueden derivar de la restricción a la competencia. Los beneficios en favor de los consumidores pueden provenir de eficiencias en costes o de eficiencias cualitativas, estas últimas referidas a la obtención de nuevos productos o de mejoras técnicas como resultado de la celebración del acuerdo.

¹⁰² Sobre el alcance de los requisitos del art. 81.3 del TCE puede verse KJOLBYE, Lars... Ob. Cit.

¹⁰³ En torno a este punto se considera consumidor no sólo a quienes adquieren los bienes para consumo final o reventa sino también aquellos que adquieren el producto para incorporarlo en otro.

- Respecto del tercer requisito, las partes deberán demostrar que el acuerdo restrictivo es razonablemente necesario para la obtención de las eficiencias y que no existe una manera menos restrictiva de obtenerlas¹⁰⁴.

Evaluados estos elementos, la autoridad debe valorar también el carácter necesario de cada una de las restricciones derivadas del acuerdo, teniendo en cuenta su naturaleza, la clase de productos o servicios que involucra, la extensión y duración de cada una de las restricciones y en general la estructura del mercado dentro del cual se aplican (punto 78).

Finalmente, las partes deben demostrar que a pesar del acuerdo subsiste la competencia real y efectiva dentro del mercado, de forma tal que el consumidor conserva la libre elección de productos o servicios dentro del mismo. Si el acuerdo elimina la competencia en uno de sus factores o expresiones más importantes no será procedente aplicar el 81.3 del TCE. En relación con este aspecto, deberá tenerse en consideración la sustituibilidad de los productos o servicios, los incentivos para participar en el mercado, si existen barreras de acceso y si hay o no competidores potenciales, los problemas de costos que pueden desincentivar la entrada de competidores o estimular la salida de los actuales, los riesgos comunes dentro del mercado, el tiempo probable de recuperación de inversiones dentro del mismo, la estructura de la demanda y las perspectivas económicas del sector y, en general, todos los factores con base en los cuales las partes pueden probar que la competencia dentro del mercado de referencia no desaparece de forma absoluta.

En cuanto se refiere a las restricciones verticales y en particular a las cláusulas de exclusividad, además de las consideraciones hechas sobre la nueva forma de interpretar los artículos 81 y 82 del TCE -las cuales desde luego afectarán cualquier análisis que se realice sobre este tipo de acuerdos en el ámbito comunitario- deberá tenerse en cuenta especialmente lo dispuesto en el Reglamento 2790/1999 y para aquellos acuerdos no cubiertos por el Reglamento, deberá atenderse lo dispuesto en las Directrices y Comunicaciones de la Comisión y las cartas de orientación sobre el tema, sin que sea posible *a priori* y en forma abstracta establecer reglas generales sobre la valoración de esta clase de acuerdos según se explica en el numeral 3 de este capítulo.

Dando continuidad a los comentarios que se vienen haciendo sobre el contenido y alcance del Reglamento 1/2003, a continuación se señalan los cambios que introdujo la reforma en materia procesal.

2. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL CONTROL Y SANCIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

Dos puntos fundamentales deben resolverse bajo este numeral. El primero se refiere a las autoridades competentes para la aplicación del Derecho Comunitario de la

¹⁰⁴ Las partes deberán explicar por qué las eficiencias que se desprenden del acuerdo restrictivo no pueden lograrse a través por ejemplo del desarrollo y crecimiento de la actividad empresarial o mediante la implementación de una política de precios que sea competitiva o en general mediante cualquier otro mecanismo empresarial no restrictivo de la libre competencia o menos restrictivo que el acuerdo desarrollado.

competencia y el segundo a los procedimientos que éstas pueden adelantar. Ambos puntos están referidos únicamente a los acuerdos restrictivos de la competencia, pues en otros temas como el control de las concentraciones, la regulación y los criterios que definen la normativa, las autoridades y los procedimientos aplicables son completamente diferentes.

2.1. LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Antes de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003 el panorama de aplicación del Derecho Comunitario de la competencia tenía como protagonista principal a la Comisión. Aunque dicho protagonismo se mantiene al día de hoy, hay que reconocer que a partir del 1 de mayo de 2004 -fecha de entrada en vigencia del Reglamento- aparecen en el escenario otros actores que hacen posible que la labor de la Comisión se concentre en los temas de mayor relevancia para la Unión Europea.

Con anterioridad al Reglamento 1/2003, dos normas comunitarias regulaban tanto la competencia de la Comisión como los procedimientos que dicha entidad adelantaba en relación con los temas de libre competencia. Por una parte, el Reglamento del Consejo No. 17/1962 establecía las reglas del procedimiento sancionatorio que adelantaba la Comisión por la infracción de los artículo 85 y 86 del Tratado CE (actualmente arts. 81 y 82 del TCE) y la competencia exclusiva de dicho órgano para aplicar el art. 85.3 del Tratado (actual art. 81.3 del TCE); y por otra, el Reglamento del Consejo No. 19/1965 que establecía la competencia de la Comisión para expedir reglamentos de exención con base en lo dispuesto en el apartado 3 del art. 85 del TCE y para retirar la inmunidad conferida a través de estos.

El Reglamento 1/2003 eliminó el sistema de autorizaciones individuales y la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el apartado 3 del art. 81 del TCE, al tiempo que otorgó competencias para la aplicación integral y directa de los arts. 81 y 82 del TCE a la Comisión, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁰⁵.

La nueva normativa consagra un sistema descentralizado de aplicación del Derecho Comunitario de la competencia a través del cual se pretende lograr un mayor control sobre las conductas restrictivas y una aplicación más estricta de las normas comunitarias¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Art. 5 del Reglamento 1/2003. También BENEYTO PÉREZ, José María (Director) y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, Jerónimo, en el libro *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Madrid, Edit Bosch, 2005, p. LXVIII “*Se ha producido la desmonopolización de la aplicación del art. 81.3 por la Comisión Europea, al pasar de un sistema de prohibición de los acuerdos restrictivos y de autorización previa a un sistema en el que son las autoridades y los jueces nacionales quienes deberán aplicar el artículo 81 de forma unitaria, a partir de la ponderación ex ante de los aspectos anti y procompetitivos de los acuerdos que deberán realizar los operadores económicos y sus asesores*”.

¹⁰⁶ Considerando No. 4 del Reglamento 1/2003:“(4) Conviene, por lo tanto, sustituir este régimen por un sistema de excepción legal directamente aplicable, en el que las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sean competentes no sólo para aplicar el apartado 1 del artículo 81 y el artículo 82 del Tratado, directamente aplicables en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también el apartado 3 del artículo 81 del Tratado”; Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículo 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, numeral I,1 en el cual se establece:

No obstante, la descentralización también supone serios inconvenientes relacionados con la posible dispersión de criterios en la aplicación de las normas, problemas de unidad y coherencia en las decisiones adoptadas y problemas de competencia concurrente entre muchos otros.

Así las cosas, el mayor reto que plantea este sistema, es el de conseguir que exista coherencia y unidad de criterio por parte de las autoridades competentes en la aplicación de la normativa comunitaria, para ello tanto en el Reglamento 1/2003 como en el Reglamento (CE) No. 773 de 2004 “*relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE*” (en adelante Reglamento 773/2004) y en las diversas Directrices y Comunicaciones de la Comisión posteriores a la reforma, se han previsto mecanismos de cooperación y de coordinación entre la Comisión, las autoridades de competencia y los organismos jurisdiccionales nacionales, entre ellos, tenemos:

1. La aplicación de un principio que podría denominarse como de coherencia entre el Derecho Comunitario y los derechos de nacionales, en virtud del cual no pueden sancionarse o prohibirse a través de normas nacionales conductas que a la luz de los art. 81 y 82 del TCE son lícitas y válidas, como tampoco pueden permitirse o autorizarse dentro del ámbito nacional o local conductas que en el contexto comunitario se encuentran prohibidas y se consideran ilícitas¹⁰⁷.
2. La competencia prioritaria o prevalente de la Comisión en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia. Este principio significa que en caso de que la Comisión haya incoado un procedimiento sancionatorio, las autoridades nacionales deben abstenerse de hacerlo -cuando los hechos del caso sean los mismos- y, en caso de que éstas estén tramitando una investigación deben ceder ante la voluntad manifiesta de la Comisión de asumir el trámite del asunto correspondiente y, en consecuencia, cerrar el procedimiento a su cargo¹⁰⁸.
3. El respeto por los procedimientos nacionales. Si bien se otorga competencia tanto a las autoridades de competencia como a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el art. 81 del TCE, la normativa comunitaria es respetuosa de los procedimientos que se sigue ante estas autoridades. En este sentido, se dispone que en cada caso serán las normas nacionales las que regulen las formas y las garantías propias de la investigación y el juicio, los medios de prueba y los recursos procedentes para controvertir las decisiones adoptadas. En todo caso, en el curso de estos procedimientos deberán

“El Reglamento 1/2003 establece un sistema de competencia concurrente para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado por parte de la Comisión y de las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En concreto, el Reglamento reconoce la complementariedad de las funciones de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros, en tanto que autoridades garantes del interés público, y de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que resulten litigios entre particulares que se derivan de los artículos 81 y 82”. Ver en igual sentido la 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) (2004/C 101/06), DOCE 27.4.2004, punto I.2.; Así mismo DE EIZAGUIRRE, José María ... Ob. Cit., pp. 358 y 359.

¹⁰⁷ Art. 3 del Reglamento 1/2003

¹⁰⁸ Considerando 17 y art. 11.6 del Reglamento 1/2003.

respetarse los principios de Derecho Comunitario y la interpretación que tanto la Comisión como los tribunales comunitarios dan a estos principios y en concreto a las normas de competencia.

4. La creación de una Red Europea de Autoridades de la Competencia a través de la cual se busca una aplicación coordinada del Derecho Comunitario de la competencia, la cooperación entre las distintas autoridades y la operatividad de un sistema de intercambios de información¹⁰⁹.
5. El establecimiento de mecanismos de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, que consisten básicamente en la facultad de aquéllos de solicitar información y dictámenes y en la facultad de ésta de presentar observaciones dentro de los procedimientos judiciales nacionales¹¹⁰.
6. La revocación (individual o por categoría) por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia de la exención concedida a través de los REC, en caso de los acuerdos amparados resulten incompatibles con el párrafo 3 del art. 81 del TCE o incumplan cualquiera de los requisitos previstos en el Reglamento correspondiente.

Tras la reforma, la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia compete a La Comisión, a las autoridades nacionales de competencia y a los órganos jurisdiccionales nacionales, cuyas actuaciones están reguladas por el Reglamento 1/2003 y por las comunicaciones relativas a los instrumentos de colaboración y cooperación. Corresponde ahora adentrarnos de manera descriptiva en las facultades de estos sujetos y en los procedimientos a su cargo:

2.1.1. La Comisión Europea

Bajo la vigencia del Reglamento 1/2003, la Comisión sigue desempeñando un papel importante en el control y la sanción de las conductas contrarias a la libre competencia. Sin embargo, por las ya comentadas, este rol se desempeña en la actualidad de una forma diferente.

Grosso modo podríamos decir que bajo el sistema descentralizado de aplicación del Derecho Comunitario de la competencia, la Comisión desempeña principalmente funciones de dirección, coordinación, cooperación y definición de las líneas de acción en materia de libre competencia. En particular corresponde a esta entidad, entre otras, las siguientes funciones:

- (i) La definición de la política comunitaria de competencia a partir de los estudios por sectores económicos adelantados bajo su responsabilidad¹¹¹. Esta política se traduce en Reglamentos, Directrices y Comunicaciones.

¹⁰⁹ Considerandos 15 a 18 del Reglamento 1/2003 y Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, relativa a la Red de Autoridades de Competencia. Ver *infra* numeral 2.1.2 del capítulo I.

¹¹⁰ Considerando 21 del Reglamento 1/2003.

¹¹¹ Referente a las investigaciones sobre sectores económicos o categoría de acuerdos puede verse el art. 17 del Reglamento 1/2003.

- (ii) Igualmente corresponde a la Comisión, la definición de asuntos nuevos no resueltos, cuyo interés tiene alcance comunitario o involucra asuntos que son de su exclusiva competencia (cartas de orientación)¹¹².
- (iii) Además, tramita los procesos sancionatorios en aquellos asuntos de relevancia comunitaria, para lo cual dispone de una competencia prevalente¹¹³. En el curso de esta clase de procedimientos puede además de impartir órdenes para que las empresas cesen o modifiquen sus conductas, imponer multas, adoptar medidas cautelares y aceptar cuando sea procedente los compromisos presentados por los presuntos infractores.
- (iv) Así mismo, conserva la facultad de expedir REC y de retirar la inmunidad conferida a través de ellos¹¹⁴.
- (v) Colabora con las entidades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales a través de la información que suministra a la Red y por medio de los documentos y dictámenes que facilita a solicitud de las autoridades judiciales. Más sobre estos aspectos en los numerales que siguen.

2.1.2. Las autoridades nacionales de competencia

Tanto las normas como los órganos comunitarios reconocen la pluralidad de naturaleza y funciones que desempeñan las autoridades nacionales de competencia.

En efecto, se reconoce que en algunos ordenamientos las funciones de autoridad de competencia se encuentran asignadas a autoridades de naturaleza administrativa, mientras en otros, corresponden a autoridades judiciales¹¹⁵; así mismo, se reconoce que bajo las normas de algunos ordenamientos nacionales la aplicación de la normativa de competencia requiere la intervención de varias autoridades (es el caso Español, en el cual la aplicación de la LDC y del Derecho Comunitario corresponde al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia)¹¹⁶, al tiempo que en otros sólo debe intervenir un órgano¹¹⁷; también se acepta que en la mayoría de países la defensa de la libre competencia tenga carácter horizontal y que en algunos de ellos este sistema coexista con regulaciones y entidades sectoriales con funciones en la

¹¹² Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informarles sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (2004/C 101/ 06).

¹¹³ Ver infra 2.1.2 del capítulo I

¹¹⁴ Art. 29 del Reglamento 1/2003.

¹¹⁵ Según el Libro Blanco para la reforma del sistema Español de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2005, solo en Austria y Finlandia los jueces tienen funciones de resolución. En los demás países de la Unión Europea el tema se encuentra asignado a autoridades de carácter administrativo.

¹¹⁶ Libro Blanco para la reforma del sistema Español de Defensa de la Competencia, p. 20: “*Varios países tienen dos autoridades diferentes para las distintas fases de instrucción – resolución. Es el caso de Francia. España y el Reino Unido (con un triple órgano especializado para la revisión jurisdiccional).*”

¹¹⁷ Ídem “*Órgano especializado único.- Este esquema caracteriza al sistema de la UE, que es el más claro ejemplo de autoridad de competencia de órgano único, en el que la DGCompetencia de la Comisión Europea tramita los expedientes y la decisión final la adopta el Colegio de Comisarios. En el ámbito nacional, aunque no de forma tan pura como la Comisión, cabe considerar en este grupo el sistema de Alemania, Italia y, recientemente, Portugal, entre otros países.*”

materia¹¹⁸ y, finalmente, se admite y se respetan los procedimientos que en cada caso establece la legislación de cada Estado miembro para investigar, controlar y sancionar los comportamientos restrictivos.

Partiendo de este reconocimiento, además de las funciones y de las competencias que les asigne la legislación nacional (relativas a la aplicación de las leyes o normas nacionales de competencia), el art. 5 del Reglamento 1/2003 establece de forma expresa que las autoridades nacionales se encuentran facultadas para aplicar los arts. 81 y 82 del TCE:

“Artículo 5. Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. (...)”

Esta competencia de las autoridades nacionales implica que de forma directa podrán conocer y tramitar las denuncias por la presunta infracción de las normas comunitarias y adoptar las decisiones sancionatorias que en cada caso correspondan. La novedad en este punto consiste fundamentalmente en la aplicación directa del art. 81.3 del TCE.

Sin embargo, dicha atribución de competencias puede acarrear que dentro de la Unión se susciten conflictos de competencia entre las autoridades de varios países o entre estas y la Comisión, o el trámite simultáneo de diversos procedimientos y la posible adopción de decisiones distintas e incluso contradictorias frente a hechos idénticos.

Para evitar estas situaciones de conflicto y de incoherencia en la aplicación de las normas comunitarias, el Reglamento 1/2003 establece una serie de mecanismos de cooperación¹¹⁹ y un conjunto de instrucciones que tienen por finalidad facilitar la coordinación de las labores que adelantan las autoridades nacionales¹²⁰.

Precisamente como mecanismo básico de cooperación a través del cual se concretan otros de los objetivos establecidos por el Reglamento 1/2003, se crea la Red de Autoridades de Competencia¹²¹.

El Reglamento 1/2003 y la declaración conjunta de la Comisión y el Consejo sobre el funcionamiento de una Red de Autoridades de Competencia contienen los elementos

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 21: “(45) En relación con el carácter horizontal de la defensa de la competencia, en general se asigna a instituciones especializadas que tiene competencia para aplicar las normas nacionales en cualquier sector productivo. No obstante, en muchos países esta aplicación horizontal coexiste con distintos regulares sectoriales cuya ámbito de actuación puede estar directamente relacionado con la defensa de la competencia. (...)”.

¹¹⁹ Arts. 11 y 12 del Reglamento 1/2003.

¹²⁰ Los principios de cooperación y coordinación se encuentran reiterados en la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículo 81 y 82 del Tratado CE (2004/C 101/05), DOCE del 27.4.2004.

¹²¹ Considerando 15 del Reglamento 1/2003: “(15) Conviene que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros formen conjuntamente una red de autoridades públicas que apliquen las normas de competencia comunitarias en estrecha cooperación. A tal efecto, es necesario crear mecanismos de información y de consulta. La Comisión, en estrecha cooperación con los Estados miembros, establecerá y revisará los pormenores adicionales de la cooperación en la red”.

esenciales de este sistema, el cual además ha sido descrito y detallado por parte de la Comisión en la Comunicación del 27 de abril de 2004 sobre el tema¹²².

Los objetivos fundamentales de la Red Europea de Competencia son la cooperación en la aplicación coherente de la política Europea de competencia y el control adecuado sobre el cumplimiento de la normativa comunitaria.

Vistas las consideraciones precedentes, los mecanismos de cooperación y las recomendaciones o instrucciones a través de las cuales se busca dotar de orden y de coherencia las actuaciones de las autoridades de competencia, a los cuales se refieren tanto el Reglamento 1/2003 como la Comunicación sobre la Red de Autoridades de Competencia, son los siguientes:

- (i) Por regla general las investigaciones por la presunta realización de conductas restrictivas de la competencia deben adelantarse por una sola autoridad, siempre que ella se encuentre bien situada para tramitar el asunto¹²³, o cuando habiendo varias autoridades en dicha condición, la acción de una sola de ellas resulte suficiente para poner fin a la totalidad de la infracción¹²⁴.

Se admite en todo caso que puedan existir acciones concurrentes de dos o más autoridades nacionales cuando la conducta afecta la competencia en el territorio de distintos Estados miembros y la acción de una sola de ellas no resulta suficiente para poner fin a la conducta o para sancionarla en forma eficaz. En estos eventos se debe propender porque los distintos procedimientos se adelanten en forma coordinada y para ello, de ser necesario, puede incluso designarse a una de las autoridades para que desempeñe funciones de coordinación.

- (ii) El procedimiento deberá ser adelantado por la Comisión cuando el acuerdo o la práctica restrictiva afectan la competencia en más de tres Estados miembros, cuando se vulneren disposiciones comunitarias cuya aplicación compete en forma exclusiva a la Comisión o cuando la intervención de este organismo resulta necesaria por estar involucrado el interés comunitario.
- (iii) La Comisión tiene una competencia prevalente¹²⁵. Si la Comisión es quien primero ha conocido de las conductas e iniciado un procedimiento, las

¹²² La comunicación del 27 de abril de 2004 sobre la Red de Autoridades de Competencia destaca la importancia de este mecanismo en los siguientes términos: “(...) Las autoridades nacionales de competencia y la Comisión forman conjuntamente una red de poderes públicos que actúan al servicio del interés público y cooperan estrechamente para proteger la competencia. La red es un foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia. Proporciona un marco para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en los asuntos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa. Esta red se denomina «Red Europea de Competencia» (REC)”.

¹²³ Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, relativa a la Red de Autoridades de Competencia, num. 8.

¹²⁴ Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, relativa a la Red de Autoridades de Competencia, num. 11.

¹²⁵ Art. 11.6 del Reglamento 1/2003 y num. 51 de la Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004 relativa a la Red de Autoridades de Competencia.

autoridades nacionales de competencia no podrán iniciar otro trámite por los mismos hechos.

Puede ocurrir también, que una autoridad nacional o varias de ellas hayan iniciado una investigación y que la Comisión invoque la aplicación del art. 11.6 del Reglamento 1/2003, ya sea con el objeto de garantizar la coherencia de la política de competencia en la Unión y/o cuando sea previsible que las autoridades nacionales puedan adoptar decisiones contradictorias o decisiones que modifiquen los antecedentes del tema a nivel comunitario; es estos casos, la Comisión consultará en forma previa a la autoridad nacional que adelante el procedimiento y posteriormente asumirá el conocimiento del caso.

- (iv) Para garantizar una distribución adecuada de los asuntos, las autoridades nacionales de competencia antes de iniciar el procedimiento o inmediatamente éste se ha iniciado, deben comunicar tal circunstancia a la Comisión y a las demás autoridades de competencia¹²⁶.

Este aviso será de gran importancia para detectar si existen procedimientos múltiples, para identificar cuál o cuáles autoridades se encuentran bien situadas en relación con las conductas y si resulta o no necesario que exista una declinatoria de competencia en favor de una de ellas. Los asuntos relativos a la autoridad competente deberán definirse en un plazo de dos meses contados desde el primer envío de información a la Red, después de este término sólo podrá modificarse el reparto cuando durante el curso del procedimiento los hechos que han dado lugar a la investigación cambien.

- (v) Si se han formulado denuncias ante diversas autoridades de competencia referentes todas ellas a una misma conducta supuestamente anticompetitiva, o se han iniciado de oficio diversos procedimientos relativos a un mismo comportamiento; las autoridades podrán declinar su competencia en favor de la autoridad que primero ha dado trámite a la denuncia o al procedimiento oficioso, o en favor de aquella que se encuentre mejor situada, debiendo en estos casos suspender el procedimiento que tramitan o desestimar la denuncia. Igual tratamiento debe darse en los casos en que la conducta ya ha sido objeto de investigación por cualquiera de las autoridades de los Estados.

Si la conducta objeto de denuncia o del trámite de oficio ha sido o es objeto de investigación por parte de otras autoridades de forma parcial, la autoridad de competencia podrá desestimar la denuncia o disponer el archivo de la misma en la parte ya definida y continuar el procedimiento respecto de la parte o respecto de las conductas que no han sido objeto ni de investigación ni de decisión.

La autoridad que finalmente tenga a su cargo la investigación podrá solicitar la cooperación de las demás en el desarrollo del procedimiento.

- (vi) Además de lo anterior, el Reglamento 1/2003 y la Comunicación relativa a la Red, establecen que la Comisión debe transmitir a las autoridades nacionales la información y los documentos que ha recopilado en el curso de las

¹²⁶ Art. 11.3 Reglamento 1/2003

investigaciones a su cargo¹²⁷ y que las autoridades nacionales deben informar continuamente sobre los asuntos pendientes de su decisión¹²⁸.

(vii) Otro de los mecanismos de cooperación y colaboración consiste en el intercambio entre autoridades de competencia y entre éstas y la Comisión de la información -aún confidencial- que se haya recabado con el fin de aplicar los arts. 81 y 82 del TCE. El intercambio será válido siempre que se respeten los límites establecidos en el art. 12 del Reglamento 1/2003, precisados en forma detallada en el punto 28 de la Comunicación de la Comisión referente a la Red, a saber:

- La información que se intercambia sólo puede ser utilizada como prueba para efectos de aplicar los arts. 81 y 82 del TCE, siempre que se respeten los fines para los cuales fue recabada.
- La información obtenida como resultado del intercambio también puede ser utilizada para la aplicación concurrente de las normas nacionales de libre competencia, siempre que se refiera al mismo asunto y su uso no conduzca a resultados contrarios a los que podrían obtenerse en el ámbito comunitario.
- La información intercambiada solo podrá utilizarse como prueba para imponer sanciones a las personas físicas, cuando en la legislación del Estado al cual pertenece la autoridad remitente existan esta clase de sanciones y siempre que la información se haya obtenido respetando el derecho de defensa en el mismo nivel en que este derecho se protege y se garantizada en el derecho que aplica la autoridad receptora.
- La información objeto de intercambio se encuentra protegida por el principio de confidencialidad (que obliga a las autoridades y a sus funcionarios¹²⁹) siempre que por su naturaleza este amparada por el secreto profesional o se considere reservada y siempre que así lo hayan manifestado las partes con interés en ella.

(viii) De conformidad con el art. 22 del Reglamento 1/2003, las autoridades nacionales de competencia podrán realizar inspecciones y otras medidas de investigación conforme a su legislación nacional pero en nombre y por cuenta de una autoridad de competencia de otro Estado miembro, y también podrán realizar las inspecciones cuya práctica haya sido dispuesta u ordenada por la Comisión. En estos casos, la práctica de la diligencia se regirá por la legislación nacional¹³⁰.

¹²⁷ Art. 11.2 del Reglamento 1/2003

¹²⁸ Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, sobre la Red de autoridades de competencia, punto 17.

¹²⁹ Art. 7 del RD 2295/2004.

¹³⁰ La colaboración para la práctica de diligencias (inspecciones y toma de declaraciones) a cargo de la Comisión o de otras autoridades de la competencia dentro del territorio Español, corresponde al SDC y en sentido estricto a los funcionarios que se designen para estos efectos por parte del Director del Servicio, esto, sin perjuicio de la cooperación que en estos casos pueda prestar el TDC (art. 5 y 6 RD 2295/2004).

- (ix) La autoridad nacional de competencia debe comunicar a la Comisión, a más tardar con 30 días antelación al momento de su adopción, las decisiones mediante las cuales ordena el cese de una conducta, aceptan los compromisos de las partes o retira la cobertura de un REC. Estas circunstancias también podrán comunicarse a las demás autoridades de competencia de la Unión. Una vez hecha la comunicación, la Comisión podrá solicitar la remisión de otros documentos que permitan valorar la decisión que se proyecta adoptar.
- (x) Las autoridades también podrán intercambiar información sobre otras decisiones importantes como son las decisiones de archivo o desestimación de denuncias, la práctica de medidas cautelares, la aceptación de compromisos y todas aquellas relativas a cualquier otra clase de asuntos que involucre la aplicación de la legislación comunitaria de competencia.
- (xi) Cuando las autoridades nacionales decidan sobre asuntos ya fallados por la Comisión deberán abstenerse de adoptar decisiones incompatibles o que entren en pugna con las de ésta¹³¹.
- (xii) Dado que no todos los países de la Unión prevén en su legislación de libre competencia un sistema de clemencia (en virtud del cual se exonera o se reducen las sanciones a las empresas que colaboran en la denuncia y en la prueba de la existencia de un cartel), se requiere que los investigados presenten ante todas las autoridades de competencia que posiblemente podrían conocer de los hechos, una solicitud en este sentido.

Los procedimientos que se inicien como consecuencia de una solicitud de clemencia deberán ser comunicados bien por la Comisión o bien a ella y a las demás autoridades de competencia; pero en ningún caso la información podrá utilizarse ni por la Comisión ni por autoridades nacionales para iniciar otros procedimientos de investigación ni siquiera con arreglo a las normas nacionales de libre competencia.

La información que voluntariamente suministre quien presenta la solicitud de clemencia o que se obtenga en razón de dicha solicitud, solo podrá ser transmitida a otros miembros de la Red cuando el solicitante dé su consentimiento, excepto en los casos expresamente previstos en el num. 41 de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativa a la Red.

A través de estos mecanismos, de aplicación relativamente reciente, se pretende que el control de las conductas restrictivas sea más eficaz y expedito y que la Comisión cumpla labores de coordinación al tiempo que centra sus esfuerzos en la represión de las conductas que afectan de forma grave la libre competencia dentro de la Unión. Si bien las Comunicaciones que regulan el tema son un instrumento de gran importancia en la ordenación de las labores de las autoridades nacionales, lo que ocurre es que sólo la operatividad práctica del sistema pondrá de presente situaciones complejas y no previstas cuya regulación se hará necesaria con el transcurso del tiempo.

¹³¹ Art. 16.3 del Reglamento 1/2003 y num. 43 de la Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004 relativa a la Red de autoridades de competencia.

2.1.3. Los órganos jurisdiccionales nacionales

Uno de los principios del Derecho Comunitario es la eficacia directa de sus disposiciones, tanto en favor de los Estados miembro como de los ciudadanos de cada uno de estos Estados. Como desarrollo de este principio se ha reconocido el derecho de los ciudadanos a invocar las normas comunitarias ante los jueces nacionales, y la obligación de estos de aplicar dichas normas no sólo en los litigios en que sea parte un Estado sino también en aquellos que se suscitan entre particulares.

En concreto, en cuanto hace referencia a las normas de libre competencia “(...) la aplicabilidad directa de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (...) fue reconocida tempranamente por el TJCE mediante la sentencia recaída en el asunto RTB y SABAM y confirmada, más tarde, en el conocido asunto *Delimitis*. Desde entonces, quedó establecido que dichas disposiciones pueden producir efectos directos en la relaciones entre particulares y crean derechos a favor de los justiciables que los órganos judiciales nacionales deben tutelar. En consecuencia, todo particular puede invocar los artículos 81 y 82 del Tratado CE ante los tribunales nacionales en defensa de los derechos que, con base en los mismos, se le reconocen”¹³².

De conformidad con la sentencia RTB y SABAM los jueces nacionales podían aplicar en forma directa las normas de libre competencia (arts. 81.1 y 82 del TCE), declarando por ejemplo la nulidad del acuerdo si éste trasgredía la normativa de libre competencia comunitaria, pero carecían de competencia para aplicar el apartado 3 del art. 81 del TCE. Además de este límite, los efectos de la aplicación directa de la normativa comunitaria se veían claramente frustrados, ya que los jueces nacionales tampoco estaban autorizados para pronunciarse sobre el reconocimiento de los perjuicios -en favor del particular lesionado-, pues éste sólo era procedente cuando el trasgresor de la normativa comunitaria era un Estado miembro.

Fue sólo hasta la STJCE del 16 de julio de 1999, asunto C-453/99 “*Courage*”, que se reconoció por primera vez de forma expresa y clara el derecho de un particular a reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la vulneración de las normas comunitarias de competencia por parte de otro particular. Según la sentencia, el derecho a la indemnización le asiste incluso a quien ha participado en el acuerdo o en la práctica restrictiva¹³³.

¹³² HERRERA CUEVAS, Edorta E. “Aspectos procedimentales de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE por los jueces españoles. Estado de la cuestión”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 242, mayo, Madrid, Edit. Einsa, 2006, p. 27 “(...) desde la precitada STJCE de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, *BRT-Sabam*, luego ratificado en jurisprudencia uníformem (SSTJCE de 3 de febrero de 1976, asunto 63/75, *Fonderies Roubaix*; 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, *Delimitis*; 30 de abril de 1998, asunto C-230/96 (...) *Cabour S.A.*; 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd.* (...); 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/1999 *Courage* (...); STPI 18 de septiembre de 1992, asunto T-24/90, *Automec*), se afirma que los arts. 81 y 82 TCE producen efectos directos en la relaciones entre particulares, y engendran directamente a favor del justiciable, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar, siendo que competencia para aplicar dichas disposiciones corresponde tanto a la Comisión como a los órganos jurisdiccionales nacionales, bien desde diferentes perspectivas”. También FERNÁNDEZ VICIÉN, CANI y MORENO TAPIA, Irene. “Un paso adelante en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto *Courage*”, *Indret*, No. 01, enero, Barcelona, www.indret.com, 2002, p. 7.

¹³³ STJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453/99 “*Courage*”: 24 De las consideraciones anteriores se desprende que cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado, incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego

La sentencia “*Courage*” significó un avance considerable en el tema, toda vez que permitía invocar la normativa comunitaria en un conflicto entre particulares y a la vez perseguir los efectos civiles que derivaban de la ilicitud de la conducta¹³⁴. Se reconoció así el derecho a la indemnización como una consecuencia del efecto directo de las normas comunitarias¹³⁵.

En todo caso, la sentencia fue clara al precisar que el derecho a la indemnización no procede cuando el solicitante ha contribuido de forma significativa a la restricción de la competencia, siempre y cuando así lo disponga la legislación nacional aplicable al caso¹³⁶.

de la competencia con arreglo a dicha disposición. 25 Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. pg. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. pg. I-2433, apartado 19). 26 La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

¹³⁴ FERNÁNDEZ VICIÉN, CANI y MORENO TAPIA, Irene. Ob. Cit., p. 8, señalan que el tema del reconocimiento de perjuicios por la vulneración de las normas comunitarias de competencia ya había sido tratado en el caso *BanKs c British Coal Corporation* por el abogado general Vangerven, sin embargo -comentan- que en este caso el tema no fue abordado por el TJCE al considerar que la controversia debía resolverse de conformidad con el Tratado CECA y no con el Tratado CE.

¹³⁵ FERNÁNDEZ VICIÉN, CANI y MORENO TAPIA, Irene. Ob. Cit., p. 10: “*Siguiendo los mismos razonamientos utilizados en los procedimientos en que los particulares reclaman la reparación del daño sufrido a un Estado miembro, el TJCE reconoce que el derecho de reclamar indemnización por los perjuicios derivados de infracciones al derecho de la competencia es consecuencia del efecto directo de las disposiciones en causa. (...) El derecho a reparación emana, por tanto, directamente del Tratado CE y, como corolario, toda norma nacional que se oponga u obstaculice este derecho deberá ser excluida por el juez*”.

¹³⁶ STJCE de 16 de julio de 1999, asunto C-453/99 “*Courage*”: “*31 De la misma forma, el Derecho comunitario no se opone a que, con la condición de respetar los principios de equivalencia o de efectividad (véase la sentencia Palmisani [TJCE 1997, 149], antes citada, apartado 27), el Derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto, conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado (véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 39/72, Rec. pg. 101, apartado 10), un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado. 32 A este respecto, entre los elementos de apreciación que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional competente debe mencionarse el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, así como, según señala con razón el Gobierno del Reino Unido, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato. 33 En particular, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición*”.

Tras la reforma, la competencia de los jueces para aplicar el Derecho Comunitario de la competencia se encuentra expresamente regulada en el Reglamento 1/2003 y en la comunicación del 27 de abril de 2004, *“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”*.

El Reglamento 1/2003 tras reiterar la importancia de la labor que desempeñan¹³⁷, establece de manera expresa la facultad de los jueces o tribunales nacionales para aplicar las normas comunitarias de competencia, es decir, para aplicar íntegramente los arts. 81 y 82 del TCE:

“Artículo 6.- Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales

Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado.

Por su parte, la Comunicación del 27 de abril de 2004 antes mencionada, establece los mecanismos de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales a través de los cuales se pretende obtener una aplicación estricta y coherente del Derecho Comunitario.

Tanto el Reglamento como la Comunicación reconocen que la facultad de los jueces para aplicar las normas comunitarias de competencia puede adoptar distintas formas o manifestarse a través de diversos mecanismos: i) Puede materializarse en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE en los litigios entre particulares, ya sea de oficio o por solicitud de parte, pero siempre en interés particular; ii) Si la función de autoridad de competencia se ha asignado a un órgano judicial, la aplicación de las disposiciones del TCE se hará en atención a mandatos que generalmente tiene relación con la protección del interés público o general; iii) También podrán aplicar la normativa comunitaria actuando como tribunales de revisión (desempeñando funciones de tribunales de apelación) de las decisiones de otras instancias judiciales o de las decisiones de las autoridades administrativas a quienes se haya asignado la calidad de autoridades nacionales de competencia¹³⁸ y, finalmente, iv) los órganos jurisdiccionales nacionales también podrán aplicar el Derecho Comunitario de la competencia en la medida en que ejecutan los reglamentos a través de los cuales se aplica el art. 81.3 del TCE a determinada categoría de acuerdos¹³⁹.

¹³⁷ Considerando No. 7 del Reglamento 1/2003: *“(7) Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado”*.

¹³⁸ Considerando No. 21 del Reglamento 1 de 2003.

¹³⁹ HERRERA CUEVAS, Edorta E. Ob. Cit., pp. 32 y 33.

En este orden de ideas, en un conflicto entre particulares¹⁴⁰, los jueces pueden aplicar en forma directa los arts. 81 y 82 del TCE y como consecuencia de ello decidir sobre la validez o la nulidad de los acuerdos y desde luego sobre la indemnización de perjuicios; podrán también como consecuencia de esta facultad, abstenerse de aplicar las normas nacionales cuando estas resulten contrarias a las disposiciones comunitarias¹⁴¹.

En todo caso, habrá que tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden imponer multas, por cuanto esta declaración compete a las autoridades nacionales de competencia, que tienen a su cargo la defensa del interés público sobre el adecuado funcionamiento del mercado¹⁴².

Cuando la legislación del Estado miembro lo autorice, los jueces nacionales podrán aplicar simultáneamente el Derecho Comunitario y el derecho nacional de la competencia; en estos casos deberán tener en cuenta que la aplicación del derecho nacional no puede conducir a prohibir conductas que están permitidas en el ámbito comunitario, ni a permitir conductas que están prohibidas en el contexto de la Unión; en este sentido, deberán atender el mandato dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 3 del Reglamento 1/2003 y por tanto, en caso de contradicción entre una disposición nacional y una comunitaria deberán aplicar el principio de prevalencia del Derecho Comunitario.

Otra arista de este tema tiene que ver con las ventajas que derivan de la aplicación directa de los arts. 81 y 82 del TCE por parte de los jueces nacionales, a las cuales se refiere la Comunicación del 27 de abril de 2004 sobre la colaboración entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales, la cual tiene entre sus objetivos incentivar el acceso a los tribunales nacionales y orientar las actividades de los particulares en relación con la aplicación de las normas comunitarias. Entre otras ventajas, la Comunicación menciona las siguientes: i) La facultad de los jueces para conceder indemnización de daños y perjuicios incluso a quien ha sido parte del acuerdo restrictivo conforme se estableció en el caso “*Courage*”; ii) Dado que los jueces además de aplicar las normas de libre competencia pueden conocer de las reclamaciones de pagos y el cumplimiento de obligaciones contractuales, las partes tendrán la ventaja de que una sola autoridad puede resolver todos sus conflictos; iii) los jueces pueden aplicar en forma directa la sanción civil de la nulidad y las consecuencias que a la luz de la legislación nacional derivan de ella; iv) generalmente los jueces se encuentran mejor situados para adoptar medidas cautelares en caso de ser necesaria su práctica; v) ante

¹⁴⁰ De las diversas formas bajo las cuales los jueces pueden el derecho comunitario de la competencia, el ámbito del conflicto entre los particulares es el de mayor importancia, por su frecuencia.

¹⁴¹ STJCE de 8 de junio de 2000, asunto C-258/98: “*16 A este respecto, procede señalar que, según reiterada jurisprudencia, el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario tiene la obligación de velar porque dichas normas surtan pleno efecto, dejando de aplicar, si fuera preciso, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que solicitar o que esperar la previa supresión de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (véase la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. pg. 629, apartado 24)*”.

¹⁴² HERRERA CUEVAS, Edorta E. Ob. Cit, p 28: “La perspectiva de la intervención de las autoridades comunitarias y nacionales, administrativas y judiciales, resulta, así, diversa: a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde tutelar los intereses privados protegidos por el efecto directo de esas normas, no así el interés público en el mantenimiento de la libre competencia, ya que esa función es competencia de la Comisión y del TJCE, en el plano del mercado común, y en el plano nacional español, del Tribunal de Defensa de la Competencia, y de los órganos jurisdiccionales a quienes se confía el recurso sobre la resolución de sus resoluciones”.

los jueces nacionales pueden invocarse no sólo las normas comunitarias sino además normas nacionales, siempre que la legislación del Estado miembro así lo permita y, vi) normalmente los jueces pueden ordenar el reembolso de las costas al denunciante.

Por lo demás, toda vez que los jueces pueden aplicar en forma directa el art. 81.3 del TCE, ya no se producirán los retrasos que solían suscitarse en esta clase de procedimientos bajo la excusa de hallarse en trámite ante la Comisión una autorización de carácter individual¹⁴³.

Desde luego junto a estas ventajas surgen -al igual que ocurre en relación con las competencias asignadas a las autoridades nacionales- problemas relativos a la aplicación coherente y sistemática del Derecho Comunitario de la competencia, no sólo en cuanto a la posible separación de las sentencias nacionales de la línea de interpretación y de aplicación de las normas establecida por las instancias comunitarias, sino además porque el contenido mismo de las decisiones puede ser deficiente al carecer de un análisis adecuado y en profundidad de los arts. 81 y 82 del TCE.

En principio estos problemas se solucionan a través de los mecanismos previstos en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales se aplican por vía doble, pues de un lado suponen que la Comisión coopera con los jueces y del otro, que los jueces cooperan con aquélla en lo referente a la aplicación de la normativa comunitaria. Sin embargo, estos mecanismo de cooperación a los cuales nos referiremos a continuación, no están libres de críticas, ya que su funcionamiento parte de supuestos que no siempre son verídicos, y además cuya operatividad práctica puede generar una carga excesiva de trabajo para la Comisión, que era precisamente uno de los problemas que acusaba este órgano con anterioridad a la reforma¹⁴⁴.

Los principales mecanismos a través de los cuales la Comisión contribuye o coopera con la labor que adelantan los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario de la competencia son:

- (i) La remisión de la información solicitada por los jueces nacionales.

¹⁴³ Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículo 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, puntos 12 a 15.

¹⁴⁴ BENEYTO PÉREZ, José María. “Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 202, agosto/ septiembre, Edit. Einsa, 1999, Madrid, p. 16: “Si (...) se entiende que los jueces nacionales deben interpretar los apartados 3 y 1 del art. 85 teniendo en cuenta los objetivos generales de la Unión, sin los que es difícil justificar una parte no desdeñable de la legislación y la práctica de la Comisión (...) entonces el riesgo de aplicación no uniforme y de renacionalización se agrava, excepto si la Comisión interviene frecuentemente ante los tribunales nacionales para garantizar la aplicación uniforme, lo que no parece sea precisamente la manera más eficaz de descargar a la DG IV de la pesada carga de sus actual volumen de trabajo. Todo ellos sin tener en cuenta las exigencias poco realistas que se imponen a los jueces ordinarios, de los que se espera que sean sin excepción alguna cualificados expertos en derecho comunitario de la competencia, cuenten con una aceptable formación económica y estén dotados además de los medios humanos y técnicos suficientes para llevar a cabo su delicada tarea de recopilación de la información, determinación de las pruebas, análisis y comprensión de los mercados, así como evaluación equilibrada de los arts. 85 y 86 en su conjunto”.

- (ii) La remisión de los dictámenes relativos a la aplicación de las normas de competencia que le hayan sido requeridos por los jueces nacionales.
- (iii) La presentación de observaciones en el curso de los procedimientos adelantados ante los jueces nacionales en los cuales se discute la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Esta facultad también se otorga a las autoridades de competencia nacionales.

La transmisión de la información por parte de la Comisión a los jueces nacionales se rige por lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento 1/2003 y en el punto 21 de la Comunicación sobre el tema. En desarrollo de este mecanismo, la Comisión podrá revelar incluso información protegida por el secreto profesional siempre que se respeten las garantías establecidas por el art. 287 del TCE. No obstante, podrá negarse a remitir la información, cuando no se preste garantía de que se resguardará en debida forma la información protegida por el secreto profesional, cuando la transmisión pueda interferir en el funcionamiento y la independencia de la Comisión o en el desempeño de las funciones que le han sido asignadas y cuando la información le haya sido suministrada voluntariamente por un solicitante de la aplicación del sistema de clemencia.

El tema de la transmisión de los dictámenes se encuentra regulado en el art. 15 del Reglamento 1/2003 y en el punto 27 de la Comunicación. En virtud de este mecanismo, los jueces pueden solicitar a la Comisión su criterio o concepto sobre asuntos de hecho o sobre asuntos de contenido económico o jurídico, sin perjuicio de lo cual también podrán tramitar un recurso de interpretación prejudicial¹⁴⁵. A través de estos dictámenes la Comisión transmite al órgano jurisdiccional su criterio sobre el asunto sometido a su conocimiento, sin abordar de fondo la controversia que su encuentra bajo trámite. Estos conceptos no son vinculantes para el órgano jurisdiccional, su función es simplemente orientadora.

Por último, la presentación de observaciones dentro de los procedimientos judiciales nacionales se encuentra reglamentada en el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 y en el punto 31 de la Comunicación. En el desarrollo de esta facultad se dice que la Comisión actúa como *Amicus Curiae*, puede presentar observaciones escritas -ya sea por iniciativa de la Comisión o de la autoridad nacional de competencia- o verbales -únicamente con la venia del órgano jurisdiccional-, en los procedimientos que adelantan los jueces nacionales¹⁴⁶. En ningún caso las observaciones son vinculantes para los jueces nacionales, pero desde luego constituyen un elemento orientador y en algunos casos esclarecedor de la decisión que debe adoptarse en una situación concreta¹⁴⁷.

¹⁴⁵ HERRERA CUEVAS, Edorta E. Ob. Cit., p 44, considera que existen dos clases de dictámenes a saber: “A) Conforme al art. 15.1 del Reglamento, para que la Comisión elabore un **dictamen sobre puntos de hecho o de derecho del caso concreto que se halla bajo enjuiciamiento** (...) B) Para constatar si algún acuerdo similar al controvertido en cuanto a su significación jurídico económico ha sido objeto de valoración por la Comisión mediante **Decisión de declaración de inaplicación (art. 10 del Reglamento)** (...) o, mediante **Decisión de retirada individualizada de exención (art. 29 Reglamento)** (...)”. Las negrillas son del texto.

¹⁴⁶ En España la función de presentar observaciones escritas o verbales en los procedimientos que se adelanten ante la jurisdicción civil es del TDC (art. 8 RD 2295/2004).

¹⁴⁷ No faltan críticas en el tema que señalan que la intervención de la Comisión y de las autoridades nacionales, constituye una intromisión en la actividad judicial lo cual constituye una vulneración del principio de independencia que debe presidir esta actividad.

Los mecanismos a través de los cuales se materializa la ayuda o la colaboración de los jueces a la Comisión se encuentran establecidos en el punto 36 de la Comunicación. A este respecto tenemos:

- (i) Los jueces deben de informar sobre los procedimientos que involucran la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.
- (ii) Los jueces deben remitir la información necesaria para que tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia pueden presentar observaciones dentro de los procedimientos judiciales que se encuentren en trámite.
- (iii) Los Estados miembros deben remitir a la Comisión copias de las decisiones en las cuales se hayan aplicado los arts. 81 y 82 del TCE, con el propósito de que este organismo tenga conocimiento sobre el alcance y la aplicación que se ha dado a las citadas disposiciones¹⁴⁸.
- (iv) Los jueces deben colaborar en el desarrollo de las inspecciones a cargo de la Comisión.

La intervención judicial será necesaria en caso de que las empresas se nieguen a la práctica de estas diligencias en los locales o establecimientos de su propiedad o en caso de que éstas deben practicarse en locales ajenos a las empresas. En ambos casos la orden podrá solicitarse una vez recibida la negativa o bien como medida preventiva.

En estas circunstancias la labor de los jueces nacionales se limita a comprobar la orden de la Comisión y a juzgar la proporcionalidad de las medidas, pero en ningún caso la necesidad de las mismas.

Además de los mecanismos de cooperación mencionados, en la aplicación de las normas comunitarias por parte de los jueces nacionales, habrá que tener en cuenta las siguientes reglas:

- (i) Los jueces nacionales en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE deben seguir los procedimientos e imponer las sanciones previstas en las normas nacionales, siempre que éstas sean compatibles con los principios del Derecho Comunitario.
- (ii) Los jueces nacionales podrán orientar sus decisiones con base en los Reglamentos, Directrices y Comunicaciones de la Comisión sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y en el informe anual sobre la política de competencia. Igualmente, deberán tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, la cual les resulta en todos los casos vinculante.
- (iii) Cuando los recursos mencionados en el numeral anterior no sean suficientes y existan dudas sobre el alcance de una norma comunitaria, los jueces nacionales

¹⁴⁸ Art. 15.2 del Reglamento 1/2003.

pueden con base en el art. 234 del TCE plantear ante el TJCE una interpretación prejudicial¹⁴⁹.

- (iv) Si un caso ya ha sido resuelto por la Comisión, los jueces no pueden pronunciarse en forma contraria o incompatible con lo señalado o decidido por la autoridad Comunitaria. En estos eventos, los jueces nacionales pueden optar por suspender el proceso hasta conocer el alcance definitivo de la decisión de la Comisión¹⁵⁰.
- (v) Los jueces nacionales no pueden retirar el beneficio de un REC¹⁵¹, esta facultad compete a la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. Sin embargo, pueden ejecutar las decisiones que se desprendan de la aplicación de un Reglamento o como consecuencia del retiro de la inmunidad que ellos confieren.

Finalmente, en relación con este tema surge un punto de debate que resulta interesante, y es saber si las facultades otorgadas a los jueces nacionales respecto de la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia pueden predicarse también de los árbitros considerando que estos son particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, y si en estos casos, cabría además exigir el cumplimiento de los mecanismos de cooperación o las reglas descritas anteriormente.

En mi criterio, los árbitros sí pueden aplicar en forma directa las normas comunitarias de competencia en un caso determinado, y para ello al igual de los jueces deberán tener en cuenta tanto la normativa como jurisprudencia comunitaria; sin embargo, considero que no pueden hacer uso de los mecanismos de cooperación, pues estos en mi parecer se encuentran dispuestos exclusivamente en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales, es decir, aquellos que hacen parte de la estructura organizativa del Estado de forma permanente¹⁵². Esto último puede deberse entre otras razones a la

¹⁴⁹ El recurso relativo a la interpretación prejudicial tampoco ha estado libre de críticas, al respecto ORTIZ BLANCO, Luís y LEÓN JIMÉNEZ, Rosario, Reforma revolucionaria de la aplicación del Derecho de competencia ... Ob Cit. *“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJCE), un tribunal nacional está obligado a plantear una cuestión prejudicial cuando su decisión resulte contraria a un pronunciamiento de la Comisión. Sin embargo, ni siquiera el TJCE puede garantizar una interpretación coherente en esta materia ya que el cuerpo de precedentes sobre el 81.3 del TJCE no es ni muy abundante, debido a las escasas decisiones de la Comisión, ni muy clarificador. Además, no hay que olvidar el monopolio y protagonismo que tradicionalmente ha ostentado la Comisión que ha hecho que ésta haya aplicado el artículo 81.3 con gran discrecionalidad. (...) Hay también que tener en cuenta que el TJCE, en las cuestiones prejudiciales, se pronuncia sobre cuestiones de Derecho y no sobre la aplicación del Derecho a los hechos, por lo que la discrecionalidad de los jueces continuaría siendo elevada dando lugar a problemas de inconsistencia. Por otro lado, se piensa que si el procedimiento es empleado con mucha frecuencia, como es de prever, por todos los jueces de los Estados miembros, se corre el riesgo de que se cargue de excesivo trabajo al TJCE y que el sistema devenga inviable”*.

¹⁵⁰ Comunicación de la Comisión del 27 de abril de 2004, 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, puntos 11 a 14. Ver también considerando 2 del Reglamento 773/2004.

¹⁵¹ Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08) DOCE del 27.4.2004, punto 2.: *“Los acuerdos exentos por categoría no pueden ser invalidados por un tribunal nacional en el marco de litigios entre particulares”*.

¹⁵² HERRERA CUEVAS, Edorta E. Ob. Cit. p. 31, menciona la STJCE de 30 de mayo de 2002, asunto C-518/1999, como aquella en la cual se establecieron los elementos que permiten definir qué órganos tienen naturaleza jurisdiccional, al respecto considera: *“(...) Se trata de tener en cuenta un conjunto de elementos,*

transitoriedad y temporalidad de las funciones asignadas a los árbitros, a quienes por lo demás el TJCE ha negado la facultad de requerir interpretaciones de carácter prejudicial¹⁵³.

2.2. LOS PROCEDIMIENTOS A CARGO DE LA COMISIÓN

Bajo este numeral se hará referencia a los procedimientos que adelanta la Comisión, toda vez que los trámites seguidos por las autoridades de competencia y los jueces nacionales se rigen por la legislación de cada Estado miembro¹⁵⁴. En particular nos referiremos al procedimiento sancionatorio el cual es por definición el más representativo y complejo.

El procedimiento sancionatorio se encuentra regulado por el Reglamento 1/2003, por el Reglamento 773/2004 y por diversas Comunicaciones de la Comisión sobre temas procesales. Además de estas disposiciones, habrán de tenerse en cuenta algunas decisiones de los órganos jurisdiccionales comunitarios que precisan el alcance de las facultades de la Comisión en el curso de las investigaciones, las cuales están referidas fundamentalmente a derechos y libertades de contenido procesal.

Este procedimiento tiene por objeto verificar si ha existido una infracción de los arts. 81 y 82 del TCE y en tal caso ordenar el cese, la terminación o la modificación de la conducta e imponer las sanciones a que haya lugar. En su curso, pueden plantearse diferentes vicisitudes relativas principalmente a la adopción de medidas cautelares, la imposición de multas conminatorias y la aceptación de compromisos, circunstancias a las cuales haremos referencia sucinta más adelante.

El procedimiento sancionatorio puede iniciarse bien de oficio o por denuncia de parte (Estados miembros o personas físicas o jurídicas¹⁵⁵). Únicamente tendrán la condición formal de denunciantes las personas físicas y jurídicas que puedan acreditar que tienen un interés legítimo; en todo caso se considera, que los Estados miembros siempre tienen interés legítimo en todas las denuncias que decidan interponer.

Según la práctica de la Comisión y algunas decisiones del TPI y del TJCE se considera que tienen interés legítimo para denunciar: las partes del acuerdo o de la práctica, los competidores cuyos intereses han sido vulnerados por el acuerdo, las asociaciones de empresas respecto de las prácticas que afecten a sus integrantes siempre que tenga capacidad de representar los intereses de estos y siempre que exista la probabilidad de

como: a) el origen legal del órgano; b) su permanencia; c) el carácter obligatorio de su jurisdicción; d) el carácter contradictorio del procedimiento ante el mismo; e) la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas; f) su independencia”.

¹⁵³ STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/1997: “34.-A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró, en los apartados 10 a 12 de la misma sentencia, que un tribunal arbitral convencional no constituye «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro» en el sentido del artículo 234 CE dado que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros”.

¹⁵⁴ En el capítulo o parte II de este trabajo nos referiremos a los procedimientos aplicables en España y en capítulo o parte III al procedimiento que se sigue en Colombia.

¹⁵⁵ Art. 7.2 del Reglamento 1/2003 y art. 5.1 del Reglamento 773/2004.

que la práctica afecte dichos intereses, los consumidores y las asociaciones de consumidores y las autoridades públicas municipales o regionales cuando actúen como particulares¹⁵⁶. No se considera como legítimo el interés de las personas que actúan invocando la protección del interés general sin acreditar la forma en que la práctica puede afectarlos en forma directa.

Además de formular denuncias, los ciudadanos (personas naturales, empresas o asociaciones) pueden contribuir al control de las conductas restrictivas de la Competencia facilitando a la Comisión información relativa a los mercados sin que en este caso deban cumplir ningún requisito particular y pudiendo incluso hacerlo a través de la dirección web de la Comisión. La información así facilitada puede constituir el punto de partida para que la Comisión inicié un procedimiento de oficio¹⁵⁷.

A través la 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 (2004/ C 101/05)*, se brinda una guía a los posibles denunciantes sobre la conveniencia y las ventajas de acudir a la Comisión, a la autoridad nacional de competencia o ante un órgano jurisdiccional nacional¹⁵⁸. Esta Comunicación excluye el tema de las denuncias presentadas por un Estado miembro al amparo del art. 7 del Reglamento 1/2003.

Debe tenerse en cuenta que cuando la Comisión tramita una denuncia actúa como entidad administrativa cuya función es la protección del interés público comunitario, en razón del cual se pueden desestimar algunas denuncias y/o establecer prioridades en la resolución de los casos.

Presentada la denuncia, la Comisión puede solicitar que el denunciante entregue información adicional o que precise los hechos y los elementos de derecho que le han servido de base para presentarla. También puede recabar información adicional sobre los hechos para decidir el trámite que dará. *“En esta fase la Comisión puede dar respuesta inicial al denunciante, así como brindarle la oportunidad de ampliar sus alegaciones a la luz de dicha respuesta”*¹⁵⁹

Si la información remitida a la Comisión no cumple con los requisitos para que ésta considere que existe denuncia y le imprima el trámite correspondiente, puede eventualmente servir de indicio para que se decida abrir una investigación de oficio.

Si la denuncia cumple con los requisitos dispuestos, dentro de un tiempo razonable que en principio se considera es de cuatro (4) meses, la Comisión debe informar al denunciante el curso que dará a la denuncia, es decir, si continuará la investigación de las conductas o no. Respecto de esta valoración inicial de la Comisión, el denunciante puede formular observaciones y una vez estas hayan sido recibidas, la Comisión puede decidir entre desestimar la demanda o iniciar un proceso de investigación¹⁶⁰.

¹⁵⁶ 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 (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, puntos 35 a 38.

¹⁵⁷ *Ibíd.* puntos 3 y 4.

¹⁵⁸ *Ibíd.* punto 7.

¹⁵⁹ 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 (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, punto 55.

¹⁶⁰ Considerando 9 y art. 7.1 del Reglamento 773/2004.

La denuncia también puede ser desestimada cuando el asunto este siendo o haya sido tramitado por una autoridad nacional de competencia, en este caso la Comisión comunicará al denunciante tal situación y la autoridad que trámite el tema¹⁶¹. Así mismo podrá desestimarse cuando la Comisión considere que se trata de un asunto que carece de relevancia comunitaria¹⁶². En estos casos o en cualquier otro en que la Comisión decida no proseguir el trámite de investigación, deberá comunicar al denunciante tal incidencia mediante carta en la cual además debe establecer un término para que éste presente las alegaciones que considere oportunas respecto de esta decisión.

Siempre que el denunciante no presente alegaciones u observaciones en relación con las decisiones de la Comisión de las cuales se le debe dar traslado, se considera que la denuncia ha sido retirada¹⁶³.

Si el denunciante ha presentado observaciones, puede ocurrir que la Comisión considere que sus argumentos deben permanecer inamovibles y por tanto que la denuncia debe ser desestimada (hecho que se comunicará al denunciante)¹⁶⁴ o, considerar que debe formular cargos contra las denunciadas y abrir una investigación formal en su contra.

La decisión mediante la cual se desestima la denuncia es susceptible de recurso ante los tribunales comunitarios y en ningún caso impide que las autoridades de competencia y los jueces nacionales aborden el estudio de las conductas y apliquen los arts. 81 y 82 del TCE¹⁶⁵.

Formulado el pliego de cargos en contra las personas naturales o jurídicas denunciadas, bien porque la Comisión lo haya considerado de esa forma inicialmente o bien porque ésta haya modificado su parecer como consecuencia de las alegaciones presentadas por la parte denunciante frente a la evaluación inicial de las conductas, se entregará copia de la versión no confidencial del mismo al denunciante para que nuevamente se pronuncie al respecto¹⁶⁶. En su respuesta, el denunciante podrá además de exponer sus argumentos solicitar la autorización para poder intervenir en la audiencia.

¹⁶¹ Art. 9 del Reglamento 1/2003, considerando 9 y art. 9 del Reglamento 773/2004.

¹⁶² Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículo 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004, punto 44 que cita a manera de ejemplo los criterios que puede utilizar la Comisión para determinar si existe o no interés comunitario.

¹⁶³ Art. 7.3 del Reglamento 773/2004.

¹⁶⁴ Art. 7.2. del Reglamento 773/2004.

¹⁶⁵ Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículo 81 y 82 del Tratado CE (2004/ C 101/05) DOCE del 27.4.2004. punto 79: *“La decisión de desestimación de una denuncia no implica un pronunciamiento definitivo sobre la existencia o inexistencia de una infracción de los artículo 81 y 82 incluso si la Comisión ha evaluado los hechos sobre la base de dichos artículos. Las apreciaciones que la Comisión efectúa en una decisión de desestimación de una denuncia no pueden impedir que el juez o la autoridad de competencia nacional aplique los artículos 81 y 82 a los acuerdos y prácticas que le sean sometidos. Las apreciaciones de la Comisión en una decisión de desestimación de una denuncia constituyen elementos de hecho que los órganos jurisdiccionales o autoridades de competencia nacionales pueden tomar en consideración al examinar si los acuerdos o la práctica en cuestión se ajusta a los artículos 81 y 82”*

¹⁶⁶ Art. 6.1 del Reglamento 773/2004.

La Comisión iniciará la investigación formal mediante la notificación del pliego de cargos a las empresas o a la asociación de empresas investigadas. *“El pliego de cargos deberá estable, (sic) de manera clara, los cargos que la Comisión mantiene contra los infractores, los hechos en que se basa y la calificación jurídica de los mismos. En todo caso la Comisión no podrá utilizar en su decisión final aquellos cargos que no hayan sido dados a conocer a las empresas por lo que si la Comisión quiere utilizar cargos nuevos en relación con hechos que han acaecido con posterioridad al envío del pliego de cargos, tendrá que enviar un nuevo pliego de cargos a las partes afectadas”*¹⁶⁷.

En la notificación del pliego de cargos se indicará el plazo del cual disponen las partes para hacer sus observaciones al mismo así como las posibilidades de solicitar una vista oral. Una vez notificado el pliego, surge para las partes el derecho a tener acceso a toda la información que consta en el expediente excepto a aquella que tiene carácter confidencial, se encuentra protegida por el secreto profesional o es de carácter interno de la Comisión.

En la respuesta al pliego, las empresas o asociaciones denunciadas además de exponer los argumentos de defensa, podrán adjuntar y solicitar la práctica de todas las pruebas que consideren relevantes para demostrar su inocencia¹⁶⁸.

Para desarrollar las funciones que le asigna el Reglamento 1/2003, la Comisión dispone de varios instrumentos: la solicitud de información, la facultad de formular interrogatorios y la posibilidad de practicar diligencias de inspección.

Así, la Comisión puede solicitar información tanto a las empresas investigadas como a otras empresas del sector, empresas competidoras, clientes, autoridades de los Estados miembros e incluso al mismo denunciante. La información que la Comisión solicita a cualquiera de estos sujetos, debe tener una relación causal con la infracción cuya práctica se investiga.

En un primer momento la solicitud de información no tiene carácter obligatorio (mandato); en caso de que no ser remitida, la Comisión podrá exigir su entrega mediante una decisión que deberá cumplirse obligatoriamente so pena de la imposición de una multa¹⁶⁹.

Igualmente si lo considera necesario, la Comisión puede tomar declaración de todas las personas que acepten ser entrevistadas tanto por fuera como en el curso de inspecciones¹⁷⁰.

La Comisión también está facultada para realizar inspecciones a fin de verificar la infracción del art. 81 del TCE. Si se trata de un simple mandato de verificación, las empresas no estarán obligadas a someterse a ella, pero si se trata de una decisión deberán hacerlo so pena de la imposición de sanciones pecuniarias.

Cuando la Comisión va a realizar una inspección debe comunicar el objeto de la misma a la autoridad de competencia del Estado en cuyo territorio de practicará la diligencia. Si la práctica de la inspección se ordena mediante decisión, la Comisión deberá consultar

¹⁶⁷ CREUS, Antonio y AMADOR, Olivia. Ob. Cit., p. 766.

¹⁶⁸ Art. 10 del Reglamento 773/2004.

¹⁶⁹ Arts. 23 y 24 del Reglamento 1/2003.

¹⁷⁰ Arts. 19 y 20 del Reglamento 1/2003, considerando 3 y arts. 3 y 4 del Reglamento 773/2004.

a la autoridad nacional en forma previa. En todo caso, los agentes de la autoridad nacional deberán prestar a los agentes de la Comisión toda la colaboración necesaria para que la práctica de estas diligencias.

Si en el curso de la inspección no se suministra la información o la suministrada es inexacta, o las empresas se niegan a responder las preguntas formuladas por los funcionarios de la Comisión, se podrán imponer multas cuya cuantía se establecerá teniendo en cuenta el volumen de negocios de la empresa.

Si la persona jurídica o natural se opone a la práctica de la diligencia, el Estado miembro en cuyo territorio se localice el sitio objeto de la inspección deberá prestar a la Comisión toda la colaboración necesaria para que esta se lleve a cabo, disponiendo incluso la intervención de la policía o la fuerza pública de ser necesario y adelantando el trámite judicial de autorización si la intervención de la fuerza pública requiera de una autorización de esta naturaleza.

Prevé el art. 21 del Reglamento 1/2003 la posibilidad de que también se realicen inspecciones sobre “(...) locales, terrenos o medios de transporte e incluso en el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas”, cuando existan sospechas de que en estos sitios se encuentran documentos que pueden acreditar la trasgresión de los art. 81 y 82 del TCE.

En estos casos, previa consulta a la autoridad nacional de competencia en cuyo territorio se debe practicar la inspección, la Comisión deberá indicar el motivo de sospecha, el objeto y la finalidad de la inspección. En estos casos la práctica de la diligencia quedará condicionada a que se libere el mandamiento judicial correspondiente. El juez nacional debe verificar que la medida cuya práctica se ordena no es ni arbitraria ni desproporcionada y para ello podrá requerir de la Comisión explicaciones e informaciones adicionales sin que en ningún caso pueda cuestionar la necesidad de la diligencia¹⁷¹. Además, el hecho de que la Comisión no haya brindado al órgano judicial nacional la información suficiente a efectos de que éste pueda verificar que la medida no es arbitraria y que cumple con el requisito de proporcionalidad, no es motivo suficiente para que el Juez deniegue la práctica de la diligencia; por el contrario, en ejercicio de su deber de colaboración el juez nacional deberá comunicar las dificultades que tiene y solicitar la información faltante a efectos de poder realizar la verificación a su cargo y la Comisión por su parte deberá remitir la información que le sea requerida con

¹⁷¹ STJCE de 22 de octubre de 2002, asunto C-94/00: “39 Procede recordar, con carácter preliminar, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el órgano jurisdiccional nacional competente, al realizar el examen, no puede sustituir, por la suya propia, la apreciación de la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de Derecho de la Comisión sólo están sometidas al control de legalidad de los órganos jurisdiccionales comunitarios (*sentencia Hoechst/Comisión*, antes citada, apartado 35).40 El control ejercido por el órgano jurisdiccional nacional competente, que debe tener como único objeto las medidas coercitivas solicitadas, no puede ir más allá del examen, exigido por el Derecho comunitario, dirigido a demostrar la ausencia de carácter arbitrario de las citadas medidas coercitivas y su proporcionalidad con relación al objeto de la verificación. Tal examen agota la competencia del referido órgano jurisdiccional por lo que respecta al control del fundamento de las medidas coercitivas solicitadas a raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del *Reglamento núm. 17*”.

la mayor brevedad posible¹⁷². En este punto me remito a los mecanismos de colaboración entre la Comisión y las autoridades y jueces nacionales a los cuales se hizo referencia en los numerales 3.1.2 y 3.1.3 de este capítulo.

En todo caso la legalidad de decisión de la Comisión sobre la práctica de las diligencias de inspección sólo puede controvertirse ante los órganos comunitarios.

En el curso del procedimiento la Comisión se encuentra obligada por el principio de confidencialidad con base en el cual se protege la información que tiene carácter de secreto profesional¹⁷³ y aquella que sin serlo, tiene la condición de reservada debido a

¹⁷² STJCE de 22 de octubre de 2002, asunto C-94/00: “90 Cuando considera que las informaciones comunicadas por la Comisión no cumplen las exigencias establecidas en los apartados 75, 81 y 83 de la presente sentencia, un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del Derecho interno para autorizar visitas, no puede limitarse a denegar la solicitud que le ha sido presentada. 91 En tal caso, el referido órgano jurisdiccional y la Comisión deberán, conforme a la obligación de cooperación leal (...) colaborar para superar las dificultades que se presenten con ocasión de la aplicación de la decisión de verificación ordenada por la Comisión (véanse, por analogía, la *sentencias de 15 de enero de 1986*, Comisión/Bélgica, 52/1984, Rec. pg. 89, apartado 16, y de *10 de julio de 1990*, Comisión/Alemania, C-217/1988, Rec. pg. I-2879, apartado 33). 92 Para cumplir esta obligación y contribuir a garantizar, como es su deber, la eficacia de la acción de la Comisión, incumbe, por tanto, al órgano jurisdiccional nacional competente informar a la Comisión o a la autoridad nacional que se haya dirigido a aquél a petición de ésta, a la mayor brevedad posible, de las dificultades con que se encuentre, solicitando, en su caso, las informaciones complementarias que le permitan ejercer el control que le compete. Con tal motivo, dicho órgano jurisdiccional deberá prestar especial atención a las exigencias de coordinación, rapidez y discreción que garanticen la eficacia de las verificaciones paralelas a que se hace referencia en el apartado 66 de la presente sentencia. 93 El deber de cooperación leal que incumbe a la Comisión reviste, de igual modo, especial importancia cuando tal operación se establece con las autoridades judiciales de un Estado miembro encargadas de velar por la aplicación y el respeto del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional (auto *Zwartveld* y otros, antes citado, apartado 18). También corresponde a la Comisión facilitar, a la mayor brevedad posible, las informaciones complementarias adicionales que solicite, en su caso, el órgano jurisdiccional competente y que cumplan las exigencias recordadas en el apartado 90 de la presente sentencia”.

¹⁷³ Sobre el concepto de secreto profesional puede verse la STJCE de 18 de septiembre de 1996: “86. *Las informaciones amparadas por el secreto profesional pueden ser tanto informaciones confidenciales como secretos comerciales. En efecto, el citado artículo 214 del Tratado, se aplica a todas «las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional».* Abarca «los datos que relativos a las empresas y que se refieren a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes». Por lo tanto, menciona expresamente informaciones que, en principio, debido a su contenido, están comprendidas en la categoría de los secretos comerciales, tal como la estableció el Tribunal de Justicia (*Sentencia Akzo Chemie/Comisión antes citada*). 87. *Los secretos comerciales son informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste. Según una jurisprudencia reiterada, en virtud del principio general que inspira las normas de procedimiento en materia de competencia, debe garantizarse «una protección muy especial» a los secretos comerciales, a los que se refieren expresamente el apartado 3 del artículo 19 y el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento núm. 17 (véase, en especial, la *Sentencia del Tribunal de Justicia Akzo Chemie/Comisión (TJCE 1986\99)* antes citada, apartados 28 y 29). Asimismo, cuando la Comisión tiene que pronunciarse, en casos concretos, sobre la existencia de secretos comerciales en los documentos cuya comunicación a terceros se discuta, la Comisión debe someter dicha comunicación a un procedimiento apropiado destinado a garantizar la protección del interés legítimo de las empresas interesadas en que sus secretos comerciales no se divulguen”.* Las consideraciones citadas conservan utilidad y plena validez bajo la vigencia de los Reglamentos 1/2003 y 773/2004 que regulan en la actualidad el procedimiento de investigación que adelanta la Comisión por infracciones a los arts. 81 y 82 del TCE. Sobre el principio de confidencialidad puede verse también la STJCE de 15 de octubre de 2002, asuntos C-238/1999-P, C-244/1999-P, C-245/1999-P.

que su exposición puede ocasionar perjuicios a su titular¹⁷⁴. Como excepción a este principio se admite que dentro de la Red de autoridades de competencia pueda intercambiarse información que incluso de tenga carácter o naturaleza confidencial siempre que el intercambio se haga con fines probatorios y atendiendo los límites señalados en el art. 12 del Reglamento 1/2003 y cuyos alcances se precisan en el num. 28 de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativa a la Red de Autoridades de la Competencia.

Las normas y la jurisprudencia comunitarias han señalado también que en el curso del procedimiento debe garantizarse a los investigados el derecho de defensa¹⁷⁵, el cual comprende entre otros, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a conocer los cargos que se le imputan y el derecho de acceso al expediente¹⁷⁶.

El derecho de acceso al expediente¹⁷⁷ se concede “(...) a las personas, empresas o asociaciones de empresas, según sea el caso, a las que la Comisión envíe un pliego de cargos en calidad de destinatarias”¹⁷⁸ una vez éste ha sido notificado y a solicitud de ellas. El acceso se materializa a través de la entrega de la información en CD-Rom, copias o permitiendo el examen del expediente.

El derecho de acceso comprende la potestad de las partes de conocer todos los documentos tanto inculpatorios como exculpatorios que obran dentro del expediente y

¹⁷⁴ Art. 28 del Reglamento 1/2003 y considerando 13 del Reglamento 773/2004.

¹⁷⁵ Art. 27.2 del Reglamento 1/2003.

¹⁷⁶ STJCE de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000P.: “65 (...) la Comisión, al solicitar información, no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (véase la sentencia *Orkem/Comisión*, antes citada, apartado 35). 66 El respeto del derecho de defensa exige asimismo que durante el procedimiento administrativo la empresa afectada haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción del Tratado (véanse las sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française* y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/1980 a 103/1980, Rec. pg. 1825, apartado 10, y de 6 de abril de 1995, *BPB Industries* y *British Gypsum/Comisión*, C-310/1993 P, Rec. pg. I-865, apartado 21). (...)68 En tanto que corolario del principio de respeto del derecho de defensa, el derecho a acceder al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos que figuran en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 junio de 1995, *Solvay/Comisión*, T-30/1991, Rec. pg. II-1775, apartado 81, y del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Corus UK/Comisión*, C-199/1999P, aún no publicada en la Recopilación, apartados 125 a 128). Ello comprende tanto las pruebas materiales como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (...)”. Si bien esta sentencia se refiere al procedimiento que se aplicaba bajo la vigencia del Reglamento 17 de 1962, sus efectos aún hoy bajo la vigencia del Reglamento 1/2003 conservan plena validez. Igualmente sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y sobre el derecho de acceso al expediente puede verse la STJCE de 15 de octubre de 2002, asuntos C-238/1999-P, C-244/1999-P, C-245/1999-P.

¹⁷⁷ Este derecho, además de estar previsto en el Reglamento 1/2003 se encuentra regulado en la Comunicación de la Comisión del 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53,54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) No. 139/200. (2005/C 325/07).

¹⁷⁸ Comunicación de la Comisión del 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53,54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) No. 139/2004. (2005/C 325/07).

que han servido de base a la decisión adoptada por la Comisión, con excepción de los documentos protegidos por el secreto comercial, los que contengan información de carácter confidencial, los documentos internos de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia, la correspondencia entre aquélla y éstas o entre éstas y, la correspondencia de la Comisión con otra autoridades públicas de los Estados miembros y de terceros países¹⁷⁹.

En caso de ser necesario el acceso a información de carácter confidencial, las partes, los denunciantes y otros interesados deberán formular una solicitud en este sentido a la Comisión. Si la información confidencial resulta indispensable dentro del procedimiento para efectos de probar la existencia de la conducta ilícita o para demostrar la inocencia de los presuntos responsables, podrá ser revelada; en estos casos, la Comisión deberá realizar un balance entre los intereses que se encuentran en juego y particularmente deberá establecer si el ejercicio del derecho de defensa depende precisamente del acceso a la información calificada como confidencial. Por lo demás, en caso de que la Comisión deniegue el acceso existen alternativas medias a través de las cuales se logra conciliar los intereses contrapuestos de quien pretende conocer la información y quien solicita su reserva, por ejemplo, permitiendo el acceso a una versión del documento que no contiene la información confidencial o a un resumen del mismo. En todo caso, de ser existir discrepancias sobre el tema, las mismas serán resueltas por el Consejero Auditor.

Quien suministre dentro del procedimiento información que en su criterio no pueda ser revelada, deberá manifestarlo así, explicando las razones por las cuales considera que tiene carácter confidencial o está protegida por el secreto comercial e indicando las empresas respecto de las cuales es posible predicar esta circunstancia. En caso de que la Comisión así lo requiera, deberá entregar una versión del documento en la cual se suprima la información confidencial o que constituye secreto profesional y respecto del cual se podrá autorizar a terceros el acceso y conocimiento¹⁸⁰. En caso de que la Comisión no acepte la solicitud de confidencialidad o decida revocarla, deberá manifestar al titular de la información su intención de suministrarla a terceros, para que éste tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto. Si subsiste posturas contrarias deberá nuevamente intervenir el Consejero Auditor.

¹⁷⁹ Art. 15 del Reglamento 773/2004 y nums. 7, 11 a 15 de la Comunicación de la Comisión del 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53,54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) No. 139/2004 (2005/C 325/07). Conforme lo señala el numeral 16 de la mencionada Comunicación, de forma excepcional “(...) se concederá acceso a documentos procedentes de los Estados miembros, el órgano de Vigilancia de la AELC, o los Estados AELC, tras suprimir cualquier secreto comercial u otra información confidencial que contengan (...) cuando los documentos procedentes de los Estados miembros contengan alegaciones contra las partes que la Comisión deba examinar y constituyan pruebas en el procedimiento de investigación de forma similar a los documentos obtenidos de empresas y particulares. (...) También se concederá acceso a documentos procedentes de los Estados miembros o del Órgano de vigilancia de la AELC en la medida en que sean pertinentes para la defensa de las partes en los que se refiere a el ejercicio de la competencia de la Comisión”.

¹⁸⁰ Art. 16 del Reglamento 773/2004 y puntos 35 a 38 Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53,54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) No. 139/2004, (2005/C 325/07).

Si las partes lo han solicitado de manera expresa en el documento de respuesta al pliego de cargos, la Comisión podrá acceder a celebrar una audiencia a fin de escuchar a las partes presentar sus alegaciones verbales sobre el asunto materia de investigación¹⁸¹. La Comisión podrá negarse a celebrar la audiencia siempre que además de exponer las razones de su negativa, le conceda a las partes la posibilidad de presentar sus alegaciones en forma escrita. También se prevé el derecho de terceros interesados a asistir y presentar sus observaciones en la audiencia de las partes tanto en forma escrita como verbal¹⁸².

El Consejero Auditor es el encargado de fijar la fecha de la audiencia así como de definir los aspectos más relevantes del desarrollo de la misma, como son entre otros, las declaraciones de testigos de parte o de terceros interesados que deben llevarse a cabo en el curso de la audiencia y/o la admisibilidad de nuevos documentos a la investigación. Al finalizar la audiencia, el Consejero Auditor presentará un informe sobre los aspectos procesales de la investigación y fundamentalmente sobre el desarrollo de la diligencia.

Antes de adoptar cualquiera de las decisiones a las cuales se refieren los arts. 7, 8, 9,10, 23, 24.2, y 29,1 del Reglamento 1/2003, la Comisión deberá escuchar el criterio del Comité Consultivo.

Tanto el informe del Consejo Auditor como el dictamen del Comité Consultivo se adjuntarán al proyecto de decisión de la Comisión.

Como se indicó al inicio de este numeral en el curso del procedimiento sancionatorio pueden suscitarse otros asuntos o vicisitudes importantes que la Comisión deberá resolver, entre ellos la solicitud de adopción de medidas cautelares, la imposición de multas coercitivas y la aceptación de los compromisos ofrecidos por la partes de conformidad con el art. 9 del Reglamento 1/2003.

La facultad de la Comisión para imponer medidas cautelares sólo se reconoció en forma expresa hasta la expedición del Reglamento 1/2003. Estas medidas sólo pueden adoptarse de oficio, cuando existen indicios racionales suficientes de que se ha cometido una infracción a los arts. 81 y 82 del TCE y cuando su práctica sea necesaria para evitar daños graves a la parte denunciante o para proteger el interés público, en todo caso tendrán carácter temporal aunque podrán prorrogarse¹⁸³.

Además de las medidas cautelares, las partes dentro del procedimiento, hasta antes de que la Comisión decida en forma definitiva el tema (antes de que ordene la suspensión o terminación de las conductas y/o se imponga multas) pueden proponer la asunción de compromisos, los cuales que de ser aceptados dan lugar a la terminación anticipada de la investigación¹⁸⁴.

¹⁸¹ Art. 11 y 12 del Reglamento 773/2004.

¹⁸² Considerando 11 y art. 13 del Reglamento 773/2004.

¹⁸³ Art. 8 del Reglamento 1/2003.

¹⁸⁴ Considerando 13 y art. 9 del Reglamento 1/2003. El considerando 13 dispone: “(13) Cuando en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, las empresas propongan a la Comisión compromisos que superen las inquietudes de ésta, conviene que la Comisión pueda mediante decisión, convertir tales compromisos en obligatorios para las empresas afectadas. Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión

Agotado el procedimiento, la Comisión podrá imponer cualquier clase de remedio bien sea de comportamiento o estructural que resulte necesario para producir el cese efectivo de la conducta¹⁸⁵.

Adicionalmente, la Comisión puede imponer multas sancionadoras y coercitivas¹⁸⁶ a las cuales hacen referencia respectivamente los arts. 23 y 24 del Reglamento 1/2003. Las primeras tienen por objeto como su nombre lo indica sancionar las conductas restrictivas de las empresas investigadas así como aquellas que impiden el adecuado desarrollo de la investigación; las multas coercitivas por su parte, pretenden que las partes cumplan dentro de los plazos establecidos las órdenes, decisiones, o los compromisos asumidos.

Para la determinación de la cuantía de las multas la Comisión tendrá en cuenta el volumen de negocios de la empresa, la gravedad de la infracción y su duración¹⁸⁷; en ningún caso está obligada a establecer cifras o métodos numéricos para el cálculo de las sanciones pero, deberá explicar en su decisión las razones en las cuales basa su apreciación sobre la gravedad y la extensión de las prácticas prohibidas y por ende la cuantía de las multas.

Al momento imponer las multas, la Comisión también deberá tener en cuenta la aplicación del mecanismo de clemencia.

El sistema de clemencia se refiere al trato favorable que se otorga a las empresas que denuncian la infracción de las normas de libre competencia o aportan pruebas sobre la

intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe. Las decisiones relativas a los compromisos se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso. No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa”.

¹⁸⁵ Considerando 12 del Reglamento 1/2003 “(12) El presente Reglamento debe conferir explícitamente a la Comisión competencia para imponer cualquier remedio, sea de comportamiento o estructural, que sea necesario para poner efectivamente fin a la infracción y teniendo presente el principio de proporcionalidad. Los remedios estructurales sólo deben imponerse en ausencia de otro remedio de comportamiento igualmente eficaz, o cuando cualquier remedio de comportamiento resultaría más gravoso para la empresa que un remedio estructural. Imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada”. También, art. 7.1 del Reglamento 1/2003: “1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constatare la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción”.

¹⁸⁶ Considerandos 29 a 33 del Reglamento 1/2003.

¹⁸⁷ En relación con este tema puede verse la STJCE de 15 de octubre de 2002, asuntos C-238/1999-P, C-244/1999-P, C-245/1999-P. y la STJCE de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/2000P, C-205/2000P, C-211/2000P, C-213/2000P, C-217/2000P y C-219/2000 P.

existencia de la conducta ilícita. El mejor trato consiste o bien en la exención del pago de las multas o en la reducción de su cuantía¹⁸⁸.

Como resultado del procedimiento, también puede ocurrir que la Comisión declare que no resulta aplicable a la conducta objeto de investigación las prohibiciones establecidas en los arts. 81 y 82 del TCE¹⁸⁹. En este caso de forma previa a su decisión, la Comisión deberá publicar un breve resumen del asunto y conceder a los terceros interesados la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto.

Las decisiones de la Comisión que afecten los derechos e intereses de las personas naturales o jurídicas podrán ser controvertidas en primera instancia ante el TPI y a través del recurso de casación ante el TJCE.

Además del procedimiento sancionatorio tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia podrán adelantar procedimientos para retirar el beneficio de los Reglamentos de Exención por Categoría ya sea en forma individual o a través de otros Reglamentos conforme lo establece el art. 29 del Reglamento 1/2003. En el caso de países, como España, en los cuales subsisten las autorizaciones individuales, la autoridad nacional también adelantará los procedimientos necesarios para la concesión de esta clase de autorizaciones o su modificación o revocación.

3. LOS ACUERDOS VERTICALES EN EL CONTEXTO COMUNITARIO: SU PROHIBICIÓN Y EXENCIÓN

A pesar la amplitud de la prohibición del art. 81.1 del TCE¹⁹⁰, la norma no se refiere a ninguna tipología o clasificación de los acuerdos restrictivos de la competencia. En realidad, la clasificación tradicional que distingue entre los acuerdos restrictivos de carácter horizontal y de carácter vertical tiene su origen en el derecho antitrust Norteamericano y de allí ha sido tomada por la doctrina Europea. Precisamente ha sido la doctrina Norteamericana la que se ha encargado de señalar la utilidad de esta clasificación, así como la forma y los criterios con base en los cuales deben ser juzgados una y otra clase de acuerdos restrictivos.

En el ámbito comunitario hay que entender que la prohibición del art. 81.1 del TCE cubre tanto los acuerdos verticales como los horizontales; por tanto, la clasificación no es útil para establecer si el acuerdo está o no prohibido -ambos lo están- sino para diferenciar los efectos restrictivos, las ventajas que derivan de cada uno de ellos y los criterios o derroteros con base en los cuales pueden ser juzgados.

¹⁸⁸ El tema se encuentra regulado en Comunicación de la Comisión del 19 de febrero de 2002 sobre Dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

¹⁸⁹ Art. 10 Reglamento 1/2003.

¹⁹⁰ Tal como se mencionó, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el artículo 81.1 del TCE abarca no sólo a aquellos que pueden calificarse jurídicamente como “acuerdos” restrictivos sino que además se extiende a las decisiones colectivas y a las prácticas concertadas que tengan como objeto o pueden tener como efecto limitar, restringir o falsear la competencia. A través de esta disposición, el legislador comunitario intenta cobijar las diferentes conductas a través de las cuales se puede restringir la competencia, previniendo que aquellas conductas colectivas o aquellas que no derivan de un acuerdo expreso puedan quedar al margen de la prohibición y de las sanciones.

De acuerdo con la clasificación a la cual se viene haciendo referencia, los acuerdos restrictivos de la competencia se dividen según los sujetos que participan en la celebración de los mismos y la posición que estos tienen dentro del mercado. Los acuerdos celebrados entre empresas u operadores económicos que se encuentran en el mismo nivel del proceso de producción o distribución se denominan **acuerdos horizontales**, y aquellos celebrados entre operadores económicos que están situados en diferentes eslabones del proceso productivo, es decir, entre operadores que no compiten de forma directa, se denominan **acuerdos verticales**¹⁹¹.

Generalmente se han considerado más peligrosos o más restrictivos de la competencia los acuerdos de tipo horizontal que los de índole vertical. Así, mientras los primeros reducen la competencia intermarcas desapareciendo del mercado una o varias alternativas para el consumidor; los acuerdos verticales sólo generan este efecto si el mercado tiene una estructura oligopólica, siendo en general su impacto mucho menor, dado que en la mayoría de casos los consumidores conservan la posibilidad de elegir entre los diversos fabricantes o proveedores al subsistir la competencia entre estos.

El mayor grado de peligrosidad de los acuerdos horizontales se debe a la circunstancia de que los mismos se celebran entre competidores (*Vgr.* acuerdo de repartición de mercados entre fabricantes), mientras los acuerdos de tipo vertical se celebran entre quienes ofrecen productos o servicios complementarios (*Vgr.* acuerdo de distribución en exclusiva)¹⁹².

Por lo demás, contrariamente a lo que ocurre respecto de los acuerdos horizontales, en la mayoría de casos los acuerdos de tipo vertical constituyen mecanismos para lograr eficiencias y economías de escala que revierten en ventajas o beneficios para el consumidor¹⁹³, a la vez que contribuyen -en el ámbito comunitario- a la consolidación del mercado único Europeo.

Por las razones señaladas, los acuerdos de tipo horizontal se evalúan de forma más estricta. Por su parte, los acuerdos verticales, también restrictivos de la competencia, se valoran de manera más flexible, atiendo en general a los beneficios que pueden derivar de su celebración para el mercado, las empresas y los consumidores. Precisamente, bajo esta consideración, en el sistema Norteamericano los acuerdos de carácter

¹⁹¹ JIMENEZ LAIGLESIA, José María. “Restricciones verticales: Algunas cuestiones y nuevos problemas”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 201, junio/julio, Madrid, Edit. Einsa, 1999, p. 36: “*las restricciones verticales son aquellas que aparecen en las relaciones establecidas por empresas que operan en planos económicos diferentes (generalmente pero en ningún caso exclusivamente, las relaciones entre un productos y su red de distribución). Incluyen en términos generales la imposición de los precios de venta de los productos o servicios, la limitación geográfica del territorio donde operan los distribuidores, la comercialización en exclusiva, la asignación de clientela y las ventas asociadas*”.

¹⁹² Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales, punto 100. Igualmente, DE EIZAGUIRRE, José María. *Ob. Cit.*, pp. 367 a 370.

¹⁹³ Considerando No. 6 del Reglamento 2790/1999: “*los acuerdos verticales de la categoría, definidos en el presente Reglamento, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto pueden llevar una reducción de los costes de las transacciones y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión*”. Adicionalmente, respecto de los beneficios o efectos positivos que derivan de las restricciones verticales pueden verse los puntos 116 a 118 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

horizontal suelen analizarse bajo la regla de la ilegalidad *per se*, mientras los de carácter vertical se valoran bajo la aplicación de la regla de la razón (*rule of reason*).

Considerando la experiencia Norteamericana, el Derecho Europeo de la competencia propone un sistema de valoración diferente según se trate de un acuerdo horizontal o de uno vertical, según se deduce de los REC respectivos y de las Directrices de la Comisión aplicables a cada una de estas categorías de acuerdos.

Como se verá en adelante, estas consideraciones generales sobre el carácter menos peligroso de los acuerdos verticales explican las razones por las cuales el Derecho Comunitario ha concedido generalmente inmunidad a esta clase de acuerdos a través de los REC, reduciendo además el alcance de la prohibición a aquellos que tienen por objeto restringir la competencia o que incorporan cláusulas especialmente restrictivas (cláusulas negras).

3.1. LA REGLAMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS VERTICALES: EL PROCESO DE INSERCIÓN DE CRITERIOS ECONÓMICOS PARA SU VALORACIÓN Y JUZGAMIENTO

*“Los acuerdos verticales son acuerdos de compra de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución”*¹⁹⁴. Cuando en virtud de estos acuerdos se generan restricciones a la competencia, bien porque ésta se reduce, se desfigura o se elimina, se habla de restricciones de tipo vertical.

Si bien durante algún tiempo se impulsó su prohibición absoluta -al igual que ocurría respecto los acuerdos horizontales-, tras el análisis de sus ventajas y su racionalidad económica se pasó a una visión menos negativa de este tipo de acuerdos y hoy día incluso a proponer su exención absoluta. Fueron las nuevas formas de distribución adoptadas por las empresas, junto con los desarrollos tecnológicos y la internacionalización de los mercados, los que demostraron no sólo la necesidad sino la utilidad de los acuerdos de tipo vertical y las ventajas que derivaban de su implementación.

Quienes en la actualidad abogan por una exclusión absoluta y directa de los acuerdos verticales del ámbito del art. 81.1 del TCE encuentran en la teoría de las restricciones inmanentes su mejor sustento. Se afirma que los acuerdos de naturaleza vertical suelen ser indispensables para que las partes accedan o utilicen ciertos tipos contractuales, maximicen los beneficios que derivan de ellos y, en general, para que puedan satisfacer sus intereses adecuadamente; es tal su importancia que sin el acuerdo las partes no celebrarían el contrato o lo harían en términos menos eficientes o más gravosos. Piénsese en el caso de un proveedor que brinda a su distribuidor apoyo logístico, económico y de capacitación con el propósito de que éste se dedique a la distribución de sus productos. En este caso, la mejor forma de brindar seguridad al proveedor y de garantizar que el distribuidor no podrá utilizar dichos recursos en favor de los competidores de su proveedor será acudir a un acuerdo de compra en exclusiva. A

¹⁹⁴ Documento denominado “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución”. Comisión Europea. Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2002, [<http://europe.eu.int/comm/competition/index-es.html>].

simple vista dicho el acuerdo constituye una restricción de la competencia, pero en el marco de las relaciones de proveedor y distribuidor su uso se encuentra plenamente justificado tanto desde el punto de vista jurídico como económico, pues en caso de no poder utilizar dicha cláusula, es posible que el proveedor se niegue a celebrar el acuerdo de distribución o lo haga en términos más gravosos para el distribuidor, costos que éste no podría asumir o que trasladaría al consumidor en forma de precios más altos. Con este ejemplo se entiende la racionalidad del uso de este tipo de restricciones a partir de la cual se propone su exención absoluta y expresa del art. 81.1 del TCE.

En contra de lo anterior se afirma que no puede existir una autorización en blanco para esta categoría de acuerdos, pues tal como se encuentra redactado el art. 81.1 del TCE -actualmente vigente-, una permisión absoluta resultaría contraria al Derecho Comunitario de la competencia. Además no todo son ventajas en relación con las restricciones verticales pues en algunos casos los efectos que se desprenden de su celebración son claramente perjudiciales para la libre competencia y el funcionamiento de la economía de mercado¹⁹⁵.

Una postura intermedia sobre este tema aboga por proscribir sólo los acuerdos verticales especialmente anticompetitivos, es decir, aquellos que incorporan cláusulas que afectan la competencia de manera grave (cláusulas que el Reglamento 2790/1999 denomina como “negras” o “especialmente restrictivas”. De esta manera, no se establece una autorización en blanco pero tampoco se prohíben toda clase de acuerdos, se logra así congeniar el deseo de reducir la dimensión de la prohibición con la necesidad de controlar y sancionar los acuerdos con efectos gravemente anticompetitivos.

La tendencia actual que prioriza los elementos de análisis económico pretende acertadamente -según mi opinión-, que algunos acuerdos de carácter vertical se excluyan de la prohibición en forma directa, sin tener que esperar a un análisis bajo el artículo 81.3 del TCE. En particular, se aboga por la exclusión de los acuerdos de distribución restringida dentro de los cuales cobran especial importancia los pactos de exclusiva.

Lo que no se discute es el hecho de que los acuerdos verticales son menos peligrosos para los mercados y sus operadores, y que en general las restricciones para la competencia que de ellos derivan o bien son menores -en relación con las que derivan de los acuerdos horizontales- o bien generan beneficios que justifican su exención, por lo cual sigue abierta de puerta para proponer un sistema que regule este acuerdos bajo una óptima diferente.

Atendiendo la tesis intermedia antes expuesta y bajo el modelo de prohibición-exención contenido en el art. 81 del TCE, el Derecho Comunitario de la competencia establece una valoración menos rígida para las restricciones de naturaleza vertical. En efecto, se parte de la prohibición de esta clase de acuerdos para establecer luego la exención de aquellos que cumplan los requisitos del Reglamento 2790/1999, y para los no cobijados por éste, se dispone a través de las Directrices sobre restricciones verticales de un conjunto de criterios que permiten definir si el acuerdo puede o no quedar exento bajo la aplicación del art. 81.3 del TCE (auto-examen).

¹⁹⁵ Para el tema de las consecuencias negativas derivadas de la celebración de acuerdos de tipo vertical puede verse los puntos 103 a 114 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

3.2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

Con anterioridad a la expedición del Reglamento 2790/1999, las restricciones de tipo vertical en el ámbito comunitario estaban reguladas por los Reglamentos CEE Nos. 1983/83, 1984/83 y 4087/88 que hacían referencia a los acuerdos de distribución en exclusiva, compra en exclusiva y franquicia respectivamente. La distribución de vehículos automotores se regulaba a través del Reglamento CEE No. 1475/1995, derogado por el actualmente vigente Reglamento (CE) No. 1400/2002 (en adelante Reglamento 1400/2002)¹⁹⁶.

Estos REC respondían a un modelo clásico de libre competencia (Escuela de Harvard) según el cual se deben evitar los mecanismos que facilitan la concentración de poder, las conductas que producen la división territorial de mercados y aquellas impiden la consolidación del mercado común¹⁹⁷.

La reforma de estas normas comunitarias se hizo necesaria para responder a las críticas de la doctrina y de los diversos sectores económicos que consideraban que los Reglamentos mencionados contenían requisitos excesivamente formales que le restaban utilidad práctica a la figura de las exenciones y que hacían más difíciles las relaciones comerciales en las cuales era frecuente la incorporación de restricciones de naturaleza vertical¹⁹⁸.

Todas las observaciones y las críticas formuladas a la política comunitaria sobre las restricciones verticales así como los argumentos que sirvieron de soporte a la reforma sobre el tema fueron incorporados en el *Libro Verde* que sobre este tema se publicó el 22 de enero de 1997 y en la Comunicación sobre la aplicación de las normas comunitarias a las restricciones verticales, seguimiento del Libro Verde sobre restricciones verticales COM (98) 544 final¹⁹⁹.

¹⁹⁶ El Reglamento 1400/2002, regula de manera más estricta las restricciones verticales dentro del sector de los vehículos de motor, tal como se reconoce en los considerandos 3 y 7 de esta norma Comunitaria.

¹⁹⁷ Ver en este sentido la sentencia del TJCE en el caso Paris GMBH v. Pronuptia de Paría Irmgard Schillgallis citada y comentada por GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit., pp. 356 a 364.

¹⁹⁸ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. cit., p. 319: “*Uno de los aspectos más criticados de los Reglamentos de exención por categorías en materia de distribución ha sido su efecto “camisa de fuerza”. Se decía en efecto, y con razón, que los operadores económicos se veían forzados a acomodar sus prácticas en materia de distribución a determinadas categorías preestablecidas sin disponer de la libertad de establecer fórmulas creativas diferentes ante los riesgos de que las mismas pudieran ser contestadas como contrarias a la normativa de defensa de la competencia. (...) Indudablemente, la razón principal de este efecto limitativo se encontraba en la redacción formalista y rígida de los Reglamentos de exención, que obligaban a las partes a acomodar sus contratos de manera estricta para entrar en su ámbito de aplicación. Esta rigidez se reforzaba especialmente a través de disposiciones de estos Reglamentos que hacían perder el beneficio de la exención en el momento en que se incorporaba a los contratos de distribución algo no expresamente contemplado*”.

¹⁹⁹ La Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre restricciones verticales.COM (98) 544 final, resume las carencias y los problemas de la política de competencia en materia de restricciones verticales a los cuales se refería ya el Libro Verde del año 1997, de la siguiente forma: “*En primer lugar los actuales Reglamentos de Exención por Categoría (REC) constan de una requisitos bastantes estrictos de carácter formal que, por este motivo se consideran excesivamente legalistas y producen un efecto de rigidez. (...). En segundo lugar, los acuerdos que entran en el ámbito de los REC sufren el riesgo indudable de que la Comisión exima*

Entre otros aspectos, a través de la reforma se pretendía que la nueva reglamentación sobre las restricciones verticales fuese más flexible y simple, más coherente y más completa, de forma que las empresas y en general los distintos operadores pudiesen acceder fácilmente al beneficio de la exención y que a su vez las autoridades pudiesen concentrar su atención en los acuerdos realmente perjudiciales para la libre competencia dentro del mercado Europeo.

El proceso de reforma concluyó con la expedición del Reglamento 2790/1999, de 22 de diciembre, “relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”²⁰⁰ el cual junto a las Directrices de la Comisión Europea sobre el tema, contienen la normativa comunitaria actualmente vigente en materia de restricciones verticales²⁰¹.

De otra parte, conservando la separación que ya existía, la aplicación del art. 81.3 del TCE al sector de la distribución de automóviles se realizó a través del Reglamento 1400/2002 y la relativa a los acuerdos de transferencia de tecnología a través del Reglamento (CE) No. 772 de 2004 (en adelante Reglamento 772/2004).

Referencias particulares sobre su ámbito de aplicación merecen tanto el Reglamento 2790/1999 como las Directrices, normas que fijan los criterios para evaluar los acuerdos verticales y que de esta forma impactan cualquier valoración que sobre las cláusulas de exclusividad pretenda hacerse.

3.2.1. El Reglamento (CE) No. 2790 de 1999

El Reglamento 2790/1999 regula de forma más simple, sistemática y completa el tema de las restricciones verticales. Este Reglamento abarca casi la totalidad de los acuerdos de carácter vertical y deroga las reglamentaciones particulares que existían sobre los acuerdos de compra en exclusiva, distribución en exclusiva y franquicia, logrando mayor unidad y coherencia en la regulación y facilitado el acceso y la comprensión de la normativa comunitaria por parte de los empresarios y consumidores.

Conforme se había planteado en el Libro Verde y en la Comunicación de la Comisión COM (98) 544 final de seguimiento al Libro Verde sobre restricciones verticales²⁰², el

acuerdos que falsean la competencia. Dado que los REDC se basan en la forma y no en el efecto y que no contienen ninguna cuota de mercado que sirva de límite, las empresas que cuentan con un importante poder de mercado pueden beneficiarse de aquellos. (...) En tercer lugar, dado que los REC sólo abarcan los acuerdos verticales referentes a la reventa de bienes de consumo, pero no los bienes intermedios ni los servicios una parte importante de todos los acuerdos verticales no está cubierta por los actuales REC, incluso cuando las partes afectadas carecen de poder de mercado”. Las subrayas son del texto

²⁰⁰ El Reglamento 2790/1999 entró en vigencia el día 1 de enero de 2000, su aplicación se inició el 1 de junio de 2000 y su vigencia se prolongará hasta el 31 de mayo de 2010.

²⁰¹ El tema en España se encuentra regulado por la Ley 16/1989, Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y por el RD 378/2003 que desarrolla la mencionada Ley en materia de exenciones por categorías, autorizaciones individuales y registro de defensa de la competencia.

²⁰² Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas comunitarias a las restricciones verticales. Seguimiento del Libro Verde sobre restricciones verticales. COM (98) 544 final: “La política propuesta (...) se basa en un enfoque más económico. Esto es necesario para paliar las carencias de la actual política. Es necesario crear un recinto protegido para las situaciones en que no existe un poder de mercado importante, que ofrezca una presunción de legalidad a todas las restricciones verticales que

Reglamento 2790/1999 introduce criterios de análisis económico que permiten valorar de forma más adecuada los efectos de esta clase de acuerdos sobre la competencia, de forma tal que sólo aquellos realizados por empresas cuya cuota de mercado excede el porcentaje fijado en el Reglamento deben ser objeto de una valoración particular a través del sistema de auto-examen²⁰³.

La importancia de este Reglamento deriva de la inmunidad o la exención que otorga a los acuerdos que satisfacen las condiciones del art. 81.3 del TCE y que cumplen las condiciones que se fijan en las disposiciones que definen su ámbito de aplicación y a partir de la cual se puede afirmar la licitud y validez de esta clase de acuerdos.

Como sucede respecto de otras normas comunitarias, el ámbito de aplicación del Reglamento se establece en forma positiva, haciendo referencia a los acuerdos expresamente cobijados por la inmunidad, y en forma negativa, enlistando aquellos expresamente excluidos, según pasa a verse en detalle.

a. Ámbito de aplicación

El Reglamento 2790/1999 se aplica a los **acuerdos de venta de bienes o servicios con excepción de los que recaen sobre automóviles²⁰⁴**, que han sido **celebrados entre dos o más empresas²⁰⁵ que operan en niveles diferentes de la cadena de producción o distribución²⁰⁶** (num. 1 del art. 2 del Reglamento 2790/1999).

Conforme a lo anterior, están cubiertos por la exención, los acuerdos de compra, de venta, reventa y prestación de servicios contractuales, celebrados entre los fabricantes y los mayoristas, entre los mayoristas y los minoristas, entre los fabricantes y los minoristas, entre los proveedores y los fabricantes y aquellos celebrados entre los fabricantes de un componente o una pieza y el fabricante del producto que incorpora dicho componente.

probablemente no surtan efectos negativos. Las restricciones verticales que no entren en dicho recinto protegido no se consideran ilegales a priori, pero podrán ser objeto de un examen individual”.

²⁰³ En relación con el uso del análisis económico en el Reglamento 2790/1999 puede verse ARRUÑADA, Benito. “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 211, enero/febrero, Madrid, Edit. Einsa, 2001. Ver también VERROUDEN, Vincent. “Vertical agreements and article 81(1) EC: the evolving role of economic analysis”, *Antitrust Law Journal*, 525, 2003.

²⁰⁴ Las actividades de compra, venta, reventa y servicios contractuales en el sector automotriz se encuentran reguladas en el Reglamento 1400/2002.

²⁰⁵ MUÑOZ SANCHEZ MOLINI, Emma. “Pactos de exclusiva ante el nuevo Derecho Europeo de la Competencia”, *Revista de Derecho de los Negocios*, Año 12, Número 126, marzo, Madrid, Edit. La Ley, 2001, p. 14: “(...) lo que significa que no quedan cubiertos los acuerdos verticales con consumidores finales que no operen como personas jurídicas. Esto supone una novedad respecto de los Reglamentos de compra exclusiva y de distribución exclusiva ya que ambos textos legales establecían que podían beneficiarse de la exención aquellos acuerdos en los que sólo participaran dos empresas. De este modo se amplía en forma significativa el número de acuerdos y prácticas que quedan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento”. En igual sentido, ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob cit., p. 322: “El acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre dos o más empresas. Por ello no quedan amparados los acuerdos verticales con consumidores finales que no operan como empresas”.

²⁰⁶ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. Cit. p. 322: “El acuerdo o práctica concertada tiene lugar entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Por ejemplo una empresa produce una materia prima que la otra empresa utiliza como insumo; o cuando la primera es fabricante, la segunda mayorista y la tercera minorista”.

El Reglamento cubre los acuerdos mencionados siempre que los mismos hayan sido **suscritos por empresas cuyas cuotas de mercado no excedan del 30%**²⁰⁷, es decir, que se exencionan los acuerdos celebrados entre empresas que carecen de poder de mercado, siempre y cuando los mismos no incorporen restricciones especialmente graves²⁰⁸.

El Reglamento también cubre las cláusulas que se refieren a la cesión al comprador o a la utilización por parte del comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que éstas sean conexas y resulten necesarias para el desarrollo de las actividades de compra, venta, reventa o de prestación de servicios²⁰⁹.

A *contrario sensu*, el Reglamento 2790/1999 no cubre los acuerdos verticales celebrados por empresas que superan una cuota de mercado del 30%²¹⁰, ni tampoco los que incorporan estipulaciones que se consideran especialmente restrictivas de la competencia (cláusulas negras) aun cuando las partes no superen el umbral del 30%²¹¹.

Tampoco se aplica a los acuerdos celebrados entre empresas con cuotas de mercado pequeñas, en cuanto estos no afectan la competencia dentro de un mercado determinado (*Regla del Minimis*), excepto en el caso que el acuerdo incluya una cláusula negra, pues en este evento sin importar la cuota de mercado de las empresas involucradas se aplicará la prohibición del art. 81.1 del TCE.

Igualmente, quedan por fuera de su ámbito los acuerdos verticales celebrados entre las asociaciones de empresas y sus miembros o proveedores, cuando alguno o todos sus integrantes son mayoristas o cuando cualquiera de los miembros de la asociación -junto con sus empresas vinculadas- tiene un volumen de negocios que excede de 50 millones de euros al año²¹².

Finalmente, tampoco es aplicable el Reglamento 2790/1999 a los acuerdos celebrados entre dos competidores salvo que se trate de un acuerdo no recíproco y siempre que el comprador tenga un volumen de negocios que no exceda los 100 millones de euros o que el proveedor o el fabricante de un bien estén presentes en al menos dos de los niveles de la cadena de producción y distribución²¹³.

También regula el Reglamento 2790/1999 el supuesto de que una empresa que venía gozando de la exención supere el umbral del 30% del mercado de referencia. En estos

²⁰⁷ Considerando 8 y artículo 3 del Reglamento 2790/1999.

²⁰⁸ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. Cit., p. 330: “*La mayoría de las restricciones verticales solo generan problemas de compatibilidad con el ordenamiento concurrencial si la competencia intermarca en el mercado relevante es insuficiente, es decir, si existe un grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador o ambos. Si la competencia intermarca es insuficiente, la protección de la competencia intermarca e intramarca adquiere importancia. Por tanto en la evaluación de los acuerdos verticales con arreglo al apartado 1 del artículo 81 resulta particularmente relevante la estructura del mercado en el que se hallen las partes proveedora y compradora*”.

²⁰⁹ Apartado 3 del artículo 2 del Reglamento 2790/1999.

²¹⁰ Considerando 9 del Reglamento 2790/1999.

²¹¹ Considerando 10 del Reglamento 2790/1999.

²¹² Nuevamente en este tema el criterio de poder del mercado es relevante para excluir la aplicación de la normativa Comunitaria. Si las partes del acuerdo tienen poder de mercado no resulta aplicable la exención numeral 2 del artículo 2 del Reglamento 2790/1999.

²¹³ Apartado 2 del art. 2 del Reglamento 2790/1999.

casos, por regla general, la exención se seguirá aplicando siempre que durante un periodo de dos ejercicios financieros consecutivos no se rebase el umbral de volumen global anual en una media que exceda del 10%²¹⁴. Si el incremento de la cuota de mercado se sitúa por debajo del 35% la exención se seguirá aplicando por un periodo de dos años naturales consecutivos contados a partir del año en el cual se supere por primera vez el umbral del 30%; si el incremento de la cuota de mercado es superior al 35% la exención continuará aplicándose por un año más contado a partir del año en que se sobrepase el umbral del 30%²¹⁵.

b. Las cláusulas blancas y cláusulas negras

Como se indicó, el Reglamento 2790/1999 no se aplica a los acuerdos de tipo vertical que incluyen las restricciones que se califican como “especialmente graves” o “cláusulas negras” (art. 4). En estos casos el acuerdo vertical no goza de inmunidad y se entiende prohibido según lo dispuesto en el art. 81.1 del TCE, incluso en el evento de que haya sido celebrado por empresas cuya cuota de mercado no supera el umbral 30% o el umbral del 15% tratándose de acuerdos de menor importancia. Las partes del acuerdo que incluye una cláusula negra, tampoco podrán considerar su validez como resultado del auto-examen, en razón de los efectos gravemente anticompetitivos que se desprenden de esta clase de estipulaciones²¹⁶.

Por tanto, los acuerdos verticales que incluyen este tipo de cláusulas serán ilícitos sin importar el poder de mercado de las partes que los han celebrado y sin que haya lugar a alegar la divisibilidad de las restricciones especialmente graves (la separación de la cláusula negra) como quiera que la inclusión de una de estas estipulaciones afecta de forma íntegra la valoración jurídica del acuerdo.

La regulación de este tema es especialmente estricta. A través de ella se pretende eliminar las conductas que afectan gravemente la competencia (reparto y segmentación de los mercados, creación de barreras de acceso y eliminación de competidores, entre otros) y los fines de la Unión Europea (consolidación de un mercado único y libre circulación de los factores de producción)²¹⁷.

Las cláusulas negras a las cuales hace referencia el Reglamento 2790/1999 son las siguientes:

- a. La cláusula por la cual el proveedor fija el precio de reventa de los bienes o servicios. A contrario, se encuentran permitidas las cláusulas por las cuales se establecen precios máximos y/o sugeridos de reventa.

²¹⁴ Apartado 2 del art. 10 del Reglamento 2790/1999.

²¹⁵ Apartado 2 del art. 9 del Reglamento 2790/1999.

²¹⁶ Este modelo que diferencia entre cláusulas negras y blancas es seguido también por el Reglamento 1400 de 2002, ver al respecto su considerando 12.

²¹⁷ Sin embargo existen algunas corrientes -fundamentalmente derivadas del análisis económico del derecho- que abogan por incluir dentro de la exención absoluta de los acuerdos verticales las cláusulas negras por considerar que aún respecto de ellas es posible predicar la existencia de eficiencias y ventajas, sin que valgan en contra argumentos en pro de la integración, pues ésta no es una función propia del derecho de la competencia.

- b. Las cláusulas que restringen el territorio dentro del cual el comprador puede vender los bienes o prestar los servicios objeto del contrato o los clientes a los cuales puede vender los bienes o prestar sus servicios.

En este sentido se considera como cláusula negra y por tanto no cobijada por el Reglamento 2790/1999 la prohibición de las ventas pasivas o del comercio paralelo²¹⁸.

Se considera que esta restricción es especialmente grave pues a través de ella se pretende la compartimentación de los mercados y generalmente una distribución o reparto de los mismos de acuerdo con los intereses de los operadores económicos. En el ámbito Europeo este tema goza de especial relevancia pues una restricción de esta naturaleza además de contrariar la libre competencia económica atenta adicionalmente contra uno de los fines de la integración, que es precisamente la consolidación de un mercado único.

No obstante lo anterior, ciertas restricciones del territorio en el cual el comprador pueda actuar se consideran legítimas y cubiertas por la exención:

- (i) Las restricciones de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservado en exclusiva al proveedor o asignados por éste en exclusiva a otro comprador, siempre que tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador;
- (ii) La restricción de ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel del comercio al por mayor;
- (iii) La restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva, y

²¹⁸ El comercio paralelo es una vía legal del comercio intracomunitario y un instrumento que evita la segmentación de los mercados. En consecuencia su práctica está permitida y su prohibición tiene el carácter de cláusula negra o especialmente grave. Dentro del ámbito Comunitario sólo se admite en algunos casos que las partes puedan restringir las ventas activas pero en ningún caso las ventas pasivas. (Ver literal b) del artículo 4 del Reglamento 2790/1999). Sobre el tema también puede verse el párrafo 50 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales en el cual se explica lo siguiente: “*Por ventas activas se entiende: (1) la aproximación activa a clientes individuales dentro del territorio exclusivo o del grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor mediante correo directo o visitas por ejemplo, o (2) la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio o, (3) el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor. Por ventas pasivas se entiende la respuesta a pedidos no suscitados procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son ventas pasivas las actividades de carácter general de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio*”. Sobre la prohibición de las ventas pasivas y la ilegalidad de las conductas a través de las cuales se limita el comercio intracomunitario pueden verse las sentencias del TJCE del 27 de abril de 1994, del 28 de abril de 1998 y 18 de septiembre de 2003 en el asunto C-338/2000.

- (iv) La restricción de la capacidad del comprador de vender componentes suministrados con el fin de su incorporación a clientes que los usarán para fabricar el mismo tipo de bienes que produce el proveedor.
- c. Las cláusulas a través de las cuales se restringen las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los integrantes de un sistema de distribución selectiva a nivel minorista.
- d. Las cláusulas de prohibición de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva. En este sentido se encuentran prohibidas las cláusulas de compra exclusiva al proveedor o a cualquier tercero designado por éste o las que restringen las ventas que el distribuidor puede realizar en favor de minoristas dentro de la red.
- e. Las cláusulas que prohíben, impiden o dificultan que los usuarios finales o reparadores independientes o proveedores de servicios puedan comprar piezas de recambio directamente al fabricante de las mismas.

De otra parte, el Reglamento 2790/1999 también se refiere a las cláusulas inhibitorias de la competencia de carácter contractual y poscontractual²¹⁹ y las de exclusión de marcas en los sistemas de distribución selectiva, las cuales no se consideran cláusulas negras o “especialmente restrictivas” pero se regulan en su alcance material y temporal. El art. 5 del Reglamento determina en qué eventos estas cláusulas no se encuentran amparadas por la exención o inmunidad y por tanto son ilícitas:

- Las cláusulas inhibitorias de la competencia de carácter contractual de duración indefinida, con un plazo mayor de cinco 5 años o que sean automáticamente renovables después de éste periodo de tiempo, no están cobijadas por el Reglamento y por tanto no se están exentas de la prohibición del art. 81.1 del TCE. Si la duración de la cláusula es igual o inferior a cinco años o si la renovación de la misma tras un periodo de cinco años exige la voluntad de las partes y no hay obstáculos que impidan darlo por terminado transcurrido ese periodo, se aplicará la exención establecida en el Reglamento 2790/1999.

El periodo máximo de cinco (5) años no se tiene en consideración cuando el comprador realiza su actividad mercantil en locales de propiedad del proveedor o que éste ha arrendado para esos efectos a terceros independientes; en este caso la restricción impuesta al comprador no tiene límite temporal por cuanto el propio proveedor es quien facilita el sitio de trabajo y por tanto la restricción puede tener una duración igual al periodo de tiempo por el cual el proveedor ha contratado la ocupación del punto de venta²²⁰.

²¹⁹ El literal b) del artículo 1 del Reglamento 2790/1999 define las cláusulas de no competencia en los siguientes términos: *“cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente”*.

²²⁰ Sobre los criterios de evaluación de esta clase de acuerdos verticales puede verse los puntos 138 a 160 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

- Las cláusulas inhibitorias de la competencia de carácter poscontractual no se están cobijadas por el Reglamento, excepto en los casos en que se encuentran justificadas por razones materiales, funcionales y temporales, en otros términos, cuando su incorporación dentro de un contrato resulta imprescindible para garantizar la protección de los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, siempre que se refiera a los bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, se limite a los puntos de venta desde los cuales el comprador hubiese operado y no exceda de un año contado desde la expiración del acuerdo.
- Por último, en lo que respecta a los sistemas de distribución selectiva el Reglamento no cobija las cláusulas de prohibición de marcas. Los pactos de marca única no se encuentran cobijados por la exención debido a los efectos de exclusión que producen y que se maximizan dentro de los sistemas de distribución selectiva.

A diferencia de lo que ocurre con las “cláusulas negras”, cuando las cláusulas inhibitorias de la competencia y de exclusión de marcas son ilícitas pueden separarse sin afectar la totalidad del acuerdo por aplicación del principio de divisibilidad, en estos casos, la parte restante del acuerdo quedará cobijada por el Reglamento de exención.

Conforme a las anteriores consideraciones, los acuerdos cobijados por el Reglamento se presumen legales y pueden ejecutarse validamente por las partes. En todo caso tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia podrán retirar el beneficio de la exención cuando el acuerdo no genere los beneficios suficientes para contrarrestar su impacto o cuando las partes superen los umbrales de cuotas de mercado, o en todo caso, cuando se produzcan cambios dentro del mercado que hagan que el acuerdo deba valorarse de forma diferente²²¹.

Este sistema de retiro de la exención puede ser efectuado por la Comisión de forma individual o mediante Reglamento²²². La misma facultad se atribuye a las autoridades nacionales de competencia en relación con los acuerdos verticales que surtan efectos en su territorio nacional o en una parte significativa de este, siempre que los mismos puedan calificarse como mercados independientes (Reglamento No. 1215/1999 y el art. 7 del Reglamento 2790/1999). De todas formas, la facultad de la autoridad nacional no puede contravenir las normas comunitarias de competencia y siempre debe ejecutarse teniendo en consideración la interpretación que de los numerales 1 y 3 del artículo 81 del TCE han realizado el TPI y el TJCE.

En cuanto se refiere a la valoración de las cláusulas de exclusividad en particular, habrá que tener en cuenta el ámbito de aplicación del Reglamento 2790/1999 según lo ya explicado. En cada caso y dependiendo de la forma en que la exclusividad haya sido

²²¹ MUÑOZ SANCHEZ MOLINI, Emma. Ob. Cit., p. 17: “Esta potestad de la Comisión ya estaba recogida en la anterior regulación, en concreto en el art. 6 del Reglamento no. 1983/83 sobre acuerdos de distribución exclusiva, en el art. 14 del Reglamento no. 1984/83 sobre acuerdos de compra en exclusiva y en el art. 8 del Reglamento 4087/88 sobre acuerdos de franquicia. Así la diferencia fundamental que encontramos entre la regulación anterior y la actual es que el nuevo texto recoge una formulación más genérica de los supuestos en que la Comisión puede proceder a retirar el beneficio de la aplicación de la exención, en los textos anteriores se realizaba una enumeración más detalladas de las distintas causas”.

²²² Arts. 6 y 7 del Reglamento 2790/1999.

adoptada, de las partes involucradas en el acuerdo y de las condiciones propias del mercado, se deberá definir si el acuerdo goza de inmunidad o está por fuera del ámbito del Reglamento. En este último evento, las partes conservan la posibilidad de realizar el procedimiento de auto-examen para determinar si el acuerdo puede considerarse como válido y en consecuencia ejecutarse de manera libre, para ello deberán atender, entre otras cosas, el contenido y el alcance de las Directrices según pasa a explicarse.

3.2.2. Las Directrices sobre las restricciones verticales

Las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales delimitan y precisan el alcance de las disposiciones del Reglamento 2790/1999 y regulan las restricciones verticales que no se encuentran cobijadas por éste.

Lo primero que debe tenerse claro es que los acuerdos no amparados por el Reglamento 2790/1999 no tienen o adquieren por este sólo hecho el carácter de ilegales. Por el contrario, es posible que las partes o las autoridades competentes consideren que el acuerdo cumple los requisitos del art. 81.3 del TCE y en tal sentido, según la nueva interpretación de la norma -establecida por el Reglamento 1/2003-, concluyan que es válido²²³.

El Reglamento 2790/1999 simplemente facilita la aplicación de la exención, pues basta con probar la existencia del acuerdo y que el mismo está dentro de su ámbito para que se presuma su legalidad, sin que ello impida un proceso de valoración independiente respecto de los acuerdos que no están amparados por la inmunidad²²⁴.

Así las cosas, los acuerdos que no gozan de inmunidad están sometidos al proceso de auto-examen que deben realizar las partes para comprobar si el acuerdo cumple con los requisitos del art. 81.3 del TCE. Es precisamente en este contexto dentro del cual las Directrices cumplen sus funciones, pues a la vez que establecen los criterios que permiten juzgar los efectos restrictivos que derivan de los acuerdos, orientan el auto-examen de los acuerdos verticales no cobijados por el Reglamento 2790/1999, así como la labor que adelanta la Comisión y las autoridades de competencia nacionales en los eventos en que es necesario retirar el beneficio de la exención o en los eventos en que se controvierte la valoración (examen) realizada por las partes²²⁵.

Grosso modo los criterios fundamentales contenidos en las Directrices son los siguientes²²⁶:

²²³ Considerando 62 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales. MUÑOZ SANCHEZ MOLINI, Emma. Ob. Cit., p. 13: “*Los acuerdos que no se encuadren en la exención por categorías no son necesariamente ilegales, sino que han de ser analizados individualmente con arreglo al artículo 81.*”.

²²⁴ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. Cit., p. 320 “*Como la Comisión señala en sus Directrices, en lo sucesivo no se presumirá que los acuerdos verticales excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2790/1999 sean ilegales sino que habrán de ser analizados individualmente a efectos de determinar su compatibilidad con el ordenamiento concurrencial.*”.

²²⁵ Puntos 1 y 3 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

²²⁶ Más sobre el tema en el Documento denominado “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución”. Comisión Europea, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, [<http://europe.eu.int/comm/competition/index-es.html>].

- a. Las restricciones verticales plantean mayores problemas en mercados donde existe un alto nivel de concentración (oligopolio u oligopsonio) así como en mercados con elevadas barreras de entrada.
- b. Son más perniciosos los acuerdos que reducen la competencia intermarcas que aquellos que lo hacen dentro de una misma marca.
- c. En mercados en los que no existe suficiente competencia intermarcas pueden resultar perniciosas también las cláusulas que reducen la competencia intramarca.
- d. Los acuerdos exclusivos son más dañinos para la competencia que los no exclusivos.
- e. Son más dañinos los acuerdos verticales cuando se aplican a productos de marca.
- f. La combinación de varias restricciones verticales puede potenciar los efectos negativos de cada una de ellas.
- g. Cuando los operadores de un mercado organizan su actividad de forma similar, existen mayores probabilidades de que los acuerdos verticales afecten de manera grave el mercado, por la instauración de redes similares de distribución y el efecto acumulativo de restricciones a la competencia.
- h. Entre mayor transferencia de conocimientos técnicos suponga un acuerdo, mayor es la necesidad de configurar una restricción vertical para proteger dicha información.
- i. A mayor inversión en la estructuración o desarrollo de una relación contractual, mayor es la necesidad de establecer una restricción vertical y por tanto mayor justificación tendrá su uso.
- j. Los acuerdos verticales que permiten abrir nuevos mercados (de productos o geográficos) no restringen la competencia.
- k. La venta de un producto nuevo dentro de un mercado de prueba puede dar lugar a la imposición de restricciones verticales.

Todos estos criterios, al igual que los previstos en el Reglamento 2790/1999 servirán de guía en el proceso de valoración jurídica de las cláusulas de exclusividad según se explica en el numeral 4.5 de este capítulo.

Pero además del Reglamento 2790/1999 y de las Directrices, la regulación referente a los acuerdos de tipo vertical también se encuentra incorporada en los REC 1400/2002 y 772/2004 ambos con un ámbito de aplicación más restringido y con carácter de especialidad.

3.2.3. El Reglamento (CE) No. 1400/2002

Con posterioridad a la expedición del Reglamento 2790/1999, la Comisión emprendió un proceso de consulta y de reforma al tema de la distribución de vehículos automotores. Se consideró que el tema debía abordarse -como de hecho ya lo era- por un Reglamento independiente de aquel que regulaba las restricciones de tipo vertical, por la especialidad del tema y por la importancia del mismo en el contexto Europeo.

El proceso de reforma del Reglamento 1475/1995 concluyó con la expedición del Reglamento 1400 de 2002, de 31 de julio, el cual es en muchos aspectos más formal y estricto que el Reglamento 2790/1999²²⁷.

El Reglamento 1400/2002 establece dos sistemas para la distribución de vehículos automotores entre los cuales los fabricantes de esta clase de bienes debe hacer su elección: De un lado, la distribución exclusiva en virtud de la cual el fabricante “*asigna a cada distribuidor o taller de reparación un territorio de ventas exclusivo o un grupo de clientes exclusivo. En el interior del territorio no puede nombrarse ningún otro distribuidor. También pueden imponerse a tales distribuidores ciertos niveles mínimos de calidad*”²²⁸; y de otro, un sistema de distribución selectiva, en virtud del cual el fabricante selecciona con base en criterios cualitativos o cuantitativos los distribuidores o talleres de reparación a quienes asigna la responsabilidad de vender o prestar sus servicios en favor de los consumidores, usuarios finales y demás distribuidores de la red.

Decantándose por el criterio de cuota de mercado al igual que el Reglamento 2790/1999, el Reglamento 1400/2002 establece que la exención cubija los acuerdos restrictivos en los cuales la cuota de mercado del proveedor no excede dentro del mercado de referencia el 30%²²⁹. En caso de tratarse de un sistema de distribución selectiva cuantitativa, quedarán exentos los acuerdos siempre que la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 40%. Estos porcentajes no se aplican cuando se trata de sistemas de distribución selectiva cualitativa.

Toda vez que el Reglamento promueve la transferencia y adquisición de los negocios de los competidores dentro del sistema de distribución respectivo, se dispone que la exención sólo cubija los acuerdos restrictivos en la medida en que estos permitan que el distribuidor o los talleres de reparación puedan transferir los derechos y obligaciones que derivan del acuerdo vertical suscrito con el proveedor a otras empresas de la misma clase, que vendan o reparen vehículos de la misma marca²³⁰.

Además, la exención sólo será aplicable si el acuerdo establece el derecho de las partes a la intervención de un mediador o experto en los litigios que pueden suscitarse

²²⁷ Considerando 2 del Reglamento 1400/2002: “*Esta experiencia permite concluir que en este sector son necesarias unas normas más estrictas que las establecidas en el Reglamento (CE) no. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*”. Negrillas fuera de texto.

²²⁸ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. Cit., p. 363.

²²⁹ Tratándose de suministro exclusivo la exención que otorga el Reglamento 1400/2002 sólo se aplica cuando la cuota de mercado del comprador no supera el 30% del mercado relevante.

²³⁰ Considerando 10 y numeral 3 del art. 3 del Reglamento 1400/2002

con ocasión del cumplimiento de las obligaciones a su cargo²³¹, y siempre que se prevea en favor del distribuidor o del taller de reparación un derecho de preaviso en caso de que el proveedor desee dar por terminada la relación contractual²³².

Igualmente, sólo será procedente la aplicación de la exención cuando el acuerdo vertical entre el proveedor y el distribuidor o entre aquél y el taller de servicios tenga una duración de al menos 5 años o sea por término indefinido.

Es también importante destacar que bajo el sistema impuesto por el Reglamento 1400/2002, un fabricante no puede acumular en un mismo contrato o negocio cláusulas de distribución exclusiva y cláusulas de distribución selectiva, pero si puede optar por utilizar ambos sistemas de distribución en mercados diferentes de acuerdo con sus necesidades y su estrategia empresarial.

En caso de que el proveedor escoja un sistema de distribución exclusiva y para efectos de garantizar la efectividad de esa estipulación, el Reglamento 1400/2002 prevé la posibilidad de que las partes restrinjan las ventas activas que pueden realizar el proveedor u otros distribuidores dentro del territorio otorgado con exclusividad (exclusividad territorial), o respecto de los clientes que se han asignado en forma exclusiva a un distribuidor determinado (exclusividad de clientela). En ningún caso, la protección de la exclusividad podrá invocarse para prohibir las ventas pasivas, toda vez que éstas no sólo están permitidas sino que además se consideran convenientes para la consolidación del mercado común y de los beneficios que derivan del mismo²³³.

Al igual que el Reglamento 2790/1999, el Reglamento 1400/2002 establece una serie de restricciones especialmente graves o cláusulas negras que no se encuentran amparadas por la exención debido a los efectos nocivos que se derivan de su uso. Estas restricciones especialmente graves se encuentran prohibidas con independencia de la cuota de mercado de los operadores que han celebrado el acuerdo. Adicionalmente esta clase de restricciones afecta la validez del acuerdo en forma total sin que en estos casos sea posible la separación de la estipulación ni una nulidad de carácter parcial²³⁴.

²³¹ Considerando 11 y numeral 6 del art. 3 del Reglamento 1400/2002

²³² Numeral 4 del art. 3 del Reglamento 1400/2002. Se considera que la previsión de este método de solución de conflictos antes que agilidad puede llegar a generar mayores complicaciones y desgastes, toda vez que la norma no prevé que la operatividad de este mecanismo excluya la facultad de las partes de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes, a este respecto se afirma: *“La intervención de un experto o de un mediador podría ser de interés, quizás, para las partes cuando las controversias versen sobre cuestiones operacionales o de hecho, tales como fijación numérica de objetivos anuales, número de vehículos de demostración o volumen de stock de productos contractuales a mantener en periodos concretos, pero cuando los litigios se suscitan sobre cuestiones fundamentales de carácter contractual tales como incumplimientos, rescisiones, resoluciones, etc., ninguna de las partes tendrá interés en iniciar un procedimiento en el que se formularan alegaciones y se propondrán y practicarán pruebas y en el que recaerá una resolución que carecerá de eficacia alguna, pues la parte que vea fracasar sus pretensiones ante la instancia arbitral acudirá lógicamente a la vía jurisdiccional, quedando aquella sin virtualidad alguna”* en BEATO BRAVO, Jesús Ruiz, “Las formulas «arbitrales» de los reglamentos comunitarios sobre distribución de vehículos de motor”, *Revista Derecho de los Negocios*, No. 165, junio, Madrid, Edit. La Ley, 2004, p. 22.

²³³ STJCE de 18 de septiembre de 2003, asunto C-338/2000 P.

²³⁴ Art. 4 del Reglamento 1400/2002.

También prevé el Reglamento otras clase de conductas que pese a ser restrictivas y estar prohibidas no afectan de forma íntegra el acuerdo y por tanto no impiden que la exención sea parcial, es decir, que se aplique a aquella parte del acuerdo que puede subsistir una vez excluida la cláusula o el acuerdo restrictivo²³⁵.

Adicional a estos aspectos que hacen referencia al ámbito de aplicación de la exención, el Reglamento 1400/2002 introduce cambios importantes en los sistemas de distribución de vehículos de motor e incorpora algunos elementos de análisis económico que deben aplicarse al momento de valorar los acuerdos restrictivos que se suscitan en este sector económico, entre los que se destacan los siguientes:

- a. El Reglamento 1400/2002 regula de forma separada la actividad de distribución de vehículos de la prestación de los servicios de reparación y mantenimiento, y en este sentido, no se exige que el distribuidor tenga la obligación de prestar en forma directa los mencionados servicios. Bajo la normativa anterior (Reglamento 1475/95) el distribuidor (comprador) tenía a su cargo la prestación de los servicios posventa (reparación y mantenimiento), de forma tal que ambas actividades estaban atribuidas o ligadas a un mismo sujeto²³⁶. En la actualidad estos servicios pueden ser prestados bien por el distribuidor a través de los talleres propios o bien a través de talleres independiente subcontratados por él. Adicionalmente, el Reglamento 1400/2002 elimina la exigencia según la cual el distribuidor debía constituir una persona jurídica independiente a la cual se asignaba la función de distribución de los vehículos.

De conformidad con estas consideraciones, la exención no cubre los acuerdos que supeditan la prestación de los servicios de distribución a los de reparación y mantenimiento o que de cualquier forma los liga o vincula. Se trata de actividades independientes que pueden ser prestadas por una sola persona o por varias, sin que por este hecho pueda entenderse que se causa un perjuicio al consumidor²³⁷.

- b. El nuevo régimen permite la distribución multimarca, es decir, que un mismo distribuidor pueda ofrecer y vender al consumidor vehículos de distintas marcas²³⁸. Bajo el régimen anterior, el modelo seguido era de monomarquismo, con lo cual se restringía el acceso de los fabricantes a mercados donde sus competidores ya tenían un espacio ganado, el cual la mayoría de veces cubrían o protegían a través de cláusulas de compra exclusiva. Bajo el nuevo sistema, el consumidor dispone de mayores alternativas en calidad y precios entre las cuales puede seleccionar la que resulte de su agrado. No obstante esta posibilidad, el Reglamento establece que el fabricante puede exigir que la exhibición de los vehículos de su marca se haga en una parte específica de los locales del distribuidor para evitar la confusión de los consumidores, sin que ello signifique que pueda exigir que éste tenga locales separados para realizar tal actividad. Tampoco podrá exigir el proveedor que el distribuidor tenga personal especializado en la promoción de su marca a menos que asuma el costo del mismo.

²³⁵ Art. 5 del Reglamento 1400/2002.

²³⁶ Literales g) y h) del num. 1 del art. 4 del Reglamento 1400/2002

²³⁷ Considerandos 21 y 22 Reglamento 1400/2002.

²³⁸ Art. 5 del Reglamento 1400/2002.

En este orden de ideas, quedan por fuera de la cobertura del Reglamento los acuerdos que prohíben al distribuidor la venta de marcas competidoras, así como las restricciones a través de las cuales se imponen a los talleres de mantenimiento la reparación de vehículos de una sola marca y, en general, aquellas que restringen los servicios que estos pueden prestar en relación con vehículos de proveedores competidores. Igualmente y en consonancia con todo esto, también se encuentran prohibidas las cláusulas de no competencia tanto contractuales como poscontractuales²³⁹.

- c. Bajo la normativa vigente se prevé que las partes pueden acordar la exhibición, promoción y venta de toda la gama de vehículos de una marca determinada. Estos acuerdos serán válidos mientras que no impidan el acceso de otros competidores al mercado.
- d. De otra parte, la nueva normativa impone a los fabricantes una obligación de disponibilidad, en virtud de la cual tienen el deber de proveer o suministrar a sus distribuidores vehículos de modelos comercializados en otros países siempre que estos vendan modelos análogos.
- e. Para evitar las restricciones a las ventas y la posible segmentación del mercado, el fabricante debe vigilar que todos los distribuidores (ya sea en forma directa o a través de los talleres de reparación subcontratados para el efecto) presten los servicios de garantía para cualquier vehículo vendido en el territorio de la Unión Europea. En este orden, el Reglamento impone al proveedor el deber de garantizar el acceso a las piezas de recambio y a la información técnica en favor de los talleres autorizados e independientes.

Conforme a lo anterior, no están cubiertos por el Reglamento los acuerdos que restringen a los talleres autorizados, a los distribuidores o talleres independientes, o a los usuarios finales, su capacidad para adquirir las piezas de recambio del fabricante directo o de una tercera parte. Por esta razón, tampoco están cubiertos los acuerdos que restringen el derecho del fabricante de las piezas de recambio a colocar sus signos distintivos sobre tales piezas. Con estas medidas se busca evitar que el proveedor o fabricante del vehículo someta a los distribuidores y compradores a la obligación de adquirir de él en forma exclusiva las piezas de recambio.

- f. Durante la fase de garantía, de servicio gratuito o de llamada de revisión, quedarán cobijados por la exención los acuerdos en virtud de los cuales se impone a los talleres de reparación la obligación de emplear repuestos originales suministrados por el fabricante. Por fuera de estas fases, tales acuerdos no estarán cobijados por la exención. De esta manera se garantiza que en la prestación de los servicios de reparación, tanto los talleres autorizados como los independientes pueden usar piezas de recambio de calidad equivalente a las originales.

²³⁹ Considerandos 27, 28 y art. 5 Reglamento 1400/2002,

3.2.4. El Reglamento de los Acuerdos de Transferencia de Tecnología (RECATT)

A través del Reglamento 772/2004 se exencionada de la prohibición del art. 81.1 del TCE los acuerdos de transferencia de tecnología celebrados entre competidores y no competidores que cumplen los requisitos que se establecen en los arts 2 y 3 del Reglamento, que se refieren fundamentalmente al objeto de esta clase de acuerdos y a las cuotas de mercado que deben ostentar las partes que concurren a su celebración.

En este orden, quedan exentos de la aplicación del art. 81.1 del TCE los acuerdos entre competidores cuya cuota de mercado conjunta no supere el 20% en el mercado tecnológico y de productos de referencia; igualmente se exencionan los acuerdos entre empresas no competidoras siempre que la cuota de mercado de cada una de ellas no excede del 30% en los mercados tecnológicos y de productos de referencia. La exención se seguirá aplicando aun cuando se superen estos porcentajes por el término de dos años contados desde la primera vez en que se excediera el límite.

Así mismo, este Reglamento bajo el mismo modelo de los Reglamentos ya explicados, contiene una lista de restricciones que se consideran especialmente graves y que impiden que el acuerdo quede exento de la prohibición (art. 4), y otras que siendo graves no afectan el acuerdo en forma íntegra sino únicamente a las cláusulas que tiene efectos restrictivos (art. 5).

También distingue el Reglamento entre las restricciones graves que se incluyen en los acuerdos celebrados entre competidores (num. 1 del art. 4) y aquellas que se incorporan en acuerdos celebrados entre empresas no competidoras (num. 2 del art. 4). Puede afirmarse al respecto que para el primer caso se han tomado como referencia las restricciones especialmente graves que se han incluido en los Reglamentos de Exención de los acuerdos de tipo horizontal y, en el segundo caso, las restricciones graves que se regulan en el Reglamento de Exención de los acuerdos verticales.

En relación con la restricción relativa a la asignación de un territorio o un grupo de clientes en exclusiva (incorporada en acuerdos entre competidores y en acuerdos entre no competidores), la cual se considera en principio como una restricción especialmente grave, el Reglamento establece una serie de excepciones (ver lit. c) del num. 1 y literal b) del num. 2 del art. 4 del Reglamento), bajo las cuales admite que las partes acuerden limitar sus actividades de producción o comercialización, con la finalidad de garantizar la exclusividad, sus beneficios y desde luego incentivar el uso adecuado de la licencia dentro de un mercado determinado. En este tema nuevamente se toman como referencia los listados incorporados en los Reglamentos de exención de acuerdos horizontales y en los Reglamentos de exención de acuerdos verticales. A manera de ejemplo tenemos:

Si se trata de acuerdo entre competidores se consideran exentas entre otras:

- (i) Las restricciones establecidas en un acuerdo no recíproco, a las ventas activas y pasivas por parte del licenciante o licenciatario en el territorio exclusivo o referente al grupo de clientes concedido en exclusividad;
- (ii) Las restricciones a las ventas activas por parte del licenciatario en el territorio exclusivo y respecto de los clientes asignados por el licenciante a otros

licenciarios, siempre que este último no sea competidor del licenciante en la fecha de conclusión de su propia licencia.

- (iii) La obligación del licenciario de producir los productos contractuales a favor de un solo cliente cuando a través de la licencia se busca un suministro alternativo para dicho cliente.

Si se trata de acuerdos entre no competidores, se consideran exentas entre otras:

- (i) La restricción de ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo de clientes determinado reservado para el licenciante.
- (ii) La restricción de las ventas a usuarios finales por un licenciario que opere en el comercio al por mayor.
- (iii) La restricción a las ventas a distribuidores no autorizados en un sistema de distribución selectiva

Por regla general se admiten las restricciones de carácter territorial en virtud de las cuales se otorga al licenciario un territorio exclusivo que se encuentra protegido de la ingerencia del licenciante y del otros licenciarios, y que le impide a estos fabricar o utilizar el procedimiento o el producto licenciado dentro de los territorios que se han conferido en exclusividad en favor del primero. En estos casos se consideran válidas las restricciones que se impongan tanto a las ventas activas como a las ventas pasivas dentro de los límites temporales que fija el Reglamento para las distintas clases de licencias, existiendo en todo caso un mayor grado de atención sobre las restricciones que puedan imponerse a las ventas pasivas ya que estas pueden traducirse en mecanismos de segmentación y cierre de los mercados.

También quedan bajo la cobertura del Reglamento otras restricciones no territoriales, siempre y cuando puedan considerarse como restricciones accesorias.

Recorrido este panorama global sobre el régimen de libre competencia y en particular sobre la prohibición de los acuerdos restrictivos y sobre la regulación de las restricciones de naturaleza vertical, corresponde ahora aplicar estas consideraciones a los pactos de exclusiva, una vez se defina y se establezca su utilidad en el contexto de los contratos de distribución y las modalidades que comúnmente suelen adoptar.

4. LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD Y SU VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

Lo hasta aquí dicho nos ha permitido delinear el tema y establecer el marco que sirve para su análisis. La reforma al art. 81 del TCE, las modificaciones introducidas en el régimen de libre competencia por parte del Reglamento 1/2003, la regulación de las restricciones verticales, así como el procedimiento y las autoridades involucradas en la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia, trazan los derroteros a partir de los cuales puede valorarse cualquier clase de acuerdo restrictivo, y por tanto, se constituyen en presupuestos esenciales a partir de los cuales se puede juzgar la legalidad o no de las cláusulas de exclusividad.

Así las cosas, corresponde ahora fijar los puntos claves para hacer los trazos definitivos que conducirán a la valoración de las cláusulas de exclusividad a partir de la normativa de libre competencia Europea. Estos puntos claves se refieren a la noción, al contexto que rodea la utilización de este tipo de pactos, los contratos en los cuales se incorporan, las formas que suelen adoptar y los criterios jurídicos y económicos a partir de los cuales se fijan las ventajas y desventajas que se desprenden de su uso. Finalmente, se establecerá el proceso de valoración y nuestro criterio sobre el mismo.

4.1. NOCIÓN

Aunque el objeto de este trabajo quedó limitado al campo del derecho de la libre competencia, es necesario abordar el concepto de las cláusulas de exclusividad a partir del derecho de los contratos, pues a pesar de que teóricamente es posible concebir un pacto de exclusiva absolutamente independiente, lo cierto es que en la mayoría de casos estas cláusulas se encuentran anexas, conexas o coligadas a un contrato que podría calificarse como principal.

Precisamente por lo anterior, se ha considerado que la exclusividad es un pacto o una prestación que no puede operar en el vacío ni en forma aislada y que en consecuencia se encuentra atada a una prestación que deriva de una relación contractual fundamental que generalmente corresponde a un contrato de distribución. En estos eventos se reconoce que el pacto de exclusiva no desnaturaliza la relación fundamental²⁴⁰, antes por el contrario -según mi criterio-, le dota de un contenido especial al tener en la mayoría de contratos el carácter de un pacto accesorio, que permite ajustar el tipo contractual a los intereses de las partes.

En todo caso, hay quienes opinan que a pesar de estar ligadas a una relación contractual fundamental o principal, este tipo de cláusulas goza de autonomía e independencia propia (aún cuando se encuentren incorporadas a un contrato), lo que facilita su valoración aislada, de tal forma que en caso de ser nulas sus efectos no se extienden a la relación principal, la cual conserva plena validez y por tanto puede seguir ejecutándose.

En mi parecer, una es la forma en que surge y se desarrolla el pacto de exclusiva, y otra cosa diferente son los efectos que se desprenden de su valoración. En el primero de los casos comparto la opinión de la doctrina que liga la exclusividad a una prestación que deriva de una relación contractual fundamental; cuestión diferente es si éste pacto afecta la validez íntegra del acuerdo o si por el contrario, pese a ser nulo -por ser contrario a la normas de competencia, por ejemplo- no desnaturaliza ni afecta de validez de la relación fundamental. En mi criterio, la afectación de la existencia y/o de la validez de la relación que hemos denominado “fundamental”, dependerá de la importancia que el pacto tenga dentro del tipo contractual de que se trata, y desde luego, del carácter esencial o no que las partes le hayan impreso en desarrollo de su autonomía privada.

²⁴⁰ PUENTES MUÑOZ, Teresa. *El contrato de concesión mercantil*. Edit. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 116: “(...) el pacto de exclusiva no desnaturaliza la relación fundamental porque queda fuera de su esfera, se refiere a otro aspecto distinto al de la libertad de contratar del contratante obligado por la exclusiva. A un no hacer – precisamente a no concluir determinados contratos con terceros- .Es un supuesto típico de obligación negativa, obligación de no contratar”.

Sea cual fuere la posición que se adopte en cuanto a la autonomía o no de las cláusulas de exclusividad, lo cierto es que en la mayoría de los casos la valoración de estas cláusulas a partir de la normas que regulan los **contratos de distribución**, se hace teniendo en cuenta la duración del pacto y su extensión. Precisamente por ello, en los contratos a término indefinido la validez de esta clase de estipulaciones se condiciona a la facultad de cualquiera de las partes para denunciar el contrato, respetando desde luego un término razonable de preaviso y los principios de buena fe, los cuales impiden que la denuncia *ad nutum* sea hecha en forma maliciosa y sorpresiva, so pena de tener que indemnizar los perjuicios que derivan de tales circunstancias para la parte denunciada.

Desde la óptica de derecho de la libre competencia²⁴¹, las cláusulas de exclusividad constituyen una de las formas más frecuentes que pueden adoptar los acuerdos restrictivos de carácter vertical (sin que ello implique que no puedan ser incluidas dentro de acuerdos de naturaleza horizontal), en la medida en que ella se incorporan en los contratos celebrados entre sujetos que se encuentran en diferentes niveles del proceso productivo, es decir, entre proveedores (fabricante) y distribuidores, sin importar la denominación que adopten estos últimos (llámese agente, concesionario, distribuidor o franquiciatario).

Generalmente, las definiciones sobre “las cláusulas de exclusividad” se han construido por parte de la doctrina a partir del estudio de las distintas modalidades que estas pueden adoptar, lo que ha generado que en la mayoría de casos nos encontremos con conceptos parciales, confusos o simplemente errados sobre este tipo de cláusulas. Por ejemplo, el profesor JESUS ALFARO define las cláusulas de exclusividad como “(...) aquellos acuerdos por los que el fabricante se compromete a distribuir sus productos sólo a través de un determinado distribuidor (obligación de suministro exclusivo) y, viceversa, las cláusulas por las que el distribuidor se compromete a no distribuir productos de los rivales de un fabricante (obligación de no competencia)”²⁴²; este concepto es en mi parecer parcial y equivoco, ya que de una parte sólo hace referencia a dos de las modalidades que pueden adoptar este tipo de pactos y de otra, equipara la exclusividad con las cláusula de no competencia.

Lo que no se pone en duda es el carácter restrictivo de las cláusulas de exclusividad, el cual deriva de su propia naturaleza, dado que constituyen *per se* una limitación de la libertad de hacer y más concretamente de las libertades de empresa y contratación que corresponden a cada operador en relación con la actividad que realiza y en el nivel dentro del cual actúa o desarrolla tales libertades²⁴³.

²⁴¹ El análisis del concepto de las cláusulas de exclusividad desde la óptica del derecho de la libre competencia, no puede desligarse del ámbito contractual, por el contrario es en dicho ámbito en el cual se aprecia con mayor nitidez las formas que suelen revestir dichas cláusulas y la utilidad que le asignan las partes.

²⁴² ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, en el documento sobre Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia... Ob. Cit., s.p.

²⁴³ El Tribunal Supremo (TS) Español haciendo referencia al valor contractual de los pactos de exclusividad señaló en su sentencia del 29 de octubre de 1955 lo siguiente: “*El pacto de exclusiva supone una obligación de no hacer respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar a favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, bien en una obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad, o bien en ambas obligaciones, dentro del límite del*

A través de estas cláusulas las partes acuerdan limitar o restringir su actividad empresarial atendiendo diversos factores: pueden limitar su actividad a cierta clase de productos o servicios (exclusividad de producto), a determinados territorios (exclusividad territorial) e incluso a determinados clientes, o en fin, acordar que el negocio jurídico incorpore todas estas restricciones de forma simultánea o bajo diferentes combinaciones de las mismas (exclusividad mixta); de esta manera la exclusividad se convierte en un instrumento contractual para limitar la libertad de acción de un contratante en favor del otro o la libertad de ambos en la búsqueda de beneficios recíprocos.

También es posible que estos pactos sean una manifestación del abuso de quien tiene posición de dominio y en consecuencia se constituyan en una herramienta para bloquear el acceso de nuevos empresarios y garantizar el fortalecimiento de los ya presentes, o en fin, en un mecanismo a través del cual se pretende perpetuar una situación de monopolio, en estos casos la conducta debe valorarse a la luz del art. 82 del TCE.

No obstante las restricciones que derivan de esta clase de acuerdos, la exclusividad vista desde otra perspectiva genera una ventaja competitiva en favor de quien es el beneficiario del pacto, ya que coloca a este sujeto en una posición privilegiada respecto de otros operadores del mercado, y en este sentido se constituye en una prerrogativa legítima en la medida en que se ajuste a las normas de libre competencia²⁴⁴.

A la anterior, hay que sumar las ventajas y las utilidades que desde el punto de vista económico pueden derivar del uso de esta clase de acuerdos, que pasan por la reducción de los costos de la distribución, la generación de economías de escala, la solución de problemas de free riding etc.

Estos extremos de ventajas y desventajas que derivan de los acuerdos de exclusividad hacen que su valoración necesariamente tenga que pasar por un proceso de ponderación, que básicamente consiste en verificar si la cláusula cumple con los requisitos establecidos en el art. 81.3 del TCE, es decir, en constatar si las restricciones que de ella derivan son necesarias, proporcionadas, se encuentran plenamente justificadas, generan beneficios para los consumidores y están limitadas temporal, sustancial y espacialmente, de forma que no eliminan la competencia en forma absoluta.

Esta necesaria ponderación de los efectos anti y procompetitivos de las cláusulas de exclusividad requieren un estudio sobre las relaciones que incorporan esta clase de acuerdos y las formas que estas adoptan, ya que dependiendo de ellas se establecerá la necesidad de la exclusiva, los beneficios que de ella derivan en el contexto de una relación específica y el impacto que tiene según el contrato al cual se adhieren.

tiempo y, frecuentemente también del espacio ...”. Sentencia citada por PUENTES MUÑOZ, Teresa. Ob. Cit. p. 112.

²⁴⁴ PUENTES MUÑOZ, Teresa. Ob. Cit. p. 111 y 112:“(…) un efecto fundamental del pacto de exclusiva es el de que la prestación pactada en exclusiva significa un incremento para el patrocinio del beneficiario de la misma, pues éste tiene una situación que, si no queremos llamar monopolio –pues no lo es en términos rigurosos–, si lo es de privilegio.

4.2. LA EXCLUSIVIDAD EN LAS RELACIONES DE DISTRIBUCIÓN

Se hace necesario adentrarnos en el tema de la distribución, pues en este ámbito se comprende mayormente la evolución y el desarrollo que ha tenido la normativa sobre acuerdos verticales, y desde luego, el alcance que ésta puede tener frente a la valoración de las cláusulas de exclusividad.

Las consideraciones generales que sobre la distribución comercial y sobre las formas de distribución restringida se realizan en este numeral, tienen como base el libro del profesor CÉSAR GINER PARREÑO, *Distribución y Libre Competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, el cual contiene un importante análisis sobre la validez de las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo en el derecho antitrust Norteamericano y en el Derecho Europeo, y cuyas observaciones, críticas y comentarios al régimen comunitario no obstante ser anteriores al Reglamento 2790/1999 y obviamente al Reglamento 1/2003, conservan vigencia y son interesantes vistas como preludeo del sistema normativo actualmente vigente; de gran valor son también las consideraciones de este autor al insistir -como se ha hecho en este escrito- en la necesaria modificación del sistema de valoración de los acuerdos verticales y en particular de los acuerdos de distribución restringida dentro de los cuales se encuentran las cláusulas de exclusividad.

Así las cosas, el punto de partida es la afirmación según la cual las cláusulas de exclusividad encuentran su mejor nicho de desarrollo en los contratos de distribución mercantil, pero su utilidad y eficacia no se agota en ellos.

La distribución adecuada de los productos ha sido una constante preocupación de los empresarios que buscan que ésta sea cada vez más rápida y a la vez más económica²⁴⁵; esto ha marcado un acelerado cambio en los sistemas utilizados y en los contratos que regulan esta clase de relaciones.

En un primer momento el modelo tradicional consistía en la distribución directa de los productos por parte de su fabricante. Lentamente este sistema fue cediendo paso a otro en el cual los encargados de la labor de distribución eran terceros dependientes del empresario; para este momento adquieren auge figuras contractuales como el mandato, la agencia, la comisión y el corretaje, a través de las cuales se facilita la vinculación de la actividad del distribuidor con la empresa que requiere sus servicios, al tiempo que se dispensa a esos terceros de los riesgos propios del negocio cuyo control y responsabilidad siguen estando a cargo del empresario principal.

A estas dos fases ha sucedido una tercera que es consecuencia de la acelerada evolución del comercio transfronterizo, de la modificación de los métodos tradicionales

²⁴⁵ DE EIZAGUIRRE, José María. Ob. Cit. p 380: “por distribución, en su acepción más genérica, entendemos todas las actividades comerciales entre productores y consumidores, entendiendo por consumidores los transformadores, fabricantes o consumidores finales (Libro Verde, punto 13)”. VELILLA MORENO, Marco Antonio. “Contrato de Franquicia”, en el libro Derecho de la Distribución Comercial, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá, Edit. El Navegante Editores, 1995, p. 41: “(...) La distribución es una actividad económica que se ubica entre la producción y el consumo. Puede definirse como el conjunto de operaciones por la cuales un bien después de producido o una prestación de servicio después del momento de su concepción son vendidos o suministrados al comprador o consumidor”.

de consumo y desde luego de los avances tecnológicos. Actualmente, los empresarios acuden al internet como mecanismo de presencia empresarial en los distintos mercados geográficos, al control y manejo de la información sobre el comportamiento de los consumidores y las preferencias de ellos según diversos criterios, y a la conformación de una red de distribuidores independientes a través de la cuales logran presencia física al tiempo que garantizan la prestación de servicios posventa o de servicios accesorios - que son cada vez más importantes para el consumidor a la hora de elegir un proveedor- en los distintos mercados geográficos.

En esta tercera etapa, las relaciones contractuales que unen al fabricante con empresarios independientes permiten que aquél traslade los riesgos a éstos y que simultáneamente mantenga el control sobre la actividad y la unidad empresarial; este sistema se denominada de distribución integrada, porque cada uno de los distribuidores hace parte de una red que se encuentra bajo el control del fabricante, cuya unidad y control se mantiene por ejemplo a través del uso de los mismos signos distintivos o de la implementación del mismo know how empresarial. En esta fase adquieren importancia contratos tales como la concesión y la franquicia cuya tipicidad social es hoy una realidad a pesar de que su tipicidad legal se encuentre apenas en proceso.

Así pues, resulta que los contratos de distribución son uno de los mecanismos más adecuados para garantizar la extensión de la actividad empresarial y quizás en el método más usado por los empresarios para poder competir en un mercado globalizado. No obstante su utilidad, se hace necesario su control dado que en esta clase de contratos pueden incorporarse acuerdos de naturaleza restrictiva que ponen en riesgo el funcionamiento adecuado del mercado y los derechos de los distintos operadores económicos.

En el ámbito comunitario, el cambio en las relaciones de distribución y la incorporación cada vez más frecuente de acuerdos restrictivos de la competencia en los contratos a través de los cuales se regulan estas relaciones, han sido entre otros factores motivo de las reformas introducidas a la normativa que regula el tema de las restricciones de tipo vertical:

Inicialmente se consideraba que los acuerdos calificados como restricciones de tipo vertical eran absolutamente ilícitos por los efectos perturbadores que tenían sobre la libre competencia; sin embargo, las continuas solicitudes de exenciones de carácter individual bajo la consideración de que algunas de estas restricciones eran además de necesarias convenientes por las eficiencias que de ellas se desprendían, hicieron que la Comisión expidiera diversos REC a través de los cuales se regularon los acuerdos de naturaleza vertical en diversas categorías de sectores.

Para este momento histórico tanto la valoración de los acuerdos de naturaleza vertical como el estudio del tema de la exclusividad debía realizarse a partir los Reglamentos CEE Nos. 1983/83 (distribución en exclusiva) 1984/83 (compra en exclusiva), 4087/88 (franquicia) y 123/85 (distribución de vehículos).

Bajo este sistema se criticaba la segmentación de la normativa comunitaria que separaba y regulaba en forma diversa acuerdos que por su naturaleza tenían una misma finalidad (la distribución de productos y servicios), se criticaba así mismo -como tuvo oportunidad de comentarse- el carácter excesivamente formalista de los

Reglamentos y la carencia de elementos de análisis económico con base en los cuales pudiesen valorarse adecuadamente este clase de restricciones.

Actualmente, como se dejó anotado, el tema está regulado por el Reglamento 2790/1999 y por las Directrices de la Comisión sobre el tema, normas a través de la cuales se introducen elementos de análisis económico que privilegian la eficiencia y utilidad los acuerdos verticales al momento de realizar su valoración a la luz de las disposiciones de libre competencia.

Junto a esta normativa comunitaria, la doctrina moderna ha replanteado la extensión de la prohibición de los acuerdos verticales, algunos incluso han abogado por la exención absoluta de estos, mientras otros en forma moderada han decidido plantear la legalidad sólo de algunas formas de distribución restrictiva entre las cuales tiene un lugar preferente las cláusulas de exclusividad.

Dentro de estas doctrinas modernas, el profesor GINER PARREÑO formula un sistema especial de valoración para los acuerdos de distribución restrictiva, que toma como punto de partida una presunción sobre la legalidad de estos acuerdos²⁴⁶ y que admite que la misma pueda bajo circunstancias especiales ser desvirtuada.

En mi criterio, los argumentos del profesor GINER PARREÑO tienen relevancia particular tratándose de las cláusulas de exclusividad, no sólo por la frecuencia de estos pactos sino porque existen muchas razones que justifican una valoración especial para esta clase de acuerdos. En efecto, por regla general este tipo de pactos se incorporan en contratos cuyo objeto es lícito, en la mayoría de casos son cláusulas que resultan útiles, necesarias e idóneas para desarrollar la finalidad del contrato y, además, porque casi siempre las restricciones que de ellas se desprenden son menores que las ventajas o beneficios que generan. En consecuencia, el punto de partida para la valoración de esta clase de acuerdos debe ser su presunción de legalidad cuyo centro es el art. 81.1 y no el art. 81.3 del TCE²⁴⁷.

4.3. FORMAS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

Las cláusulas de exclusiva pueden asumir diferentes modalidades según el contrato al cual se incorporan, la extensión o los factores con base en los cuales se otorga y los beneficios o contrapartidas que las partes esperan recibir a cambio de su concesión.

²⁴⁶ GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit., pp. 239 y 240: “(...) los acuerdos concluidos en el marco de un sistema de distribución restringida deben ser considerados lícitos si se verifica cualquiera de estas circunstancias: primera, la empresa que utiliza los acuerdos de distribución restringida carece de una posición de poder en el mercado; segunda las empresas en el mercado relevante utilizan diversos sistemas de comercialización de los productos o servicios; tercer, la empresa que utiliza el sistema de distribución restringida ha experimentado un incremento en el volumen de su producción, los acuerdos de distribución restringida han sido utilizados por un periodo superior a cinco años; y quintas, la empresa que emplea un sistema de esta naturaleza no puede incrementar sus beneficios perjudicando al públicos de los consumidores”.

²⁴⁷ Para quienes dan al art. 1 del Reglamento 1/2003 una interpretación literal, esta forma de valoración no es un simple propuesta sino una aplicación real de la nueva forma en que debe interpretarse y aplicarse el art. 81 del TCE. Como lo señale no comparto esta opinión, por lo cual considero que, aún bajo la vigencia del Reglamento 1/2003, es necesario modificar la forma en que se evalúan las cláusulas de exclusividad.

Como se indicó, estos pactos son instrumentos contractuales a través de los cuales se restringen la libertad de acción y contratación de un empresario, a la vez que se planifica su ingreso y permanencia en un mercado determinado, se protegen las inversiones realizadas en la actividad o empresa del distribuidor y se obtienen economías de escala, entre otros muchos beneficios. Sin embargo, dependiendo de la relación contractual a la cual se incorpora, las cláusulas de exclusividad pueden asumir muchas otras funciones y generar ventajas novedosas para las partes o terceros; como también pueden restringir la competencia y afectar la validez íntegra del contrato o hacer que éste devenga inexistente cuando las partes han considerado que la exclusiva es un elemento esencial de la relación.

Por lo anterior, en cada caso será necesario acudir a la regulación legal del tipo contractual específico y a falta de ésta a la costumbre o los usos comerciales entre las partes para establecer el alcance de la exclusiva y sus efectos, y en especial para determinar si dentro de un contexto particular se trata de un acuerdo restrictivo de la competencia o no.

Dadas estas consideraciones generales, en nuestra opinión, no es posible elaborar un listado taxativo sobre todas formas que pueden adoptar las cláusulas de exclusividad ni sobre todos los factores que pueden limitar su extensión, como tampoco pueden establecerse una fórmula o consideración absoluta sobre su validez desde el punto de vista del derecho de la libre competencia.

No obstante las salvedades anteriores y como quiera que las cláusulas de exclusividad encuentran su mayor campo de desarrollo en los contratos de distribución mercantil, a continuación se explican algunas de las formas que con mayor frecuencia adoptan estas cláusulas en el contexto de esta tipología de contratos, respecto de las cuales además se han formulado una mayor cantidad de recomendaciones por parte de las autoridades comunitarias.

4.3.1. Distribución en exclusiva

La distribución en exclusiva es un acuerdo por el cual el proveedor se “(...) *obliga a vender sus producto únicamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado o para su reventa a determinada clase de clientes*”²⁴⁸.

*“En un acuerdo de distribución en exclusiva, el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa en un territorio determinado. Al mismo tiempo, suele limitarse la venta activa del distribuidor en otros territorios asignados en exclusiva. Los posibles riesgos de la competencia residen en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Si todos o la mayoría de los proveedores aplican la distribución exclusiva, esto puede facilitar la colusión, tanto en el nivel de los proveedores como en el de los distribuidores”*²⁴⁹.

²⁴⁸ Considerando 161 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

²⁴⁹ ARAUJO, Marcos y ESCUDERO, Alberto. Ob. Cit., p. 352.

Bajo esta modalidad, la exclusividad otorgada en favor del distribuidor puede estar limitada por varios factores. En efecto, puede estar conferida para una circunscripción territorial específica, para una serie de productos determinada (por clase de producto o por marca), para una clase de clientes en particular, o estar delimitada en atención a varios de estos factores simultáneamente como sucede en el caso en que un fabricante otorgue a su distribuidor una exclusiva territorial para una serie de productos o sólo para ciertas marcas *Vgr.* Distribución exclusiva en territorio Italiano de los grandes electrodomésticos de la marca del proveedor.

En atención a lo anterior, algunos autores diferencian entre los acuerdos de distribución en exclusiva -referentes a la asignación de un territorio dentro del cual el comprador (distribuidor) puede realizar su gestión-, de los acuerdos de asignación de cliente exclusivo con base en los cuales la actividad del distribuidor se limita a un número o a una categoría de clientes determinada a la vez que se restringen las ventas activas que aquél puede realizar a otros clientes reservados en exclusiva al proveedor u otorgados por éste en exclusiva en favor de otros distribuidores. En mi concepto, dadas las similitudes entre estas dos modalidades así como la posibilidad de que ambas se combinen, las consideraciones que se realizan a continuación son aplicables a ambas categorías de distribución en exclusiva:

Bajo esta tipología de acuerdo restrictivo se impone al proveedor una obligación de “no hacer” o un deber de abstinencia. Él no podrá distribuir sus productos o servicios a través de un distribuidor diferente a aquel en cuyo favor se otorgó la exclusiva (territorial o de clientes) e incluso en algunos casos (dependiendo del acuerdo) tampoco podrá hacerlo en forma directa.

Como contrapartida de las obligaciones asumidas por el proveedor, por regla general el distribuidor tendrá igualmente una limitación en su actividad empresarial, ya que sólo podrá comercializar los productos o servicios expresamente autorizados por su proveedor, actuar sólo dentro del territorio de exclusiva y/o respecto de los clientes expresamente asignados, debiendo abstenerse de realizar ventas activas por fuera de los espacios asignados para el desarrollo de su actividad.

En ningún caso las restricciones impuestas al distribuidor pueden extenderse o cobijar las ventas pasivas, pues cualquier restricción en este sentido se considera especialmente grave y no exenta de la aplicación del art. 81.1 del TCE.

La valoración de este tipo de cláusulas -como de cualquier restricción de carácter vertical- se debe realizar de acuerdo con el art. 81.1 del TCE y particularmente atendiendo lo dispuesto en el Reglamento 2790/1999, y para los casos situados por fuera del ámbito de esta norma los puntos 161 a 183 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales en los cuales se establecen los criterios que permiten determinar cuándo las cláusulas de distribución en exclusiva son o no restrictivas y en caso de serlo, bajo qué parámetros puede considerarse que cumplen las exigencias del art. 81.3 del TCE.

La regla general es que los pactos de distribución exclusiva quedan amparados por el Reglamento 2790/1999 cuando la cuota de mercado de proveedor no rebasa el 30% del mercado relevante y siempre que el acuerdo no incluya ninguna de las restricciones

especialmente graves²⁵⁰. Por encima del umbral previsto deben tenerse en cuenta los parámetros que se mencionan a continuación, en virtud de los cuales el acuerdo puede considerarse válido -como resultado del auto-examen en el contexto comunitario- o ser autorizado de manera particular si en el Estado miembro subsisten las autorizaciones de esta naturaleza²⁵¹:

- La cláusula de distribución exclusiva de carácter territorial²⁵² será válida en la medida en que no implique una protección territorial absoluta y por ende una compartimentación de los mercados. Dicho en forma más clara, la exclusividad territorial concedida a un distribuidor (sin importar la forma contractual que revista dicho acuerdo) no es restrictiva de la competencia cuando se permite que el distribuidor venda los productos o los servicios a personas no residentes dentro del territorio de exclusividad o venda dentro de dicho territorio a empresarios que realizan actividades de reventa por fuera del territorio asignado al distribuidor (ventas pasivas).

Si la exclusividad va atada a la prohibición de las ventas pasivas o a cualquier mecanismo que impida que éstas se hagan efectivas se considera prohibida²⁵³.

- Si cualquiera de las partes del acuerdo que incorpora la exclusividad tiene poder de mercado existen mayores probabilidades de eliminar o restringir la competencia y por tanto dicho acuerdo se juzgará de forma más rígida y existirán menores probabilidades de considerarlo válido a la luz del art. 81.3 del TCE.

Si el poder de mercado es del fabricante o proveedor, la exclusividad puede ser un instrumento para impedir el acceso o posicionamiento de nuevos competidores en el mercado, porque se logra por ejemplo concentrar los esfuerzos del distribuidor en una marca o serie de productos.

Si es el distribuidor quien tiene poder de mercado, éste podrá exigir y obtener prebendas y privilegios de su proveedor (quien no dispone de otros canales o alternativas de distribución para sus productos) y abusar de su posición frente a los consumidores cobrando precios supracompetitivos como consecuencia de la reducción de la competencia intramarca. El caso típico se presenta cuando existe un único distribuidor o existiendo varios sólo uno de ellos dispone de la logística necesaria para la distribución de cierto tipo de productos; en este caso, el fabricante que quiere llegar a los consumidores no tiene alternativa diferente

²⁵⁰ En el caso del suministro exclusivo de vehículos de motor se aplica el numeral 2 del artículo 3 del Reglamento No. 1400/2002 que dispone: “2. *En el caso de los acuerdos verticales que contengan obligaciones de suministro exclusivo, la exención se aplicará a condición de que la cuota del comprador en el mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales no supere el 30%*”

²⁵¹ Esta afirmación es válida para aquellos eventos en los cuales las legislaciones nacionales conserven el mecanismo de la autorización particular, como ocurre en el caso Español. El punto no es pacífico pues alguna parte de la doctrina Española afirma que atendiendo lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 y, en particular, su efecto vinculante, puede afirmarse que en España rige el mecanismo del auto-examen y ha desaparecido el sistema de las autorizaciones individuales.

²⁵² Esta exclusividad puede además estar acompañada de una exclusividad en la distribución de cierta clase o categoría de los productos, referirse a un número o grupo determinado de clientes o incluir ambas),

²⁵³ STPI de 13 de febrero de 2004, asunto T- 67/01, *JCB Service v. Comisión Europea*

que aceptar las exigencias impuestas por el distribuidor, y los consumidores no tienen otra alternativa que adquirir los productos de su único comercializador²⁵⁴.

- La distribución exclusiva afecta de manera considerable la competencia en los mercados oligopolísticos. Si dentro del mercado específico existe una fuerte competencia intermarcas el impacto de la exclusividad es menor en el nivel de distribución; por el contrario, si existen muy pocos distribuidores, la exclusividad reduce no sólo la competencia intramarca sino la rivalidad intermarcas, facilita la colusión entre productores y/o distribuidores y puede resultar más restrictiva.

Por consiguiente, *“Cuando varios proveedores designan al mismo distribuidor exclusivo en un territorio dado o le asignan una determinada clase de clientes (acuerdos múltiples de distribución en exclusiva), puede aumentar el riesgo de colusión horizontal, especialmente en mercados altamente concentrados”*²⁵⁵.

- La exclusividad que se confiere para la distribución a nivel mayorista, no genera efectos anticompetitivos cuando el proveedor carece de poder de mercado y no se limita la facultad del mayorista en la comercialización de los productos. En este nivel la reducción de la competencia intramarca suele compensarse con la obtención de eficiencias en el nivel de distribución. Por el contrario, la exclusividad para la distribución minorista genera mayores problemas restrictivos cuando la gama de productos o el territorio para el cual se confiere dificulta las posibilidades de elección del consumidor o hacen que éstas sean más costosas: Si la elección del consumidor supone un desplazamiento desmesurado o la incursión en gastos de información, su elección muy probablemente esté marcada por acudir al distribuidor minorista que a pesar de no ofrecer todos los productos ni los mejores precios se encuentra a su alcance, en este supuesto su decisión no será la más eficiente y por tanto el mercado no estará operando en condiciones de plena competencia.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que cada día más se reducen los efectos negativos de las restricciones de carácter territorial como consecuencia

²⁵⁴ En ocasiones el poder de los distribuidores se materializa en otro tipo de restricciones o exigencias a sus proveedores. En efecto *“Los fabricantes dependen cada vez más de los distribuidores y de los minoristas de ultramarinos para hacer llegar los productos a sus consumidores. Habida cuenta de que el espacio disponible para nuevos productos es limitado, surgen nuevos conflictos entre el número cada vez mayor de nuevos productos que ahora se lanzan al mercado y el objetivo de los minoristas de lograr el máximo rendimiento. Este conflicto ha hecho que los minoristas soliciten comisiones de venta (lo que constituye soborno) o regímenes de descuento que a menudo superan los posibles ahorros de coste de los fabricantes. Dada la escasez de espacio disponible para la inclusión de nuevos productos, los que no se encuentran en posiciones de privilegio correrán un riesgo creciente de ser eliminados y sustituidos por las marcas propias de los grandes minoristas”*. Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia Comunitaria. Igualmente, las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales citan como ejemplo: *“(…) el caso de una cadena de supermercados que se convierte en el único distribuidor de una marca que lidera el mercado en un mercado nacional de alimentación”* y hacen la siguiente consideración adicional: *“asimismo, el poder de compra puede incrementar el riesgo de colusión en el lado de los compradores cuando compradores importantes, posiblemente establecidos en territorios distintos, imponen acuerdos de distribución exclusiva a uno o varios proveedores”*.

²⁵⁵ Documento denominado “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución”. Comisión Europea, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2002. [<http://europe.eu.int/comm/competition/index-es.html>].

del uso de las tecnologías de la información; ya que estas permiten a los consumidores el acceso a mercados geográficamente lejanos.

- Si la exclusividad en la distribución se combina con una cláusula de compra en exclusiva, existe mayores posibilidades de que se generen restricciones indebidas a la competencia. El cierre de mercado en este caso se produce por una vía doble: Ni el proveedor puede distribuir sus productos a través de otros distribuidores, ni el distribuidor exclusivo puede adquirir los productos de otras personas diferentes a su proveedor o a las empresas designadas por él²⁵⁶; lo cual puede resultar aún más grave si cualquiera de las partes o ambas tienen poder de mercado. En estos casos, la obligación a cargo del distribuidor de adquirir los productos únicamente del fabricante o de las empresas que éste señale -que por lo general son sus filiales-, reduce las posibilidades de arbitraje entre los distribuidores, permite la segmentación de mercados y el establecimiento de precios discriminatorios.
- La exclusiva en la distribución unida a un acuerdo de marca única puede igualmente incrementar los efectos restrictivos del primero. Excepcionalmente esta combinación puede favorecer la competencia en caso de que la exclusividad por doble vía se constituya en un estímulo para que el distribuidor centre sus esfuerzos en una marca particular. En estos casos deberá analizarse detalladamente la estructura del mercado y las eficiencias que se proyectan obtener a través de la restricción.
- Tratándose de la distribución de vehículos de motor, las cláusulas mediante las cuales se impone al distribuidor la obligación de marca única no quedan amparadas por el Reglamento 1400/2002. Como se señaló en el numeral 3.2.3 de este capítulo, a partir de la vigencia del nuevo Reglamento, los concesionarios y los distribuidores pueden comercializar vehículos de diferentes marcas, sin perjuicio de que los proveedores puedan exigir la exhibición separada de sus productos para evitar la posible confusión de los consumidores.

Tampoco estarán amparadas por el Reglamento 1400/2002: (i) Las cláusulas que imponen al distribuidor la exhibición completa de la gama de vehículos de una marca o aquellas que exigen que éste tenga personal de venta exclusivo para una marca determinada, en la medida que dichas cláusulas restringen la libertad del distribuidor de comercializar marcas diferentes²⁵⁷; (ii) Aquellas que restringen la libertad del distribuidor de vender un modelo que hace parte de la gama contractual, y (iii) Aquellas que limitan la libertad de éste para subcontratar la prestación de servicios de reparación y mantenimiento a talleres de reparación autorizados²⁵⁸.

²⁵⁶ Documento denominado “La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución”. Comisión Europea, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2002. [<http://europe.eu.int/comm/competition/index-es.html>]: “Si se combinan con la compra exclusiva, también impiden que los distribuidores se beneficien de las diferencias de precios. Si se exige al distribuidor exclusivo que compre los suministros de una marca directamente al fabricante se le está impidiendo que acuda a otros distribuidores exclusivos para comprar esos productos”.

²⁵⁷ Considerando 27 del Reglamento 1400/2002.

²⁵⁸ Literales f) y g) del num. 1 del art. 4 del Reglamento 1400/2002.

De forma semejante, en cuanto se refiere a los servicios de reparación mantenimiento y recambios se consideran ilícitas: (i) Las cláusulas que limitan la libertad de los talleres de reparación para ofrecer sus servicios en relación con vehículos de marcas competidoras; (ii) Aquellas que restringen el acceso de los talleres de reparación independientes a las piezas de recambio, y (iii) las cláusulas que restringen la libertad del proveedor de recambios originales o de calidad equivalente para vender estos productos o que limitan la libertad de un distribuidor o taller para adquirir recambios originales o de calidad equivalente.

Lo que pretende el nuevo Reglamento 1400/2002 es que exista competencia no sólo en el mercado de la distribución de vehículos sino en los mercados conexos con éste como son el mercado de la prestación de servicios de reparación y el mercado de la fabricación y venta de las piezas de recambios,

- La exclusividad en la distribución puede estar acompañada de una cláusula inhibitoria de la competencia. En este caso, la combinación se utiliza para garantizar que el distribuidor concentrará todos sus esfuerzos en la distribución de una gama de productos o en el posicionamiento de la marca de su proveedor sin que luego puede dedicarse de forma independiente a la venta de los mismos o de productos competidores. En estos casos, la validez de la exclusividad dependerá de los efectos de exclusión que se deriven del acuerdo y la de la cláusula de no competencia de su duración y de los límites dentro de los cuales puede aplicarse.

En materia de distribución de vehículos de motor, las cláusulas de no competencia están fuera de la cobertura del Reglamento 1400/2002.

- La distribución exclusiva también puede estar ligada con un sistema de distribución selectiva; en estos casos la exclusividad será válida siempre y cuando el acuerdo no restrinja los suministros cruzados ni las ventas realizadas a usuarios finales y siempre que de dicha combinación no se desprendan efectos excluyentes²⁵⁹.

²⁵⁹ STPI de 13 de febrero de 2004, asunto T- 67/01, JCB Service v. Comisión Europea: “JCB Service sostiene que su solicitud de exención con arreglo al artículo 81CE, apartado 3, estaba justificada, pues la combinación de la exclusividad territorial y la selectividad de los revendedores en su sistema de distribución no es contraria al Derecho comunitario. (...) 158 La Comisión indica que el sistema de distribución de la demandante, considerado en su conjunto, se presenta como una conjunción de varias restricciones que combinan elementos de exclusividad y de selectividad y que ella nunca concedió una exención individual en un caso semejante (...)”. Sobre esto el TPI consideró: “ (...) si bien JCB Service invoca decisiones (...) por las que la Comisión concedió exenciones individuales relativas a sistemas de distribución que presentaban puntos comunes con el controvertido en el presente asunto, la demandada demuestra que estas situaciones no son comparables. La Comisión sostiene, sin que se haya demostrado lo contrario, que, en el caso de BMW, las ventas activas fuera del territorio no estaban prohibidas, a fortiori las ventas pasivas y los suministros dentro de la red; que, en el caso del sistema de distribución de Ivoclar, se solicitó posteriormente al interesado que eligiera entre un modelo exclusivo y un modelo selectivo y que Sony España presentaba un único elemento restrictivo común con el sistema de JCB. Además, si bien en estos tres casos existían determinados elementos de restricción que figuraban en el mecanismo de JCB, no se hallaban de forma cumulativa. Por consiguiente, las soluciones halladas en estos casos no son aplicables al sistema de distribución de JCB”.

Habrá que tener en cuenta en todo caso, que en el evento en que se combinen varias de estas estipulaciones, el potencial restrictivo de los acuerdos aumenta.

- La distribución en exclusiva se utiliza generalmente para la comercialización de productos claramente heterogéneos y diferenciales, por tanto en estos mercados su uso es más frecuente y tiene una mayor justificación.
- Se consideran menos adversos a la libre competencia las cláusulas de distribución exclusiva que se refieren a productos intermedios como repuestos, piezas o partes; que aquellas que se refieren a productos terminados.
- La distribución en exclusiva está justificada en mayor medida cuando los distribuidores se encuentren obligados a realizar inversiones con fines de lograr el posicionamiento de los productos y marcas del fabricante.

En cualquier caso habrá que determinar si la exclusividad conferida también alcanza al propio fabricante, es decir, si el privilegio otorgado al distribuidor le permite a éste restringir las actuaciones que dentro del ámbito de la actividad puede realizar su proveedor. Cuando la exclusividad no cobija al proveedor, él puede actuar dentro del territorio asignado (vender los productos o atender al grupo de clientes asignado) a través de establecimientos de venta directa. El tema no es simple: Se discute la validez de las actuaciones del proveedor, pues una intromisión en el ámbito de actuación del distribuidor puede afectar la gestión comercial de éste y en algunos casos ocasionar pérdidas cuantiosas e incluso conducir a una demanda por actos de desviación indebida de la clientela. Nuevamente será el acuerdo y el tipo de contrato elegido el que marcará el límite de los poderes de las partes y la utilidad y razonabilidad de las restricciones impuestas.

4.3.2. Suministro Exclusivo o Venta en exclusiva

“Los acuerdos de suministro en exclusiva obligan o inducen al proveedor a vender determinado producto o servicio a un único comprador dentro de la Comunidad Europea para un uso específico o para su reventa”²⁶⁰. El suministro se califica como industrial cuando se refiere a la venta de bienes o servicios intermedios.

Al igual que en el caso anterior, para la valoración de este tipo de acuerdos existen algunos parámetros específicos además de los ya establecidos con carácter general para los acuerdos de tipo vertical.

En este tipo de acuerdos es determinante verificar el poder de mercado del distribuidor (comprador), si éste posee dentro del mercado una cuota de más del 30%, existirán mayores posibilidades de que el acuerdo restrinja la competencia. Si la cuota es del 30% o menor y el acuerdo no incorpora ninguna restricción especialmente grave, quedará cobijado por la inmunidad que ofrece el Reglamento 2790/1999.

En cuando exista poder de mercado por parte del comprador existirá una mayor posibilidad de que el acuerdo tenga un efecto de cierre de mercado en el nivel de

²⁶⁰ Considerando 202 de la Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

comercialización de los productos. Incluso puede ocurrir que el suministro exclusivo sea consecuencia de dicho poder y resultado de las presiones del comprador a su proveedor. Si por el contrario, dentro del mercado de referencia las cuotas de los operadores (competidores) son próximas, de forma que los compradores disponen de un poder de compra semejante, se reduce el posible efecto restrictivo de los acuerdos de suministro en exclusiva y mayor será la posibilidad de que se consideren válidos.

Igualmente, para la valoración de estas cláusulas habrá que tener en consideración la cuota del suministro y la duración del acuerdo²⁶¹. En cuanto mayores sean estas cuotas, mayores son las probabilidades de que se restrinja la competencia. Respecto de la duración de la exclusiva, se considera que cinco (5) años es el término razonable para que las partes puedan recuperar las inversiones que han realizado y puedan obtener las eficiencias esperadas, siempre que las partes no tengan posición de dominio; por encima de éste término la restricción será injustificada, como lo será también si la cláusula de suministro en exclusiva se obtiene en virtud del poder de mercado de cualquiera de las partes.

Habrà que tener en cuenta igualmente el efecto que puede tener en un mercado el uso indiscriminado de esta clase de acuerdos. La existencia de acuerdos de similar naturaleza dentro de un mismo mercado se valora de forma negativa por el mayor impacto de cierre de mercado que se genera a partir de dichos acuerdos.

Al lado del efecto acumulativo habrá que analizar la competencia existente en el nivel de los fabricantes o proveedores así como los obstáculos para entrar en estos mercados. Entre mayores obstáculos existan, menores serán las posibilidades de los productores de ingresar al mercado y menor por tanto la competencia en el nivel de los distribuidores pues no habrá productos que comercializar. Sin barreras de acceso, existirá la suficiente competencia intermarca para que se compensen las posibles restricciones derivadas del suministro en exclusiva y para que se generen los incentivos necesarios para que los compradores estructuren relaciones con proveedores nuevos o para que se promueva una integración de tipo vertical ascendente.

También es necesario dentro del análisis de estas cláusulas, tener en cuenta los productos o servicios objeto de suministro. Tratándose de bienes intermedios homogéneos, existirán mayores probabilidades para los compradores de buscar fuentes alternativas de abastecimiento y en consecuencia será menor el impacto de la exclusividad; por el contrario, tratándose de productos diferenciados, la exclusividad tendrá mayores efectos restrictivos.

En cuanto las partes realicen inversiones específicas en el desarrollo de su actividad empresarial, existen mayores incentivos para establecer una exclusividad de carácter recíproco, la cual tendrá una mayor justificación en cuanto el suministro se califique como industrial y en cuanto las partes no superen el umbral de poder de mercado.

Finalmente, si el proveedor tiene poder de negociación en su relación con el comprador, generalmente la cláusula de suministro exclusivo estará acompañada de una cláusula de no competencia. Nuevamente en este caso habrá que analizar si ello no supone un efecto de cierre de mercado.

²⁶¹ Sentencia del TJCE del 8 de junio de 1995 en el asunto T -7/93 párrafos 137 y 138.

4.3.3. Compra en exclusiva

En virtud de este pacto el distribuidor se obliga a no adquirir los bienes o servicios objeto de distribución de proveedores o fabricantes diferentes a aquel con quien ha acordado la exclusividad²⁶². *“La obligación de aprovisionamiento exclusivo, insertada frecuentemente en el contenido obligacional de un contrato de distribución, representa el compromiso de un distribuidor de comprar solamente a un fabricante -o a un tercero autorizado para realizar el suministro- uno o varios productos destinados a su ulterior venta en el establecimiento del distribuidor -a veces el establecimiento debe estar autorizado por el fabricante- o su elaboración y posterior comercialización”*²⁶³.

El profesor CESAR GINER PARREÑO distingue entre la obligación de aprovisionamiento simple y la reforzada. La primera corresponde al concepto citado en el párrafo anterior, y la segunda se corresponde con la figura de los contratos anudados o tying. Bajo el aprovisionamiento exclusivo reforzado, el comprador además del compromiso de adquirir los productos objeto del contrato de su fabricante o del tercero señalado por éste, se ve compelido a asumir otras obligaciones -por ejemplo la adquisición de otros bienes o servicios- no relacionados con la primera, pero cuya adquisición condiciona el suministro y el cumplimiento de la prestación inicial.

En cualquiera de los casos mencionados la exclusiva reporta ventajas para ambas partes²⁶⁴. Generalmente como contrapartida por la exclusividad, el comprador puede recibir *“un mejor precio, asistencia técnica o la posibilidad de utilizar los signos distintivos del proveedor”*²⁶⁵, entre otras ventajas.

Adicionalmente a través de estas cláusulas de aprovisionamiento exclusivo se reconocen los derechos del productor o fabricante a recuperar las inversiones y los esfuerzos realizados en la acreditación de un producto y de los cuales se beneficia a posteriori el distribuidor (teoría de los derechos de actuación o property rights). Así mismo se evita que el distribuidor aproveche los esfuerzos del productor en favor de productos competidores.

Al igual que en los casos anteriores, cuando el proveedor tiene poder de mercado existen mayores probabilidades de que la exclusividad genere efectos excluyentes. En estos casos el proveedor podrá imponer la cláusula de compra en exclusiva a sus distribuidores sin que estos puedan negarse so pena de quedar excluidos del mercado, bien porque otro competidor está dispuesto a aceptar esta limitación, o bien porque a pesar de seguir operando dentro del mercado carecerán del producto o de la marca dominante²⁶⁶.

²⁶² AA.VV. “Los Contratos de colaboración”, en *Lecciones de derecho mercantil*, Lección 26, Edit. Madrid, p. 573.

²⁶³ GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit., p. 86.

²⁶⁴ STJCE de 28 de febrero de 1991: *“11. La celebración de estos contratos presenta para el proveedor la ventaja de asegurar un determinado mercado, puesto que, considerando la obligación de compra en exclusiva y la prohibición de competencia impuesta al revendedor, éste concentra sus esfuerzos de venta en la distribución de los productos contemplados en el contrato. Los contratos de suministro implican, además, una cooperación con el revendedor que permite al proveedor planificar sus ventas por el período de duración del contrato y organizar de manera eficaz su producción y su distribución”*.

²⁶⁵ AA.VV. Los Contratos de colaboración... Ob. Cit., p. 574

²⁶⁶ Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co., 258 U.S. 346(1922) citado por ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, en el documento sobre Cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia... Ob. Cit., s.p.

Esta cláusula es gravemente restrictiva cuando se acompaña de la prohibición de suministros cruzados, de forma tal que se obliga al distribuidor a adquirir los bienes o servicios directamente y únicamente del fabricante coartando la libertad de aquél de aprovisionarse a través de otros distribuidores autorizados. A contrario, será válida en la medida que la exclusividad se refiera al deber de adquisición de los productos dentro de la red de distribución autorizada, bien sea directamente del fabricante o de cualquier otro distribuidor autorizado.

Si dichas cláusulas tienen un efecto cumulativo, les será aplicable el art. 81.1 del TCE en tanto las mismas produzcan como efecto el cierre del mercado²⁶⁷.

También producirán un efecto de cierre de mercado y por tanto se considerarán restrictivas, cuando existen pocos distribuidores dentro del mercado o cuando existiendo varios, todos o los más eficientes, se encuentren vinculados con el mismo fabricante o productor en razón del pacto de compra en exclusiva²⁶⁸.

En los contratos de franquicia la cláusula de compra en exclusiva permite que el franquiciante controle la actividad de los franquiciatarios y garantiza la calidad de los productos o servicios ofrecidos por estos así como la identidad de las prestaciones que éste desarrolla como resultado del contrato²⁶⁹.

Estas consideraciones sobre la razonabilidad y conveniencia de la utilización de las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo en el contexto del contrato de franquicia y para cumplir los fines del mismo, pueden extenderse a cualquier clase de negocios siempre que en ellos la exclusividad sea necesaria y coherente a los fines del contrato (teoría de las ancillary restrictions).

En materia de distribución de vehículos la compra en exclusiva en cuanto restringe la posibilidad de los distribuidores de adquirir y vender vehículos de distintas marcas, se considera ilícita y no amparada por el Reglamento 1400/2002.

dentro del cual se afirma: “*El leading case norteamericano sigue siendo el Standard Fashion. El demandado era un fabricante de ropa para mujer que tenía una línea de modelos de vestidos muy exitosa. Los establecimientos comerciales consideraban esencial poder disponer de dicha línea de productos. El demandado exigió a los distribuidores compra exclusiva, es decir, que no vendieran los modelos de la competencia. Los fabricantes competidores podían, en principio, crear sus propias tiendas para vender sus productos pero quién iba a comprar en ellas si no disponían de la línea de productos más famosa?*”. También sobre el tema la Decisión de la Comisión del 11 de marzo de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 - Van den Bergh Foods Limited): “(162) *La necesidad de poner fin a la relación con el proveedor que suministró el arcón que va a sustituirse supone un nuevo obstáculo, sobre todo si ese proveedor ostenta en el mercado una posición tan fuerte como la de HB. El propio hecho de que sean tan pocos los minoristas que han decidido adquirir o arrendar arcones para almacenar helados de consumo impulsivo en Irlanda confirma este análisis*”.

²⁶⁷ Sentencia del TPI de 8 de junio de 1995 en el asunto T-7/93 (*Langnese Iglo GMBH*) citada en el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria.

²⁶⁸ AA.VV, “Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing”, *Antitrust Law Journal*, 615, 2000.

²⁶⁹ TJCE en el asuntos 161/84 “*Pronuptia*, y las decisiones de la Comisión en los casos Yves Rocher (87/17/CEE) de 17 de diciembre de 1986, Computerland (87/14/CEE) de 17 de julio de 1987, Service Master (88/604/CEE) del 14 de noviembre de 1988 y Charles Jourdan (89/94/CEE) de 2 de diciembre de 1988.

4.4. LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

La valoración de esta clase de acuerdos debe replantearse a la luz de los nuevos criterios de análisis económico que en el contexto comunitario incorporan el Reglamento 2790/1999, las Directrices sobre acuerdos verticales y recientemente el Reglamento 1/2003 y las demás normas que conforman el denominado “paquete de modernización”.

Precisamente atendiendo estos criterios de valoración alguna parte de la doctrina Europea aboga por la legalidad absoluta de los acuerdos verticales y dentro de ellos por supuesto de las cláusulas de exclusividad. Otros, con criterios menos radicales, consideran que la valoración de esta clase de acuerdos debe partir de una presunción de legalidad que puede ser desvirtuada por la autoridad que tiene a su cargo la aplicación de las normas de libre competencia. A esta segunda línea de la doctrina adscribo mi opinión conforme se expone y argumenta en el numeral 4.5 de este capítulo.

Lo cierto es con independencia de la tesis que se acoja, la valoración de los pactos de exclusiva no puede hacerse desde una óptica estrictamente jurídica, sino que su estimación requiere el análisis de criterios o factores de orden económico aplicados al marco normativo, algunos de los cuales han sido tomados de la escuela de Chicago y adaptados por la doctrina y la jurisprudencia al contexto comunitario.

Estos criterios de análisis económico permiten establecer las ventajas y desventajas que derivan del uso de esta clase de acuerdos, la razonabilidad de los mismos y su funcionalidad en el contexto de ciertos tipos contractuales. Aunque estos criterios no tienen una pretensión de regla general, sí constituyen elementos de juicio para las empresas y demás operadores que desean emplear en sus relaciones contractuales esta clase de pactos.

Todos los argumentos y criterios que se exponen a continuación se aplican y concretan en el procedimiento de valoración jurídica de estas cláusulas, tanto si éste es realizado por las autoridades de competencia como si es realizado por las empresas en desarrollo del auto-examen, según se explica también en el numeral 4.5 de este capítulo.

4.4.1 Ventajas y beneficios de orden económico

Cualquiera sea la metodología de valoración que se utilice, existen argumentos de orden económico que justifican el uso de las cláusulas de exclusividad y que sirven a las partes como criterios para defender su licitud y validez²⁷⁰. Básicamente estos argumentos se refieren a las ventajas y los beneficios que derivan de su uso y que determinan que las partes acudan a determinados tipos contractuales. Son argumentos que fundamentalmente sirven de soporte a la aplicación de la teoría de las restricciones

²⁷⁰ Estos argumentos son útiles para las partes a la hora de demostrar que el acuerdo contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, que es uno de los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE.

accesorias y que por tanto resultan útiles para excluir del ámbito del art. 81.1 del TCE los pactos de exclusiva. Entre otros, tenemos los siguientes:

- a. Las cláusulas de exclusividad permiten a los proveedores recuperar las inversiones realizadas en la actividad de los distribuidores (teoría de los derechos de actuación) y garantizan que éstos concentrarán sus esfuerzos en la promoción de la marca y los productos de propiedad del fabricante²⁷¹.
- b. La exclusividad que se otorga respecto de un grupo de clientes genera eficiencias si el proveedor exige como contrapartida que su distribuidor realice inversiones en tecnología y en la capacitación de sus funcionarios para mejorar la atención y los servicios prestados a dicha clientela.
- c. La exclusividad permite solucionar problemas de “free riding”²⁷² y de esta forma garantiza que el proveedor obtendrá una mayor promoción de sus productos y el distribuidor mayores incentivos para el desarrollo de su actividad empresarial.
- d. En consonancia con el literal anterior, las cláusulas de exclusividad también permiten solucionar los problemas de parasitismo empresarial. Evitan que los distribuidores se aprovechen de los esfuerzos o de la actividad de promoción que realizan otros distribuidores dentro del mercado y de esta forma contribuyen a la asignación y distribución equitativa de las ganancias que derivan de las actividades de promoción y distribución.
- e. Facilitan el acceso a nuevos mercados. La exclusividad se utiliza como estímulo a los distribuidores locales que se negarían a introducir dentro de sus mercados nuevas marcas o productos de no ser por las ventajas que derivan de esta clase de acuerdos.

²⁷¹ ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús, en el documento texto sobre cárteles o acuerdos restrictivos de la competencia...Ob. Cit., s.p. “(...) Klein señala que la cláusula de exclusiva protege al fabricante frente al incumplimiento del distribuidor de productos diferenciados que no tiene incentivos para desarrollar el nivel de esfuerzo promocional por el que el fabricante “ha pagado”. La forma de elevar el grado de cumplimiento del distribuidor en estos casos es privar al distribuidor (a través de la exclusividad) de la posibilidad de dirigir a los consumidores marginales hacia otros productos cuya venta es menos “costosa” para el distribuidor, esto es, aquellos para cuya venta ha de realizar un esfuerzo de venta menor. Recuérdese que el fabricante “paga” un margen supracompetitivo al distribuidor para que despliegue un esfuerzo de venta en relación con aquellos clientes cuyo precio de reserva está próximo pero por encima del precio al que se venden los productos del fabricante. Respecto de éstos, el vendedor estará tentado de dirigir al cliente hacia la marca rival a la que “naturalmente” tienda el cliente por ser más barata. La exclusividad garantiza así el cumplimiento del contrato y es coherente con la idea de “undivided royalty” que ha utilizado la jurisprudencia norteamericana para justificar la validez de las cláusulas de exclusiva. Ver también AA.VV. “Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing”, *Antitrust Law Journal*, 615, 2000.

²⁷² El “free riding” surge cuando varios distribuidores venden productos de la misma marca. En estos casos puede ocurrir que ninguno de los distribuidores esté interesado en invertir en la acreditación o en la publicidad de dicha marca o de los productos que ésta cobija, como quiera que su esfuerzo personal puede terminar por beneficiar a todos los distribuidores del mercado que son sus competidores directos. En este evento, la exclusiva a favor de un distribuidor, constituye un incentivo para que éste realice las inversiones necesarias en la marca o en los productos, pues dichas inversiones le reportaran beneficios directos y le conferirán una ventaja competitiva en el mercado de referencia.

Contribuyen igualmente a la generación de eficiencias en aquellos casos en los cuales es necesario adelantar una intensa actividad promocional -que supera los esfuerzos normales- para la introducción de una nueva marca o producto. En estos casos los distribuidores contribuyen con su actividad directa (promoción) y sus inversiones (en personal y publicidad) a la finalidad del proveedor y en caso de tener una clientela propia -que no tenga preferencias definidas respecto de bienes o marcas-, contribuyen a incrementar la clientela de éste dirigiendo de forma fácil la demanda de sus clientes hacia los productos o servicios del proveedor que otorga la exclusividad²⁷³.

- f. Promueven las inversiones y la investigación y desarrollo de nuevos productos por parte del proveedor o del comprador y en tal sentido resuelven el problema de cautividad, toda vez que en ausencia de la exclusividad ninguna de las partes estaría dispuesta a realizar esta clase de inversiones y de esfuerzos.
- g. Las cláusulas de exclusividad pueden ser utilizadas por el fabricante para organizar su red de distribución. En principio, la reducción de la competencia intramarca no resulta relevante en tanto y en cuanto subsista la competencia intermarcas; no obstante la reducción de la competencia intramarca se considera restrictiva cuando afecta los intereses de los consumidores al elevar los costos de la adquisición de un producto, que de existir competencia suficiente podría adquirirse en condiciones menos onerosas.
- h. La exclusiva es también un instrumento idóneo utilizado por los empresarios para proteger sus secretos empresariales²⁷⁴.
- i. Finalmente, las cláusulas de exclusividad pueden ser una contraprestación por el acceso al mercado de capitales facilitado por el proveedor o por el comprador quienes en situaciones contrarias tendrían que asumir costos demasiado altos por ello.

4.4.2. Efectos restrictivos que derivan de la exclusividad

Al lado de los argumentos que establecen las ventajas y beneficios que derivan del uso de las cláusulas de exclusividad, surgen otros criterios o reglas a través de las cuales se pretende definir el potencial riesgo anticompetitivo que deriva de ellas. Estos criterios son orientadores de la valoración de esta clase de pactos y al igual que los criterios anteriores, no tienen carácter absoluto ni taxativo.

Hay que tener en cuenta además que los efectos restrictivos dependen entre otros factores de la estructura del mercado y de la forma en que éste opere; por tanto en cada caso deberán apreciarse las concretas circunstancias en que se desarrolla un acuerdo, pues una misma estipulación puede en un caso considerarse altamente restrictiva y bajo otras circunstancias no recibir esta calificación. Además, deberá considerarse la

²⁷³ Respecto a los beneficios o efectos positivos de las restricciones verticales, que igualmente resultan aplicables a las cláusulas de exclusividad, pueden verse los puntos 116 a 118 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

²⁷⁴ AA.VV. "Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing", *Antitrust Law Journal*, 615, 2000.

forma que adopta la exclusiva (num. 4.3 de este capítulo) y el contrato al cual se incorpora, pues a partir de estos aspectos podrá apreciarse la necesidad, utilidad y coherencia del acuerdo con los fines del contrato específico²⁷⁵.

Entre otras, deberán atenderse las siguientes reglas:

- a. Las cláusulas de exclusividad son restrictivas de la competencia cuando se utilizan por quien o quienes tienen poder de mercado.
- b. Son más gravosas para la competencia las cláusulas de exclusividad que generan como efecto el cierre del mercado o crean barreras de entrada al mismo, bien porque incrementan de manera injustificada los obstáculos o costos para los competidores entrantes o bien porque retrasan el ingreso de los mismos²⁷⁶.

Sobre el efecto de cierre de mercado son ilustrativas las consideraciones del TJCE en su sentencia del 28 de febrero de 1991.

1) Un contrato de suministro de cerveza está prohibido por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE cuando cumple dos requisitos acumulativos. Es preciso, en primer lugar, que, habida cuenta del contexto económico y jurídico de dicho contrato, el mercado nacional de la distribución de cerveza en los establecimientos de bebidas sea difícilmente accesible para los competidores que podrían implantarse en este mercado o que podrían ampliar su cuota de mercado. El hecho de que el contrato controvertido pertenezca, dentro de dicho mercado, a un conjunto de contratos similares que producen un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia sólo constituye un factor, entre otros, para apreciar si, efectivamente, es difícil acceder a tal mercado. Es preciso, en segundo lugar, que el contrato controvertido contribuya de manera significativa al efecto de bloqueo producido por el conjunto de estos contratos en su contexto económico y jurídico. La importancia de la contribución del contrato concreto

²⁷⁵ Ídem.

²⁷⁶ “Una versión más sutil de la teoría de la exclusión sostiene que la exclusión incrementa directamente el poder monopólico al crear una barrera que impide la entrada. Estrechamente concebida, una barrera de entrada es una condición que vuelve, a los costos de largo plazo de un nuevo participante a un mercado, mayores que los costos de largo plazo de las empresas existentes en el mercado; tenemos un buen ejemplo en una limitación reguladora de la entrada. Sin embargo, este término se emplea también como sinónimo de grandes costos iniciales. (...) Si las empresas existentes en un mercado fuesen propietarias de todas las tiendas distribuidoras y estuviesen decididas a negarlas a nuevos participantes, un nuevo participante tendría que abrir sus propias tiendas distribuidoras lo que aumentaría sus requerimientos de capital”. POSNER, Richard. *El análisis Económico del Derecho*,. México D.F., Edit. Fondo de Cultura Económica de México, 1992, p. 286. Ver también Ver AA.VV. “Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing”, *Antitrust Law Journal*, 615, 2000 y las sentencias citadas en este artículo.

depende de la posición de las partes contratantes en el mercado afectado y de la duración del contrato. (Negrillas del texto).

Estas consideraciones fueron reiteradas por el TPI en su sentencia del 8 de junio de 1995 en el asunto T-7/93:

“99. Por lo que respecta a la cuestión de si los contratos de compra exclusiva están comprendidos en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, es necesario, según la jurisprudencia, examinar si el conjunto de acuerdos similares celebrados en el mercado de referencia y de los demás elementos del contexto económico y jurídico en el que se inscriben los contratos de que se trata pone de manifiesto que dichos contratos tienen como efecto acumulativo cerrar el acceso de nuevos competidores nacionales y extranjeros a este mercado. Si el examen pone de manifiesto que no es así, los contratos individuales que constituyen el haz de acuerdos no pueden perjudicar el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Por el contrario, si el examen revela que el mercado es difícilmente accesible, es necesario analizar a continuación en qué medida contribuyen los acuerdos controvertidos al efecto acumulativo producido, dado que sólo están prohibidos los contratos que contribuyen de forma significativa a una posible compartimentación del mercado (véase la sentencia Delimitis, antes citada, apartados 23 y 24).

En ocasiones el efecto de cierre de mercado puede verse reforzado por el suministro de equipos o máquinas para la venta de los productos adquiridos, cuando por ejemplo se restringe el uso de estos equipos a los productos del fabricante o proveedor que los suministra, siempre que además se reduzca de hecho o derecho la libertad del comprador para aceptar equipos o máquinas de otros fabricantes o proveedores²⁷⁷. Si a esto se suma el otorgamiento de

²⁷⁷ Decisión de la Comisión del 11 de marzo de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436 - Van den Bergh Foods Limited): “(142) HB suministra arcones a minoristas subordinándolos a acuerdos sobre arcones, que establecen su utilización para almacenar exclusivamente productos n venta suministrados por HB (considerando 56); por consiguiente, ningún producto fabricado o suministrado por un tercero deberá venderse o ponerse en venta a partir del arcón ni se almacenará en su interior. Estos contratos entre HB y los minoristas constituyen acuerdos entre empresas en el sentido de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85. HB ha establecido una red de estos acuerdos de arcones para los arcones instalados en puntos de venta en todo el mercado geográfico de referencia. (143) Estas cláusulas contractuales tienen por efecto restringir la capacidad de los minoristas contratantes para almacenar y vender productos de consumo impulsivo de otros fabricantes siempre que los únicos arcones de que disponga el punto de venta sean los suministrados por HB, toda vez que es escasa la probabilidad de que se sustituya el arcón de HB por otro, y no resulta económicamente viable dedicar más espacio a la instalación de un segundo arcón. Por lo tanto, esta limitación impide a otros fabricantes vender sus productos a estos puntos de venta, restringiendo así la competencia entre proveedores en el mercado de referencia”.

descuentos o incentivos por las ventas, el efecto de cierre resulta casi absoluto²⁷⁸.

En este sentido, la sentencia del TPI del 8 de junio de 1995 en el asunto T-7/93 Langnese Iglo, ya citada, dispuso:

“107. Por lo que se refiere a estos elementos, la Comisión ha señalado la existencia de obstáculos adicionales importantes al acceso al mercado, tanto en el comercio de alimentación como en el comercio tradicional. A este respecto, de los puntos 135 a 138 de la Decisión se desprende que el acceso de nuevos competidores al mercado se hace aún más difícil por la existencia de un sistema de préstamo de un elevado número de cámaras frigoríficas que la demandante pone a disposición de los minoristas tanto en el comercio de alimentación como en el comercio tradicional (un total de aproximadamente [...], [...] de ellas en el comercio tradicional y [...] en el comercio de alimentación, conforme al punto 58 de la Decisión), con la condición de que los minoristas las utilicen exclusivamente para los productos de la demandante. (...)

109. A ello se añade que de los autos se deduce que la demandante aseguró mediante la concesión de descuentos el [...] % de las ventas de helados en porciones individuales, manteniendo al mismo tiempo la exclusividad, en el comercio de alimentación, al menos hasta la temporada 1992²⁷⁹.

El cierre de mercado como efecto anticompetitivo se potencializa cuando las cláusulas de exclusividad se utilizan por quien o quienes tienen poder de mercado como instrumento para impedir el acceso de nuevos competidores al mercado o el afianzamiento de los operadores ya existentes. Mayor será la restricción si la exclusividad la impone quien se encuentra en una situación de monopolio, pues a través de estos pactos buscará perpetuar o reafirmar su condición de monopolista.

- c. Tendrán mayores efectos negativos, las cláusulas de exclusividad que perjudiquen las decisiones de los consumidores al reducir su ámbito de elección o al aumentar los costos en que estos deben incurrir para poder seleccionar un producto o servicio. Un ejemplo claro de esta situación se genera en los casos en los cuales la exclusividad de carácter territorial reduce la competencia intramarca en forma tal que los consumidores sólo pueden adquirir el producto a

²⁷⁸ En ocasiones los descuentos o los incentivos por ventas concedidos a los distribuidores pueden conducir a que éstos concentren sus pedidos -o un alto porcentaje de ellos- y desde luego sus esfuerzos comerciales en una serie de productos o en una marca en particular, lo que para efectos prácticos se traduce en una exclusividad de hecho y en el cierre de mercado para otros fabricantes. Ver al respecto las reflexiones hechas en AA.VV, “Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing”, *Antitrust Law Journal*, 615, 2000.

²⁷⁹ Reiteradas en la STPI de 8 de junio de 1995, asunto T-9/93, *Schöller*.

- través de un único distribuidor regional o nacional y para poder acceder a otros deben asumir los costos de desplazamiento e información que ello supone.
- d. En ocasiones, las cláusulas de exclusividad pueden constituir una forma a través de la cual las partes concretan un acuerdo de naturaleza horizontal, como la repartición de mercados o la fijación de precios. En estos casos, la exclusividad permite coordinar la conducta de los participantes del cártel y reduce los costos de su mantenimiento²⁸⁰. En este caso sus efectos anticompetitivos serán mayores.
 - e. Los efectos restrictivos que derivan de la cláusula de exclusividad serán mayores en cuanto no exista competencia entre diversos sistemas de distribución.
 - f. Los contratos que incluyen cláusulas de exclusividad parcial pueden generar menores efectos restrictivos que aquellos en los cuales la exclusividad tiene carácter absoluto. En estos casos habrá que analizar la forma en que opera la exclusividad y la estructura del mercado, pues en ocasiones aunque la exclusividad abarque menos del 100% del mercado puede afectar en forma considerable la competencia dentro del mismo²⁸¹. En la misma línea se afirma que los acuerdos de exclusividad de más larga duración son más restrictivos que aquellos cuya duración es corta; también en estos eventos habrá que analizar la estructura del mercado, pues aún si la exclusiva que liga a las partes es de una duración pequeña, pueden desprenderse de la misma efectos restrictivos cuando por ejemplo las barreras de acceso al mercado son muy grandes.
 - g. Las cláusulas de exclusividad tienen mayor efecto restrictivo cuando se utilizan dentro de un mercado donde existen redes paralelas de acuerdos de la misma naturaleza. El efecto acumulativo de las cláusulas afecta de forma más grave la libre competencia.

Sobre la forma en que debe apreciarse el efecto de red o acumulativo existen diversas opiniones por parte de los órganos comunitarios: En la sentencia del 28 de febrero de 1991 (*Delimitis v. Henninger Bräu*), el TJCE señaló que ante una red de acuerdos semejantes era necesario determinar el impacto específico de cada acuerdo sobre el efecto acumulativo general; si el acuerdo contribuía en forma sustancial al efecto acumulativo debía considerarse como prohibido de conformidad con el art. 81.1 del TCE, o en el caso contrario se debía considerar fuera del ámbito de esta norma. Igualmente en la mencionada decisión, el Tribunal señaló que para efectos de determinar el impacto del acuerdo sobre el mercado debía atenderse a la posición de las partes dentro del mismo y particularmente debían considerarse entre otros criterios, la cuota de mercado, los puntos de venta y la duración de los contratos²⁸².

²⁸⁰ AA.VV, “Anticompetitive aspects of market-shared discounts and other incentives to exclusive dealing”, *Antitrust Law Journal*, 615, 2000. En relación con los efectos derivados de la exclusividad y concretamente sobre la forma en que los pactos de exclusividad facilitan la colusión, este artículo cita a Hale Prods., Inc., No. C-3694 (Nov. 25, 1996) y Waterous Co., No. C-3693 (Nov. 22, 1996).

²⁸¹ Ídem.

²⁸² STJCE de 28 de febrero de 1991 (*Delimitis v. Henninger Bräu*): “24. Si, por el contrario, este examen revela que el mercado afectado es difícilmente accesible, deberá analizarse en qué medida los contratos celebrados por la fábrica de cerveza de que se trata contribuyen al efecto acumulativo producido, a este respecto, por el conjunto de contratos similares observados en este mercado. La responsabilidad de este

Con posterioridad a la sentencia de *Delimitis*, el TJCE ha reiterado el argumento según el cual sólo se encuentran cobijados por la prohibición del art. 81.1 del TCE (antiguo art. 85.1) los acuerdos que contribuyen de forma sustancial o considerable al efecto acumulativo o de cierre del mercado de referencia. En este sentido puede verse la sentencia del TJCE del 7 de diciembre de 2000 en el asunto C -214/99, mediante la cual se resolvió la interpretación prejudicial solicitada por Tampereen käräjäoikeus (Finlandia), en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Neste Markkinointi Oy y Yötuuli Ky²⁸³.

De las decisiones comentadas podría concluirse la necesidad de efectuar un análisis “acuerdo por acuerdo” para determinar su impacto dentro de la red y su contribución al efecto acumulativo, para luego proceder a considerar su permisión o prohibición.

Si embargo el tema no es pacífico. Al parecer, la Comisión ha entendido la cuestión en forma diferente y ha considerado que ante los efectos acumulativos de los pactos de exclusiva hay que entender que todos ellos en conjunto están

efecto de cierre del mercado debe imputarse, conforme a las normas sobre competencia comunitarias, a las fábricas de cerveza que contribuyen a él de manera significativa. Los contratos de suministro de cerveza celebrados por las fábricas de cerveza cuya contribución al efecto acumulativo es insignificante no entran, por tanto, dentro de la prohibición del apartado 1 del artículo 85. 25. Con el fin de analizar la importancia de la contribución de los contratos de suministro de cerveza celebrados por una fábrica de cerveza, al efecto de bloqueo acumulativo arriba mencionado, debe tomarse en consideración la posición de las partes contratantes en el mercado. Esta posición no depende sólo de la parcela de mercado de la fábrica de cerveza y del grupo al que, en su caso, pertenezca, sino también del número de puntos de venta vinculados a ésta o a su grupo, en relación con el número total de establecimientos de bebidas existentes en el mercado de referencia. 26. La contribución de cada uno de los contratos celebrados por una fábrica de cerveza al bloqueo de este mercado depende, además, de su duración. Si esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos de suministro de cerveza generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el apartado 1 del artículo 85. Una fábrica de cerveza que disponga de una parcela de mercado relativamente reducida, que vincula a sus puntos de venta durante muchos años, puede, en efecto, contribuir a un cierre del mercado de una manera tan significativa como una fábrica de cerveza que tenga una posición relativamente fuerte en el mercado, que, en cortos intervalos de tiempo, libera regularmente de su vinculación sus puntos de venta. (...) El hecho de que el contrato controvertido pertenezca, dentro de dicho mercado, a un conjunto de contratos similares que producen un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia sólo constituye un factor, entre otros, para apreciar si, efectivamente, es difícil acceder a tal mercado. **Es preciso, en segundo lugar, que el contrato controvertido contribuya de manera significativa al efecto de bloqueo producido por el conjunto de estos contratos en su contexto económico y jurídico.** La importancia de la contribución del contrato concreto depende de la posición de las partes contratantes en el mercado afectado y de la duración del contrato”. Negrillas fuera de texto.

²⁸³ STJCE de 7 de diciembre de 2000, asunto C -214/99 “36. En estas circunstancias, cuando, como en el litigio principal, los contratos que pueden resolverse en cualquier momento mediante preaviso de un año representan tan sólo una parte muy reducida de todos los acuerdos de compra exclusiva celebrados por un mismo proveedor, procede considerar que contribuyen de manera insignificante al efecto acumulativo en el sentido de la sentencia *Delimitis*, antes citada, y que, en consecuencia, eluden la prohibición establecida por el artículo 85, apartado 1, del Tratado. 37. El hecho de fraccionar con carácter excepcional la red de un mismo proveedor no es arbitrario ni pone en peligro el principio de seguridad jurídica. En efecto, dicho fraccionamiento procede de un análisis concreto de la posición del operador de que se trata en el mercado de referencia, análisis que, basándose en un criterio objetivo especialmente pertinente por cuanto tiene en cuenta las particularidades de dicho mercado, tiene por finalidad que la nulidad afecte únicamente a los contratos de un proveedor que tengan conjuntamente una influencia significativa en el efecto acumulativo de cierre del mercado”.

prohibidos sin que se requiera ni se justifique a la luz del art. 81.1 del TCE un análisis particular y aislado de cada acuerdo²⁸⁴.

Por su parte, el TPI siguiendo la opinión de la Comisión parece entender que la valoración a la luz de la normativa de libre competencia se aplica a todos los acuerdos que conforman la red, sin que sea necesario realizar un análisis particular e individual de cada uno de ellos²⁸⁵.

En la actualidad, bajo la vigencia del Reglamento 1/2003, no es clara la forma en que las partes deben valorar sus acuerdos restrictivos cuando estos conforman o hacen parte de una red de pactos de naturaleza similar (auto-examen) y tampoco es claro si es posible y además legítimo que se pretendan excluir de la prohibición del art. 81.1 del TCE algunos de estos acuerdos alegando que no contribuyen en forma significativa al efecto acumulativo o de bloqueo de mercado.

Considerados los criterios a partir de los cuales se establecen tanto las ventajas y beneficios como los efectos restrictivos, corresponde ahora localizar estos criterios dentro del proceso de valoración jurídica de las cláusulas de exclusividad.

4.5. EL PROCESO DE VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

Al igual que con otros acuerdos -horizontales y verticales- la valoración jurídica de una cláusula de exclusividad supone el agotamiento de diversas etapas a través de las cuales se precisa si dicha cláusula es o no de interés para el derecho de la libre competencia y en caso de serlo, si debe ser objeto de sanción o de exención.

Las normas no trazan ninguna etapa, pero estas pueden establecerse a partir del análisis del art. 81 del TCE, de las Directrices, las Comunicaciones de la Comisión y en las decisiones del TPI y del TJCE.

El proceso de evaluación tiene como punto de partida la prohibición contenida en el art. 81.1 del TCE. En una primera etapa se debe establecer si el acuerdo es o no “restrictivo” para proceder luego a estimar si está o no autorizado conforme lo dispone el

²⁸⁴ Sentencia de TPI del 8 de junio de 1995, asunto T-7/93 “Langnese Iglo”: “127 Por su parte, la Comisión alega que, con arreglo a la declaración contenida en el punto 107 de la Decisión, el efecto sensible sobre la competencia detectado en el caso de autos afecta a todos los acuerdos de suministro celebrados por la demandante. Si existe una red de acuerdos de la misma naturaleza celebrados por un solo fabricante, el efecto sensible se producirá o no se producirá, sin que sea posible extraer determinados elementos. El apartado 1 del artículo 85 del Tratado no permite diferenciar los contratos individuales o las redes de acuerdos de forma que una parte “no sensible” pueda quedar fuera de la prohibición que establece, ya que, por otra parte, dicha diferenciación tiene carácter arbitrario”.

²⁸⁵ STPI de 8 de junio de 1995, asunto T-7/93 “Langnese Iglo”: “129.(...) El Tribunal de Primera Instancia considera que ello implica que, si existe una red de acuerdos similares celebrados por un solo fabricante, la valoración efectuada en cuanto a los efectos de dicha red en el juego de la competencia se aplica a todos los contratos individuales que constituyen la red. 131 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia considera que un haz de contratos similares debe ser valorado en conjunto y, en consecuencia, que la Comisión actuó con acierto al no efectuar una división de los contratos. De ello resulta que esta parte del motivo debe ser desestimada”. Estas consideraciones se reiteraron en la sentencia del TPI de 8 de junio de 1995 en el asunto T-9/93 “Schöller”.

art. 81.3 del TCE. Los pasos a seguir están marcados por el tenor literal de estos apartados a saber:

Así las cosas, en primera instancia tanto las autoridades competentes como las partes deben precisar si se encuentran frente a un acuerdo restrictivo de la competencia. Deben por tanto identificar (i) si existe un acuerdo; (ii) si el acuerdo tiene “*por objeto*” o como “*efecto*” restringir la competencia; (iii) si los efectos reales o potenciales del acuerdo son considerables o sustanciales dentro del mercado Europeo²⁸⁶ y, finalmente, (iv) si el acuerdo puede afectar el comercio²⁸⁷ entre Estados miembros²⁸⁸.

En esta etapa, habrá que determinar si la “exclusividad” constituye un acuerdo autónomo y separable, o si se trata de una cláusula anexa a un acuerdo principal o fundamental (contrato principal) que no puede desligarse de éste; en este último caso, la valoración deberá realizarse sobre la totalidad del acuerdo y no sólo respecto de la cláusula particularmente considerada, conforme lo determina la Comunicación de la Comisión *sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (2004/C 101/07) DOCE del 27.4.2004²⁸⁹.

Si concluida la primera fase resulta que el acuerdo no cumple con alguno o varios de los requisitos del art. 81.1 del TCE no será necesario ningún análisis adicional y por tanto las partes podrán celebrarlo y ejecutarlo válidamente.

Si por el contrario resulta que el acuerdo cumple los supuestos del art. 81.1 del TCE en los términos ya señalados, deberá procederse a valorar si es posible que se encuentre exento de la prohibición a través de cualquiera de las doctrinas que hemos considerados como manifestaciones de la *rule of reason* Europea. Por ejemplo, si en la determinación del carácter restrictivo del acuerdo se aplica la *regla del minimis*²⁹⁰, las

²⁸⁶ Por la dificultad de establecer en términos absolutos el concepto de apreciabilidad. La Comisión aplica una regla inversa que le permite descartar los acuerdos que no son apreciables, esta regla se denomina AEAC -ausencia de efecto apreciable sobre el comercio- que se describe en los párrafos 52 y 53 de la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07) publicada en el DOCE del 27.4.2004.

²⁸⁷ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07), DOCE del 27.4.2004, punto 19: “19. *el concepto de comercio no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes o servicios sino que es un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza (...). 20 Según jurisprudencia reiterada en concepto de «comercio también incluye supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan la estructura de la competencia en el mercado (...)*”.

²⁸⁸ *Ibíd.*, punto 13: “13. El criterio de efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación e los artículos 81 y 82 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad. En palabras del Tribunal de Justicia el acuerdo o la práctica debe afectar el comercio al comercio entre Estados Miembros de manera «significativa»”.

²⁸⁹ *Ibíd.*, punto 14: “14. En el caso del artículo 81 del Tratado, es el acuerdo el que debe poder afectar el comercio entre Estados miembros. No es necesario que cada parte del acuerdo, incluyendo cualquier restricción de la competencia que pueda desprenderse del acuerdo sea capaz de hacerlo. Si el acuerdo en su conjunto puede afectar el comercio entre Estados miembros se aplicará el Derecho Comunitario a todo el acuerdo, incluidas las partes del acuerdo que no afecten individualmente al comercio entre Estados miembros. (...)”.

²⁹⁰ Sentencia de TJCE del 27 de abril de 1994: “(...) incluso un acuerdo que contenga una protección territorial absoluta quedará al margen de la prohibición del artículo 85 del Tratado, cuando tan sólo afecte al mercado de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en

cláusulas de exclusividad que se incluyan en contratos celebrados entre empresas que carecen de poder de mercado y que por tanto no afectan de forma sustancial el comercio entre Estados miembros se consideran no prohibidas.

Si luego de agotadas las dos etapas mencionadas resulta que el acuerdo está prohibido debe procederse a su valoración con base en el art. 81.3 del TCE, en este caso se debe verificar si el acuerdo está cobijado por la inmunidad otorgada por un REC o debe someterse a un procedimiento de auto-examen.

En este punto no debe olvidarse que alguna parte de la doctrina considera que en virtud de la reforma introducida por el Reglamento 1/2003 sólo se considera que un acuerdo está prohibido cuando estando dentro de los supuestos del art. 81.1 del TCE no cumple con los del art. 81.3 del TCE (art. 1 del Reglamento). Como lo expliqué tal consideración parte de una interpretación apegada al tenor literal de la norma que en mi concepto es equívoca.

Es posible que durante la tercera etapa de la evaluación se susciten diversas variantes en el procedimiento. En efecto, puede ocurrir que el acuerdo siendo restrictivo de la competencia esté cubierto o amparado por un REC y en esta medida goce de inmunidad y se considere legal. En este supuesto bastará que las partes señalen que el acuerdo cumple con los requisitos establecidos en un Reglamento determinado para que se considere válido sin que sea necesaria ninguna prueba adicional. Igualmente es factible que a pesar de no estar amparado por un REC, el acuerdo cumpla con todos los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE y que por tanto *ab initio* se considere válido²⁹¹.

Las partes son las encargadas de determinar si el acuerdo cumple o no con los requisitos del art. 81.3 del TCE, en tal orden deben apreciar si el acuerdo (i) contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; (ii) genera beneficios para los consumidores; (iii) es imprescindible para las partes y (iv) no elimina la competencia respecto de una parte sustancial de los

el mercado de los productos de que se trate (Sentencia de 7 junio 1983, *Musique diffusion française* y otros/Comisión, Asuntos Acumulados 100/80 a 103/80, Rec. pg. 1825, apartado 85)”.

²⁹¹ Esta misma consideración es aplicable a los acuerdos inicialmente cobijados por un Reglamento y cuya inmunidad se revoca bien por la Comisión o bien por la autoridad nacional de competencia previa consulta hecha a la Comisión

productos de que se trate²⁹². Esta fase se denomina “auto-evaluación” o “auto-examen”²⁹³.

En el desarrollo de la fase de auto-examen las partes deberán atender lo dispuesto en los REC, particularmente lo referente a las consideraciones sobre las cláusulas especialmente restrictivas o negras, las Directrices de la Comisión, en particular las relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, las cartas de orientación y desde luego la jurisprudencia comunitaria.

Si como resultado de todo este procedimiento resulta que las cláusulas de exclusividad se consideran restrictivas y no exentas, pues se procederá según el caso a establecer los efectos que se desprenden de la ilicitud: nulidad del acuerdo y del contrato en caso de que no pueda prescindirse de la estipulación restrictiva y sanciones económicas.

Lo que queda claro al final de todo este procedimiento es que las cláusulas de exclusividad efectivamente prohibidas y sancionadas son muy pocas, pues en la mayoría de los casos o no se encuentran prohibidas o estándolo se encuentran cobijadas por un REC o se consideran válidas como resultado del auto-examen.

La consideración anterior es precisamente el punto de partida para que la doctrina abogue por la exención directa de las cláusulas de exclusividad a través de la modificación de la prohibición de los acuerdos restrictivos, o mediante la implementación de una nueva metodología de valoración que prevenga un desgaste innecesario, que sea expedita y que permita considerar criterios de orden económico sobre la utilidad y las eficiencias logradas a partir de las cláusulas de exclusividad.

Siguiendo al profesor CESAR A. GINER PARREÑO en sus apreciaciones sobre los contratos de distribución restringida (las cuales resultan plenamente aplicables a las cláusulas de exclusividad), considero que la tesis más conveniente para la valoración de esta clase de acuerdos a la luz de las normas de libre competencia, consiste en establecer una presunción *iuris tantum* sobre su legalidad, al tiempo que se dispone que

²⁹² Sobre la evaluación de cada uno de estos aspectos por parte de la Comisión Europea puede verse la Decisión de 16 de octubre de 2003, asuntos COMP D3/35470 - ARA, COMP D3/35473 — ARGEV, ARO). Igualmente pueden verse las decisiones citadas en la STPI de 13 de febrero de 2004 en el asunto T 67/01 que no obstante ser anteriores al Reglamento No. 1 de 2003 siguen siendo aplicables: “162. *Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p.II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p.II-1011, apartado 381)”.*

²⁹³ Con anterioridad a la vigencia del Reglamento 1/2003, la Comisión era la encargada de verificar *ab initio* si se cumplían los requisitos previstos en el art. 81.3 del TCE para efectos de conceder respeto de un acuerdo en particular una autorización. En algunos casos la Comisión condicionaba el otorgamiento de la autorización a la implementación de modificaciones o a la aceptación de compromisos adicionales a cargo de las partes. Ver sobre este punto la Decisión de 16 de octubre de 2003 asuntos COMP D3/35470 - ARA, COMP D3/35473 - ARGEV, ARO.

ésta puede ser desvirtuada por quien alega o pretende que se declare la ilicitud del acuerdo²⁹⁴.

Esta inversión en el proceso de análisis facilita a las autoridades de competencia la aplicación de los criterios de análisis económico del derecho incorporados en el Reglamento 2790/1999 y el Reglamento 1/2003; agiliza el proceso de valoración, el cual casi siempre arroja un resultado favorable sobre la validez del acuerdo y, constituye además el reconocimiento de una nueva forma de ver y de aplicar las normas de libre competencia que atiende más a criterios de eficiencia y utilidad que a criterios antimonopólicos.

Estas consideraciones son en mi criterio válidas bajo la vigencia del Reglamento 1/2003 y aún bajo una interpretación literal del art. 1 de este Reglamento: Si sólo se consideran como prohibidas las cláusulas de exclusividad que no cumplen los requisitos del apartado 3 del art. 81 del TCE, ello supone que las partes del acuerdo de que se trate están obligadas a acreditar todos estos requisitos, lo cual hace que el análisis y la valoración de esta clase de acuerdos se vuelva compleja y extenuante.

Bajo el sistema propuesto se trata simplemente de agilizar el proceso valoración, considerando que los acuerdos de exclusividad son lícitos -no es que se encuentren exentos, es que son legales- existiendo en todo caso la oportunidad para las partes, los terceros o las autoridades competentes de probar el carácter restrictivo de estas estipulaciones.

La presunción puede desvirtuarse acreditando entre otros aspectos:

- a. Que la cláusula es utilizada por una empresa que tiene poder de mercado²⁹⁵.
- b. Que el acuerdo hace parte de un conjunto de acuerdos de similar naturaleza que son utilizados dentro de un mismo mercado y que contribuye de manera sustancial al efecto cumulativo o de red. En este punto me parece conveniente acoger la jurisprudencia del TJCE según la cual hay que hacer un análisis caso por caso para determinar si un acuerdo en concreto contribuye de manera considerable al efecto acumulativo o no.

²⁹⁴ GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit., p. 330: “(...) se parte de una presunción *ius tantum* de legalidad de la distribución restringida, La presunción de esta naturaleza implica un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte que cuestiona la licitud de la distribución restringida. En este sentido esta parte tiene que acreditar la presencia de cualquiera de las siguientes circunstancias que denotan el posible carácter anticoncurrencial de la distribución restringida: 1) la posición de poder en el mercado de la empresa demandada, poder que puede ser apreciado en muchas ocasiones sin necesidad de realizar un complejo y detallado análisis del mercado relevante; 2) la inexistencia de competencia entre sistemas de distribución –*intertype competition*-; 3) la disminución de la producción de la producción y las cuotas de mercado de la empresa demandada; 4) la existencia de un nexo entre la lesión de la competencia y los beneficios obtenidos por la empresa demandada”

²⁹⁵ GINER PARREÑO, Cesar A. Ob. Cit., p. 94 “En mi opinión las condiciones de legalidad de los acuerdos enlazados deben ser las mismas que las que deben presidir a las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo en general. (...) el riesgos que los acuerdos enlazados presentan para la competencia se deriva básicamente – igual que sucede con el resto de obligaciones de aprovisionamiento exclusivo- de la existencia de una posición de poder en el mercado de la prestación principal y de la difusión de esta práctica entre los sistemas de distribución en el mercado relevante”.

- c. Que no existe dentro del mercado de referencia competencia entre los sistemas de distribución (Intertype competition).
- d. Que el acuerdo genera un afecto de cierre de mercado. En este caso habrá que demostrar la estructura del mercado y su operatividad.
- e. Que el acuerdo concede una protección territorial absoluta injustificada que impide por ejemplo el desarrollo del comercio paralelo.

En conclusión, es claro que las cláusulas de exclusividad son instrumentos económicos al servicio de los intereses de las partes, que por regla general son acuerdos necesarios y en ocasiones indispensables para que las partes desarrollen la finalidad del contrato celebrado, que generalmente son pactos más benéficos que perjudiciales para el mercado y, que constituyen además uno de los mecanismos a través de los cuales las empresas pueden ejercer el derecho a competir libremente. Por lo tanto, la legitimidad y la utilidad de estos acuerdos resulta indiscutible, lo que hace necesario dar un vuelco en su sistema de valoración de manera tal que se eviten procedimientos innecesarios, se privilegien los argumentos económicos y se estimule su utilización y extensión a otros ámbitos.

El sistema propuesto es un punto de partida para la reflexión, el estudio y el diseño de una nueva metodología de valoración de los acuerdos verticales a partir de criterios de análisis económico del derecho, la cual podría ser incorporada al derecho comunitario a través de la reforma del art. 81 del TCE.

CONCLUSIÓN

La valoración de las cláusulas de exclusividad a la luz de las normas de libre competencia debe tener como punto de partida una presunción *iuris tantum* sobre su legalidad y validez, la cual podrá desvirtuarse dependiendo de los sujetos que utilicen este tipo de cláusulas y las condiciones del mercado en el cual se extiende su uso.

Esta forma de estimar o valorar los pactos de exclusiva, es en mi criterio, el punto de partida para una nueva etapa dentro del proceso evolutivo sobre la valoración de los acuerdos de carácter vertical, al tiempo que un punto de inflexión sobre la prohibición abstracta y general de los acuerdos restrictivos, cuyo alcance, debería estar limitado a los acuerdos que tienen “por finalidad” o “por objeto” restringir la competencia.

Así las cosas, la forma de valorar los pactos de exclusividad expuesta en este trabajo, es solo una pequeña muestra del gran proceso de reforma que en el tema de libre competencia se ha desatado en el contexto internacional, dentro del cual cada vez es más fuerte y persistente la incorporación de criterios económicos, con el fin no sólo de reducir el ámbito de aplicación de estas normas sino de regular su interconexión y relación con el derecho privado

La meta es, en el largo plazo, lograr el equilibrio entre las normas de libre competencia como normas de intervención en la actividad de los particulares y los principios de autonomía privada y libertad contractual. El derecho de la libre competencia no puede convertirse en un obstáculo de estas libertades; por el contrario, debe servir para promover actividades económicas ágiles y competitivas en mercados cada vez más

complejos, al tiempo que debe ser un instrumento a través del cual se promueve la conformación y la consolidación de bloques económicos o la celebración de acuerdos económicos transfronterizos.