



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias del Trabajo
Campus de Palencia



DERECHO DE LA COMPETENCIA

Y

DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Alumno: Javier de Miguel Fernández.

Tutora: Amalia Rodríguez González

Julio 2013

FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO – Campus de Palencia

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

INDICE.....	1
1. OBJETO DEL TRABAJO.....	5
2. INTRODUCCION.....	7
 1ª PARTE.	
<hr/>	
3. DERECHO DE LA COMPETENCIA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ESTADO ACTUAL.....	14
4. DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	22
4.1. Concepto de Competencia.....	22
4.2. Contenido del Derecho de la Competencia.....	26
4.3. La Libertad de Competencia.....	29
4.3.1. Sujetos del Derecho de la Competencia.....	29
4.3.2. Formación y Sistema del Derecho de la Competencia	31
4.3.3. El Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.....	38
4.3.4. La Desregulación del Derecho de la Competencia.....	42
4.4. Coordinación del Estado y de las Comunidades Autónomas en aplicación del Derecho de la Competencia.....	43
4.5. Regulación Normativa.....	46
4.5.1. Especial Regulación Normativa Española.....	46
4.5.2. Recapitulación Normativa: Europea, Española y Autonómica.....	47
4.5.3. Objetivos de las Normas en materia de Defensa de la Competencia.....	48
4.6. El Derecho Comunitario Europeo de Defensa de la Competencia.....	51
4.6.1. El Derecho Originario.....	51
4.6.2. El Derecho Derivado.....	52
4.6.3. Reglamentos de la Unión Europea sobre exención de Acuerdos por Categorías.....	56
4.6.4. Las Líneas de Interpretación del Tratado de la UE.....	57
A) La Represión del Abuso de Posición Dominante..	59
B) El Control de las Concentraciones de Empresas..	61
C) Las Ayudas Públicas en el TFUE.....	65

4.7. Conductas Prohibidas en Materia de Defensa de Defensa de la Competencia de Acuerdo con lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)	69
4.7.1. Prohibiciones Generales Artículo 101 del TFUE.....	69
A) La Prohibición General del Apdo. 1 Art. 101.....	69
B) Consecuencias de la Infracción. Apdo. 2 Art. 101..	73
C) Posibilidades de Exención. Apdo. 3 Apdo. 101.....	75
4.8. La Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia	78
4.8.1. Principios y Contenido de la nueva Ley.....	78
4.9. Órganos en materia de Defensa de la Competencia.....	84
4.9.1. A nivel Europeo.....	84
4.9.2. A nivel Nacional.....	86
4.9.3. A nivel Autonómico.....	86
4.10. Los Acuerdos Horizontales de Cooperación entre Empresas.....	88
4.10.1. Concepto y Características Fundamentales.....	88
4.10.2. Valoración de su Licitud.....	89
4.10.3. Cooperación y Concentración entre Empresas.....	91

2ª PARTE.

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA.....	96
5.1. Transportes y Cohesión.....	96
5.2. La Política Común de Transportes.....	98
5.2.1. La Política Comunitaria de Transportes en el TFUE...	99
5.2.2. El Acta Única Europea.....	103
5.2.3. Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht	104
5.2.4. Tratado de Ámsterdam.....	105
5.2.5. Tratado de la Constitución Europea.....	106
5.3. Transporte y Competencia.....	107
5.4. Acuerdos en el Sector del Transporte Aéreo.....	111
5.4.1. El Proceso de liberación en el Mercado del Transporte Aéreo. La influencia de la regulación norteamericana en el Mercado Aéreo Europeo.....	111

5.4.2. La Liberación del Mercado Aéreo Europeo.....	113
5.5. Los Acuerdos entre Compañías Aéreas: El Reglamento CEE 1617/1993 de la Comisión.....	119
5.5.1. La necesaria coordinación entre los Acuerdos celebrados por las Empresas Aéreas y el Derecho de la Competencia.....	119
5.5.2. El Reglamento de la CEE 1617/1993, de la Comisión de 25 de junio. Los Slots o asignación de Franjas horarias en los Aeropuertos.....	120
5.5.3. La regulación de los Slots en el Reglamento CEE 1617/1993 de la Comisión.....	124
5.5.4. El Reglamento 489/2009 que autoriza a la Comisión a Conceder exenciones por categorías en el sector del transporte aéreo relativas al tráfico intracomunitario y al tráfico entre la Unión Europea y terceros países..	128

3ª PARTE.

6. Análisis de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea por la que se declara incompatible con el Mercado Común la operación de compra de la Compañía Aérea Irlandesa “Aer Lingus Group PLC” por la también Compañía Aérea Irlandesa “Ryanair Holdings PLC”	130
6.1. Introducción.....	130
6.2. Partes que intervienen en el litigio.....	132
6.3. Objeto de la Sentencia.....	132
6.4. Hechos que han originado el litigio.....	132
6.5. Contenido de la decisión impugnada.....	133
6.5.1. Mercados de referencia.....	134
6.5.2. Apreciación de los efectos de la operación sobre la Competencia.....	134
6.5.3. Evaluación de los compromisos.....	135
6.6. Procedimiento.....	135
6.7. Pretensiones de las partes.....	135
6.8. Fundamentos de Derecho.....	136

6.9. Fallo del Tribunal.....	168
CONCLUSIONES.....	169
BIBLIOGRAFIA.....	171
LEGISLACION EUROPEA.....	173
LEGISLACION NACIONAL.....	174
LEGISLACION AUTONÓMICA.....	175
SENTENCIAS DE LA UNION EUROPEA-COMPETENCIA.....	176

1. OBJETO DEL TRABAJO.

Tal y como establece la normativa que regula los Trabajos fin de Grado (art. 8), deben establecerse tanto la relevancia de la temática elegida como la fundamentación teórica y los antecedentes, así como la vinculación de la propuesta con las competencias propias del Título.

En este sentido debe señalarse que el profesional que se trata de formar (Graduado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos) debe tener unos conocimientos mínimos de la empresa, el estatuto jurídico del empresario, los mecanismos jurídicos para relacionarse en el tráfico mercantil con otras empresas, Administraciones públicas, trabajadores y proveedores, tanto en situaciones normales como en aquellas otras de crisis económica (concurso de acreedores).

En este sentido se justifica el trabajo realizado en el ámbito del Derecho de la Competencia y tendría relación entre otras y sin un ánimo exhaustivo con las competencias generales profesionales (saber hacer) CE art. 22 (asesoramiento a organizaciones sindicales y empresariales y a sus afiliados), CE art. 23 (capacidad para asesorar y o gestionar en materia de empleo, de contratación, y de protección social complementaria).

También están implicadas otras como el razonamiento crítico y el compromiso ético, patente en el tema que va a ser objeto de estudio con este Trabajo fin de grado, donde en ocasiones los límites entre lo ético y lo ilícito no son claros.

Desde un punto de vista sistemático el trabajo se divide en tres partes diferenciadas:

- en primer lugar una parte general sobre derecho de la competencia que hace referencia a sus orígenes, fines y situación actual y en la que se estudia la normativa vigente y los órganos que velan por el respeto a la libre competencia y a sus normas. Se hace referencia en la normativa, como no podía ser de otra forma por su relevancia a la europea.
- La segunda parte del trabajo se centra en el análisis y estudio concreto dentro del derecho de la competencia del derecho aéreo con referencia igualmente a la normativa, objeto y fines de la misma e intereses implicados en

el establecimiento de normas que velen por la libre competencia en este sector de especial relevancia.

- Por último en la tercera parte del trabajo, se hace mención a un supuesto concreto: “Ryanair Holdings plc, contra Comisión Europea“, a través del comentario de la Sentencia.
- Finaliza el trabajo con unas reflexiones finales y una selección de bibliografía utilizada para su elaboración.

2. INTRODUCCIÓN.

Para que los mercados funcionen de forma eficaz se requiere que no existan limitaciones a la competencia y que no haya posiciones monopolísticas, que limitan las posibilidades de elección de los consumidores y encarecen los productos y servicios. Los mercados competitivos pueden maximizar el bienestar general. Por otra parte, la competencia es un importante factor estimulador del progreso técnico y de las innovaciones, con todo lo que suponen para el desarrollo de la humanidad¹.

La política de defensa de la competencia persigue la consecución de mercados en los que los participantes actúen en régimen de libre competencia y en los que no existan barreras de entrada legales no justificadas. Otros objetivos de la política de la competencia son el asegurar la libertad económica individual de las empresas y la no concentración del poder económico y social.

Es ciertamente importante que los mercados de una economía no estén intervenidos y sean competitivos. Un contexto de libertad de intercambios a nivel internacional es todavía más conveniente. En efecto, la existencia de sectores preservados de la competencia provoca ineficiencias que se transmiten al resto de sectores afectando a su competitividad.

Las medidas para incrementar la competencia son imprescindibles dentro de las reformas estructurales para facilitar la convergencia de la economía española con los países de economías más sólidas de la Unión Europea. De hecho, la eliminación de las distorsiones de los mercados de bienes y factores es una de las condiciones para que nuestro elevado índice de inflación se homologue con el de los países europeos más saneados.

Sería un grave error, por otra parte, creer que para conservar empleo hay que proteger de la competencia a partes de la economía. Sólo serviría para retrasar las soluciones, que serán sin duda más dolorosas. En los tiempos actuales, para resolver la insuficiencia de empleo, uno de los grandes problemas de la economía española, la única garantía es lograr que la economía sea más competitiva, y para ello son convenientes

¹ Josep M. Carrau Director del Servicio de Estudios de "La Caixa". "La defensa de la Competencia en España y en Europa". Pág. 5 a 9. Marzo de 1995.

medidas de corte menos intervencionista.

En el caso del transporte aéreo, la liberalización ha permitido la presencia de otras empresas competidoras, y a pesar de que su alcance ha sido limitado, los efectos han sido espectaculares. Así, en el puente aéreo entre Madrid y Barcelona las tarifas han disminuido de forma muy significativa y se constata al mismo tiempo una mejora de la calidad del servicio. También en otras líneas la caída de los precios ha sido muy importante, una vez abiertas a la competencia².

La importancia capital del Derecho de la competencia está en que es la pieza que sirve para corregir o paliar lo que los economistas llaman «fallos del mercado». Dicho de manera más concreta, para asegurar un funcionamiento lo más eficiente posible del sistema económico, al servicio de la productividad y el bienestar de los consumidores. En estos momentos de grave crisis que, sean cuales sean sus causas y orígenes y sus responsables, revelan de manera bien patente un funcionamiento muy deficiente del sistema económico.

Al Derecho le corresponde, la ordenación de la vida social de conformidad con la justicia, objetivo de significación muy superior y que trasciende a lo meramente económico. Pero también hay que decir que la ineficiencia es una de las mayores fuentes de injusticias.

Analizaremos las consecuencias de las conductas que la legislación antimonopolística trata de evitar, particularmente de los cárteles y los abusos de exclusión. Las rentas monopolísticas que generan estas conductas, en forma de sobrepuestos o imposición de otras condiciones de transacción supracompetitivas a los consumidores, no son en el fondo otra cosa que un reparto o asignación inequitativa de los recursos sociales, que salen de los patrimonios de los consumidores para engrosar de forma injusta, los bolsillos de los cartelistas o monopolistas.

La función fundamental del Derecho de la competencia es precisamente evitar estas situaciones. En Europa recibimos este Derecho por influencia norteamericana. A los norteamericanos les cabe el honor de ser los fundadores de esta rama del

² Palabras pronunciadas el 14 de octubre de 2010, en la Inauguración del *Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la competencia*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid los días 14 y 15 de octubre de 2010. Luis Antonio Velasco San Pedro.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

ordenamiento con la todavía vigente *Sherman Act* de 1890³, a la que siguieron otras normas como la *Clayton Act* de 1914⁴, y, sobre todo, el activismo de sus tribunales de justicia que, en un sistema de casos y precedentes como es el norteamericano, inserto en la tradición jurídica anglosajona del *Common Law*⁵, ha sido un elemento central de su extraordinario desarrollo.

La llegada de este Derecho al continente europeo coincidió con los inicios en los años 50 del proceso de integración que nos ha llevado a la actual Unión Europea. Los europeos, al introducir normas de Derecho de la competencia en los Tratados fundacionales de la CECA de la CEE⁶, receptionaron lo que eran los resultados de un proceso de depuración de un sistema antitrust de más de medio siglo. Pero ello se hizo adaptando tal sistema a la forma de hacer Derecho de los países de la primera Europa comunitaria que era la propia de la tradición romano-germánica siguiendo planteamientos económicos no del todo coincidentes con los de los Estados Unidos.

Sin embargo, hay un aspecto no menor en la materia, que tiene además que ver con la justicia distributiva y es la adecuada compensación de los perjudicados, particularmente los consumidores, cuyos daños no encontraban resarcimiento a través del procedimiento de aplicación pública del Derecho de la competencia.

La falta de atención expresa a este problema por los legisladores comunitarios y nacionales, ciertamente, no impedía, al menos teóricamente, que los perjudicados pudieran a través de otros sistemas obtener una adecuada compensación. Principalmente, con base en el viejo principio romano *nemínem laedere*⁷, los perjudicados podían dirigirse ante los tribunales ordinarios de justicia contra los infractores de las reglas de la competencia que, precisamente por eso, les habían causado un daño, reclamándoles su indemnización o resarcimiento.

³ Publicada el 2 de julio de 1890, fue la primera medida del Gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios. El acta declaró ilegales los *trust*, por considerarlos restrictivos para el comercio internacional. Fue elaborada por el senador estadounidense de Ohio John Sherman, y aprobada por el presidente Benjamin Harrison

⁴ Fue una ley federal aprobada en Estados Unidos en 1914, para remediar las deficiencias en la ley antimonopolios Sherman Antitrust de 1890, la primera ley federal en contra de prácticas empresariales que perjudicaran a los consumidores (monopolios y pactos colusorios en contra de la competencia).

⁵ El Derecho anglosajón (o *Common law*), derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. Se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes.

⁶ El Tratado CECA, firmado en París en 1951, reúne a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tiene por objeto organizar la libertad de circulación del carbón y del acero y el libre acceso a las fuentes de producción. El Tratado CEE, firmado en Roma en 1957, reúne a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tiene por objetivo la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica

⁷ El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Así lo establece el artículo 1902 del Código Civil.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Con todo, la reserva de excepciones a la prohibición de acuerdos restrictivos a favor de las autoridades de la competencia -en el caso del Derecho europeo, exclusivamente la Comisión Europea- dificultaba enormemente su ejercicio, que sólo parecía factible, al menos en estos casos, en el marco de acciones *follow-on* o de seguimiento a una previa decisión sancionatoria de estas autoridades, como además se llegaba a recoger expresamente en alguna legislación nacional, incluso extendiéndolo a todos los supuestos, como era la española bajo las leyes de 1963 y 1989.

En Europa, fue de nuevo la jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la que fue abriendo camino a las acciones *stand-alone* o independientes, y la que acabó remarcando, en virtud de los principios de supremacía y efecto útil del Derecho europeo, el derecho de toda persona que haya sufrido daños por un incumplimiento de normas de competencia a reclamarlos ante los tribunales nacionales, en las sentencias de 2001, *Courage y Crehan*⁸, y de 2006, *Manfredi*⁹.

La sustitución en Europa del sistema de reserva de excepciones por el de excepción legal, así como la descentralización de la aplicación del Derecho europeo en autoridades nacionales, administrativas y judiciales, a raíz de la llamada *modernización* del Derecho de la competencia europeo, que acabó cristalizando en el nuevo Reglamento 1/2003 (del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado), culminó este proceso. Con ello se removieron los principales obstáculos existentes para el ejercicio de estas acciones, que ahora de manera indudable pueden ejercitarse ante los tribunales ordinarios de los Estados miembros tanto de manera sucesiva como independiente, sin que haya habido en estos últimos casos un previo pronunciamiento de las autoridades de la competencia, europeas o nacionales.

Lo mismo han hecho distintos Derechos nacionales, como el español, que en la nueva Ley 15/2007 de 3 de julio de “Defensa de la Competencia” ha acogido el sistema de excepción legal y ha eliminado el anterior requisito de pre-procedibilidad administrativa para las acciones de daños.

⁸ Una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) y de otras disposiciones del Derecho comunitario.

⁹ Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 81 CE.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Con ello se lograba una mayor efectividad de las normas del Derecho de la competencia, y la debida protección de todos los intereses afectados por esta normativa, tanto los generales relacionados con el orden publico económico como los particulares de los perjudicados, a los que sólo puede atender en su integridad la aplicación privada.

La disciplina jurídica de la actividad empresarial, junto al aspecto relativo a la libre iniciativa económica en su vertiente de adquisición de la condición de empresario (que se concreta fundamentalmente en el derecho del libre acceso al mercado como empresario), tiene otra vertiente de la que nos vamos a ocupar ahora, que es la regulación de la competencia entre empresarios.

Como declara la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: «el artículo 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación». Sobre la base de ese principio, la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos esenciales de la economía de mercado, en cuanto disciplina la actuación de las empresas y asigna los recursos productivos de la forma más eficiente en favor de los operadores económicos y las técnicas más productivas, lo cual beneficia en definitiva al consumidor que puede obtener los productos a menores precios y en superior cantidad, variedad y calidad.

La libre competencia es, por consiguiente, un principio básico que el ordenamiento jurídico ha de tutelar. Pero a diferencia de lo que hacían los ordenamientos del siglo pasado, que estimaban que la protección de la libre competencia se debía basar pura y simplemente en su reconocimiento, en el momento presente se considera que la disciplina de la libre competencia es más compleja. Esto se debe a que la crisis del modelo teórico de la competencia perfecta, trazado por los economistas clásicos, hacía que esa competencia no se diera en la realidad (por la frecuencia de las situaciones de dominio del mercado por parte de ciertas empresas; por la falta de homogeneidad en las mercancías que se ofrecen, que aun siendo sustancialmente idénticas aparecen como diversas, por efecto de las marcas y de la publicidad, lo que impide la transparencia del mercado; por las restricciones legales para el establecimiento de nuevas empresas; por la dificultad en desmontar las empresas creadas, etc.).

Además, surgió el fenómeno de que si la libertad de iniciativa económica tenía como consecuencia la libre competencia, también derivaba de ella la autonomía de la voluntad en el aspecto contractual, que consintió en que los competidores pudieran perder la agresividad que de ellos se esperaba y que establecieran acuerdos entre sí de no hacerse la competencia: surgieron así las limitaciones convencionales de dicha competencia, con daño para los competidores que están al margen de esos acuerdos, y lo que es más grave, para los consumidores en general. Por esta razón, el legislador ha debido intervenir para poner coto a las prácticas restrictivas de la competencia y de las eventuales conductas de abuso de las empresas que puedan ocupar un posición dominante en el mercado que regula en la actualidad la Ley 15/2007, de 3 de julio, denominada de «defensa de la competencia» (LDC).

Ley que se ha completado por su Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE del 27 de febrero).

Se produce al propio tiempo en el marco de la competencia un fenómeno con matices en parte diversos cuando la concurrencia entre empresarios se ve marcada por la utilización de prácticas desleales, cosa que acontece cuando el empresario acude a cualquier medio para atraerse a los consumidores (denigración de los productos del contrario, publicidad engañosa, soborno de los colaboradores del competidor, etc.).

El Ordenamiento jurídico también interviene aquí con una disciplina de la competencia desleal, mediante la cual se quiere poner un freno a la libre competencia, de forma que la lucha económica no degenera y discorra dentro de unos cauces de lealtad. El régimen de esta disciplina lo encontramos en la Ley 3/1991, de 10 enero, de competencia desleal, recientemente reformada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, “por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”. Tanto en los casos de la regulación de las prácticas restrictivas de la competencia como en los supuestos de competencia desleal, el Derecho desea tutelar los intereses de los competidores que participan o desean participar en esa lucha y los de quienes se benefician de ella, o sea, los consumidores o el público en general.

La Comisión Europea es bien consciente de estos problemas, y a ella se deben las iniciativas de los libros verde (de 19 de diciembre de 2005, «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

competencia») y blanco (de 2 de abril de 2008, relativo a las «acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia»), y los trabajos preparatorios de una Directiva para armonizar y dar una solución a estos y otros problemas implicados en la cuestión.

1ª PARTE: REGULACION DE LA COMPETENCIA

3. DERECHO DE LA COMPETENCIA: EVOLUCION HISTORICA Y ESTADO ACTUAL.

Hasta el triunfo de la ideología liberal que se consagra con la Revolución francesa, para que un sujeto pudiera iniciar la explotación de una actividad económica debía obtener previamente la autorización real o la de los gremios o corporaciones profesionales¹⁰. Con la Revolución se instaura el principio de libre acceso al ejercicio de cualquier actividad económica, porque todos los sujetos son iguales ante la Ley: cualquier ciudadano puede iniciar una actividad mercantil o industrial, pudiendo, además, fijar libremente las condiciones de su ejercicio. Ello produce posteriormente el efecto de que los empresarios pueden concurrir y competir con otros que se dedican a la misma actividad, aunque al obrar así se sustraiga o pueda sustraer la clientela.

Surge de esta forma la llamada *libertad de competencia*, que se halla presente en normas incluso de rango constitucional (así, el fundamental artículo 38 de la Constitución española proclama «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»), y cuya adecuada comprensión exige realizar varias puntualizaciones.

La libertad de competencia constituye un elemento esencial del denominado sistema de «economía de mercado» vigente en todos los países de la Unión Europea. No obstante, no puede decirse que nos encontremos ante un sistema «puro», sino más bien ante lo que se ha dado en llamar un «sistema de economía social de mercado». Son varios los principios o presupuestos sobre los que se asienta este sistema: el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, sin perjuicio de la posibilidad de la iniciativa pública en la actividad económica (Art. 128.2 CE); la libre circulación e inversión del capital; el lucro económico, erigido en el sector privado en motor de la actividad económica (Art. 38 CE); pero, simultáneamente y junto a ello, la posibilidad de proceder, por parte del Estado, a una planificación de la actividad económica (arts. 38 y 131 CE).

Con todo, ha de reconocerse que la programación o planificación económica se presenta en la actualidad con una intensidad cada vez menor. Es más, hoy cabe hablar de una tendencia de signo inverso, como es la *desregulación*, que puede entenderse como el fenómeno de «contraimiento de la acción directa del Estado en la economía,

¹⁰ JIMENEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Madrid, 2012, vol. 1º, pp. 349 y ss.

comportando, pues, el abandono por el Estado de su condición de agente económico en ciertos sectores reservados para sí en exclusiva y, por tanto, su apertura a la acción de los particulares»¹¹.

Con todo, y pese a su nombre, la «desregulación» del mercado no equivale, siempre y en todo caso, a una reducción o supresión de normas. En efecto, si por aquella entendemos, en sentido lato, la ampliación de los ámbitos de libertad económica, resulta claro que tal ampliación genera o puede generar el riesgo de consecuencias nocivas que el legislador debe prevenir a través de las adecuadas medidas que las eviten, con lo que no se excluye un incremento de los preceptos legales.

Dentro de la desregulación puede incluirse, como una de sus facetas, la *privatización* de las empresas públicas, como fenómeno tendente a disociar la empresa pública del Estado, contribuyendo así a la transparencia de costes e impulsando a tales empresas hacia economías y formas de gestión más eficientes. Mejora, por esta vía, la capacidad concurrencial de los operadores del mercado, sin llegar a modificar las reglas de juego del mercado. Especialmente significativa fue, en nuestro país, la desaparición del Instituto Nacional de Industria (INI) y la creación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)¹², sin reflejo en los Presupuestos del Estado. Al tiempo, y en íntima conexión con lo anterior, es perceptible en la actualidad una clara acentuación de aquellas políticas encaminadas a promocionar los mecanismos del mercado (Política de competencia). De hecho, el fenómeno de la privatización ha sido implícita pero decisivamente alentado por la política de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, y concretamente por el férreo control de las ayudas públicas a las empresas.

Es dentro de este marco donde actúa la llamada *libertad de competencia*, para cuya adecuada comprensión resulte necesario averiguar previamente en qué consiste la *competencia económica*.

Los economistas clásicos acuñaron la expresión de *competencia «perfecta»* o *«pura»*, para describir una teórica situación del mercado, en el que por su propia

¹¹ Massaguer Fuentes, J. “Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, Aranzadi, Navarra, 2008.

¹² El Grupo SEPI es un holding empresarial público con participación directa y mayoritaria en 18 empresas y más de 80.000 profesionales.

estructura ninguna empresa (oferente) se encontraba en situación de influir sobre los precios, los cuales habían de ser, además, el resultado perfecto del libre juego de la oferta y de la demanda. El mercado, y dentro de él el consumidor, es soberano, pues es en definitiva el que fija los precios y, a la larga, el destino de los competidores, que resultarían «premiados» o «castigados» con la elección del consumidor. Motivos todos ellos por los cuales se entendía que el Estado no debía intervenir regulando la competencia, pues se trataba de un mecanismo perfecto.

En realidad, esta idílica situación de competencia perfecta no se ha producido nunca, y mucho menos en la economía moderna, en la que el régimen del mercado suele ser monopolístico u oligopolística; en la que las grandes unidades industriales tienden a concentrarse en pocas manos que pueden fijar o controlar, directa o indirectamente, la oferta y la demanda y, con ellas, los precios; y en la que existe una profunda tendencia a que sean las grandes empresas las que dominen y configuren el mercado (y no a la inversa); y en la que, con no poca frecuencia se observa cómo los competidores, si se les deja en libertad, renuncian a competir (p. ej.: poniéndose de acuerdo sobre los precios).

Pues bien, dentro de estas coordenadas se configura el sistema constitucional económico del movimiento codificador europeo del siglo pasado. Frente a este modelo de competencia perfecta caracterizado porque el precio constituye siempre un dato externo a oferentes y demandantes, la realidad se ha encargado de demostrar que esta visión clásica del equilibrio del mercado no se da más que excepcionalmente y que el reconocimiento de la libertad de iniciativa económica no comporta sin más que una «situación objetiva» de libre competencia.

Por todas estas razones, los economistas han sustituido la noción de competencia perfecta o pura, por otro concepto que responde más exactamente a la realidad y que denominan *competencia «imperfecta»*, *«practicable»* u *«operativa»*. Se trata de una noción que presupone la existencia de todas las circunstancias anteriormente descritas. En esta situación, el mercado y la economía así descritos presuponen la existencia de un cierto, aunque relativo, grado de competitividad entre las empresas, que puede manifestarse de varias maneras y producir efectos beneficiosos (p. ej.: la mejora de los precios, de la calidad, de los servicios, etc.) sobre la comunidad. Ahora bien, más que un dato o un presupuesto evidente, esta competencia se convierte en objetivo a conseguir o preservar y, por ello, en bien jurídico protegido, pasando a ser objeto de regulación. Éste es el planteamiento que se contiene

en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 3.1.b y 101 ss., antes arts. 3.1.g, y 81 ss. del TCE) y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Los ordenamientos jurídico-privados nacidos del proceso codificador europeo del siglo pasado se inspiran en un modelo económico y social caracterizado por el mercado como institución básica organizada en torno a la igualdad formal de oferentes y demandantes cuyos postulados esenciales proceden, en lo ideológico, de los principios liberales del siglo XIX y, en lo económico, de la existencia de un sistema de libre competencia.

En la concepción de los economistas clásicos el mercado no sólo constituía el punto de encuentro teórico de la oferta y la demanda sino al mismo tiempo un instrumento de planificación económica descentralizada a través del cual tiene lugar de forma espontánea, y merced al mecanismo de los precios, la coordinación de los planes económicos individuales formulados por las empresas y las economías familiares. Este mecanismo sólo puede funcionar satisfactoriamente cuando el mercado permanece abierto, es decir, cuando este último se halla sujeto a un régimen de libre competencia, entendida como expresión de la libertad de iniciativa económica, derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares.

A través de la llamada función «ordenadora y de dirección» la competencia posibilita que la oferta se oriente según los deseos y exigencias de los demandantes. La competencia cumple por otro lado una función de «selección», recompensando con el máximo beneficio a los empresarios que ofrecen las mejores prestaciones en el mercado y eliminando de este último a los operadores ineficaces.

El derecho individual a la libre iniciativa económica ha permitido unas veces renunciar a esa libertad a través de límites convencionales a la competencia y otras excluir del mercado a los restantes competidores mediante la adquisición de una posición de dominio, que permite influir decisivamente sobre los precios o las condiciones de aquel.

Se produce de esta suerte el tránsito de un modelo de competencia perfecta a un sistema de competencia efectiva o funcional integrado por elementos competitivos y monopolísticos, dando lugar a una progresiva reducción de la competencia en aras a

determinados procesos de concentración económica destinados a asegurar el progreso tecnológico y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa.

Un mercado con esta estructura, sujeto en su funcionamiento a las reglas de la competencia «efectiva» o funcional, tiende inevitablemente a alejarse del esquema ideal de la competencia perfecta, para acomodarse a un modelo más dinámico, en el que apenas queda espacio para la llamada soberanía de los consumidores, reducida a lo sumo a una simple libertad de decisión.

La subversión del modelo económico tradicional no sólo obedece a la paulatina reducción de la competencia sino a una pluralidad de factores que han contribuido a estrechar de forma progresiva la libertad de elección de los consumidores. Existe la convicción, más o menos generalizada, de que el ordenamiento de la competencia se halla al servicio del progreso técnico y del desarrollo económico.

La creciente intervención estatal merced al juego de determinadas políticas económicas sectoriales y la introducción del instrumento de la planificación o programación económica no sólo obligan a cuestionar la significación constitucional económica de la libre competencia como instrumento básico de ordenación de la economía sino que pone en una nueva dimensión el papel desempeñado por los consumidores en los procesos de producción y mercado.

La ordenación de la competencia, como fenómeno económico, descansa en nuestro país sobre dos pilares normativos básicos:

- Por un lado la defensa de la libre competencia. Se trata de un principio de orden público económico y, en cuanto tal, pieza clave del vigente sistema constitucional económico. La disciplina jurídica está contenida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia.
- Por otro lado la regulación del ilícito concurrencial. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal modificada por Ley 29/2009, de 30 de Diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la

protección de los consumidores y usuarios, sustituye y reorienta la normativa recogida en los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, hoy derogados.

Junto a estos dos cuerpos legales en materia de libre competencia y competencia desleal -que se entrecruzan y condicionan recíprocamente en los términos que enseguida veremos- existe otra serie de normas relativas a los derechos de exclusiva sobre bienes inmateriales, desarrolladas en el marco regulador de la Propiedad industrial e intelectual, que inciden de forma no irrelevante sobre el funcionamiento del mercado y el juego de la competencia.

Por lo que al Derecho de la competencia se refiere, no estará de más advertir que, sin perjuicio de la libertad de concurrencia, la exigencia de un mínimo de lealtad en la lucha por el mercado ha sido una constante desde los albores mismos del Derecho mercantil. La facultad que asiste a todo empresario de ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de los clientes -con los perjuicios que ello pueda ocasionar a los restantes competidores- ha de ejercitarse necesariamente bajo los principios de honestidad y juego limpio, que gobiernan la actividad concurrencial.

La competencia ilícita es reprobada por el ordenamiento jurídico, que de hecho sanciona los excesos de agresividad de la competencia, no en orden a su intensidad -ya que la libertad de la competencia permite que un empresario arruine «lícitamente» a otros- sino por la utilización de ciertos medios considerados incorrectos o desleales, a través de los cuales se perjudican los intereses tanto de los propios competidores como de los consumidores. De ahí que en la regulación de la competencia ilícita coexistan la defensa de intereses públicos y el interés particular de los competidores dañados.

Identificado en esta fase inicial el derecho de la competencia con las normas sancionadoras de la competencia desleal, las primeras dificultades se plantean a la hora de insertar en esta categoría genérica de competencia la defensa de la libre competencia y su corolario de represión de las prácticas restrictivas. Configurado este derecho, en una primera fase, con un marcado carácter subjetivo e instrumental, la doctrina dominante ha terminado orientándose claramente en el sentido de hacer de la protección de la libre competencia un presupuesto institucional del sistema de economía de mercado.

Esta significación «constitucional económica» de la competencia tiene como consecuencia que el dispositivo de protección jurídica quede fuera de la esfera de tutela individual. La protección de la competencia opera a partir justamente de este momento, en cuanto institución típica del actual sistema económico, en aras por tanto del interés general. Estas funciones político- sociales del ordenamiento de la competencia –y en particular la defensa de la libertad económica del individuo frente al poder económico- ha experimentado un progresivo debilitamiento en favor de las funciones dinámicas, caracterizadas por su dimensión instrumental al servicio del progreso técnico y el desarrollo económico y anudadas a la llamada competencia efectiva o funcional. Asistimos de esta suerte a una cierta regresión de la significación constitucional económica de la libre competencia como instrumento básico de ordenación de la economía, provocada por los diversos medios o instrumentos elaborados en el marco de la planificación o programación económica.

Frente al derecho de la competencia desleal y los derechos de propiedad industrial, en los que se da al menos tendencialmente una contemplación prioritaria de intereses individuales, el sector de la legislación *antitrust* privilegia, de forma también tendencial, los aspectos institucionales y, como no podía ser de otro modo, esta polivalencia funcional se dejará sentir en las relaciones existentes entre las distintas partes integrantes del Derecho de la competencia. En efecto, la elaboración de una pluralidad de normas, que desde ángulos de relevancia diversos inciden sobre el fenómeno de la competencia, ha terminado provocando forzosamente una serie de interferencias recíprocas de naturaleza diversa, que justifican la necesidad de un replanteamiento sistemático de esta materia bajo la rúbrica de «ordenamiento institucional económico del mercado», al que se incorpora paulatinamente la disciplina sobre propiedad industrial.

Estas conexiones e interferencias recíprocas tienen unas veces carácter paralelo, en el sentido de yuxtaposición de los distintos grupos normativos que gravitan sobre el mismo supuesto, sin excluirse entre sí. Otras veces los entrecruzamientos normativos pueden desembocar en una contraposición o colisión de derechos. Entre las diversas hipótesis posibles cabe destacar la colisión entre el principio de libre competencia consagrado en la ley de defensa de la competencia y la protección de determinados derechos de exclusiva.

En este supuesto se da una radical antinomia entre el requisito general del dominio público, en que se inspira con carácter general el derecho de la competencia,

y los llamados “legal monopolies”, antinomia que, como es sabido, encierra un problema básicamente de límites, ya que la delimitación real del bien singular protegido constituye el presupuesto esencial que permite asegurar la actuación económica de los terceros. De lo que se trata es básicamente de determinar los límites a partir de los cuales un bien pasa a ser de dominio público, problema que a su vez pone en juego la debatida cuestión de la licitud o ilicitud de las vinculaciones, que traen su fundamento de un monopolio legal así como el alcance, en este caso, de las medidas limitativas de la competencia adoptadas para la utilización económica de los singulares derechos protegidos.

A lo anterior habría que añadir todavía que ocasionalmente las prácticas restrictivas no sólo lesionan el interés de los consumidores, impidiéndoles contratar precios más bajos, sino el de los propios empresarios, sujetos por esta vía a obligaciones rigurosas, cuya infracción viene configurada como competencia desleal. Existen finalmente figuras -como las cláusulas discriminatorias- que permiten aplicar condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionando así desigualdades en la situación competitiva. En este caso la ilicitud derivaría no de la deslealtad del medio empleado sino de su contraposición al orden público.

En todos estos supuestos, y en otras hipótesis marginales, se produce una auténtica conmixción entre la disciplina dirigida a la prevención y eventual represión de la competencia desleal y la disciplina dirigida a mantener las condiciones competitivas mediante la prohibición de acuerdos que restrinjan la competencia y la sanción de las tentativas de monopolio.

Para resolver las distintas situaciones de conflicto se hace precisa una adecuada ponderación de los intereses en juego teniendo presente, a tales efectos, que el principio general es, por un lado, que sólo la competencia leal es libre -una competencia que no exista hace irrelevante la cuestión de su posible ilicitud- y, por otro, que las limitaciones a la competencia no son necesariamente ilícitas sino que pueden llegar a serlo cuando una determinada actuación económica se sustenta en normas procedentes del derecho sancionador de las prácticas restrictivas de la libre competencia -materia comprendida dentro de la Ley de Defensa de la competencia- o del derecho de competencia desleal, cuando éste viene orientado a los fines del mantenimiento de la competencia.

4. DERECHO DE LA COMPETENCIA.

4.1. Concepto de competencia

Es el aspecto de la conducta humana consistente en que cada uno se esfuerza en conseguir lo que al mismo tiempo otro también persigue. El esfuerzo puede aparecer en muy distintos grados, desde la «lucha» hasta el «entendimiento» entre los competidores.

La competencia se produce en todos los órdenes de la vida social. El Derecho industrial se ocupa de la competencia económica, es decir, la que consiste en el esfuerzo por conseguir una ventaja en el mercado, mediante la mejora de las condiciones de oferta y/o de demanda, dirigidas a los clientes o proveedores, disputándose con otros competidores, presentes o potenciales, una misma clientela y/o proveedores.

La legislación toma como presupuesto esta noción amplia de competencia, que comprende muy diversas situaciones: incluso la ausencia de competencia, dada la presencia de un único oferente o demandante en el mercado, en la medida en que, por un lado, se dirige a varios clientes o proveedores y que, por otro lado, siempre es posible que aparezca un competidor. La economía actual absorbe progresivamente actividades en las que a una competencia genérica se añade una competencia económica.

La ciencia económica ha formulado diversos modelos teóricos de competencia, que se aproximan más o menos a los mercados reales que conocemos en la práctica y que toma como supuestos de hecho el legislador. La dialéctica entre los comportamientos esperados de la aplicación de tales modelos axiomáticos, los exigidos o prohibidos por los modelos normativos o leyes, y los hechos concretos de la realidad en los casos examinados por las autoridades judiciales o administrativa derecho de la competencia su carácter apasionante.

En esencia la teoría económica distingue los siguientes modelos:

a) **Competencia perfecta:** existe total libertad de acceso y salida en el mercado, de modo que ningún competidor puede influir en el comportamiento de los demás competidores ni en las condiciones del

mercado, que son objetivas, siendo absolutamente transparentes para competidores, proveedores y consumidores (Ejemplo: el segmento agrícola de la producción de leche).

b) **Competencia oligopolística:** el mercado, en el lado de la oferta o de la demanda, o en ambos, está repartido entre un número escaso de agentes, de modo que el comportamiento de cualquiera de ellos influye necesariamente en el de los otros, si no quieren ser barridos drásticamente del mercado: en la práctica los competidores pueden hallarse en los dos extremos, de lucha o de entendimiento: oligopolio «en guerra» o «en paz» (la que puede darse además en unos aspectos de la actividad empresarial, mientras el esfuerzo competitivo se mantiene en otros: por ej., en la publicidad y promoción de ventas, en la innovación tecnológica y comercial). (Por ejemplo: las compañías eléctricas en España, y las grandes distribuidoras de combustible: Repsol, Campsa, Petronor)

e) **Competencia monopolística,** propia de los mercados en los que una empresa líder, por su importante participación en el mercado o su posición tecnológica privilegiada, es capaz de decidir las condiciones de la oferta o de la demanda, forzando a las demás a «alinearse» en ellas, con o sin «entendimiento» expreso. (Ejemplo: Renfe, Correos)

d) Por último, la situación **límite de monopolio (o de «monopsonio»)** en que existe un único oferente o demandante: no existe competencia, más que «en potencia». (Ejemplo: claro de monopsonio es la industria del armamento pesado o la obra pública, en la que existe una situación normal de competencia entre los productores, fabricantes de tanques y empresas constructoras, pero un solo consumidor, el Estado).

La competencia es considerada por el ordenamiento jurídico como un bien en sí mismo, que estimula a los sujetos económicos y logra la óptima asignación y empleo de los recursos escasos. Sobre todo si es una competencia por el esfuerzo en la mejora de las prestaciones y no una competencia destructiva o agresiva, dirigida de forma inmediata a la eliminación de los competidores (por ej., mediante las «prácticas predatorias»).

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

El Derecho de la competencia pretende lograr este objetivo fundamental. Es consciente de que la «competencia perfecta» no existe, pero que la competencia económica existente satisface su función institucional u operativa que el Derecho debe estimular¹³.

Para ello, el Derecho de la competencia parte de la realidad de los distintos mercados, en los que predomina la competencia imperfecta, con frecuentes supuestos de «poder de mercado», tanto de oferta como de compra, que posibilitan la lesión, con «transferencia de propiedad» a los demás agentes del mercado. De ahí que se asignen al Derecho de la competencia y a las autoridades que lo aplican, muy amplias funciones, no sólo una función económica sino también social contribuyendo a la redistribución del poder social, de los ingresos y de la riqueza, actuando incluso como límite al propio Estado, contribuyendo a la «división de poderes», y siendo así fundamento social de la democracia.

De ahí deriva la complejidad del Derecho de la competencia, que difícilmente podemos reconducir a un «sistema»: a) En su evolución histórica, respondiendo a las circunstancias políticas y económicas de cada país; b) en su formación y ordenación sistemática; c) en los diversos objetivos o bienes jurídicos protegidos.

Aunque, tanto por razones científicas como pedagógicas, debemos intentar su ordenación sistemática, destacando la unidad de la materia¹⁴ con el fin de construir la «teoría unitaria y sistemática del ilícito general en la competencia» en torno al artículo 38 y concordantes de la Constitución.

a) Recordemos, en el aspecto histórico los factores "populistas» que minaron la promulgación de la Ley Sherman anti-trust de 1890 en los EEUU, en una verdadera sublevación de los agricultores y consumidores contra los «robos» de los monopolios; y la distinta evolución del Derecho de la competencia desleal en Francia (y otros países), donde los Tribunales impusieron fácilmente indemnización por responsabilidad extracontractual, por abuso en el ejercicio de la libertad de competencia; frente a la evolución de Alemania que, partiendo de una afirmación tardía de la libertad de empresa tuvo que promulgar una Ley especial, cuya concepción y ulteriores modificaciones, al ser resultado de un «plan del legislador», ha

¹³ MASSAGUERFUENTES, J. *Presentación, RGD* 1990, pág. 247.

¹⁴ FONT GALÁN, J. *Constitución económica y Derecho de la competencia*, págs. 52-54 y 165-174 y 175

tenido un impacto universal.

b) En cuanto a su formación y ordenación sistemática el Derecho de la competencia gira en torno a varios conjuntos normativos, que se entrecruzan y se influyen recíprocamente:

- El Derecho «anti-trust», de defensa de la competencia, de la libre competencia, o de las restricciones a la libertad de competencia que nace en el Canadá y en EEUU como Derecho especial de refuerzo al «Common Law» contra los abusos monopolísticos y se extiende hoy a casi todos los países industriales.
- El Derecho contra la competencia desleal, que nace jurisprudencial y legislativamente primero como un refuerzo del Derecho de la propiedad industrial o de los bienes inmateriales y evoluciona hasta ser hoy el Derecho básico que disciplina el ejercicio de la libertad de competencia en el mercado, superponiéndose y envolviendo al anterior.
- También el Derecho administrativo y penal denominado «disciplinado» nacido desde principios de siglo, como expresión significativa del denominado «Derecho económico» o de intervención del Estado en la economía, para reprimir los comportamientos lesivos para los consumidores (de gran impacto en Francia, y, menor, en España), que subsiste con gran relevancia en especial para la regulación de los sistemas de venta «agresivos» (sobre todo, los realizados fuera de establecimiento abierto al público y los promocionales); Derecho al que se superpone también hoy el de la represión de la competencia desleal que, en ocasiones, lo sustituye o absorbe, añadiéndole, en todo caso, los mecanismos de protección propios del Derecho privado.
- Por último, el Derecho de información y protección de los consumidores, en su nueva edición procedente del consumismo de los años sesenta y que en España se plasma en el artículo 51 de la Constitución de 1978 y, en la legislación ordinaria, fundamentalmente en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los

consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; y en la legislación autonómica.

c) Se ha producido también, como no podía ser menos, un mercado «sincretismo» de los fines o intereses protegidos por todos estos conjuntos normativos, tendentes todos ellos a conservar un orden concurrencial no falseado. Así por ejemplo, frente al intento de la Escuela de Chicago¹⁵ de obtener un «sistema» del Derecho anti-trust, descubriendo como objetivo esencial, si no único, del mismo la defensa de la «eficiencia empresarial» y, con ella, del "bienestar del consumidor» no cabe duda que este Derecho ha de perseguir también otros fines más «políticos»:

- Impedir, como objetivo esencial. la «transferencia de propiedad» de los consumidores a las empresas.
- Fomentar la entrada en el mercado de las pequeñas empresas.
- Fomentar la innovación tecnológica y comercial, abolir las barreras aduaneras (objetivo que ha sido prioritario en la Comunidad Europea).
- Limitar la arbitrariedad en la intervención de los políticos en la economía, mediante ayudas discriminatorias a las empresas y otros arbitrios.

4.2. Contenido del Derecho de la competencia

El Derecho de la competencia se integra especialmente por el principio de libertad de competencia y por varios bloques normativos relativamente separados, que se entrecruzan:

- El **Derecho contra la competencia desleal**, que es el más general, porque regula el contenido de la libertad de competencia y sus inmediatos límites: por eso para la doctrina y los tratados alemanes es el "Derecho de la

¹⁵ La Escuela de Economía de Chicago es una escuela de pensamiento económico partidaria del libre mercado (aunque dentro de un régimen monetario estricto, definido por el gobierno), que se originó en los departamentos de Economía y en la escuela de negocios Booth de la Universidad de Chicago a mediados del siglo XX. Fue liderada históricamente por George Stigler (Premio Nobel de Economía en 1982) y Milton Friedman (Premio Nobel de Economía en 1976). Dentro de la economía de mercado el pensamiento económico de esta escuela se encuentra en contradicción a las teorías de la síntesis clásico-keynesiana. En la metodología, sus estudios suelen estar más basados en el uso de estadística antes que en la teoría.

competencia", por antonomasia (centrado en las Leyes de competencia desleal y general de publicidad, modificadas por Ley 29/2009, de 30 de diciembre).

- El **Derecho de defensa de la competencia**, contra las restricciones a la libre competencia, o "Derecho antitrust" (en el que destaca la Ley 15/2007).
- El **Derecho creador de competencia**, que actúa a partir del momento en que los dos anteriores se han revelado insuficientes o mediante las numerosas prohibiciones legales de competencia, que se imponen a los socios y administradores, que tienen por finalidad proteger la libre competencia de la sociedad a la que pertenecen.

El principio o derecho de libertad de competencia expresa la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa en la economía de mercado reconocida en el artículo 38 de la Constitución¹⁶. En sentido amplio abarca la libertad de ejercicio de las profesiones liberales, en relación con las cuales el artículo 36 de la Constitución¹⁷ apenas constituye una «reserva de instituto» (la de sus colegios profesionales que han de ser regulados por la legislación ordinaria con fidelidad a la Constitución).

La libertad de empresa tiene como precedente la «libertad de comercio e industria» proclamada por la Revolución francesa y por las Constituciones liberales del siglo XIX. En su aspecto positivo incluye la libertad de iniciar una actividad empresarial o económica en general, la de contratar y la de competir. La libertad de competir incluye la de utilizar todos los medios para afirmarse en el mercado, atraerse la clientela y fijar las características de la oferta y demanda, tanto permanente o estructural como temporal o coyuntural, dirigida a concretos destinatarios o en períodos limitados. Así pues, incluye la libertad para la adquisición de los factores de la producción, arrebatándolos si es preciso a otros competidores en el mercado, decidir su organización, imitando si es necesario los procedimientos de otros competidores, en lo que sea lícito, fijar los precios y otras condiciones de la oferta, decidiendo con quién se contrata y con quien no, y la

¹⁶ Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

¹⁷ La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

búsqueda y conservación de una clientela, a través del «marketing» en sentido amplio: publicidad, relaciones públicas, promoción de ventas, visitas a los clientes, etc. Es una libertad de principio que, no obstante, el ordenamiento positivo va a limitar cuando su ejercicio entrañe una desviación de su *función social*, que adquiere mucha mayor intensidad que la función social de la propiedad (invocada en el artículo 33 de la Constitución)¹⁸.

En el aspecto negativo la libertad de competencia significa que el daño concurrencial infligido a los competidores no es ilícito: al derivar del ejercicio de un derecho, dentro de los límites permitidos por la ley, falta el presupuesto de antijuridicidad para reclamar la reparación del daño en base al artículo 1.902 C.c. En principio, los límites legales y convencionales a la libertad de competencia habrán de interpretarse restrictivamente. Así, las facultades de prohibición que el titular de una patente ostenta frente a terceros.

No obstante, el artículo 5 de la Ley 3/91 de 10 de enero de Competencia Desleal, que reputa desleal -y, por tanto, fuera del ámbito de aquella libertad- «*Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*», reitera la prohibición general del ejercicio asocial y contrario a la buena fe en sentido objetivo de los derechos y, a través de esta cláusula general y de las cláusulas especiales, crea una zona de oscuridad o indefinición, que la jurisprudencia tendrá que eliminar a través del método de «grupos de casos», dado que esta Ley, y el Derecho de la competencia, en general, no es un Derecho de tipificación de infracciones, como el Derecho disciplinario administrativo y el penal, sino un Derecho de principios por ser Derecho privado.

El Derecho de la competencia regula esencialmente las relaciones "inter privados", es esencialmente Derecho privado imperativo, y va sustituyendo progresivamente la regulación administrativa de las relaciones económicas, en los diversos sectores, con los fenómenos de la privatización, la liberalización y la desregulación. La Ley 17/2010, de 23 de noviembre (BOE del 24), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, transpone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en

¹⁸ Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

el mercado interior, y en este campo constituye el mayor esfuerzo de desregulación de la economía española, modificando 47 leyes, e intensificando la aplicación de los principios de la Directiva,

4.3. La libertad de competencia.

4.3.1. Sujetos del Derecho de la Competencia.

El derecho subjetivo a la libre competencia asiste a todo ciudadano, persona física o jurídica, como una pretensión frente a los poderes públicos, tanto en la actividad empresarial como en la profesional titulada¹⁹. Si bien la legislación especial sobre Colegios Profesionales permite a estos mantener ciertas barreras de entrada (Ley 2/1974 de 13 de febrero, con las modificaciones introducidas por la Ley 7/1997 de 14 de abril). Y tanto en la actividad permanente o temporal, como si el ciudadano concurre en el mercado haciendo una oferta o demanda esporádica (por ej., el propietario de unos apartamentos, que los ofrece en alquiler para el verano, el titular de una patente, un cantante, el autor de una obra literaria o musical).

Aparece aquí, necesariamente, la noción amplia de «empresa», como todo operador económico autónomo en el mercado, como círculo concéntrico más amplio que el concepto de «empresario» y de «comerciante o empresario mercantil». En esta noción se incluyen todas las personas de Derecho privado (incluidas las Sociedades Anónimas públicas, o bajo control público).

Por el contrario, no es posible reconocer la libertad de empresa, que es una pretensión de los ciudadanos ejercida frente a los «poderes públicos» - Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales-, a éstos mismos, ni siquiera en base a la «iniciativa económica pública», del artículo 128 de la Constitución.

Los poderes públicos también están sometidos al Derecho de la competencia- sobre todo, al Comunitario, con lo cual el Derecho de la competencia desarrolla una triple función: político-jurídica, político-económica y político-social. Esta última limita dichos «poderes públicos» y contribuye al principio constitucional de la división de poderes y a la integración de la Comunidad Europea que reconoce (de acuerdo con el art. 53.1 CE) una «reserva de ley»: sólo una Ley formal o su Reglamento de aplicación pueden crear restricciones a la libre competencia (y siempre que respete el TCE y,

¹⁹ Resolución del TDC 28 julio 1994: Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Fundamento de Derecho 2.2.

además, el contenido esencial de la libertad de empresa: arts. 38 y 53 C.E.²⁰).

En España, los RDL 5/96, 6/96 y 7/96 (éste sustituido por la Ley 7/1997 de 14 de abril) han modificado numerosas leyes restrictivas, pasando al campo de la libre competencia los honorarios de los profesionales titulados (Ley 2/74), las telecomunicaciones (Ley 31/87 modificada por Ley 32/92,42/95 y todas por la Ley 11/1998 de 24 de abril), los servicios funerarios y de mataderos municipales (Ley 7/85), el suelo y la distribución de carburantes. Esto no era más que el principio de una total liberalización.

Los poderes públicos están sometidos al Derecho de la competencia, (definido en sentido amplio como regulación del acceso, ejercicio y salida del mercado de los competidores), interno y comunitario, en tres aspectos fundamentales de su actividad:

- Actividad normativa.
- Actividad empresarial (servicios públicos y libre iniciativa pública económica, reconocida por el art. 128.2 de la Constitución).
- Actividad de aprovisionamiento o adjudicación de contratos públicos.

En especial, la defensa de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y de la libre competencia, dentro del «Mercado Único» a nivel comunitario, y en el marco de la Organización Mundial del Comercio, limita la competencia normativa de los poderes públicos estatales.

El sometimiento de los poderes públicos al Derecho de la competencia es creciente en el ámbito interno. El Tribunal de Defensa de la Competencia español (TDC) entendía hasta ahora que los poderes públicos sólo están sometidos a la LDC si actúan como operadores en el mercado: por ej., cuando encargan suministros, obras y servicios²¹. Si actúan como ordenadores o reguladores -decía el TDC- sólo les obliga el Derecho administrativo y contra sus «actos administrativos» sólo procede el recurso contencioso-administrativo. El RDL 5/1996 de 7 de junio (BOE del 8) pone fin a esta situación al añadir en el art. 2 de la LOC que las prohibiciones del art. 1º (de prácticas colusorias) «serán de aplicación a las restricciones de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de las

²⁰ VICIANO PASTOR, J. *Libre competencia e intervención del estado en la economía*. Valencia 1995

²¹ Resolución TDC de 30 abril 1996, contra Comunidad Autónoma de Aragón, IRYDA y «Empresa Nacional de Transformaciones Agrarias, S.A.», ver también Resolución TDC de 5 febrero y 30 abril 1998

Administraciones Públicas, los entes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal» (el de «una Ley» o «disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley»).

4.3.2. Formación y Sistema de Derecho de la Competencia

El Derecho de la Competencia es resultado de un acarreo histórico. No ha salido de un programa de ordenador, sino de la vida misma de nuestros pueblos. Su origen histórico, en relación con el Derecho contra la competencia desleal, está en el esfuerzo de la industria nacida de la Revolución Industrial en proteger sus bienes inmateriales, en especial, su reputación industrial, mediante acciones civiles de cesación y de indemnización de los daños y perjuicios, contra actos de denigración, confusión y comparación, complementarias de las acciones penales por delitos contra la propiedad industrial (patentes, marcas). Nace así un Derecho especial, bien como adaptación judicial del Derecho común a aquellos fines, o bien con la promulgación de Leyes especiales contra la competencia desleal.

Los bienes protegidos por el Derecho contra la competencia desleal se ampliaron, incluyendo la protección de los consumidores en la crisis de los años treinta y en el nacimiento del movimiento de defensa de los consumidores de los años sesenta, contra las mismas conductas constitutivas de competencia desleal o contra otras nuevas.

En relación con el Derecho de defensa de la competencia o "Anti-trust", su origen histórico está en la voluntad del Congreso de los EEUU, cuando aprobó en 1890 la Ley Sherman contra los abusos de los monopolios. Aunque los adalides del Análisis Económico del Derecho hayan querido convertir este Derecho en un Derecho neutral, regido por el criterio de la "eficiencia", desde el primer momento estuvo inspirado en una fuerte politización.

La historia del Derecho de defensa de la competencia conformó también dos grandes modelos o sistemas:

- a) En los EEUU la Administración Pública actúa, junto a los particulares, ejercitando la acción, mientras que son los Tribunales civiles y penales quienes aplican la Ley Sherman y otras posteriores que componen el Derecho anti-trust.

b) En Europa, en términos generales, tanto en los Estados como en la UE, hasta ahora era la Administración Pública la que en un primer plano aplicaba el Derecho de Defensa de la Competencia, asumiendo el doble papel de instructora y juzgadora de las conductas; si bien contra sus Resoluciones caben recursos ante los Tribunales, Esto nos acostumbraba a ver al Estado como juez y parte en esta materia, como una gran hipocresía.

En realidad, las mayores restricciones a la competencia las han creado y apoyado los poderes públicos. Solo recientemente la política de privatización, liberalización y desregulación se apoya en la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia²², si bien con abusos de posiciones de dominio herencia del pasado.

El Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2003, relativo a la aplicación de las norma sobre Defensa de la Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivos de la Comunidad Europea, en vigor desde el de 1 mayo de 2004, ha introducido una reforma fundamental, al declarar aquellas normas de aplicación inmediata por las autoridades administrativas y por los tribunales civiles, con un sistema de aplicación descentralizada. Por el contrario, el nuevo Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones entre empresas, en vigor también desde el 1 de mayo de 2004, sigue confiando el control a las autoridades administrativas de la competencia.

En España, el Derecho de la competencia está integrado por una multiplicidad de disposiciones, administrativas y jurídico-privadas, entre las que surgen graves conflictos, sistemáticos y de valoración. Como en el Derecho de sociedades tres niveles legislativos deben armonizarse por vía legislativa o por vía judicial:

a) El primer nivel lo constituyen las normas jurídico-administrativas de las Comunidades Autónomas sobre defensa del consumidor y comercio interior que tomaron históricamente la iniciativa en los años ochenta, frente a un Estado central inhibido ante los problemas planteados por el sector de la distribución y que ahora incluyen Leyes de defensa de la competencia autonómicas, que aplican sus órganos administrativos y los juzgados de lo mercantil.

²² Exposición de Motivos de la Ley 52/99 de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Defensa Competencia 16/1989.

b) El segundo nivel lo constituye el Derecho estatal. Está integrado por numerosas Leyes. Hay una evidente duplicidad entre la Ley General de Publicidad, 34/88 (LGP), y la Ley de competencia desleal, 3/91 (LCD), que viene a ser la «Ley general de la competencia»; pero, junto a éstas, hay que tener en cuenta la Ley 15/2007 de defensa de la competencia (LDC), que reprime con autonomía propia la competencia desleal que tenga efectos sensibles en el mercado, y la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista (LCM). Hay otras leyes especiales, como las Leyes del medicamento de 1990, sobre televisión, sobre telecomunicaciones, sobre el cine, sobre el sistema eléctrico, etc. A veces dudamos si nos encontramos técnicamente ante un concurso de acciones (el interesado puede invocar simultáneamente todas o varias de estas normas) o un concurso de normas (porque una norma absorbe o deroga implícitamente a otra, al regular la misma materia con posterioridad y no darse relación de ley general/ley especial).

En la práctica, generalmente, los demandantes optan por la primera solución y los Tribunales la acogen: vemos así sentencias fundamentadas en normas de la LGP y en la LCD; es posible perseguir simultáneamente actos de competencia desleal ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y ante los Tribunales civiles; se puede proteger una marca contra actos de imitación ejercitando la acción de defensa de la marca o la acción de competencia desleal o ambas cumulativamente.

c) El tercer nivel, el Derecho comunitario europeo, aplicado cada vez con mayor intensidad, prevalece sobre el Derecho estatal y autonómico, pero en términos de una gran complejidad, que podemos sintetizar en tres orientaciones o bloques de materias:

1º) Según la primera orientación, los Estados no pueden crear «medidas equivalentes» a restricciones a la libre importación o exportación o “medidas de efecto equivalente” (art. 34 y 35 TFUE) mediante exigencias normativas sobre denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado o envasado de los productos, bajo el pretexto de defender al consumidor²³

²³ Doctrina de la STJCE de 1979, «Cassis de Dijon»: Alemania no podía impedir la importación de un licor francés porque éste no tuviera la graduación mínima de 20 ° exigida por su normativa; sentencia seguida otras: sobre cervezas, alemana y griega, salami, queso francés, denominaciones genéricas de los productos, prohibición legal de anunciar

- 2º) Según la segunda orientación, estas restricciones de los Estados sólo pueden justificarse en la defensa del interés general “Salvo por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas o animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial, a las que se añade la defensa del derecho fiscal (art. 36 TCE)”.
- 3º) En cambio, según una tercera orientación, en materia de sistemas de venta y de publicidad rige el principio de subsidiariedad, reconocido en el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 7 febrero 1992 y en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Los Estados pueden crear una diferenciación normativa en el seno del Mercado Único, con tal de que se aplique por igual a los nacionales y a los comunitarios: por ej., restricciones sobre horarios y sobre apertura y ampliación de grandes superficies de venta, prohibición de venta con pérdida (STJCE24 noviembre 1993, caso Kecky Mithouard) y prohibición a los farmacéuticos de hacer publicidad (STJCE de 15 diciembre 1993, caso Ruih Hünermund).

Aunque el TJCE declare contrarias al TCE las normas de Alemania y de Luxemburgo que prohibían, por presuntamente engañosa, la publicidad referida a rebajas de los precios de la propia empresa, la STJCE de 25 de marzo 2004 declaró que el art. 28 TCE (actual art. 34 TFUE, antes visto) no se oponía a que una normativa nacional prohíba anunciar la venta de bienes de una quiebra, si ya no forman parte de ella, por presumirla engañosa (ya que los consumidores prefieren comprarlos a los síndicos del concurso, suponiendo, quizás con error, que los adquirirán a mejor precio).

El Derecho estatal de represión de la competencia desleal y de defensa del consumidor, en estos ámbitos decide libremente: mayor protección equivale a una mayor fragmentación normativa en la UE, en tanto no se produzca su armonización.

rebajas, etc.; por ej. la STJCE de 2 febrero 1994 negó que la marca de cosméticos «Clinique» fuese desleal por engañosa.

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, (DOUE, L n.º 149, de 11-6-2005) relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, intenta armonizar el Derecho de represión de la competencia desleal, pero de forma limitada a dichas relaciones, con exclusión de las relaciones de competencia desleal entre las empresas, sobre las cuales es menos clara la competencia legislativa de la Unión Europea²⁴

Por el contrario, continuando la orientación mas amplia de la armonización del régimen de la competencia desleal incluyendo las relaciones entre empresarios, la Directiva 2006/114/CE del PE y del C, de 12-12-06, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en vigor desde el 12 de diciembre de 2007, deroga la Directiva, 84/450/CEE del Consejo sobre publicidad engañosa y comparativa (ultima modificación, la Directiva. 2005/29/CE, DO L 149 de 11-6-2005) y pretende proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y establecer los requisitos de la publicidad comparativa permitida,

d) El cuarto nivel normativo, por encima de la UE, está integrado por las normas sobre la obligación de los Estados firmantes de los textos legales que integran la OMC de defender la libre y leal competencia, en especial el ADPIC²⁵.

El «Libro Verde» de la Comisión sobre «Comunicaciones Comerciales» de 8 de junio de 1996 (COM (96),192 f.), estudia todos los obstáculos al mercado interior derivados de las diferencias de regulación estatal de las distintas formas de «marketing», y sugiere como soluciones: puntos en los que son deseables posibles propuestas de armonización de la Comisión, un sistema de notificación por los Estados de las normas que vayan a introducir en el futuro y un sistema de consulta a la Comisión para dictaminar sobre las normas estatales.

En la protección pública de la competencia se yuxtaponen el Derecho Comunitario y los Derechos nacionales. Los artículos 101 y 102 TFUE (antiguos arts. 81 y 82 del Tratado CE) contienen en esencia el fundamento de la regulación comunitaria, preceptos que han sido desarrollados por el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre

²⁴ TATO PLAZA, A *La reforma de la Ley 1de competencia desleal*, Ed. La Ley, 2010, pp. 29 y ss., en especial, 34 y ss.

²⁵ El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)

competencia y por el Reglamento (CE) n.º 773/2004, de la Comisión, relativo al desarrollo de los procedimientos.

Por su parte, la normativa española se contiene actualmente en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (que ha sido objeto de importantes modificaciones por parte de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) y en un rosario de normas autonómicas, que se centran básicamente en la regulación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia. Como complemento de la Ley de Defensa de la Competencia se halla la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (modificada también de manera relevante por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre), cuyo interés a los fines de esta obra es menor, puesto que, por una parte, su objetivo, como ha resaltado J.E. SORIANO, no es tanto la tutela del mercado como institución, cuanto la tutela del mercado en cuanto negocio individual; y, por otra parte, la competencia desleal protege a través de acciones civiles abiertas sólo a los particulares afectados por los actos desleales y a las Corporaciones Públicas representativas de intereses económicos y profesionales, y en determinados casos y bajo ciertas condiciones a otras entidades públicas y asociaciones titulares de intereses colectivos y difusos (art. 33).

Aun así, el deslinde entre los conceptos de libre competencia y competencia desleal no siempre resulta fácil, ya que el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en términos que hoy también reitera el artículo 3 de la nueva Ley 15/2007, habilita a los órganos de defensa de la competencia para conocer de “los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público”. En todo caso, el Derecho de la Libre Competencia se articula en nuestro ordenamiento como un Derecho Administrativo del más puro corte clásico, ya que se compone de un instrumentarlo absolutamente típico de las potestades administrativas. Ahí radica su principal diferencia con otros sistemas jurídicos comparados, y fundamentalmente con el Derecho antitrust norteamericano, en que la defensa de la libre competencia se confía a los jueces ordinarios (Jueces de lo Contencioso-Administrativo en España).

Tanto en el Derecho Comunitario como en el Derecho español la defensa de la libre competencia se desdobra en dos vertientes:

- Prohibición de acuerdos o concertos que restrinjan la libre competencia

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

- Prohibición de explotación abusiva de la posición dominante, amén de los controles sobre concentraciones de empresas y sobre las ayudas públicas.

Esta coincidencia de materias reguladas suscita la cuestión del ámbito de aplicación de uno y otro Derecho, situación que se ve además agravada por el hecho de que el Derecho comunitario no sustituye al Derecho español y de que las autoridades nacionales se ven compelidas a aplicar ambos Derechos para colaborar con las comunitarias en la aplicación de las normas comunitarias de la libre competencia y para aplicar en España los artículos 101 y 102 TFUE.

En relación con ello, y partiendo del principio de la prevalencia y aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario, se llega a la conclusión que el Derecho español de la Competencia sólo se aplica a los supuestos en los que la afectación del mercado se limite a los confines estrictamente nacionales e incidan exclusivamente sobre el mercado y el comercio nacional. Junto a este principio, existen algunas reglas que disciplinan las relaciones entre ambos ordenamientos:

- En primer lugar, en virtud del principio general de prevalencia del Derecho comunitario, las autoridades y tribunales españoles no pueden aplicar regla alguna que esté en contradicción con las normas europeas de competencia.
- Las autoridades españolas pueden aplicar sus propias normas de competencia mientras no se inicie ninguno de los procedimientos que permite a la Comisión pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una conducta con las reglas comunitarias de la competencia.
- Cuando la Comisión autorice un acuerdo, decisión o práctica o estime que éstos entran en un Reglamento de exención por categoría, dichas decisiones vinculan a las autoridades nacionales de defensa de la competencia.
- Cuando un acuerdo, decisión o práctica se declare incompatible con el Derecho Comunitario, las autoridades españolas no pueden permitirlo en su ámbito.

La influencia del Derecho comunitario europeo en toda esta materia es muy

amplia. Las disposiciones europeas de desarrollo constituyen un auténtico Ordenamiento jurídico propio de la CE, distinto del español, directamente aplicable en España con incluso primacía sobre el ordenamiento nacional. Así lo tiene establecido el Tribunal de Justicia de la CE en sus sentencias dictadas en los célebres casos 106/77 “*Simmenthal*”²⁶ y 6/64 “*Costa V. ENEL*”²⁷. Significa ello que son dos los Ordenamientos y sistemas de normas que en España disciplinan la libre competencia y que se hace necesario marcar un límite o frontera entre uno y otro. Debe quedar claro desde estos inicios la dualidad ordinamental de la libre competencia en los Estados europeos comunitarios.

Analizamos las consecuencias de las conductas que la legislación antimonopólica trata de evitar, particularmente de los cárteles y los abusos de exclusión. Las rentas monopolísticas que generan estas conductas, en forma de sobrepuestos o imposición de otras condiciones de transacción supracompetitivas a los consumidores, no son en el fondo otra cosa que un reparto o asignación inequitativa de los recursos sociales, que salen de los patrimonios de los consumidores para engrosar los bolsillos de los cartelistas o monopolistas. La función fundamental del Derecho de la competencia es precisamente evitar estas situaciones.

4.3.3. El libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio

La importante Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado (Directiva Bolkestein)²⁸, ha sido transpuesta al ordenamiento español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (BOE del 24) sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha sido desarrollada por la extensa Ley 25/2009, de 22 de diciembre (BOE del 23)²⁹.

²⁶ En el asunto 106/77, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Pretore de Susa (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal, con domicilio social en Monza, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 189 del Tratado CEE y, más en particular, sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario en caso de conflicto con disposiciones de la Ley nacional que, en su caso, sean contrarias a este,

²⁷ En el asunto 6/64, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Giudice Conciliatore de Milán, destinada a obtener, la interpretación de los artículos 102, 93, 53 y 37 de dicho Tratado, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Flaminio Costa y ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica, empresa que pertenecía anteriormente a la Edison Volta).

²⁸ Se conoce como Directiva Bolkestein de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a los servicios en el Mercado interno, presentada por la Comisión Europea en febrero de 2004 y aprobada finalmente en noviembre de 2006, entrando en vigor el 28 de diciembre de 2006 (Directiva 123/2006/CE¹). También se conoce como Directiva de Servicios. Pretende favorecer la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios entre los Estados miembros de la Unión Europea.

²⁹ Ley Ómnibus es el nombre que recibe la ley española 25/2009, de 22 de diciembre de 2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Entró en vigor el 27 de

La presente Directiva establece un marco jurídico general que favorece el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestatarios de servicios así como la libre circulación de servicios, al tiempo que se garantiza un nivel elevado de calidad de los servicios.

Se basa en cuatro pilares fundamentales:

- facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE;
- reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios;
- fomentar la calidad de los servicios;
- establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

La presente Directiva establece un marco jurídico general que favorece el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios así como la libre circulación de los servicios, sin olvidar garantizar un elevado nivel de calidad de los servicios.

La Directiva establece un marco jurídico general para cualquier servicio prestado a cambio de una remuneración económica (salvo los sectores excluidos) teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la especificidad de determinadas actividades o profesiones.

La presente Directiva cubre un amplio conjunto de actividades de servicios que representa aproximadamente un 40 % del PIB de la UE y del empleo

Varios tipos de servicios quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva, en especial:

- los servicios financieros;
- las redes de telecomunicaciones;
- los transportes;
- los servicios de salud;
- las actividades de juego;
- algunos servicios sociales.

La Directiva se aplica en los dos casos siguientes:

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

- al instaurar empresas permanentemente, a saber, cuando un empresario particular o una empresa quiere instaurar un establecimiento permanente (empresa o sucursal) en su propio país o en otro país de la UE;
- al prestar servicios de forma transfronteriza, a saber, cuando una empresa ya establecida en un país de la UE quiere prestar servicios en otros países de la UE, sin crear un establecimiento permanente o cuando un consumidor residente en un país de la UE quiere que se le preste un servicio ante un prestatario establecido en otro país de la UE.

Además, la Directiva permite a los destinatarios de servicios, sobre todo a los consumidores y a las empresas, tener una mayor elección y acceso a los servicios en la UE en la medida en que:

- Los beneficiarios están mejor informados sobre los proveedores de servicios así como sobre las garantías de posventa y sobre la reparación;
- La Directiva prohíbe toda discriminación por motivos de nacionalidad o de residencia del beneficiario del servicio.

La Directiva obliga a los Estados miembros a simplificar todos los procedimientos iniciados en la creación y la realización de una actividad de servicio. Se deben eliminar requisitos formales como la obligación de presentar los documentos originales, las traducciones compulsadas o copias compulsadas. Desde diciembre de 2009, las empresas y los individuos deben estar en condiciones de efectuar en línea todas las formalidades necesarias mediante las «ventanillas únicas».

Las ventanillas únicas son portales e-gobierno creados por la administración nacional de cada país de la UE. Los proveedores de servicios pueden utilizarlas para:

- obtener información detallada sobre la actividad empresarial en el extranjero o en el país de origen;
- efectuar en línea las formalidades administrativas relativas a la creación de una empresa;
- efectuar en línea las formalidades administrativas relativas a la prestación transfronteriza de servicios.

Eliminar los obstáculos jurídicos y administrativos al desarrollo de las actividades de servicios. Para facilitar la libertad de establecimiento, la Directiva prevé:

- la obligación de evaluar la compatibilidad de los regímenes de autorización, basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad, y de

respetar determinados principios relativos a las condiciones y procedimientos de autorización aplicables a las actividades de servicios;

- la prohibición de determinados requisitos jurídicos restrictivos que persisten en la legislación de determinados Estados miembros y que no pueden justificarse, como las exigencias de nacionalidad;
- la obligación de evaluar la compatibilidad de otros requisitos jurídicos basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad.

Facilitar la libre prestación temporal de servicios transfronterizos. A fin de reforzar la libre prestación de servicios, la Directiva establece que los Estados miembros deben garantizar en su territorio el libre acceso a la actividad de servicios y su libre ejercicio. El Estado miembro al que el prestador de servicios se desplace sólo podrá imponer el respeto de sus propios requisitos a condición de que sean no discriminatorios, resulten proporcionados y estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

La Directiva también prevé un determinado número de excepciones importantes a este principio, como por ejemplo en materia de cualificaciones profesionales, desplazamiento de trabajadores y en el caso de los servicios de interés económico general.

Reforzar los derechos de los consumidores como usuarios de los servicios. En el marco de la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios, la Directiva:

- formaliza el derecho de los destinatarios a utilizar servicios de otros Estados miembros;
- establece el derecho de los destinatarios a obtener información sobre las normas aplicables a los prestadores, independientemente de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos por un prestador de servicios.

Garantizar la calidad de los servicios. En lo que atañe a la calidad de los servicios, la Directiva tiene como objetivo:

- mejorar la calidad de los servicios, por ejemplo, impulsando la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad;
- fomentar la elaboración de códigos de conducta europeos, en particular por organismos o asociaciones profesionales.

Instaurar una cooperación administrativa efectiva entre Estados miembros. Para facilitar el establecimiento y la libre circulación de los servicios en la Unión Europea, la Directiva:

- Establece una obligación legal vinculante para los Estados miembros de cooperar con las autoridades de otros Estados miembros para garantizar un control eficaz de las actividades de servicio en la Unión y, al mismo tiempo, evitar una multiplicación de los controles; también se ha creado un mecanismo de alerta entre Estados miembros.
- Establecer un sistema electrónico de intercambio de información entre Estados miembros, indispensable para alcanzar una cooperación administrativa efectiva entre Estados miembros.

4.3.4. La desregulación del Derecho de la Competencia

Existe un proceso, algo paradójico, de desregulación del Derecho de la competencia, en un doble sentido

En primer lugar, la desregulación del Derecho contra la competencia desleal y de protección del consumidor, en aquellos aspectos en que su proliferación normativa tendía a restringir excesivamente la libre competencia, mediante una excesiva "regulación". Como hemos dicho, forma parte del conflicto entre Derecho de las Comunidades Autónomas, Derecho estatal y Derecho comunitario. Austria, con la Ley de 26 de febrero de 1992 de desregulación de la competencia desleal; deroga las limitaciones sobre rebajas, primas y liquidaciones y Alemania, con la Ley de 8 de junio de 1994 también derogó varias normas de su Ley de competencia desleal de 1909, excesivamente proteccionista. Su nueva Ley de 3 de julio de 2004 no contradice esta tendencia; y lo mismo puede decirse de la Directiva 2005/29/ CE (DOCE L nº 149 de 11-6-2005) sobre prácticas comerciales desleales en sus relaciones con los consumidores.

El Prof. SCHRICKER, ya en 1994, siendo Director del Instituto Max Planck de Múnich, máxima autoridad científica en la materia, defendió la desregulación del Derecho contra la Competencia desleal (frente a los sectores de la Abogacía, de los consumidores y otros, interesados en mantener esta superregulación). Pero no bastaba la reforma legislativa, sino que habrá que superar algunos conceptos doctrinales, restrictivos por sí mismos de la competencia, creados por los propios Tribunales: el de

consumidor ingenuo, el de las funciones institucionales que deben cumplir los distintos niveles de la distribución (fabricante, mayorista, minorista), la concepción institucional de la publicidad, que exige que informe sobre el producto o servicio y declara ilícita la publicidad chocante para los sentimientos del público a no informativa (caso "Benetton"). Los Tribunales han ido abandonando esos conceptos, en aras del primado de la libre competencia.

En España la desregulación se plasma en la Ley de Competencia Desleal 3/1991 y los Tribunales siguen una orientación muy liberalizadora en materia de publicidad. Así, las SSTs de 3 febrero 1995, R. 735, "Citroën"; 24 febrero 1997, R. 1.195, "Coca-Cola" y 31 de marzo de 2000, R. 1787, "Continente", negando esta que exista descuento prohibido en la entrega de vales-punto por el 25% del precio de los libros de texto), mientras que en otros aspectos la LCM 7/96 es más conservadora (por ej. en la prohibición de la venta con pérdida)

También se produce la desregulación (en el sentido más genuino de "desadministrativación") en el Derecho de defensa de la competencia, que se manifiesta en los siguientes aspectos: a) En la sustitución de la intervención pública general de la economía mediante normas administrativas (por ej., fijación de precios regulados) por una neoregulación integrada por normas de Derecho privado; b) en la simplificación de los Reglamentos de exención en bloque de acuerdos de distribución (Reglamentos CEE de la Comisión 2790/99 de 22 de diciembre de 1999, de acuerdos verticales, y 1400/2002, de 31 de julio de 2002, de acuerdos en el sector de los vehículos de motor, DOCE 1.8.2002); c) en la progresiva descentralización.

4.4. Coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en aplicación del derecho de competencia.

Una correcta comprensión del modelo de aplicación de las normas de competencia en España exige tener en cuenta las implicaciones que al respecto derivan del propio modelo de organización territorial. En efecto, la conocida sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de noviembre de 1999, al resolver diversos recursos contra la LDC, estimó que la materia de «comercio interior», asumida en los Estatutos de Autonomía como competencia de las Comunidades Autónomas, proporcionaba base suficiente como para estimar que la «defensa de la competencia», al menos en el nivel ejecutivo, puede ser también ejercida en ese ámbito territorial.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, estimó parcialmente los citados recursos y declaró la inconstitucionalidad de la cláusula "en todo o en parte del mercado nacional" contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25, a) y c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Los efectos del fallo se traducen en la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y su desarrollo reglamentario.

Los fundamentos jurídicos en los que el Alto Tribunal basa el fallo parten del reconocimiento de que la materia denominada "defensa de la competencia", como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución. Por consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos.

Analizando los Estatutos de Autonomía, existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial a las Comunidades Autónomas en materia de "comercio interior", lo cual, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, abarca la competencia relacionada con la "defensa de la competencia", si bien se restringe al ámbito ejecutivo siendo en todo caso del Estado la competencia legislativa.

La conclusión que de ello se desprende es que las Comunidades Autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en relación con el "comercio interior" y, por ende, con la "defensa de la competencia".

No obstante, el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica -artículo 149.1.13.a de la Constitución- todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica -artículos 139.1 y 149.1.1.a de la Ley Fundamental-.

Por esta razón, considera el Tribunal Constitucional que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los mecanismos de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca.

El Fundamento Jurídico octavo de la sentencia reconoce la vigencia de los preceptos de la Ley impugnada, a pesar de haber sido declarados nulos, hasta tanto el Estado no fije los puntos de conexión que permitan a las Comunidades Autónomas ejercer las competencias ejecutivas que les reconocen sus Estatutos de Autonomía. En caso contrario, se produciría un vacío normativo que atentaría contra los intereses constitucionalmente relevantes referidos a la defensa de la competencia.

A pesar de ello, el propio Tribunal Constitucional reconoce que la postergación en el tiempo de los efectos de la nulidad declarada genera una situación anómala y provisional que debe acabar cuanto antes invocando la lealtad constitucional que vincula al Estado para ponerle fin en el plazo más breve.

Por ello, debe adoptarse una iniciativa legislativa que establezca el marco para la ejecución de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas con pleno respeto a los criterios impartidos por el Tribunal Constitucional, iniciativa que acomete la presente Ley.

Se dictó en consecuencia la Ley de 1/2002 de 21 febrero, de «coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», con el fin deslindar las competencias respectivas, establecer los puntos de conexión, y habilitar mecanismos de coordinación y de resolución de conflictos.

Obviamente, esta Ley pretendía anticiparse a un fenómeno que era previsible una vez recaída la citada Sentencia: la puesta en marcha de órganos de competencia en las Comunidades Autónomas (así ha ocurrido ya en las de Madrid, Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Extremadura, Castilla y León -Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones en materia de defensa de la competencia de la Comunidad de Castilla y León-) y en lo que aquí interesa,

de especificidades procedimentales para la aplicación de las normas de competencia por esos órganos a la prohibición o autorización de acuerdos, prácticas, etc. (no al control de las concentraciones o de las ayudas), cuyo efecto no rebase el ámbito de la respectiva Comunidad. Lo que quiere decir, en suma, que el modelo compuesto de organización territorial del Estado, tendrá, como ya está ocurriendo, su trasunto en un modelo normativo, organizativo y procedimental también compuesto en materia de defensa de la competencia.

4.5. Regulación Normativa.

4.5.1. Especial regulación normativa española.

Por su parte, la normativa española se contiene actualmente en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (que ha sido objeto de importantes modificaciones por parte de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³⁰) y en un rosario de normas autonómicas, que se centran básicamente en la regulación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia. Como complemento de la Ley de Defensa de la Competencia se halla la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (modificada también de manera relevante por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre), cuyo interés a los fines de esta obra es menor, puesto que, por una parte, su objetivo, no es tanto la tutela del mercado como institución, cuanto la tutela del mercado en cuanto negocio individual; y, por otra parte, la competencia desleal protege a través de acciones civiles abiertas sólo a los particulares afectados por los actos desleales y a las Corporaciones Públicas representativas de intereses económicos y profesionales, y en determinados casos y bajo ciertas condiciones a otras entidades públicas y asociaciones titulares de

³⁰ *Disposición final tercera Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.* Se modifica el artículo 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que queda redactado como sigue:

«1. El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.
- Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.»

intereses colectivos y difusos (art. 33, Ley 29/2009, de 30 de diciembre que modifica la Ley de competencia desleal).

Aun así, el deslinde entre los conceptos de libre competencia y competencia desleal no siempre resulta fácil, ya que el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en términos que hoy también reitera el artículo 3 de la nueva Ley 15/2007, habilita a los órganos de defensa de la competencia para conocer de “los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público”. En todo caso, el Derecho de la Libre Competencia se articula en nuestro ordenamiento como un Derecho Administrativo del más puro corte clásico, ya que se compone de un instrumental absolutamente típico de las potestades administrativas. Ahí radica su principal diferencia con otros sistemas jurídicos comparados, y fundamentalmente con el Derecho antitrust norteamericano, en que la defensa de la libre competencia se confía a los jueces ordinarios. (Jueces de lo Contencioso-Administrativo en España)

4.5.2. Normativa Europea, Española y Autonómica.

En cuanto a las normas actuales en materia de defensa de la competencia podemos establecerla en los siguientes apartados:

Comunitario

- Tratado de Funcionamiento de la UE, Arts. 101 y 102
- Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo (de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado)
- Directiva 2006/123/CE relativo a los servicios en el mercado interior

Estatal

- Constitución Española: Artículo 38. [Libertad de empresa]
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (modificada por Ley 29/2009, de 30 de Diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la

competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios)

- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia

Autonómica

- Estatuto de Autonomía de Castilla y León. TÍTULO V: COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD.
 - Artículo 70. Competencias exclusivas.
 - Artículo 76. Competencias de ejecución
- Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de defensa de la competencia.
- Decreto 8/2012, de 8 de marzo, por el que se modifica el Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de Defensa de la Competencia (BOCyL 14/03/2012).
- Resolución de 28 de julio de 2006, Reglamento de organización y funcionamiento.

4.5.3. Objetivos de las normas en materia de defensa de la competencia.

El objetivo del Derecho de la competencia es promover la "competencia justa" entre las empresas. Ha tenido un efecto importante en las prácticas empresariales y la reestructuración del sector industrial en los países donde se ha adoptado. Basadas en la premisa de que el comercio libre beneficia tanto a consumidores, empresas y la economía en general, la ley prohíbe distintos tipos de restricciones comerciales y el abuso de monopolización.

El objetivo último del Derecho de la Competencia es la maximización del excedente del consumidor, lo que implica unos precios lo más reducidos posibles para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de éstos. Sin embargo, la realidad es más compleja y se han intentado alcanzar otros objetivos mediante la competencia, produciéndose que en ocasiones la ley haya intentado alcanzar objetivos contrarios..

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos distintos: acuerdos horizontales entre competidores, acuerdos verticales entre

compradores y vendedores, el abuso de una posición dominante (monopolio), y las fusiones. En el caso europeo se prohíben también las ayudas de Estado.

Se pueden citar los siguientes objetivos:

- Protección del Consumidor.
- Redistribución.
- Protección de los competidores.
- Protección de los proveedores.
- Mercado único (en el caso de la Unión Europea).

1.1.1. Protección del consumidor

A pesar de que existe un consenso más o menos generalizado en cuanto a que el principal objetivo del Derecho de la Competencia debe ser la maximización del bienestar del consumidor, no existe tal consenso en cuanto a la forma o los medios con los que conseguir tales objetivos. Algunos autores opinan que, dicho bienestar del consumidor debe de ser alcanzado mediante la protección del proceso competitivo y no mediante la protección del consumidor en sí. Un ejemplo típico es el de la jurisprudencia en materia de *precios excesivos*: durante muchos años se intentó utilizar las leyes de competencia para acusar a las empresas de fijar precios *demasiado altos*.

El problema con la utilización del Derecho de la Competencia para asumir un control directo de los precios de las empresas es que en muchas ocasiones el regulador está en una mala posición para poder determinar cuál sería el precio en un mercado competitivo. Sin ir más lejos, se necesitaría conocer las curvas de costes de las empresas, la demanda en el mercado y demás aspectos cuyo cálculo es altamente complicado. De hecho, al fijar un precio, el regulador puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar.

1.1.2. Redistribución

En ocasiones se han perseguido objetivos que tienen más que ver con la promoción de una economía equitativa que con la de una economía eficiente. Por ejemplo, mediante el intento de reducir la acumulación de recursos en grandes empresas y conglomerados, por ser considerado esto como una amenaza a la democracia misma.

1.1.3. Protección de los competidores

Esta visión considera que la competencia debe aplicarse de tal forma que proteja a los competidores pequeños de los rivales más fuertes, viendo este objetivo como intrínseco a la protección del proceso competitivo. El problema de esta forma de ver la competencia es que mediante la protección del más pequeño se puede estar premiando a la empresa ineficiente y castigando a la eficiente, puesto que si la última es capaz de fijar precios menores que eliminen a sus competidores más pequeños, esto será seguramente debido a que tiene unos menores costes o márgenes precio-coste.

1.1.4. Mercado Único: el caso europeo

En el caso europeo, la **Política de la competencia** ha jugado un papel muy importante en la consecución del llamado *Mercado Único*, es decir, en la integración económica de los distintos mercados de los Estados Miembros mediante, por ejemplo, el crecimiento del comercio intraeuropeo, el incremento de empresas de carácter europeo (y no únicamente nacional), la convergencia en los Derechos de Propiedad Intelectual, etc.

Como ejemplo, en 2002 en el caso Nintendo la Comisión Europea impuso una multa de 167.8 millones de euros a Nintendo por haber impedido exportaciones de videoconsolas desde el Reino Unido hacia Alemania y Holanda. El objetivo de las empresas que utilizan estas estrategias es la de segmentar cada mercado nacional para así poder imponer distintos precios en distintos países. Si por ejemplo en el Reino Unido una videoconsola se vende más barata que en Alemania, entonces el productor prohíbe que sus distribuidores puedan exportarlas a dicho país o incluso las vendan a exportadores. Así la empresa se asegura el poder imponer el mayor precio permitido por la elasticidad de la demanda en cada país (en este caso es de suponer que la elasticidad sería más elevada en el Reino Unido que en Alemania, puesto que en el primero los precios eran más bajos).

Este tipo de comportamiento ha sido perseguido por la Comisión, y prohibido por el Tribunal Europeo de Justicia en muchas ocasiones, en aras de la consolidación del Mercado Único Europeo, pasando a formar parte esta jurisprudencia de la doctrina conocida como *comercio paralelo*. Según ésta, se permite que comerciantes exporten o importen bienes provenientes de otros países con el objetivo de aprovecharse de las diferencias en los precios (que en ocasiones permiten cuantiosos beneficios). Así se presiona a las empresas para que tengan una única política de precios a escala europea, siendo la convergencia en los precios el objetivo último del Mercado Único.

4.6. El derecho Comunitario europeo de Defensa de la Competencia.

4.6.1. El Derecho originario:

El Derecho de defensa de la competencia comunitario europeo hasta ahora estaba integrado por dos bloques normativos: el Tratado CECA y el Tratado CEE. Pero el 23 de julio de 2002 expiró el Tratado CECA, aplicable al sector del carbón y del acero, y con ello se aplicaran a este sector las normas generales del Tratado CE: arts. 81 y 82 (arts. 101 y 102 del TFUE versión consolidada 30/03/2010), régimen de ayudas, de concentraciones delegación en los Estados miembros, etc. (Ver Comunicación de la Comisión DOCE C-154, de 28 junio 2002).

Los arts. 101.1 ss. TFUE (arts. 81 y ss. del Tratado CE) establecen el siguiente sistema: a) prohíben los acuerdos restrictivos y los abusos de posición de dominio, y son de aplicación a todas las empresas o sectores, siempre que las prácticas afecten al comercio comunitario. No obstante, este requisito se ha interpretado con gran amplitud: si la práctica afecta a un Estado miembro, tabicando el Mercado Común o incluso a una región (por ej. la de Hamburgo, en el caso "Pronuptia"). Por otro lado el Tribunal de Justicia ha entendido en varios casos que las operaciones de concentración pueden quedar prohibidas como acuerdo o como abuso de posición de dominio si dan lugar a concentraciones que impiden en el futuro un régimen de competencia. Por fin, el Reglamento CEE nº 4.064/1989 del Consejo de 21 de diciembre (DOCE n.º L. 395 del 30) regulo por primera vez las operaciones de concentración entre empresas cuando afectan al comercio comunitario, sustituido desde el 1 de mayo de 2004 por el Reglamento 139/2004 de 20 de enero de 2004.

Complemento de estas normas dirigidas a las "empresas" son las normas del TCE dirigidas a los Estados miembros (más exactamente, a los "poderes públicos"), relativas a prohibición de fijación de precios cuando tengan efectos discriminatorios para las importaciones; de concesión de ayudas a las empresas públicas y privadas (arts. 107-109 TFUE –versión consolidada), del "dumping", de la creación de restricciones legales a la libre circulación de mercancías y medidas equivalentes a ellas (admitiéndose solo las restricciones derivadas de la protección de la propiedad industrial e intelectual y las "medidas técnicas" cuando están dirigidas a la defensa de la salud o seguridad de los consumidores o tienen una finalidad fiscal; cada vez mas sustituidas por Directivas: art

41 y 42, hoy sólo quedan vigentes las excepciones del segundo); así como la prohibición de otras restricciones que no sean indispensables para servicios de interés económico general, confiados a una empresa pública o a una empresa privada con derechos especiales (art. 106.2 TFUE-v.c.).

De modo que las leyes estatales que autorizan restricciones a la competencia deben superar un doble examen: el de constitucionalidad, o interno, y el de Derecho comunitario, ya que si afectan al comercio comunitario deben reputarse no aplicables o ineficaces (aunque no queden derogadas).

4.6.2. El Derecho derivado: Régimen de los artículos 101 y 102 TFUE (versión consolidada) (antiguos 81 Y 82 del TCE).

El derecho derivado es el que emana de los órganos legislativos de la U.E.

El Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (DOCE L de 4 de enero de 2003), en vigor desde el 1 de mayo de 2004, ha introducido una profunda reforma en el Derecho derivado de aplicación de los arts. 101 Y 102 TFUE, en torno a cuatro ejes fundamentales:

- La aplicación directa y descentralizada por' las autoridades administrativas (en España, el Tribunal de Defensa de la Competencia) y por los Tribunales civiles nacionales (en España, los Juzgados de lo Mercantil) de los arts. 101 y 102 TFUE, que prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio.
- El reforzamiento de los poderes de investigación de la Comisión Europea.
- La creación formal de una Red Europea de autoridades de competencia (NCA o Network of Competition Authorities).
- Nuevas decisiones que puede adoptar la Comisión Europea.

En primer lugar, el antiguo Reglamento n.º 17, de 1962, de 6 de febrero de 1962, que ha regulado el sistema de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (actuales 101 y 102

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

TFUE) durante cuarenta años, presumía prohibidos todos los acuerdos restrictivos de la competencia, salvo autorización expresa de la Comisión Europea (o su autorización en bloque, mediante Reglamento de la Comisión), por virtud de una delegación realizada en un Reglamento del Consejo; la comunicación exoneraba de multas. El sistema buscaba la aplicación efectiva de esta normativa, en ausencia de un cuerpo de doctrina que permitiera orientar a las empresas.

Por el contrario, el nuevo Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo establece un sistema de exención legal:

- Las empresas ya no deberán ni podrán notificar a la Comisión Europea los acuerdos para su autorización, sino que tendrán que examinar por sí mismas -con ayuda de sus abogados- si violan el art. 101.1 TC o caben bajo la exención/protección del art. 101.3.
- Los acuerdos que puedan acogerse a los supuestos del art. 101.3 quedan exentos de la prohibición sin necesidad de previa notificación y autorización.
- La carga de la prueba de que los acuerdos infringen los arts. 101 y 102 TFUE corresponderá a quien alegue la infracción ante las autoridades administradas a los Tribunales civiles.
- Solo con carácter excepcional, "cuando así lo requiera el interés público comunitario" (art, 10), la Comisión podrá emitir una declaración formal de inaplicabilidad de los arts. 101 y 102 TFUE.

En relación con el abuso de posición de dominio los Estados miembros podrán aplicar normas más rigurosas que las comunitarias.

En segundo lugar, el Reglamento 1/2003 reconoce nuevas facultades de investigación a la Comisión Europea, de modo que la descentralización no se traducirá en un debilitamiento de su posición, sino todo lo contrario. Liberada de la tarea de examinar las notificaciones en solicitud de autorizaciones individuales, podrá concentrar su atención en la investigación de infracciones de especial gravedad.

- **Facultades de investigación de la Comisión Europea:** Los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión podrán solicitar a las empresas afectadas que le faciliten toda la información que estimen necesaria; acceder a todos los locales, terrenos, u medios de transporte y domicilios; inspeccionar cualesquiera locales; examinar libros y cualquier otra documentación profesional que se hallen en dichos lugares, hacer fotocopias o extractos en cualquier formato, precintar locales y libros durante el tiempo necesario, exigir a todo representante o miembro del personal de la empresa explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y finalidad de la inspección e interrogar a toda persona que pueda disponer de información útil y poder guardar constancia de sus declaraciones.
- **Otras facultades de la Comisión Europea:** Está facultada para adoptar medidas estructurales para poner fin a las infracciones comprobadas, siempre que no quepan remedios de comportamiento o conducta igualmente efectos, respetando el principio de proporcionalidad (art. 7), adoptar medidas cautelares (art. 8) y convertir los compromisos propuestos por las empresas en obligatorios (art. 9)
- **Además, las autoridades de la competencia de los Estados miembros** podrán de oficio o a denuncia de parte, ordenar la cesación de la infracción o adoptar medidas cautelares, aceptar los compromisos propuestos por las empresas e imponer multas sancionadoras o coercitivas u otras sanciones (art. 5), o eliminar la cobertura de un Reglamento de exención en bloque (art. 29).

Dando por supuesta -por la jurisprudencia anterior del TJCE- la competencia de la jurisdicción ordinaria en la materia, los Tribunales nacionales pueden valorar si un acuerdo restrictivo (art. 101.1) cae dentro de la exención legal del art. 101.3 TCE, o sí una conducta empresarial cae en el supuesto de abuso de posición de dominio del art. 102 TFUE.

El Reglamento 1/2003 establece un sistema de cooperación entre la Comisión, las autoridades de la competencia de los Estados miembros y los Jueces nacionales (arts. 11 a 16), partiendo del principio de preeminencia de la competencia de la Comisión Europea (art 11.6), por sus mayores poderes, medios de investigación y facultades sancionadoras contra las empresas cuyos directivos y empleados dificulten la

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

investigación: pero siempre con la idea de especializar a la Comisión en los casos de mayor envergadura, y no en todos los que afecten al comercio intracomunitario (que son cada vez más numerosos), y partiendo del principio de la posible aplicación acumulativa a unas mismas prácticas del Derecho comunitario y del Derecho estatal (sistema de la "doble barrera" de legalidad de las prácticas).

A tal fin el Reglamento 1/2003 crea una Red Europea de Competencia compuesta por representantes de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. La Red también se encargara de facilitar el intercambio de información. Cuando un Estado miembro someta a investigación a una empresa deberá informar a los demás Estados y a la Comisión, evitando así incoar varios procedimientos paralelos.

El Reglamento 1/2003 plantea un gran reto a la Administración de Justicia de los Estados miembros, en especial en aquellos donde esta presenta mayores deficiencias, como España. Se trata de un problema de formación de los Jueces, de medias disponibles para practicar las pruebas, que exige, por ejemplo, la constatación de que existe posición de dominio y de que se ha incurrido en abuso de la misma, o de que concurren las causas de exención del art. 101.3 TCE; pero también de deficiencias de los procedimientos civiles para acoger aquella necesidad de pruebas

En España, el RD. 2295/2004, de 10 de diciembre (BOE del 23), relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia, ha derogado el RD. 295/1998, de 27 de febrero (BOE 7 marzo), integrando las reformas de los Reglamentos del Consejo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 (DOUE de 4 enero 2003) antes expuesto, sobre aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, y 139/2004, de 20 de enero de 2004 (DOUE de 29 de enero de 2004) sobre control de concentraciones de empresas. Establece que el TDC (ahora, la CNC) será competente para aplicar los arts. 81 y 82 TCE (101 y 102 TFUE) sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción civil.

La Comisión Nacional de la Competencia supervisara así la autoevaluación que las empresas hacen de sus acuerdos aplicando los criterios del art. 101, apartados 1 y 3 TFUE. El art. 1 del RD. reconoce a la CNC potestad sancionadora en la aplicación del Derecho comunitario (aunque omite otras facultades que le otorga el Reglamento 1/2003: medidas cautelares, orden de cesación y aceptación de compromisos). La

CNC debe informar a la Comisión (art. 3 RD) y han de colaborar con ella en la toma de declaraciones y realización de verificaciones o investigaciones, con importantes facultades (art. 5 RD) y con las Autoridades no Comunitarias de otros Estados miembros. Especial importancia tiene su colaboración con los Juzgados nacionales a fin de supervisar la aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia por ellos. En relación con el control de las concentraciones el art. 4 del R.D. prevé que se pueda consultar a las autoridades nacionales las de dimensión comunitaria y a la inversa. Según el art. 10 R.D. sus referencias a los Reglamentos 1/2003 y 139/2004 se entenderán realizadas a los que sustituyan a estos.

4.6.3. Reglamentos de la Comisión Europea sobre exención de acuerdos por categorías

En base a dos Reglamentos del Consejo (19/1965 de 2 de marzo y 2.810/71 de 20 de diciembre), sobre autorización en bloque de acuerdos (art. 85-3 del TCEE), la Comisión Europea ha publicado varios Reglamentos, de extraordinaria trascendencia práctica, que forman una cierta unidad. Se caracterizan:

- Por no ser sectoriales, sino que son aplicables a cualquier actividad, con excepción del Nº 1400/2002, aplicable al sector de vehículos de motor; los marítimos y los aéreos.
- Por regular las relaciones verticales entre empresas (fabricante/ distribuidor, licenciante y licenciataria, y las relaciones de colaboración)

En estos Reglamentos la Comisión ha ido incorporando la interpretación que el TJCE habrá hecho previamente, a fin de armonizar la defensa de la competencia con otros fines: la realización del Mercado Común, eliminando e imposibilitando reconstruir los tabiques o fronteras al comercio intracomunitario; la consolidación de redes comerciales modernas; el fomento de la innovación y de la transferencia de tecnología, la reconversión industrial.

Su importancia práctica es enorme si se piensa que las cláusulas no exentas por los Reglamentos son nulas, salvo que se obtenga una autorización singular (ver la histórica STS, Sala 1ª, de 2 de junio de 2000, núm. 540/2000, "Distribuidora Industrial S., S.A.", "caso DISA").

Estos Reglamentos se agrupan en varios grandes bloques:

- Acuerdos Verticales de Distribución.
- Acuerdos de Transferencia de Tecnología.
- Acuerdos sobre especialización, sobre I más D.
- Acuerdos en el sector de vehículos de motor:

4.6.4. Líneas de interpretación del Tratado CE

Los arts. 81 y 82 TCE (101 Y 102 TFUE) incluyen una serie de nociones que han exigido una interpretación del TJCE, del TPI y de la Comisión Europea. De este modo, el Derecho de defensa de la competencia comunitario constituye un Derecho de casos, judicial, apoyado en importantes sentencias del TJCE que han ido abriendo "líneas de interpretación" del TCE que después la Comisión ha recogido en sus Reglamentos de autorización en bloque o por categorías de acuerdos.

Así, bajo la noción de "acuerdo" caben tanto los acuerdos horizontales, generalmente plurilaterales, como los acuerdos verticales, bilaterales (de distribución y de aprovisionamiento en exclusiva, de licencia de patente). Por ej. el acuerdo entre federaciones de productores de carne de vacuno franceses para suspender las importaciones y fijar precios mínimos (STJCE, Sala 3.ª, de 18 de diciembre de 2008); y otro similar para reducir la capacidad del sector de transformación de carne de vacuno en Irlanda (STJCE de 20 noviembre 2008). Y los Estatutos sociales de una Sociedad anónima o de una Cooperativa o Asociación han sido calificados bien como acuerdo a bien como decisión.

Las facturas pueden ser vehículo del acuerdo (STJ 11 enero 1990, Sandoz Prod. Farm.). Y las prácticas concertadas pueden probarse por cualquier medio (SSTJ. de 14 julio 1972, "Materias colorantes" 16 diciembre 1975 "Industria Europea del Azúcar"; 14 julio 1981, "Züchner c. Bayerische Vereinsbank"; 11 julio 1989, revestimientos asfálticos en Bélgica, y SS. 10 marzo 1992 y otras: "cartel del polipropileno"). Pero para que exista acuerdo tiene que haber una verdadera voluntad común, de modo que la Comisión aplique mal el Tratado al presumir que el distribuidor que se adhiere a un sistema de distribución legal se somete por anticipado a las instrucciones o directrices unilaterales del fabricante (SS.TPI. de 3 diciembre 2003, Volkswagen, que cita

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

numerosas sentencias anteriores sobre distribución selectiva: STJ 12-7-1979 BMVV Belgium. La S1JCE de 15 de septiembre 2005, Daimler Chrysler c. Comisión, anulando la decisión de esta, declara que el acuerdo debe existir entre dos partes o más, empresas autónomas en el sentido del Derecho de la competencia.

Por consiguiente, el distribuidor es considerado un "agente comercial" cuando no soporta más que los riesgos conectados con sus prestaciones de servicios: y es un distribuidor cuando adquiere la propiedad de las mercancías, por lo que es el vendedor frente al cliente, decide el precio del vehículo y soporta el riesgo del precio y decide sobre el aprovisionamiento y mantenimiento del stock de los vehículos y asume una cierta promoción de su establecimiento [ver Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos verticales de 13 octubre 2000 (2000/C 291/01)]. La terminología de los contratos a veces intenta disimular que se trata de agentes que representan al fabricante y ejecutan su estrategia de ventas, mediante el empleo de terminología impropia, como "franquicia" o "contrato de depósito comercial gratuito y de gestión de venta" (contrato estimatorio), o que "no es un contrato de agencia", o estableciendo que los precios que aplica el distribuidor son pactados por ambas partes).

La noción de empresa, como sujeto destinatario de las normas, ha sido interpretada con gran elasticidad, incluyendo al particular que concedió una licencia de patente, a la Cooperativa que agrupa a los fabricantes de quesos de Holanda, a las empresas de titularidad pública, a las Oficinas Públicas de Colocación: STJCE de 23 abril 1991, Höfner; a las entidades que compiten en el mercado de seguros: STSJCE de 16 noviembre 1995; a las asociaciones de empresarios, incluidos los Colegios Profesionales (STJCE de 18 junio 1998, Agentes de Aduanas de Italia). Aun en el caso de que sus decisiones sean autorizadas o amparadas por la legislación del Estado (SSTJCE de 30 enero 1985, BNIG/Glair, y Agentes de Aduanas de Italia). Pero en otros casos el TJ entiende que no hay violación del art. 81 TCE (art. 101 TFUE) porque la actividad es plenamente imputable a la actividad normativa del Estado: STJCE de 13 diciembre 1991, Inno-BM; 19 marzo 1993, Corbeau; 17 noviembre 1993: Gebiuluer Reiff, normas deontológicas de los Farmacéuticos: SSTJCE de 18 marzo 1989 y 15 diciembre 1993: Ruth Hiinermumd, y 12 febrero 2002: tarifas de honorarios de abogados en Italia).

Por el contrario, no son "empresas", por carecer de autonomía económica y jurídica:

- Las entidades integradas en la Administración pública (servicios funerarios: STJCE de 4 mayo 1988: Bodson; Mutuas francesas de la Seguridad Social: STJCE de 17 febrero 1993; Eurocontrol: SSTJCE de 19 enero 1994 y 26 de marzo de 2009, caso SEIEX Sistemi Integrati SpA c. Comisión); y las Cajas de Seguros de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a las que están obligadas a afiliarse las empresas alemanas de una determinada rama de actividad y territorio (STJCE, Sala 3.", de 5 de marzo de 2009).
- Las sociedades integradas en un grupo de sociedades (SS. del TJ. de 31 de octubre de 1974, casos Centrafarm/Sterling Drug y Centrajarm/Winthrop, y Resoluciones del TDC de 19 noviembre de 1990, Secc. 2.", caso Mazzoni Española, S.A., y de 8 febrero de 1991, caso RTVE, S.A.), por lo que se ha abandonado la tesis de que entre sociedades de un mismo grupo puedan darse acuerdos restrictivos: se ha podido hablar, así, de "privilegio del grupo" (RUIZ PERIS, C&M).

La práctica puede "tener el objeto o el efecto" (abstracción hecha de las intenciones) de "afectar al comercio comunitario", cualquiera que sea la naturaleza de la actividad económica y aunque se limite a un Estado miembro o incluso a una sola región (por ej., Hamburgo, en el caso "Pronuptia"). También lo afectan las prohibiciones de exportar a terceros países (STJCE de 28 abril 1998, Javico AG c. Yves Saint Laurent).

A) La represión del abuso de posición dominante.

El art. 102 TFUE (anterior art. 82 TCE) condena el abuso de la posición de dominio. Pero como no define ni la posición de dominio ni el abuso de la misma, la jurisprudencia del TJCE en aplicación de la norma es de gran interés. La posición de dominio ha sido definida como la que faculta a la empresa con dicha posición a obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, dándole la posibilidad de un comportamiento autónomo e independiente del mismo (SSTJCE de 21 febrero 1973, caso "Continental Can", fabricante de embalajes metálicos, y de 13 febrero 1979, caso Hofmann/La Roche, o de las vitaminas). En principio se interpreta que una participación de más del 40% en el mercado atribuye posición de dominio.

El abuso de la posición de dominio puede consistir en imposición de precios y otras condiciones no equitativas (que se da en casi todos los casos); limitación de la producción o comercialización (S. de 14 febrero 1978, caso United Brands o "Bananas Chiquita", obligando a madurar los plátanos en el almacén del mayorista para limitar el periodo de distribución posterior); denegación de contratar; venta a pérdida para eliminar a un competidor (prácticas predatorias); compra de un grupo de empresas, una de las cuales es ya titular de licencia exclusiva amparada por exención del Reglamento 2349/84 (S. 10 de julio 1990, caso "Tetra Pach Rausing S.A."), etc.

La importante STJ de 3 julio 1991, caso "Akzo Chemie" define cuando los precios son "abusivos" a la baja o "predatorios": venta a pérdida para eliminar a un competidor, Caso similar es la Decisión de la Comisión de 24 julio 1991 ("Tetra Pack"). La STJ de 2 marzo 1994 confirma el abuso de Hilti AG., por imponer la compra conjunta de grapas metálicas y pistolas-grapadoras. Es abuso de posición de dominio el ofrecimiento de incentivos a los distribuidores, por ejemplo (Decisión de la Comisión de 1999: multa a Airways de 6,8 millones de euros por ofrecer incentivos a las Agencias de Viajes que vendieran más billetes y expedientes abiertos a conductas similares de las embotelladoras concesionarias de Coca-Cola).

Recientemente cabe citar, entre otros muchos, como casos interesantes: La STJCE, Sala 7ª de 1 julio 2008, (WestlawEs, TJCE 2008/351), Compagnie Maritime Belge S.A. c. Comisión, declara abuso de posición de dominio colectivo el acuerdo de cooperación entre compañías marítimas pertenecientes a una Conferencia Marítima para eliminar a su principal competidor. La STJCE, Gran Sala, de 16 de septiembre de 2008 (TJCE 2006/213), caso Farmakendoriki AE Emporios y otros c. Comisión, declara abuso de posición de dominio la negativa de una empresa farmacéutica a atender pedidos normales de medicamentos a los comerciantes mayoristas en relación con las necesidades del mercado, con el argumento de impedir las importaciones paralelas.

La STJCE, Sala 4ª, de 11 de diciembre de 2008 (WestlawEs, TJCE 2008/307), caso Kanal Ltd. contra STIM, declara el abuso de posición de dominio de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que aplica un sistema de tarifas diferente según se trate de sociedades de TV privadas o públicas, La STJCE, Sala 1ª, de 2 de abril de 2009, WestlawES, TJCE 2009/75, caso France Telecom. S.A. c. Comisión,

por la práctica de precios predatorios en el mercado de servicios de acceso a internet de alta velocidad en Francia, en que se admite como motivación suficiente del recurso la de no probarse la posibilidad de recuperación de las pérdidas (siguiendo los casos ARZO/Comisión y Tetra Pack/Comisión, antes citados), como uno de los requisitos constitutivos de las prácticas predatorias exigidos en la jurisprudencia de los EEUU, según la cual solo se comprende esta conducta si tras eliminar al competidor o competidores con una política de precios ruinosos la empresa con posición de dominio será capaz de recuperarse de las pérdidas. (Ver Comunicación de la Comisión "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" de 24 febrero 2009 C-45/7).

En el caso "Continental Can" citado, y en la STJCE de 17 de noviembre de 1987 "Philip Morris" (ratificando la decisión de la Comisión que aprobó la adquisición de un paquete de acciones por "Philip Morris" a "Rembrandt Group" en "Rothmans International"), el T.J. Parte de la tesis de que el tratado (arts. 85 y 86 actuales arts. 81 y 82 TCE) permiten determinadas operaciones de concentración de empresas.

La STJUE de octubre de 2010, caso TOMRA, ha declarado que no cabe aplicar el criterio "de minimis"³¹ o "de menor importancia" al abuso de posición de dominio, ya que si no produce efectos significativos en el mercado no continuará tal abuso.

B) El control de las concentraciones de empresas

El Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L. 24, de 29 de enero de 2004), en vigor desde el 1 de mayo de 2004, refunde las sucesivas modificaciones que ha sufrido en los últimos tiempos el Reglamento del Consejo 4.064/89, de 21 diciembre 1989, que sometió a control de la Comisión las operaciones de concentración de empresas, de las que, resultase "una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes" (transmisión de activos, fusión, adquisición de control, creación de empresa o filial

³¹ En la Unión Europea, por ayuda de minimis⁶ se entiende aquella que es compatible con el Mercado único (al no reunir todos los criterios del artículo 87, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁷) y que, por consiguiente, está exenta de la obligación de notificar a la Comisión los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas estatales (establecida en el artículo 88, apartado 3, del Tratado). El Reglamento (CE) n° 1998/2006,^{9 10} establece que la ayuda total de minimis concedida a una empresa determinada no será superior a 200 000 EUR brutos durante cualquier período de tres ejercicios fiscales, salvo en el sector del transporte por carretera que no será superior a 100 000 EUR., indistintamente de si la ayuda concedida por el Estado miembro está financiada total o parcialmente mediante recursos de origen comunitario.

común, sometida al control de dos o más empresas). La regulación resultante presenta las siguientes características:

- A diferencia del sistema descentralizado para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE (81 y 82 TCE) que hemos visto antes, la Comisión Europea seguirá teniendo la competencia exclusiva en el control de aquellas operaciones de concentración que tengan dimensión comunitaria; de acuerdo con los umbrales que estableció el Reglamento 4064/1989, que no se han modificado. Sin embargo, se flexibilizan las normas para la remisión de asuntos de la Comisión Europea a los Estados miembros y a la inversa en la fase de notificación, antes de que empiecen a contar los plazos establecidos en el Reglamento.

A tal fin se crea una Red de autoridades públicas que mediante mecanismos de consulta e intercambio de información procurara que los asuntos sean tratados por la autoridad más pertinente. Las partes interesadas pueden solicitar a la comisión que examine una operación que sin alcanzar los umbrales establecidos en el Reglamento, sea susceptible de control por las autoridades de al menos tres estados, evitando así los costosos procedimientos de multinotificación en varias Jurisdicciones nacionales. También permite notificar la operación de forma previa, cuando las empresas demuestren de buena fe su intención de realizarla o de una Oferta Pública de Adquisición de Valores (OPA) cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentarla.

- Otra gran novedad del Reglamento 139/2004 es la determinación del criterio de evaluación de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que aplicará la Comisión. Se sustituye el principio según el cual serán declaradas incompatibles con el mercado común aquellas operaciones de concentración de dimensión comunitaria que "creasen o reforzasen una posición de dominio", por el principio de "obstaculización significativa de la competencia efectiva", en particular, cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante.

Por lo tanto, se clarifica la posibilidad de la Comisión de prohibir o condicionar aquellas operaciones que tengan por efecto la creación de estructuras de mercado en que se puedan producir fenómenos de colusión (incluida la colusión táctica). También se menciona expresamente, que podrán tenerse en cuenta en este análisis de fondo las eficiencias económicas que se deriven de

una operación de concentración que puedan compensar la creación de estructuras de mercados anticompetitivas.

- Se amplían los poderes de la Comisión Europea en materia de inspección; así, los agentes habilitados por la Comisión estarán facultados para acceder a cualquier local, terreno o medio de transporte de las empresas, verificar y precintar libros y documentación, así como solicitar explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto de la inspección a cualquier miembro del personal de la empresa. En caso de que una empresa se oponga a la labor inspectora de la Comisión, se prevé que el Estado miembro en cuyo territorio se deba efectuar la inspección, preste la asistencia necesaria, requiriendo si fuera preciso la intervención de las fuerzas de orden público.
- El Reglamento 139/2004 establece el límite de la cuantía de la multa que puede imponer la Comisión frente a determinadas actuaciones dirigidas a impedir su labor investigadora en el 1% del volumen de negocios total de la empresa o asociación de empresas afectada. Entre dichas actuaciones, que el Reglamento enumera, se incluye, como novedad, el supuesto de que se rompan los precintos colocados por los agentes u otros acompañantes habilitados por la Comisión,
- El Reglamento modifica el cómputo de plazas previstos, expresándolos en días laborales en lugar de semanas o meses. Por lo tanto, la Comisión deberá tomar una decisión acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de la operación notificada con el mercado común en el plazo de 25 días laborales. Este plazo podrá ampliarse a 35 días laborables cuando las empresas propongan compromisos a fin de intentar compatibilizar la concentración con el mercado común. Además, cuando la autorización de una operación vaya a ser condicionada al cumplimiento de una serie de compromisos (desinversión, licencias, etc.) por parte de las empresas afectadas, para la negociación de los mismos con la Comisión, las partes podrán solicitar la suspensión del cómputo de los plazos, lo que debería permitir que las soluciones alcanzadas sean más eficientes y ajustadas a los intereses en conflicto.

El Reglamento 2.367/1990 de 25 julio desarrolla el procedimiento (que es más perfecto y rápido -5 meses como máximo- que el del Reglamento nº 17, para los arts. 105 y 106 TFUE (antes arts. 85 y 86 TCEE). Faculta a la Comisión para intervenir "a priori", con el fin de autorizar, con el asesoramiento de un amplio Comité de expertos, las concentraciones de empresas de gran dimensión comunitaria. Para ello, las empresas presentan el detallado "formulario CO". La Comisión puede declararlas:

- "Compatibles" con el Tratado, declaración que cubre o ampara las llamadas "restricciones accesorias" entre las empresas partícipes, como pactos de no concurrencia, licencias de derechos de propiedad industrial o Compromisos de suministro o aprovisionamiento temporales; o bien la solicitud sirve para autorizarlas en base al art. 85.3 del Tratado
- "Incompatibles", si crean una posición de dominio que va a constituir en el futuro un obstáculo grave a la competencia.

Para ello la comisión procede a un análisis económico de los efectos previsibles de la concentración, teniendo en cuenta el "mercado relevante" (productos y servicios afectados, marco geográfico, etc.), de forma similar a la aplicación del art. 86 TCEE, Si bien sumando la cuota de mercado de todas las empresas participantes y, en su caso, de la filial común.

La autorización de la Comisión Europea es necesaria cuando las empresas implicadas tengan un volumen de negocios a nivel mundial de más de 5.000 millones de EUROS o, a nivel de la CE., al menos en dos empresas participantes, de más de 250 millones de EUROS). No se aplica el Reglamento, si cada una de las empresas participantes realiza más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en uno de los Estados miembros (concentración "no comunitaria"). Este era el caso de la OPA de Gas Natural sobre Endesa.

Especial interés tienen la STJCE, Sala 3:, de 6 de marzo de 2008, (WestlawEs, TJCE 200846), caso Comisión c. España, sobre la fijación de condiciones por la Comisión Nacional de la Energía para la adquisición por E.ON del control sobre Endesa, en violación del art. 21 del Reglamento 139/2004 (uno de los múltiples procedimientos originados por el macrocaso Endesa y la STJCE Gran Sala de 10 julio de 2008, TJCE 2008/255, caso Berthelsman AG y otros contra Comisión Europea y

otros sobre autorización a la concentración de empresas en el sector de la música grabada y de la música en línea (además de los casos citados en C&M). "

C) Las ayudas públicas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Estado moderno ha asumido una importante intervención en la economía y dentro de ella la prestación de ayudas a empresas o sectores en crisis, en protección del colectivo laboral y de la zona geográfica a regional o, por último de la economía nacional, en los intercambios mundiales (por ej., fomento de la exportación). El Tratado CE, además, "no prejuzga el régimen de propiedad de los Estados miembros", por lo que estos pueden nacionalizar sectores de su economía y decidir la dimensión de su sector público y de la participación pública en las empresas.

Pero los poderes públicos, aquí como en otros aspectos, están sometidos al Derecho de la competencia, definido en sentido amplio.

Por eso el art. 107.1 TUE establece que "salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Su apartado 2 declara compatibles con el mercado interior:

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

Su apartado 3 señala las que "**podrán ser consideradas compatibles**", a juicio

de la Comisión,

- las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo.
- las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro.
- las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas.
- las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio.

De acuerdo con el procedimiento que establece el art. 108 TFUE (y por encima de la Comisión, el Consejo, mediante su acuerdo unánime). Por ejemplo Reglamento CE nº 1860/2004 de la Comisión, de 6 octubre 2004 (DOUE de 28-10-04) sobre aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de "minimis" en los sectores agrario y pesquero.

En el concepto de ayuda pública el TJCE ha incluido no solo los subsidios a subvenciones, de capital y/o de explotación, sino toda clase de ventajas, por ejemplo, las fiscales: art. 95 TCE: STJ de 15 marzo 1994, condenando a España por los beneficios fiscales otorgados por la Ley 13/1971 a las Entidades Oficiales de Crédito y STJ de 12 octubre 2000, caso "Magefesa", condenando a España por la mera tolerancia ante el continuo impago de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social) y las financieras (reducción de intereses, cesión gratuita de locales) y, sobre todo, entre éstas, la participación en el capital en condiciones que no habría aceptado un socio o inversor privado, hecha abstracción de toda consideración social o política (SSTJ de 14 noviembre 1984, "Intermills", las dos de 10 julio 1986, "Bélgica", y 21 marzo 1990, "Tubemeuse", entre otras).

La Comisión Europea el 9 de julio de 1999 calificó como ayudas de Estado de dudosa compatibilidad con la UE el reconocimiento por el Estado español de la indemnización a las Empresas eléctricas de los "costes de transición de la competencia", por importe de 1'3 billones de pesetas, por lo que el Estado español debería solicitar su autorización caso por caso. La Comisión también ha decidido denunciar ante el TJCE la financiación extraordinaria del Estado español a los astilleros navales. Otro caso

reciente fue la ayuda del Estado francés a Alstom (agosto, 2003).

Especial importancia tuvo en España la reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de un 50% de los ingresos por I+D (patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, etc., con exclusión de los procedentes de la cesión de uso o explotación de marcas, obras de propiedad intelectual derechos de imagen, etc.), en el importante art. 23 del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, introducido por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma contable, en su disposición adicional octava) y cumpliendo los rigurosos requisitos que establece, a fin de que se respete su finalidad, sin atentar contra la libre competencia. La Comisión Europea comunicó al Gobierno holandés que no tenía objeciones para similares medidas de fomento de la innovación, por lo que ni siquiera se presentó petición formal de aprobación como ayudas públicas, entrando en vigor con efectos retroactivos al 1-1-2007 (lo que no prevé la norma española).

Más recientemente, las Decisiones de la Comisión de 28 de octubre de 2009 (DOUE L 7, de 11 enero 2011) y 12 enero 2011 (DOUE L 135, de 21 mayo 2011) declaran que la amortización fiscal del fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones de sociedades extranjeras superior al 5 % de su capital en 20 años a tramos iguales, prevista en el art. 12.5 del RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TR de la LIS) constituye una ayuda estatal, ilegal, porque no fue comunicada, es selectiva, constituye una ventaja económica y falsea la competencia y los intercambios entre los Estados miembros y obliga a recuperarla (art. 10.3 TFUE), aunque eximiendo a las empresas que se beneficiaron de la reducción fiscal antes del 21-12-2007, en atención al principio de confianza legítima (E. PICANYOL, RJC 2011-3, pp. 767 ss. y RJC 2012-1, p. 123).

En relación con las recientes reestructuraciones financieras, la más reciente es la Decisión de la Comisión de 30 mayo 2012 que autoriza la compra de los activos bancarios al Banco CAM por el Banco Sabadell, con tres medidas de apoyo del Fondo de Garantía de Depósitos y del FROB, transformándose el vendedor en una Fundación limitada a atender su Obra Social con la desaparición del mercado como empresa bancaria. Las ayudas eran: garantía de pérdidas procedentes de un paquete de préstamos de 24.600 M€ en la parte no cubierta por reservas; inyección de capital de 2.400 M€ hasta completar los 2.800 M€ ya recibidos del FROB; y una garantía

eventual de hasta 700 M€.

El incumplimiento de la normativa de prohibición de ayudas estatales es sancionado con la obligación del Estado de recuperar las ayudas ilegalmente abonadas (ver SSTJCE, Gran Sala, de 12 de febrero de 2008, WestlawES, TJCE 2008/15, Centre International du Livre Français (CELF) y otros c. Societe Internationale de diffusion et d'edition (SIDE); STJCE, Sala 2., de 13 noviembre de 2008, Comisión Europea c. Francia, por su política de ayudas para salvamento de empresas en crisis, WestlawEs, TJCE 2008/266).

4.7. CONDUCTAS PROHIBIDAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL TFUE (versión consolidada DOCE 30/03/2010).

4.7.1. Prohibiciones generales establecidas en el artículo 101 del TFUE.

Aspectos básicos de la prohibición general de este tipo de acuerdos contenida en el artículo 101.1 del TFUE, así como la posibilidad de exención contemplada en el apartado 3 del mencionado artículo.

A) La prohibición general del apartado 1 del artículo 101 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³².

El orden económico de la Unión Europea presenta como característica esencial el respeto al principio de libertad de competencia. Es evidente que el reconocimiento de los principios de economía de mercado inspira la integridad del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. La expansión económica y el equilibrio en los intercambios comerciales entre los Estados miembros no solamente conllevan la eliminación de todo tipo de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, sino que resulta imprescindible que estas queden garantizadas por una competencia leal.

Las disposiciones de competencia incorporan una prohibición general de concluir acuerdos restrictivos de la competencia (artículo 101.1 del TFUE), que implica la nulidad de tales acuerdos y decisiones (artículo 101.2 del TCE), si bien, atenuada por la posibilidad de conceder exenciones (artículo 101.3 del TCE). Se prohíbe el abuso de posiciones dominantes (artículo 102 del TFUE), se señala la obligación de que el legislador comunitario adopte Reglamentos o Directivas con la finalidad de aplicar los principios recogidos en los artículos 101 y 102.

³² Este Reglamento, adoptado por el Consejo el 16 de diciembre de 2002 para la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [Tratado CE]), sustituyó al Reglamento (CEE) nº 17/62, a partir del 1 de mayo de 2004.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Por último, varios Reglamentos del Consejo, o de la Comisión³³, han regulado el procedimiento para la aplicación de los artículos 101 y 102, así como la exención de la prohibición de los acuerdos restrictivos para algunas categorías de acuerdos³⁴.

El artículo 101 del Tratado, a diferencia del artículo 102, se dirige a las «empresas»: y a las «asociaciones de empresas» cuyas actividades -las propias o las de sus empresas asociadas- tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado común³⁵

El Tratado prohíbe los acuerdos (apartado 1, artículo 101 del TFUE) y los abusos de posición de dominio (artículo 102 del TFUE) que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. En consecuencia, se engloban en el ámbito del Derecho comunitario todos los acuerdos y prácticas abusivas que puedan poner en peligro la libertad de los intercambios intracomunitarios de forma que lleguen o puedan llegar a obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de un mercado único, en especial cuando conlleven la compartimentación de los mercados nacionales o la alteración de las estructuras de la competencia en la Unión Europea. En cambio, las prácticas cuyos efectos se limitan al territorio de un Estado miembro únicamente entran en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico nacional de que se trate.

Asimismo, el TFUE engloba, en principio, todos los sectores de la economía -«principio de universalidad»-. Por lo tanto, las normas de competencia se aplican también a las empresas independientemente de su actividad y de su sector económico, a menos que el propio Tratado prevea excepciones, como así venía sucediendo tradicionalmente en el sector agrícola y en el del transporte³⁶.

Del mismo modo, existen diversos sectores de actividades que disponen

³³ Reglamento de «habilitación es un acto legislativo por el que el Consejo autoriza a la Comisión a adoptar la legislación comunitaria derivada –en forma de Reglamentos o de Directivas-. Por su parte, los Reglamentos de «aplicación» son actos legislativos de la Comisión, basados en un Reglamento de habilitación del Consejo, que concretan las disposiciones del Derecho Comunitario. Ejemplos de esta legislación secundaria son los distintos Reglamentos de exención por categorías adoptados por la Comisión. Vid. *Glosario de Términos* ..., cit. en nota núm. 1, p. 44.

³⁴ Vid. DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 63 Y 64.

³⁵ (Vid. sentencia del TJCE Frubo/Comisión, asunto 71/74, Rec. 1975, pp. 563 a 583; sentencia del TJCE Van Landewijk y otros/Comisión, asuntos 209 a 215, y 218/78, Rec. 1980, pp. 3125 a 3250; sentencia del TJCE Jaz y otros /Comisión, asuntos 86 a 102, 105, 108 Y 110/82, Rec. 1983, pp. 3369 a 3410.

³⁶ Disposiciones contenidas en el capítulo XI, artículos 36 a 39, del Reglamento 1/2003, por las que se modifican diversos Reglamentos en el sector del transporte.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

de una normativa específica al respecto, caso de los seguros, de los vehículos a motor, así como de las telecomunicaciones y servicios postales.

Entre las diversas normas de competencia aplicables a las empresas, el artículo 101 del TFUE ofrece el ámbito de aplicación más extenso y, consecuentemente, es también el más importante en la práctica.

Este precepto trata de proteger pura y simplemente la libertad de competencia y, por consiguiente, también brinda su tutela a la libertad económica individual de los empresarios frente a las posibles restricciones que puedan interferir su poder de decisión empresarial. Su estructura es tripartita:

- El apartado 1º establece una prohibición general, declarándoles incompatibles con el mercado común, de todos aquellos acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o 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.
- El apartado 2º de dicho precepto determina que los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
- El apartado 3º prevé la posibilidad de eximir determinados acuerdos de la prohibición y, por ende, de la nulidad.

Con este sistema el TCE no solo pretende garantizar la «libertad de competencia» y la «unidad del mercado interior» sino que también permite a las instituciones de la Unión Europea llevar a cabo determinadas intervenciones positivas, aunque indirectas, para la realización de los fines objetivos del Tratado, en particular con la finalidad de promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en la Unión.

Es evidente que las prácticas restrictivas y la concentración de empresas son instrumentos idóneos para establecer un poder de mercado, colectivo o

individual, ambos con los mismos efectos restrictivos de la competencia³⁷. Por tal motivo, el Tratado exige que las empresas definan su política comercial e industrial de manera autónoma y que no la coordinen entre ellas. Estas colaboraciones interempresariales, que tienen por objeto o por efecto, limitar o impedir la competencia dentro del mercado común, suponen claras «restricciones de la competencia» que, generalmente, viene provocado por la restricción de la libertad económica de los participantes si bien, tales restricciones de la libertad de decisión empresarial no incluyen los compromisos que pueden derivarse de actos jurídicos «normales».

En resumen, la prohibición del artículo 101.1 del TFUE prohíbe todos aquellos acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas miméticas que supongan para las empresas una privación total o parcial, por un periodo de tiempo determinado, de su libertad de iniciativa y de realización de actividades económicas autónomas en su sentido más amplio (investigación, desarrollo, concesión de licencias, producción, distribución, servicios, incluidas las actividades necesarias de preparación y de ejecución y de actividades auxiliares como la planificación y la financiación de las inversiones, las compras, las ventas, la publicidad y los servicios postventa), elegir sus socios comerciales, concluir contratos y determinar el contenido de estos (objeto, cantidades, precios y condiciones).

El elemento constitutivo de un acuerdo, conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE, se presenta cuando la colaboración entre varias empresas tiene por objeto o por efecto impedir, limitar o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Se prohíben los acuerdos entre empresas, cualquiera que fuera su forma de conclusión³⁸ así como las decisiones de asociaciones de empresas³⁹ porque, debido a su carácter obligatorio, resultan gravemente nocivos para la competencia, razón por la que se les declara nulos de pleno derecho. Por su parte, dentro del concepto de prácticas concertadas, se comprenden aquellas otras formulas no vinculantes de coordinación de actividades empresariales.

³⁷ Vid. IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho* (Estudios de Derecho de la Competencia), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 75.

³⁸ Vid. CALVO/CARRASCOSA 2003, pp. 858 Y ss. con una extensa relación de los principales tipos de acuerdos entre empresas.

El concepto de prácticas concertadas: se refiere a una forma de coordinación entre empresas que viene a sustituir, conscientemente la competencia por una colaboración práctica, con los riesgos que de tal situación se derivan.

El principio de autonomía que debe imperar en las actividades empresariales no permite ningún tipo de contacto, directo o indirecto, entre empresas que tenga por objeto o por efecto generar condiciones de competencia que no se correspondan a las circunstancias normales del mercado.

La aplicación del apartado 1 del artículo 101 del TFUE supone que la acción de las empresas participantes en la entente, susceptible de afectar al comercio intracomunitario, «tiene por objeto o por efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Aquellos acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que no pretenden limitar la competencia pueden, sin embargo, estar incluidos en la prohibición si tal es su efecto. Dicho efecto no es necesario que se haya puesto de manifiesto de forma expresa, basta con que exista una probabilidad suficiente de que va a manifestarse en un futuro cercano.

B) Consecuencias de la infracción. El apartado 2 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El apartado 2 del artículo 101 declara taxativamente la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contrarias a la prohibición general establecida en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE. Mediante esta disposición, el propio Derecho comunitario establece las principales consecuencias jurídicas de orden civil que entraña la infracción de la prohibición. Desde el punto de vista del Derecho privado, las consecuencias jurídicas indirectas que acarrearán las actividades contrarias a la prohibición, caso de las acciones declarativas, de cesación y de resarcimiento de daños y perjuicios se rigen por los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Sin embargo, las autoridades de competencia de los Estados miembros están legitimadas para aplicar el artículo 101 del TFUE a asuntos

concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar diversas medidas como por ejemplo, orden de cesación de la infracción, adopción de medidas cautelares, la aceptación de compromisos, con independencia de la imposición de multas sancionadoras o coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional⁴⁰

La sanción de nulidad impide que los acuerdos o decisiones que sean incompatibles con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE produzcan los efectos jurídicos previstos por los participantes en las mismas; de este modo, dichos acuerdos o decisiones no vinculan a las partes intervinientes en ellos ni tampoco pueden hacerse valer frente a terceros. Consecuentemente, la nulidad establecida por el apartado 2 del artículo 81 equivale a una invalidez pura y simple, de carácter absoluto, puesto que todo el mundo puede acogerse a ella.

La nulidad es ilimitada en el tiempo: se aplica a todos los acuerdos y decisiones a los que afecta y a sus efectos pasados o futuros; por tanto no puede prescribir.

Por lo que respecta a su contenido, la nulidad de pleno derecho solo afectará a aquellos elementos de un acuerdo o de una decisión cuyo objeto o efecto consista en limitar la competencia al mercado único y, además, con la condición agregada de que el acuerdo, decisión o práctica concertada «en su conjunto» pueda afectar al comercio entre los Estados miembros; por tanto, no constituye condición “sine qua non” que la afectación del comercio entre Estados miembros deba ser cumplida por cada una de las cláusulas restrictivas de la competencia.

Del mismo modo que sucede con la prohibición general establecida en el apartado 1 del artículo 101, la disposición que establece la sanción civil de la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones surte efectos inmediatamente, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

Además, en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación del artículo 101 del TFUE, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 101 recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado

⁴⁰ Vid. artículo 5 (Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros) del Reglamento núm. 1/2003.

3 del artículo 101 del TFUE deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.

C) La posibilidad de exención del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El apartado 3 del artículo 101 establece que la prohibición contenida en su apartado 1 puede declararse inaplicable. La posibilidad de «exención» puede ser aplicable tanto a acuerdos, decisiones o prácticas concretas y específicas como a categorías completas de los mismos.

En caso de «exenciones individuales» ya no se requiere la necesidad de notificación ni, por tanto, la obtención de una decisión previa favorable por parte de la Comisión, luego de entrada en vigor el Reglamento núm. 1/2003⁴¹. Por su parte, las denominadas «exenciones por categorías» toman la forma de Reglamentos adoptados bien por el Consejo de acuerdo con lo previsto en el actual artículo 103 del Tratado o bien, lo que es más frecuente, por la Comisión en virtud de un Reglamento de habilitación o de delegación del Consejo⁴². Se trata, por tanto, de normas jurídicas directamente aplicables en todos los Estados miembros, de conformidad con lo establecido por el artículo 249 del Tratado.

En la actualidad, y al margen de las exenciones por categorías que ni antes ni ahora requerían de ningún tipo de notificación previa y, consecuentemente de decisión alguna favorable por parte de la Comisión, las exenciones individuales tampoco requieren de notificación alguna ni de decisión aprobatoria por parte de la Comisión⁴³. Además, cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada que pueda considerarse incluido en una cualquiera de las categorías exentas será automáticamente válido.

La exención no tiene como único efecto la eliminación de las consecuencias derivadas de la aplicación del apartado 1 del artículo 101 del Tratado, restableciendo

⁴¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Reglamento núm. 1/2003, «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 artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto».

⁴² Vid. nota núm. 14.

⁴³ Vid. artículo 1.2 del Reglamento núm. 1/2003.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

de este modo la libertad contractual de los participantes en el acuerdo. Supone, al mismo tiempo, un instrumento idóneo para poder ejercer «una cierta acción positiva, aunque indirecta, con miras a promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el seno de la Comunidad conforme a lo prevenido en el artículo 2 del Tratado».

Por tanto, ni antes ni después de la entrada en vigor del Reglamento núm. 1/2003, las autoridades nacionales de los Estados miembros pueden aplicar su ordenamiento interno sobre competencia para prohibir un comportamiento excepcionado.

Para poder acogerse a una exención de la prohibición, ya sea de forma individual o por categorías, es necesario cumplir simultáneamente no menos de cuatro condiciones de fondo dos de carácter positivo (contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico y reservar, al mismo tiempo, a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante) y dos de naturaleza negativa (que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos y no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate), establecidas por el propio apartado 3 del artículo 101.

En lo que respecta a la carga de la prueba referente a infracciones del artículo 101.1 del TFUE, el artículo 2 del Reglamento núm. 1/2003 dispone que «la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 101 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado». Así pues, las empresas no podrán limitarse a alegar la presencia de los elementos exigidos para la obtención de la exención sino que deberán exponer los elementos de hecho y de derecho que, a su entender, fundamenten encontrarse al amparo de la exención prevista en el apartado 3 del artículo 101.

En este orden de ideas, debe señalarse que en los Reglamentos de exención por categorías, la Comisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 253 del TCE, debe «justificar» la forma en que los acuerdos beneficiarios de la exención satisfacen las exigencias del apartado 3 del artículo 81 del Tratado; para ello, generalmente utilizara los considerandos que preceden a la parte normativa del Reglamento.

A este respecto, y en base a las experiencias de la práctica administrativa y de la jurisprudencia, la Comisión ha elaborado unas Directrices para una correcta aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁴⁴, sentando de esta forma las bases para las exenciones por categorías. La exención depende, sobre todo, de la medida en la cual el acuerdo o la categoría de acuerdos refuerzan o debilitan globalmente la competencia, así como de la cooperación a la realización de los objetivos y funciones generales de la Unión Europea⁴⁵. Desde este punto de vista, la exención de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia puede justificarse por razones de política social, regional, medioambientales, energéticas, de transporte o culturales.

⁴⁴ Vid. la Comunicación de la Comisión por la que se establecen las directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97 y ss.

⁴⁵ Se plantea así la cuestión acerca de si el Derecho europeo de la competencia permite la asimilación de la «rule of reason» propia del Derecho antitrust estadounidense. Aun cuando la doctrina clásica sostiene la imposibilidad de aplicación de esta regla en el Derecho europeo en base a que la estructura del artículo 81, con la posibilidad de exención establecida en su apartado 3, se opone a la posibilidad de considerar que una restricción de la competencia escape a la prohibición del apartado 1 por el mero hecho de producir efectos económicos favorables, lo cierto es que los últimos desarrollos normativos producidos parecen encubrir ciertos destellos de su incorporación al Derecho comunitario de la competencia, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado III.3.A) de este trabajo. Es más, los adversarios más caracterizados de su incorporación al Derecho europeo suelen matizar su postura admitiendo su aplicación en supuestos concretos.

4.8. LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO (BOE del 4 de julio), DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.8.1. Principios y contenido de la nueva Ley.

El Derecho de Defensa de la competencia en España había sido regulado por las Leyes de 21 de julio de 1963 y de 17 de julio de 1989, la cual tuvo modificaciones posteriores muy importantes, respondiendo a la política de desregulación, a la necesidad de respetar la competencia normativa en la materia de las Comunidades Autónomas (STC de 11 de noviembre de 1999 y, para su cumplimiento, Ley 1/2002, de 21 de febrero) y a la armonización con el Derecho comunitario de la competencia.

La importante nueva Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE del 4) de defensa de la competencia (LDC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2007, es fruto de un largo proceso de elaboración, y deroga la de 1989, aunque dispone que de inmediato seguirán en vigor el RD. 1443/2001, de 21 de diciembre, sobre el control de concentraciones, y varias normas del RD. 378/2003, de 28 de marzo, sobre exenciones por categoría, autorización singular y registro de defensa de la competencia, en lo que no se oponga a lo establecido en la nueva Ley, en tanto no se dicten otras normas. La LDC consta de 70 artículos, divididos en cinco Títulos, más varias disposiciones, 10 adicionales, 2 transitorias, la derogatoria y 3 finales, destacando entre estas la segunda, que habilita al Gobierno a desarrollar aspectos importantes de la Ley. Su título I regula el contenido sustantivo de la Ley (arts. 1 a 11); sus Títulos II y III el "esquema institucional" para su aplicación (arts. 12 a 35) y su Título IV los procedimientos administrativos (arts. 36 y 55.) en especial el sancionador (arts. 49 a 54) y el de control de las concentraciones (arts. 55 a 60), culminando con el Título V, sobre régimen sancionador (arts. 61 a 70).

El Real Decreto de 261/2008, de 22 de febrero (BOE del 27) aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). El RDC establece un formulario para las denuncias que se presenten al amparo de la LDC; detalla el contenido de las facultades de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y desarrolla los sistemas de colaboración con la Comisión Europea, con otras autoridades nacionales de la competencia y con las de Comunidades Autónomas, en materia de

poderes de investigación.

La disposición adicional cuarta de la Ley, de forma sistemáticamente discutible, establece las definiciones de dos conceptos fundamentales de la misma:

- En primer lugar, el concepto de "empresa", que históricamente ha sido el "sujeto destinatario" de este tipo de leyes, Dispone que "a efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación", Con ella recoge la doctrina y jurisprudencia que han ido aplicando con gran esfuerzo las normas de defensa de la competencia a los operadores económicos que actúan en el mercado con autonomía, cualquiera que sea la naturaleza de su actividad (actividades profesionales tituladas, empresariales civiles y empresariales mercantiles) y su forma jurídica (individual, persona jurídica y grupos de sociedades) y cualquiera que sea la forma de financiación (es decir, sea esta privada o pública).
- En segundo lugar, la misma disposición adicional cuarta define el concepto de "cartel", disponiendo que "a efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cartel todo acuerdo secreto (sic) entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones",

La Exposición de Motivos de la Ley expresa que se inspira en cinco principios:

- Garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones.
- Transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de su aplicación.
- Eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.
- Búsqueda de la coherencia de todo el sistema, en especial de una

adecuada imbricación (superposición) de los distintos planes institucionales que interactúan en esta materia.

Estos principios intentan remediar carencias acreditadas por la legislación anterior e inspiran soluciones muy novedosas y sugestivas, como las siguientes:

- Concentración en un solo órgano, la Comisión. Nacional de la Competencia (CNC), de la aplicación administrativa de la Ley, si bien distinguiendo dos fases, la instructora y la decisoria. Por su parte, el Consejo de Defensa de la Competencia ejercerá la supervisión sobre aquella y sobre los órganos de defensa de la competencia autonómicos, de acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia (disposición adicional decima, LDC).
- Incorporación del "procedimiento de clemencia" ("leniency"), que permite la reducción o supresión del pago de la multa al competidor que, formado parte de un cartel o acuerdo restrictivo de la competencia, denuncie su existencia (desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE del27), que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). La Resolución de la CNC de febrero de 2010 aplicó una sanción a varias empresas que celebraron un acuerdo restrictivo de la competencia consistente en mantener los precios reduciendo un 15% la cantidad de producto a varios fabricantes de geles y jabones, exonerando a Henkel por haber denunciado el acuerdo, lo que le supuso un ahorro de 4,2 millones de euros.
- No es necesario ni tampoco posible comunicar a la CNC los acuerdos restrictivos de la competencia, sino que las empresas tienen que evaluarlos por sí mismas, salvo las operaciones de concentración, para conseguir la autorización previa de estas.
- En relación con las concentraciones se ofrece la posibilidad de compromisos de desinversión, en la primera y en la segunda fase del procedimiento.
- La reclamación de indemnización de perjuicios causados por las conductas

contrarias a la libre competencia puede interponerse sin esperar a que exista una resolución administrativa o judicial firme en vía administrativa.

Con el fin de ejemplarizar sobre la importancia de esta acción, la Comisión Europea, después de multar en 2007 con 992 millones de euros a las empresas del cartel de ascensores (Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp), que durante casi 20 años se repartieron el mercado, ha presentado una demanda millonaria ante el Tribunal de Comercio de Bruselas, por los graves perjuicios sufridos en la instalación de aquellos en sus 66 edificios propiedad de la Comisión.

La Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 9 de febrero de 2009 establece los criterios y metodología para cuantificar las sanciones administrativas o multas por infracciones a la LDC, con el fin de favorecer la transparencia y seguridad jurídica, aunque seguramente también para incrementar las multas, siguiendo el ejemplo del mayor rigor de la UE. La Comunicación respeta los límites máximos de la LDC: 10% del volumen de negocios total del grupo infractor en infracciones muy graves, y 5% en las graves, y 60.000 euros en sanciones a personas físicas (generalmente, los administradores).

Pero con los nuevos criterios los expertos estiman que si en 2004 Correos fue multada con 8 millones de euros por abuso de posición de dominio por celebrar contratos de exclusiva y ofrecer descuentos ilegales a ciertos clientes, con la nueva Comunicación la multa podría haber ascendido a 175 millones; y si en 2007, del total de 24 millones de euros de multas impuestas a las cajas de ahorros vascas por participar en acuerdos de intercambio de información, a la BBK se le impuso una multa de 7 millones, probablemente con la nueva Comunicación podría haber sido de 134 millones.

Las multas impuestas por la CNC han ido aumentando de cuantía. La mayor ha sido de 120 millones de euros, impuesta a varias entidades aseguradoras (Asepa, Mapfre, Caser, Scor, Munich Re y Swiss Re). Desde julio de 2007 hasta el 1 marzo de 2010 se estiman en 316 millones de euros, de ellos 197 millones en 2009 (frente a un total de 212 millones de euros en la etapa del TDC, 1988-2007). Del total de multas impuestas (528 millones sumando las dos etapas), se han anulado menos del 8% por recursos admitidos por la AN y el TS. ("El País", 8-3-2010).

Otras innovaciones de la LDC respecto de la Ley anterior son más puntuales, como la elevación del umbral de cuota de mercado de las concentraciones del 25 al 30%; o la consideración como concentraciones de las "joint ventures" de plenas funciones", sustituyendo la distinción entre las "cooperativas" y las "concentrativas"; más un procedimiento simplificado para concentraciones sencillas; o que la decisión de autorización de la concentración ya no es facultad exclusiva del Gobierno, como en la Ley 1989, sino que corresponde a la Comisión Nacional de Competencia, pero el Gobierno podrá oponer el veto o adoptar una decisión con condiciones.

La aplicación de la Ley en el orden administrativo queda confiada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), denominación que abandona la tradicional y censurable de "Tribunal" y que añade la calificación de "nacional" para distinguirla de los órganos similares autonómicos. Se compone de seis miembros y su Presidente (no menos que el anterior TDC), pero la Ley de Economía Sostenible los ha reducido a cuatro.

La Ley en sus disposiciones adicionales 1ª, 2ª y 7ª. modifica sustancialmente el Derecho Jurisdiccional aplicable en materia de Defensa de la Competencia:

- La disposición adicional 1ª modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial, para añadir art. 86 ter 2, letra f), a fin de reconocer la competencia de los Juzgados de lo Mercantil sobre "cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley" (añadiéndolas a las que ya tenían para aplicar los arts. 81 y 82 TCE, y poniendo fin a lo que era una paradoja incomprensible).
- La disposición adicional 2ª modifica la LEC, en varios de sus artículos, para permitir la intervención en el proceso jurisdiccional, a pesar de no tener la condición de parte, de la Comisión Europea, de la CNC y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, bien sea a iniciativa propia o a instancia del órgano judicial en los procesos de defensa de la competencia y para coordinar el proceso civil con los procedimientos administrativos en la materia, pudiendo el juez suspender el procedimiento judicial cuando considere conveniente conocer el pronunciamiento administrativo. Las sentencias recaídas en procesos de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE o de los arts. 1 y 2 LDC se

comunicarán por el Secretario judicial a la CNC (art. 212.3 LEC), así como otros actos procesales (modificación de los arts. 249, 404, 434, 461 Y465 LEC).

- Por último, la disposición adicional 7ª modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, para regular el régimen de las decisiones que son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (en especial, autorización para entrar en domicilios y restantes lugares cuyo acceso exija el consentimiento de su titular) así como de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en especial los recursos contra las resoluciones de los órganos nacionales y autonómicos de la competencia.

La parte sustantiva de la Ley, que es la más relevante para esta Introducción regula las tres materias clásicas, ya reguladas en la LDC de 1989: conductas restrictivas de la competencia (conductas colusorias y abusos de posición de dominio), control de las concentraciones de empresas y ayudas públicas a las empresas.

Finalmente debe indicarse que el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE del 27), que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDG), introduce a partir del 28 de febrero de 2008 el llamado "programa de clemencia", la exención para conductas de menor importancia "de minimis", y otras modificaciones en materia de procedimiento, tanto para expedientes sancionadores como para el control de concentraciones, que fueron establecidos en la Ley 15/2007, de 2 de julio, de Defensa de la Competencia "LDC". Además, el Real Decreto también habilita al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para adoptar Comunicaciones que desarrollen los criterios de limitación de las conductas de menor importancia.

En virtud del procedimiento de clemencia, una empresa que participe en un cartel podrá quedar exenta de sanción si es la primera en denunciar la existencia del mismo y aporta elementos de prueba que, ajuicio de las autoridades, les permitan ordenar el desarrollo de una inspección o acreditar la infracción. Por otro lado, podrán aspirar a una reducción de la eventual sanción las empresas que faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que ya dispongan las autoridades. El RDC establece el procedimiento para las solicitudes de clemencia ante la Comisión Nacional de la

Competencia. También será posible presentar solicitudes a las autoridades de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.

4.9. ORGANOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.9.1. A nivel europeo.

Las principales instituciones encargadas de la aplicación y revisión de las normas sobre competencia en la Unión Europea son:

- La Comisión Europea.
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea(TJCE).

1) Comisión Europea

La Comisión Europea es el poder ejecutivo de la UE. Tiene además el iniciativa legislativa exclusiva en materia de competencia, es decir, es la única con la atribución para proponer una normativa en esta área (que posteriormente debe ser aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo).

Además, es la encargada de asegurarse de que las normas se cumplan y, en el caso de las normas de competencia, esto implica controlar que el comportamiento de las empresas no infrinja las leyes. En el caso de considerar que sí las infrinjan, es la única con potestad para llevar ante los tribunales a las empresas acusadas.

Cabe destacar también que en materia de fusiones es la encargada de admitirlas o prohibirlas (con la posibilidad de recurrir sobre dicha decisión ante los tribunales).

La Comisión, juntamente con las autoridades nacionales, aplica directamente la normativa europea de competencia, artículos 101-109 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), para garantizar que, al competir las empresas según sus méritos y en condiciones justas y equitativas, los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, las propias empresas y el conjunto de la economía europea.

En la Comisión esta facultad de aplicar directamente la normativa corresponde ante todo a la Dirección General (DG) de Competencia. Pero es un poder sujeto a estrictos límites: la DG de Competencia sólo puede intervenir si tiene pruebas de infracción a las normas, y sus decisiones pueden recurrirse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En eso reside la diferencia entre la DG de Competencia y la mayor parte de la Comisión: más que proponer legislación, lo que hace es actuar contra aquellas empresas o Estados miembros que a su juicio violan las normas.

2) La Dirección General de la Competencia dependiente de la Comisión Europea.

La DG de Competencia puede actuar contra distintos tipos de actividades anticompetitivas si afectan al comercio transfronterizo. Estas actividades son: acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante, control de operaciones de concentración, control de ayudas estatales y la supervisión de los mercados liberalizados.

3) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es una Institución de la Unión Europea (UE) a la que está encomendada la potestad jurisdiccional o poder judicial en la Unión. Su misión es interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales. Hasta la entrada en vigor, el 1.º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa su denominación era la de «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

En la Institución conviven dos órganos necesarios: el Tribunal de Justicia (TJ) y un Tribunal General (TG), creado en 1989. Coexisten también los llamados Tribunales especializados, que conocen en primera o única instancia de materias concretas. Por el momento el único efectivamente desplegado de estos órganos jurisdiccionales potestativos especializados ha sido un Tribunal de la Función Pública, creado en 2005.

4.9.2. A nivel nacional.

1) Comisión Nacional de la Competencia.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) es un organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma y, en particular, mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, así como la cooperación con los órganos judiciales competentes.

La Ley de Defensa de la Competencia atribuye a la CNC funciones tanto instructoras como resolutorias en todos los procedimientos en materia de defensa de la competencia.

La Ley también atribuye a la CNC funciones de arbitraje, competencias consultivas y labores de promoción de la competencia en los mercados.

4.9.3. A nivel Autonómico: El sistema de Defensa de la Competencia en Castilla y León.

A raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, se aprobó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, con el objetivo de fijar el marco para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y de las Comunidades Autónomas previstas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, hoy referida a la Ley 15/2007, de 3 de julio, previéndose, además, en la propia Ley 1/2002 la creación de órganos de defensa de la competencia en las Comunidades Autónomas que dispongan de competencias en esta materia.

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, atribuye en su artículo 70.1.20 competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en materia de "Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia", lo cual, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional,

comprende la materia de defensa de la competencia. Asimismo, en el artículo 76.15, la Comunidad Autónoma asume como competencias de ejecución, la de "Defensa de la competencia respecto de las actividades económicas que se desarrollen en el territorio de la Comunidad, pudiendo crearse con esa finalidad un órgano independiente", sin olvidar lo establecido en el artículo 70.1.21 "Promoción de la competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma".

En virtud de ello, se ha dictado el Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones en materia de defensa de la competencia de la Comunidad de Castilla y León.

El Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León tiene como fin velar por la defensa de la competencia frente a actos que la vulneren o la puedan vulnerar y que se produzcan en todo o en parte del territorio de la Comunidad Autónoma.

EMPRESAS.

4.10.1. Concepto y características fundamentales.

Los acuerdos horizontales implican un acuerdo entre empresas que operan en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución, ya se trate de competidores reales o potenciales⁴⁶, que cubre, por ejemplo, la investigación y el desarrollo, la producción, las compras o la comercialización.

Estos acuerdos horizontales pueden restringir la competencia en especial cuando implican la fijación de precios o el reparto de mercados, o cuando el poder de mercado resultante de la cooperación horizontal surte efectos negativos en el mercado en lo relativo a los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos. Por otra parte, la cooperación horizontal puede ser un medio para compartir riesgos, ahorrar costes, poner en común conocimientos técnicos y acelerar la innovación. Para las pequeñas y medianas empresas, en particular, la cooperación puede ser un medio importante para adaptarse a un mercado cambiante⁴⁷.

Estos acuerdos de cooperación o de colaboración entre empresas no constituyen, propiamente hablando, una categoría específica dentro del Derecho comunitario de la competencia. Sin embargo, presentan ciertas características que les distinguen de otras clases de acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 101 del TFUE. De un lado, las partes intervinientes en el acuerdo generalmente persiguen un fin común, lo que no sucede en el caso de los acuerdos de distribución o en el supuesto de los acuerdos de licencia de derecho de propiedad industrial. De otro lado, los acuerdos de colaboración se diferencian de otras

⁴⁶ Se entiende por competidores reales a aquellas empresas que actúan en el mismo mercado de referencia que la empresa objeto de la investigación o que está en condiciones de reorientar su producción hacia los productos de referencia y de comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a variaciones pequeñas pero permanentes de los precios relativos (sustituibilidad inmediata de la oferta). Por su parte, una empresa es considerada competidor potencial si demuestra que es posible y probable que, en respuesta a un incremento pequeño y permanente de los precios, realice las inversiones adicionales necesarias o incurra en otros costes de reorientación de su actividad para incorporarse al mercado de referencia. Vid. «Glosario de términos utilizados en el ámbito de la Unión Europea (Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones)», Dirección General de la Competencia, Bruselas, 2002, p.13.

⁴⁷ Vid. «Glosario de términos utilizados en el ámbito de la Unión Europea (Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones)», Dirección General de la Competencia, Bruselas, 2002, pp. 3 Y 4. Vid. también 1.1. apartados 2.y 3 de la comunicación de la Comisión sobre directrices para la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE C 3, de 6 de enero de 2001), p. 2.

prácticas colusorias en la medida en la que el objetivo que persiguen no es la limitación de la competencia, sino incrementar la eficiencia de las empresas participes por medio de la racionalización de sus actividades⁴⁸. Estamos, por tanto, en presencia de acuerdos de colaboración o cooperación que, desde una perspectiva general, se orientan a racionalizar el funcionamiento de las empresas que los suscriben en muy distintas aéreas, fundamentalmente en ámbitos tales como el de la investigación y desarrollo, la producción, el abastecimiento o la comercialización⁴⁹.

4.10.2. Valoración de su licitud.

La valoración de su licitud no depende de la dimensión de las empresas que participen en los mismos, sino de la finalidad que persiguen al celebrar el acuerdo, que debe orientarse fundamentalmente a aumentar su eficiencia económicas y no a limitar la competencia. En algunos casos, la naturaleza propia de un acuerdo de cooperación hace que el apartado 1 del artículo 101 del TCE sea aplicable inmediatamente: se trata de aquellos acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados a la clientela.

De conformidad con la normativa comunitaria, este tipo de acuerdos produce efectos negativos en los mercados. Por tanto, en tales situaciones, no es preciso proceder al examen de sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para dictaminar su inclusión directa en el ámbito propio del apartado 1 del artículo 101 del Tratado. Por el contrario, otros acuerdos de cooperación no tienen como objeto -ni producen el efecto- de restringir, impedir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado único,

En estos casos, será necesario analizar los efectos del acuerdo, no siendo suficiente con que el mismo limite las posibilidades de competencia entre las partes. Es necesario también que pueda afectar a la competencia en el mercado interior en una medida tal que sea de esperar que produzca efectos de mercado

⁴⁸ Vid. BELLAMY, C y CHILD, G, "*Derecho de competencia en el mercado común*" trad. Española, Barcelona, 1991 p. 1188. En relación a la pretendida eficiencia y al objetivo precompetitivo de estas prácticas exentas, vid. IMENGA, U "*Mercado y Derecho: Estudios de Derecho de la competencia*", pp. 83 y 55.

⁴⁹ Con relación a los principales tipos de acuerdos de cooperación horizontal, Vid., BELLAMY, C y CHILD, G, "*Derecho de competencia en el mercado común*" trad. Española, Barcelona 1991, pp. 207 Y ss.

negativos; no obstante, la capacidad del acuerdo en cuestión para provocar o no tales efectos negativos dependerá del contexto económico en el que opere, siendo necesario valorar tanto la naturaleza del acuerdo como el poder de mercado conjunto de las empresas participantes en el mismo, al margen de otros posibles factores estructurales que puedan coadyuvar al efecto negativo sobre el mercado⁵⁰.

En este orden de ideas puede constatarse la existencia de una tendencia favorable a la admisibilidad de los acuerdos horizontales de naturaleza cooperativa⁵¹. Como se ha señalado, «los efectos anticompetitivos se contrapesan con aspectos no competitivos, como algún tipo de interés público o con aspectos más sustanciales como las eficiencias, los progresos en investigación y desarrollo o la protección a las pequeñas y medianas empresas. Generalmente, el criterio de intervención es la preservación de una competencia sustancial (esta categoría de los «criterios de intervención» debe distinguirse claramente de la fórmula estadounidense de la “*rule of reason*”⁵², cuya aplicación requiere que los efectos pro competitivos de una determinada práctica compensen los anticompetitivos).

Como aval de estas afirmaciones, las Directrices para la aplicabilidad del artículo 101 del TCE a los acuerdos cooperación horizontal afirman su no aplicación a todos los acuerdos horizontales posibles «sólo contemplan las formas de cooperación que puedan incrementar la eficiencia, es decir los acuerdos de investigación y desarrollo, de producción, de compra, de comercialización, de estandarización o de protección del medio ambiente. Otros tipos de acuerdos horizontales entre competidores, en especial aquellos sobre intercambio de información o sobre participaciones minoritarias serán tratados separadamente»⁵³.

4.10.3. Cooperación y Concentración entre empresas.

⁵⁰ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*”, 1.2.

⁵¹ Vid. CREUS, «El nuevo enfoque económico en los acuerdos entre empresas aplicado a los casos de acuerdos horizontales», pp. 123 Y 124, en BENEYRO PEREZ/MAILLO-GONZALEZ ORUS, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia (Descentralización, análisis económico y cooperación internacional)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.

⁵² La regla de la razón es una doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su interpretación de la Ley Antimonopolio Sherman. La regla, establecido y aplicado en el caso de la Standard Oil Co. de Nueva Jersey contra los Estados Unidos, 221 EE.UU. 1 (1911), es que sólo las combinaciones y los contratos injustificadamente restrictivos del comercio están sujetas a acciones bajo las leyes antimonopolio. La posesión de poder de monopolio no es ilegal en sí mismo. La regla de la razón puede ser por tanto considerado como un complemento a la ilegalidad per se. En este último, la acción, sin tener en cuenta las circunstancias, es ilegal. En virtud de la regla de la razón, se deben considerar las circunstancias en que se cometió la acción.

⁵³ Vid. Comunicación de la Comisión sobre “*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*” 1.1.

Elemento distintivo de estos acuerdos es que las empresas participantes mantienen su independencia jurídica y económica, diferenciándose de este modo de las concentraciones que implican el sometimiento de las empresas participes a un control único. Por este motivo, resulta admisible que estos acuerdos horizontales puedan combinar distintas fases de cooperación, siempre y cuando no entren en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones⁵⁴.

Es innegable la utilidad de permitir a las empresas suscribir convenios de colaboración que, sin poner en juego su independencia económica y jurídica, les permita poder lograr objetivos similares a los alcanzados por medio de la concentración de empresas⁵⁵. Así pues, los acuerdos de cooperación, sin necesidad de modificar la estructura organizativa de las empresas participantes, se presentan como una válida alternativa a las operaciones de concentración. Por otra parte, en el sector de las pequeñas y medianas empresas, la conclusión de acuerdos de colaboración y cooperación evitara, en buena medida su posible absorción por parte de las grandes empresas.

En resumen, «con frecuencia los acuerdos de cooperación representan una etapa que conduce a una colaboración más profunda entre las empresas. Al dejar intactas la personalidad y la autonomía de los contratantes, no suscitan las mismas inhibiciones psicológicas que una fusión o que una absorción. Los beneficios y las dificultades de la colaboración pueden apreciarse en el transcurso de esta fase que constituye a menudo un «banco de ensayo» indispensable para la realización de una integración más avanzada. Por tanto, no existe necesariamente una antinomia entre cooperación y concentración; al contrario, la primera es frecuentemente una etapa que conduce a la segunda. En la medida en que la política de la Comunidad adopte una orientación favorable a las concentraciones, es razonable que se preocupe también de facilitar las cooperaciones».

La colaboración o cooperación interempresarial puede ser llevada a cabo a través de muy distintas modalidades. Tradicionalmente, suele tratarse de un

⁵⁴ Vid. Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOCE L 24, de 29 de enero de 2004, pp. 1 Y ss.).

⁵⁵ Vid. 1.2, Comunicación de la Comisión sobre "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado De Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal".

acuerdo o decisión de asociación de empresas⁵⁶ en el que las partes otorgan a su cooperación una estructura de carácter institucional ya que ello les autoriza a disponer de una base más sólida y estable. Puede consistir en la creación de una sociedad cooperativa⁵⁷ o, incluso de una Agrupación de interés económico⁵⁸ a las que se les encomienda la realización de un cierto tipo de actividades por cuenta de las empresas participantes en el acuerdo.

Siempre que la colaboración tenga vocación temporal limitada, las partes pueden optar por la constitución de una asociación temporal de empresas; por el contrario, si la naturaleza de la cooperación tiene un carácter duradero en el tiempo, las partes pueden decantarse por el establecimiento de una filial común a la que aportarán los medios necesarios para alcanzar las finalidades propuestas.

Es más, en ocasiones y atendiendo a las circunstancias del supuesto concreto, las partes pueden verse beneficiadas por la celebración de un acuerdo de subcontratación⁵⁹. Todo esto, sin descartar la posible celebración de «alianzas estratégicas» que suelen celebrarse frecuentemente entre competidores que pretenden competir con otras alianzas similares. Se trata de «acuerdos cooperativos de distinto alcance que consisten en la creación de varios vínculos, generalmente contractuales, pero que también pueden tener aspectos estructurales (...) han sido habituales en los mercados recientemente liberalizados en los que constituyen un medio para competir en mercados integrados a escala global⁶⁰.

En resumen, las alternativas que se presentan para la instrumentación de los acuerdos de cooperación entre empresas son muy variadas, si bien aquellas que recurren a la creación de estructuras institucionales duraderas pueden presentar problemas en orden a la valoración de su licitud en el mercado común.

⁵⁶ En teoría, nada impediría que se tratara de una práctica concertada, aunque la práctica no ofrece demasiados casos en que así sea.

⁵⁷ La nueva normativa vigente en materia de acuerdos horizontales ha derogado la Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 81 del Tratado (DGCE C 43, de 16 de febrero de 1993).

⁵⁸ Reglamento (CEE) núm. 2. 137/1985, del Consejo, de 25 de julio.

⁵⁹ A diferencia de lo sucedido con la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo, que ha sido objeto de derogación por la nueva normativa horizontal, la Comunicación referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (DGCE C núm. 1, de 3 de enero de 1979), se declare expresamente en vigor.

⁶⁰ Vid. Comisión de las Comunidades europeas, «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento CEE n(1111.4064/89, del Consejo, 11 de diciembre de 2001» (DGCE C 745, núm., 111).

La postura favorable de la Comisión en relación con los acuerdos de cooperación horizontal se ha puesto claramente de manifiesto tanto en la adopción de Reglamentos de exención por categorías, de comunicaciones de alcance general así como en la publicación de numerosas decisiones de exención individual. Obviando cualquier referencia a disposiciones que no se encuentran en vigor en materia de acuerdos de cooperación horizontal, lo cierto es que ya antes de la promulgación de las nuevas disposiciones en materia de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, el legislador comunitario, a finales del siglo XX, luego de emprender la reforma en materia de acuerdos restrictivos verticales⁶¹, presenta la nueva regulación aplicable a los acuerdos de cooperación horizontal⁶² que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los acuerdos verticales, no dispone una exención conjunta de todo tipo de acuerdos, sino que determina las concretas categorías (acuerdos de especialización y de investigación y desarrollo) afectadas por la exención.

Las nuevas disposiciones ciertamente amplían el ámbito de aplicación de los anteriores Reglamentos de exención de 1985 ya que no solo se aplican a los productos sino también a los servicios. La nueva normativa horizontal tampoco será de aplicación a aquellos sectores que disponen de normas específicas, caso de los seguros, los vehículos a motor, las telecomunicaciones y los servicios postales y el transporte. Esta reciente normativa en materia de acuerdos de cooperación horizontal entró en vigor el 1 de enero de 2000.

En base al modelo previsto en el «Libro Blanco»⁶³, el nuevo régimen legal aplicable a los acuerdos de colaboración se caracteriza, por la descentralización del

⁶¹ Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (*DO* L 336 de 29 de diciembre de 1999) y Comunicación de la Comisión por la que se establecen las directrices relativas a las restricciones verticales (*DOCE* C 291, de 13 de octubre de 2000).

⁶² Reglamento (CE) núm. 2658/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de especialización (*DOCE* L 304, de 5 de diciembre de 2000); Reglamento (CE) núm., 2659/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (*DOCE* L 304, de 5 de diciembre de 2000); Comunicación de la Comisión, por la que se establecen las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del TCE a los acuerdos de cooperación horizontal (*DOCE* C 3, de 6 de enero de 2001). Tal vez resulte interesante señalar que, en materia de ayudas de investigación y desarrollo para las pequeñas y medianas empresas, se ha publicado el Reglamento (CE) núm.70/2001, con vistas a ampliar su alcance a las ayudas de investigación y desarrollo (*DOCE* L 63, de 28 de febrero de 2004).

⁶³ Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE, Programa de la Comisión 99/027, de 28 de abril de 1999.

Derecho de la competencia, con un mecanismo de control a posteriori debido al sistema de «excepción legal» incorporado al nuevo Reglamento núm. 1/2003, pero que ya anunciaba el mencionado Libro Blanco.

La reserva a la Comisión de aquellos asuntos que pudieran considerarse de mayor trascendencia en el área del mercado único y, finalmente, por la aplicación de un claro enfoque económico como fundamento de la evaluación, introduciéndose para ello el denominado «test» de poder de mercado como instrumento principal para establecer la conformidad o no conformidad del acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 81 del Tratado.

Es decir, el punto de referencia central, como ya hemos indicado anteriormente⁶⁴, consiste ahora en centrar la aplicación de la prohibición general a aquellos casos en los que la colaboración prevista en el acuerdo o decisión produzca efectos negativos sobre el mercado interior, si bien, en vista de las nuevas disposiciones en materia de acuerdos de cooperación horizontal, deberán ser las propias empresas afectadas las que deban valorar por sí mismas la legalidad o no de las prácticas que pretendan llevar a cabo.

Aun cuando pueda afectar más directamente a los supuestos de exenciones individuales que a los casos de exención por categoría, conviene destacar el hecho, puesto de relieve por otros autores⁶⁵ de que la Comisión Europea parece haber adoptado un enfoque económico muy similar al propuesto recientemente por las autoridades de competencia norteamericanas, afirmándose que el llamado «test» de mercado incorpora al Derecho comunitario de la competencia la regla de razón “rule of reason” del Derecho estadounidense en virtud de la cual se permiten compensar los efectos anticompetitivos por otros procompetitivos.

De esta forma si estos últimos prevalecieran sobre los primeros se permitirían los acuerdos restrictivos de la competencia; ello se desprende de lo previsto en la Comunicación de la Comisión por la que se establecen las directrices aplicables a los acuerdos de cooperación horizontal en la que, tomando como eje la existencia o no de efectos positivos y negativos sobre la competencia, se distinguen entre:

⁶⁴ Vid. Comunicación de la Comisión sobre directrices para la aplicabilidad del artículo 81 a los acuerdos horizontales de cooperación... cit., 1.3, apartados 17.Q a 20.Q.

⁶⁵ Vid. ODRIOZOLA, M., *La nueva normativa horizontal en perspectiva*, en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZALEZ. ORUS, J *El nuevo Derecho comunitario de la competencia*, cit., pp. 143 Y 55.; vid. también PINTOSACER, J *La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque*, en inDret 3/2001, Barcelona.

- «acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101».
- «acuerdos que casi siempre entran en el ámbito de aplicación del artículo 101» y, por último.
- «acuerdos que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 101»⁶⁶.

2ª PARTE

⁶⁶ Vid. los apartados 23 a 26 de la Comunicación de la Comisión sobre directrices para la aplicabilidad del artículo 81 a los acuerdos horizontales de cooperación.

5. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA.

5.1. Transportes y Cohesión.

El sector de los transportes ocupa un lugar verdaderamente destacado en el ámbito de la Unión Europea (UE). No en vano, sus efectos se dejan sentir tanto desde el punto de vista macroeconómico como desde la perspectiva microeconómico⁶⁷.

El transporte, en sí mismo considerado, constituye una rama autónoma de actividad económica dentro de la UE, además de jugar un papel decisivo en el proceso productivo de otros sectores de carácter económico. Como sector independiente los transportes representan el 7 por 100 del Producto Nacional Bruto de la Unión Europea, el 7 por 100 del número de puestos de trabajo, el 40 por 100 de la inversión efectuada por los Estados miembros y el 30 por 100 del consumo energético comunitario⁶⁸. A estos datos, ya de por sí suficientemente representativos de la importancia de la industria del transporte en la UE, ha de añadirse el hecho de desempeñar, entre otras, una función básica de cohesión, principalmente económica y social, cuyos efectos van a repercutir en diferentes esferas de la vida comunitaria, lo que constituye sin duda un valor añadido al que tradicionalmente se viene atribuyendo a este sector.

En efecto, el sector de los transportes juega un papel trascendental en el objetivo comunitario de lograr una amplia cohesión en todos los ámbitos de la Unión Europea. En este sentido constituye uno de los instrumentos fundamentales en el fortalecimiento y consecución de este objetivo de la Unión. No se debe olvidar que un desarrollo adecuado de la Política Común de Transportes (en adelante, PCT) permite la reducción de las diferencias territoriales dentro del espacio comunitario europeo, al contribuir a la mejora en el acceso a las regiones insulares y periféricas, al tiempo que contribuye

⁶⁷ Vid. CALVO/CARRASCOSA, *“Mercado único y libre competencia en la Unión Europea”*, Madrid 2003, p. 379, quienes ponen de relieve el papel que juega el transporte en el desarrollo económico de un país y la posibilidad de ofertar la actividad económica a la que da lugar el transportes a través del Estado o de empresas privadas.

⁶⁸ Datos actualizados a mayo de 2003. Vid. <http://Europa.eu.int/scadplus/printversion/es/trab/124040.htm>

positivamente a la creación de empleo, ya que con ella se fomentan las infraestructuras de transporte y se favorece la movilidad de los trabajadores⁶⁹.

Esta función de cohesión del sector de los transportes, presente desde el principio en la mente del legislador comunitario como uno de los objetivos principales dentro del marco de desarrollo de la Política Común de Transportes, se ha visto acentuada sobre todo a partir de la creación del Mercado Único establecido en el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht de 1992.

Ha sido especialmente a partir de esta fecha cuando los diferentes documentos elaborados en este sentido permiten apreciar con mayor nitidez como la política europea en materia de transportes se encuentra influida en todo momento para esa labor de cohesión económica y social que dicho sector ha de desempeñar.

Sin lugar a dudas el Libro Blanco sobre los transportes sobre el curso futuro de la Política Común de Transportes, de 2 de diciembre de 1992⁷⁰ marca un punto de referencia tanto en el desarrollo de la política comunitaria en este sector como en los principales objetivos a impulsar. Obviamente uno de estos objetivos, que habrá de tenerse muy en cuenta en todo momento en la aplicación de la propia PCT, es precisamente el refuerzo de la cohesión económica y social que cumplen los transportes, en particular en el marco de la reducción de las disparidades entre las regiones y el atraso de las menos favorecidas.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *“Política Común de Transportes. Movilidad sostenible: perspectivas”*, de 1 de diciembre de 1998⁷¹ vuelve a hacer hincapié en la función de cohesión de los transportes, al reflejar claramente, como uno de los cinco objetivos clave para la mejora de la eficiencia y la competitividad de los sistemas europeos de transporte, la promoción de la cohesión social y económica lograda a través de los mismos.

La Comunicación vincula las políticas estructurales con la Política Común de Transportes, las cuales vienen a complementarse y a fomentar un desarrollo más equilibrado y sostenible del territorio de la Unión, en particular al mejorar las

⁶⁹ En este sentido vid. LORA-TAMAYO VALLBE, M., «Política de transportes (capítulo VI)», en LINDE PANIAGUA (coord.), *“Políticas Comunitarias”*, Madrid, 2001, P: 222, «... el transporte en la actualidad cabe conceptuarlo como (...) un sector necesario para dotar de cohesión al espacio de integración europeo y sobre todo como una pieza clave para evitar que las regiones periféricas queden marginadas de la red de intercambios continentales».

posibilidades de acceso y la situación de las regiones más débiles y los colectivos sociales más desfavorecidos.

Igualmente la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “*Cohesión y transporte*”, de 14 de enero de 1999, y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha Comunicación de 7 de julio de 1999 señalan el papel fundamental del transporte en la mejora de la situación de las regiones periféricas o más débiles y en la de los grupos sociales desfavorecidos. La Comisión es consciente de los desequilibrios geográficos existentes dentro de la UE, dada la fuerte concentración de la población y actividad económicas en algunas zonas y un proceso de despoblación en otras, y la conexión a largo plazo entre el transporte y el nivel de desarrollo económico.

Al mismo tiempo insiste, en la importante vinculación entre empleo y transportes, ya que en todo caso las inversiones en infraestructuras en este sector contribuyen a crear puestos de trabajo, tanto a largo como a corto plazo.

En idéntico sentido entiende que la existencia de unos sistemas de transporte eficaces es fundamental para que el funcionamiento del mercado de trabajo pueda garantizar el acceso de los trabajadores al empleo.

Por su parte, el Libro Blanco sobre “*la política europea de transporte de cara al 2010: la hora de la verdad*”, de 12 de septiembre de 2001, Y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el mismo, de 18 de julio de 2002, vuelven a poner de manifiesto entre las funciones del transporte la de la cohesión, subrayando que como actividad el transporte contribuye al crecimiento económico y social del país y permite un funcionamiento eficaz y eficiente del mercado. Asimismo las infraestructuras a las que da lugar contribuyen a la convergencia real y al pleno empleo, incrementando la productividad del sector privado, la competencia del sector servicios y la movilidad de las personas.

5.2. La política común de transportes.

La política comunitaria en materia de transportes viene marcada en todo momento por las importantes peculiaridades de este sector. Junto a la función de cohesión que han de cumplir los transportes, la acción común sobre los mismos está sujeta en muchos casos a la extensión, diversidad y complejidad de los distintos aspectos y ámbitos de los que se ocupa y a los que afecta. Esta situación, además, se ve agudizada en mayor medida por la ya mencionada consideración de

los transportes como rama autónoma de actividad económica y por su incidencia en otras parcelas del proceso productivo, lo que dota a este sector de ciertas especialidades que van a dejarse sentir en marcos especialmente sensibles dentro de la UE.

Este conjunto de circunstancias marcan indudablemente el desarrollo y la aplicación de la PCT a través de los distintos Tratados de la UE y de los diferentes instrumentos en los que se han pretendido plasmar los principales objetivos de aquella.

5.2.1. La Política Comunitaria de Transportes en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada DOCE 30/03/2010)

La acción comunitaria en materia de transportes tiene su inicio en las disposiciones correspondientes del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que posteriormente fueron adaptadas por la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicada en el año 2010 y que regula los transportes en el Título VI.

- Los objetivos de los Tratados se perseguirán, en la materia regulada por el presente título, en el marco de una política común de transportes. (Artículo 90)
- Para la aplicación del artículo 90, y teniendo en cuenta las peculiaridades del sector de los transportes, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, establecerán:
 - Normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros.

- Condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro.
 - Medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes.
 - Cualesquiera otras disposiciones oportunas.
- Cuando se adopten las medidas contempladas en el apartado 1, se tendrán en cuenta los casos en que su aplicación pueda afectar gravemente al nivel de vida y al empleo de ciertas regiones, así como a la explotación del material de transporte.(Art.91)
 - Hasta la adopción de las disposiciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 91, ningún Estado miembro podrá, salvo que el Consejo adopte por unanimidad una medida por la que se conceda una excepción, hacer que las diferentes disposiciones que estuvieran regulando esta materia el 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, en la fecha de su adhesión, produzcan efectos que, directa o indirectamente, desfavorezcan a los transportistas de los demás Estados miembros con respecto a los transportistas nacionales. (Art. 92).
 - Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.(Art. 93)
 - Toda medida en materia de precios y condiciones de transporte, adoptada en el marco de los Tratados, deberá tener en cuenta la situación económica de los transportistas.(Art. 94).
 - Quedan prohibidas, respecto del tráfico dentro de la Unión, las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, para las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de

precios y condiciones de transporte diferentes en razón del país de origen o de destino de los productos transportados.

El apartado 1 no excluye que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan adoptar otras medidas en aplicación del apartado 1 del artículo 91.

El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, establecerá una regulación que garantice la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1.

En particular, podrá adoptar las disposiciones necesarias para permitir a las instituciones de la Unión controlar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y asegurar a los usuarios el pleno beneficio de tal disposición.

La Comisión, por propia iniciativa o a instancia de un Estado miembro, examinará los casos de discriminación a que se hace referencia en el apartado 1 y, previa consulta a cualquier Estado miembro interesado, tomará las decisiones que considere necesarias en el ámbito de la regulación establecida de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3. (Art. 95).

- Quedará prohibida la imposición por un Estado miembro, al transporte dentro de la Unión, de precios y condiciones que impliquen en cualquier forma una ayuda o protección a una o más empresas o industrias determinadas, a menos que tal imposición haya sido autorizada por la Comisión.

La Comisión, por propia iniciativa o a instancia de un Estado miembro, examinará los precios y condiciones mencionados en el apartado 1, teniendo especialmente en cuenta, por una parte, las exigencias de una política económica regional adecuada, las necesidades de las regiones subdesarrolladas y los problemas de las regiones gravemente afectadas por circunstancias políticas y, por

otra, la incidencia de tales precios y condiciones en la competencia entre los distintos tipos de transporte.

La Comisión, previa consulta a todos los Estados miembros interesados, tomará las decisiones necesarias. La prohibición a que se alude en el apartado 1 no afectará a las tarifas de competencia. (Art. 96)

- Los derechos o cánones que, independientemente de los precios de transporte, exija un transportista por cruzar las fronteras no deberán sobrepasar un nivel razonable, teniendo en cuenta los gastos reales a que efectivamente dé lugar el paso por esas fronteras. Los Estados miembros procurarán reducir progresivamente dichos gastos.

La Comisión podrá dirigir a los Estados miembros recomendaciones relativas a la aplicación del presente artículo. (Art. 97).

- Las disposiciones del presente título no obstarán a las medidas adoptadas en la República Federal de Alemania, siempre que fueren necesarias para compensar las desventajas económicas que la división de Alemania ocasiona a la economía de determinadas regiones de la República Federal, afectadas por esta división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue el presente artículo. (Art. 98).
- Se crea un Comité Consultivo adjunto a la Comisión, compuesto por expertos designados por los Gobiernos de los Estados miembros. La Comisión consultará a este Comité en materia de transportes, siempre que lo estime conveniente. (Art.99)
- Las disposiciones del presente título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para

la navegación marítima y aérea. Se pronunciarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. (Art. 100)

A pesar del esfuerzo del legislador comunitario la normativa sobre transportes prevista por el Tratado se encontró con importantes obstáculos difíciles de sortear en ese primer momento de vida, no solo de la PCT, sino de la propia Comunidad Europea.

De un lado, el carácter sectorial de la propia regulación, limitada únicamente al transporte por ferrocarril, carretera o vías navegables. El establecimiento de mecanismos respecto de los otros dos sistemas de transporte, aéreo y marítimo, quedaba al arbitrio del Consejo, el cual, por la mayoría cualificada podía decidir, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podían adoptarse disposiciones apropiadas en aquellos otros ámbitos.

De otro lado, cabe destacar que los propios problemas existentes en el sector de los transportes supusieron importantes trabas para la consecución de los objetivos previstos en el Tratado. Y es que las especialidades propias del sector, inelasticidad del mercado, las fuertes fluctuaciones a que está sometida la demanda de transportes, el hecho de que su capacidad deba adaptarse a las diferentes puntas estacionales, y sobre todo, la intervención de los poderes públicos en el mercado; junto a los intereses dispares de cada uno de los Estados miembros, impidieron una actuación adecuada de los órganos comunitarios encargados de desarrollar la PCT⁷⁰.

5.2.2. Acta Única Europea.

El Acta Única Europea de 1986, incorporada al Tratado CE un año más tarde, tenía como objetivo básico el establecimiento del Mercado Único Europeo para el año 1992. Esta finalidad de instauración de un solo mercado para todos los Estados miembros obviamente afectaba al mercado de los transportes, pues

⁷⁰ Buena muestra de este conflicto de intereses puede apreciarse en el hecho de que los países de la Comunidad desarrollaron los distintos medios de transporte con arreglo a sus necesidades. Así, mientras Francia, Alemania e Italia primaron el transporte de mercancías por ferrocarril debido a las largas distancias y a las fuertes inversiones realizadas: Bélgica, Holanda y Luxemburgo potenciaron sobre todo el transporte por carretera y la navegación de interior, en base a las posibilidades que ofrecía su territorio para la utilización de estos tipos de transporte. Con carácter general vid. MAMBRILLA RIVERA, V *La Política Europea de Transportes* op. p. 145.

implicaba ante todo la adopción de un conjunto de medidas de armonización de las diferentes legislaciones estatales y la necesaria liberalización de un sector muy intervenido por los poderes públicos: cuestiones estas que entrañaban una especial dificultad habida cuenta de la situación en que se encontraban los transportes.

5.2.3. Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht.

El Tratado de la Unión Europea (1992) introdujo nuevos criterios valorativos que complementaban, e incluso superaban, en términos generales la inicial PCT. Junto a los efectos que como sector autónomo implican los transportes y la función básica de cohesión que desarrollan, el Tratado de Maastricht establecía como «nuevos objetivos» a desplegar la consecución de un desarrollo sostenible vinculado estrechamente con el respeto al medioambiente, pretensión esta que se acentúa con la entrada de nuevos miembros en fechas futuras⁷¹.

A ello se viene a sumar también y la «exigencia» de una mejora en la calidad y competitividad de los transportes, en la eficacia de sus infraestructuras, en la seguridad de los mismos, en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en el desarrollo de la investigación dentro del sector, así como en la búsqueda de soluciones para otros problemas concretos, como es el de la eliminación de los puntos de congestión, que constituye a su vez una amenaza grave de pérdida de competitividad para la economía europea⁷².

El Tratado de Maastricht destaca asimismo por el establecimiento de los elementos básicos de las denominadas Redes Transeuropeas (RTE), cuyo reconocimiento se encuentra recogido en el artículo 3.1.0) del TCE –“fomento de la creación y del desarrollo de redes Transeuropeas-. Este nuevo instrumento aplicable en el sector de las infraestructuras de los transportes, telecomunicaciones y

⁷¹ El objetivo de un desarrollo sostenible en el marco de la Unión Europea y de un respeto al medioambiente descansa fundamentalmente en un reequilibrio de los distintos medios de transporte. En este sentido el Consejo Europeo de Cardiff, celebrado en junio de 1992, inició este importantísimo proceso, centrado especialmente en la integración de las consideraciones ambientales en las políticas comunitarias. Posteriormente fruto de esta reunión el Consejo de Ministros de Transportes especificó, en octubre de 1999, los cinco sectores en los que debían adoptarse medidas: aumento de las emisiones de CO₂ del transporte, emisiones contaminantes y efectos en la salud, crecimiento previsto en los transportes, especialmente con motivo de las futuras ampliaciones. el reparto modal y su evolución, y finalmente el ruido en los transportes.

⁷² Con carácter general vid. *Libra Blanco sobre los transportes sobre el curso futuro de la Política Común de Transportes*, de 2 de diciembre de 1992 [COM (1992) 494 final] y *Resolución sobre el Libro Blanco*, de 27 de mayo de 1993 (C 176/164); *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Política común de transportes. Movilidad sostenible: perspectivas*, de 1 de diciembre de 1998 [COM (1998) 716 final]; *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*

energía pretende conseguir, dentro del objetivo más general de implantación del mercado interior y cohesión social, que el conjunto de «operadores económicos y entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores», para tal fin la Comunidad habrá de contribuir al establecimiento y desarrollo de Redes Transeuropeas dentro del marco de los tres sectores anteriormente indicados (vid. conjuntamente los artículos 14, 154 Y 158 del TCE)⁷³.

5.2.4. Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Ámsterdam (1997) presenta escasas novedades en materia de Política Comunitaria de Transportes, manteniendo las líneas básicas de actuación en este sector junto con el desarrollo de los aspectos fundamentales de las Redes Transeuropeas de Transporte. La acción del Tratado, dentro de este ámbito, queda circunscrita a la materialización de un conjunto de declaraciones sobre determinados aspectos de la Política de la Unión Europea, entre las que cabría destacar especialmente tres de ellas, pues de un modo u otro inciden en la PCT.

- De una parte, la «Declaración sobre las evaluaciones del impacto medioambiental», aspecto este muy vinculado con el tema del desarrollo sostenible, en el que a su vez juega un papel decisivo los transportes.
- De otra, la «Declaración sobre las regiones insulares», en la que se efectúa un reconocimiento expreso de las desventajas estructurales que implica en sí mismo la insularidad, lo que puede afectar gravemente a su desarrollo económico y social. Por este motivo la propia Declaración permite la adopción de medidas específicas a favor de dichas regiones, con el fin de integrarlas mejor en el mercado interior y en condiciones más equitativas.

⁷³ La política de Redes Transeuropeas es definida, con carácter general, como la acción comunitaria que tiene por finalidad favorecer la interconexión de las redes nacionales y los enlaces entre regiones insulares y periféricas con las regiones centrales, y todo ello sobre la base de la seguridad, la eficiencia y un medioambiente adecuado con el objetivo final de la realización efectiva del mercado interior y la cohesión económica y social. Vid. LORA-TAMAYO VALLBE, M., «Redes Transeuropeas (capítulo XVI) en LINDE PANIAGUA, E. *Políticas Comunitarias*, Madrid, 2001, pp. 503 Y ss.; Y GARCIA DE COCA, J.A., «Redes Transeuropeas», en CALONGE VELAZQUEZ, A (coord.), *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Valladolid, 2001, pp. 447 Y ss.

- Y la «Declaración sobre los países y territorios de ultramar», en la que se reconoce un derecho de asociación de los mismos y se establece al mismo tiempo un conjunto de objetivos de entre los que cabe destacar: el fomento de su desarrollo económico y social; el desarrollo de sus relaciones económicas y la observancia de sus diversidades y especificidades.

Desde un punto de vista formal el Tratado de Ámsterdam destaca también en materia de PCT por los cambios producidos en la numeración de los preceptos reguladores de la misma (actuales artículos 90-100 del TFUE).

5.2.5. Tratado de la Constitución Europea.

El Tratado de la Constitución Europea, aprobado en la Conferencia de 6 de agosto de 2004 de representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reitera básicamente todos los objetivos, criterios y mecanismos de la PCT recogidos en los anteriores instrumentos.

Con carácter general la Constitución Europea incide en el desarrollo sostenible de Europa, así como en un crecimiento económico equilibrado, valores estos cuyo desarrollo va a depender en gran medida de la acción común en materia de transportes. En este mismo orden de ideas la Carta Magna europea realiza una necesaria mención a la economía social de mercado, altamente competitiva y tendente al pleno empleo y al progreso social, y a una mayor protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Sin olvidar en ningún caso la referencia expresa al hecho de que la Unión habrá de fomentar la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros (artículo 1-3.3).

Más específicamente, dentro de las «Políticas y acciones internas», la Constitución se ocupa expresamente del tema de la cohesión social y económica, en la que juega un papel fundamental el sector de los transportes⁷⁴, Así como de la evolución de la acción común sobre el medio ambiente, en el que la

⁷⁴ Artículo III-220: "... En particular, la Unión intentará reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas".

incidencia de aquel sector resulta igualmente vital⁷⁵, y de las Redes Transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de los transportes, las telecomunicaciones y la energía⁷⁶.

De manera concreta el Tratado de Constitución Europea aborda la Política Comunitaria de Transportes en los artículos III-236 a III-245, estableciendo medidas similares al conjunto de las recogidas en los diferentes instrumentos legislativos que la preceden adaptadas, eso sí, a las nuevas modificaciones actuales, sobre todo las derivadas de la incorporación de los nuevos Estados miembros (normas aplicables a los transportes intracomunitarios, condiciones para la prestación de servicios de transporte por parte de transportistas no residentes, supresión de discriminaciones por razón del país de origen o de destino de los productos transportados, prohibición de ayudas salvo las expresamente autorizadas por la Comisión, medidas de mejoramiento de la seguridad en los transportes).

5.3. Transporte y Competencia

Las relaciones entre el sector de los transportes y la competencia han resultado muy complejas desde el inicio. Los principios y objetivos básicos que informan las normas antimonopolio chocan, en no pocas ocasiones, con las directrices fundamentales del ámbito de los transportes, habida cuenta de las especialidades a que está sometido este sector.

Uno de los mayores problemas a los que se ha enfrentado la relación entre transportes y competencia deriva del fuerte intervencionismo al que ha estado sometido en todo momento aquel sector por parte de los poderes públicos. Cabe recordar en este sentido que el Estado ha tenido, y tiene en algunos aspectos, la posibilidad de limitar las capacidades en el transporte y el acceso al mercado, establecer las condiciones de ejercicio de la profesión de transportista y la determinación de precios políticos, o someter a determinados transportes a las

⁷⁵ La política medioambiental vendrá determinada, entre otros elementos, por el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones, las condiciones medioambientales de las distintas regiones de la Unión, la ordenación del territorio (vid. artículos III-233.1 y III-233.3).

⁷⁶ El objetivo de estas Redes Transeuropeas se mantiene, al igual que lo establecido en el Tratado de Maastricht, en el favorecimiento de la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales y en el acceso a las mismas, para lo cual la Unión Europea habrá de elaborar un conjunto de orientaciones relativas a los objetos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas; realizar todas las acciones necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes; y el apoyo a proyectos de interés común en los que colaboren el mayor número posible de Estados miembros (artículos III-246 a III-247).

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

obligaciones inherentes al servicio público⁷⁷; cuestiones todas ellas que afectan a dos elementos fundamentales del ámbito del Derecho de la Competencia: su propia aplicación y la consecución de una efectiva liberalización en dicho sector.

Además, al hilo de esta argumentación, es importante señalar que en el marco de esta relación ha existido un debate permanente sobre si la unificación de las condiciones de competencia debía ser previa a la liberalización del transporte o si, por el contrario, la liberalización de las distintas modalidades de transporte debía prefijarse a la armonización de las condiciones de competencia.

La Comunidad Europea, consciente de esta problemática, ha llevado a cabo varios intentos de solución de las dificultades que implica esa relación, elaborando distintos instrumentos de armonización de los elementos que componen la misma, en un intento de compatibilizar dos ámbitos muy alejados entre sí dadas las diferentes especialidades existentes cada uno de ellos.

Así, la primera de esas actuaciones se materializa con la Decisión del Consejo relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, de 13 de mayo de 1965.

Esta Decisión, que viene a constituir el marco básico de la actuación comunitaria en el sector de los transportes, establece como uno de los objetivos de la PCT «la eliminación de las desigualdades que puedan falsear sustancialmente las condiciones de competencia en los transportes», lo que hace necesaria la adopción de medidas de armonización o de aproximación en relación con determinadas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas específicas de los transportes.

⁷⁷ Especial referencia merece esta última facultad otorgada al Estado de poder considerar determinados transportes como servicio público o servicio económico de interés general, pues dicha consideración habrá de ser puesta en relación con el principio de libre competencia y el de libre mercado que impone la Unión Europea. Y es que la configuración de los transportes como servicio público afecta en gran medida a la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia. De hecho los vaivenes en la Política común en este sentido han variado de un extremo a otro, y así de una etapa de reducción o casi supresión de los servicios públicos en pro de la libertad de mercado se ha pasado a la consideración de los mismos como un elemento necesario para la consolidación y el desarrollo adecuado de la Unión, todo lo cual afecta en gran medida al desarrollo del Derecho antimonopolio en el sector de los transportes.

Con carácter general vid. LORA-TAMAYO VALLBE, M., *“Política de Transportes”*, op. cit., pp. 223-226, quien ofrece una definición de la noción de servicio público como la «búsqueda de prestaciones de calidad, una igualdad de acceso y de uso para los usuarios, una búsqueda de una igualdad tarifaria sobre el territorio que se traduce por el principio de equidistribución, una función de cohesión social y una fuerte unión con la idea nacional». DE RUS, G., «Economía y política del transporte: principios y tendencias», en *Papeles de Economía Española. Economía del Transporte*, Madrid, 1980, pp. 14 Y 5S.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

El documento señala como particularmente necesaria la adopción de medidas en tres ámbitos concretos que contribuyen sobremanera a esa armonización pretendida. Dichos ámbitos son, por un lado, y entre otros, el de fiscalidad en el que se proyecta la supresión de las dobles imposiciones que gravan a los vehículos automóviles, la uniformización de los regímenes de las bases de cálculo del impuesto sobre vehículos, adaptación de los regímenes de impuestos específicos aplicables al transporte de mercancías por cuenta propia y por cuenta ajena.

Por otro, el de la intervención de los Estados, donde se tiende a la reducción de las obligaciones de servicio público, la compensación equitativa de las cargas derivadas de las que se mantengan y de las que correspondan a reducciones arancelarias basadas en motivos sociales, a la definición del régimen de ayudas aplicables a los transportes. Finalmente, se pretende actuar en el marco de los regímenes sociales con la aproximación progresiva de disposiciones específicas relativas a las condiciones de trabajo aplicables en el sector de los transportes, la unificación de las disposiciones relativas a la composición de las tripulaciones, a la armonización de las disposiciones relativas a los tiempos de trabajo y de descanso.

La siguiente actuación en pro de la compatibilización entre el sector de los transportes y el Derecho de la Competencia se concreta en el Reglamento CEE núm. 1017/68, del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de incompetencia a los sectores de los transportes par ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Este Reglamento, que nace como consecuencia de las consideraciones establecidas en el Reglamento CEE núm. 141/62, de 26 de noviembre de 1962, resulta aplicable a las operaciones relativas al transporte en sí mismo (fijación de precios, control de la oferta, reparto de mercados) y aquellas otras operaciones de los auxiliares de transporte que tienen el mismo objeto o efectos que las anteriores.

La normativa en el contenida parte de las especialidades propias del sector de los transportes, considerando las normas sobre competencia aplicables a este sector como una excepción a las normas generales de la competencia. En este sentido el Reglamento es definido como un «Derecho especial, distinto del

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Derecho común de la competencia, tanto por cuestiones de fondo como de procedimiento»⁷⁸.

De entre las previsiones que se realizan cabe destacar, entre otras, la prohibición de los acuerdos colusorios (artículo 2), aunque con una excepción para los acuerdos técnicos (artículo 3) y una exención para las agrupaciones de pequeñas y medianas empresas (artículo 4), la prohibición de explotación abusiva de posiciones dominantes (artículo 8), el establecimiento de un procedimiento por reclamación (artículo 10) y una colaboración entre las autoridades de los Estados miembros (artículo 16).

Las actuaciones posteriores de la Comunidad en el ámbito de los transportes se enmarcan en un claro desarrollo de la PCT establecida en el TCE, aunque extensible a todos los modos de transporte, esto es, al marítimo y aéreo también, que en principio quedaron excluidos de la regulación, pero cuyos fundamentos fueron perfilados a través de determinados Reglamentos y Directivas también desde el punto de vista de la relación entre estas modalidades de transporte y el Derecho de la Competencia. Igualmente la acción común en este marco se orienta hacia la liberalización del sector y al intento de creación de un mercado único en el mismo. En este sentido cabe destacar diferentes Memorándums sobre el transporte terrestre (1983), aéreo (1984) y marítimo (1985).

Pero quizás, y fruto de esta nueva posición de la Comisión, la actuación que mayores efectos provocó, con anterioridad a la implantación del Mercado Único, fue la interposición de un recurso de omisión, por parte de la Comisión, al amparo del antiguo artículo 175 del TCE, referido al campo de los transportes terrestres pero que tuvo unas consecuencias importantísimas en las restantes modalidades de transporte, en virtud del cual se dicta la sentencia del TJE de 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, Parlamento vs. Consejo.

La sentencia establecía expresamente que «el Consejo, en violación del Tratado, se ha abstenido de asegurar la libre prestación de servicios en materia de transportes y de fijar las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales en un Estado miembro». Este fallo va a dar lugar a un proceso de desarrollo de la PCT, no sólo en el campo de los transportes terrestres, que precisamente será el campo donde puedan

⁷⁸ Vid. CALVO/CARRASCOSA, *“Mercado único y libre competencia en la Unión Europea”* Madrid 2003, p. 380.

apreciarse los mayores avances de aquel proceso y de liberalización, sino también en el marco del transporte aéreo y marítimo.

Con carácter general la política común en el sector transporte, tras la sentencia de 1985, va orientada principalmente a la creación de un mercado libre sin restricciones cuantitativas y a la eliminación de los elementos distorsionantes de la competencia.

5.4. Acuerdos en el sector del transporte aéreo (especial referencia al reglamento CEE 1617/1993 de la Comisión, de 25 de junio de 1993).

5.4.1. El proceso de liberación en el Mercado del Transporte Aéreo. La influencia de la regulación norteamericana en el mercado aéreo europeo.

El transporte aéreo comparte las mismas virtudes y defectos de la PCT o acción comunitaria general en materia de transporte. Como sector estratégico cumple una importante función de cohesión económica y social dentro del territorio de la UE, acentuada por el incremento notable en los últimos tiempos del uso de este modo de transporte y por su carácter netamente internacional⁷⁹. Pero, a su vez, este sector presenta una significativa problemática de desarrollo conforme a los objetivos de aquella actuación comunitaria, fundamentalmente por las dificultades de compatibilización con el marco del Derecho de la Competencia, derivadas, sobre todo, del fuerte intervencionismo a que está sometido por parte de los poderes públicos, lo que obstaculiza enormemente la aplicación en este sector de una rama básica del Derecho de la UE, como es la normativa antimonopolio.

La armonización jurídica de estos dos marcos normativos, Derecho de la Competencia, por un lado, y sector aéreo, por otro, tiene su «inicio efectivo» a partir del proceso de desregulación llevado a cabo en los EE.UU. a finales de los años 70. Ciertamente existen algunos intentos de armonización por parte de la

⁷⁹ Vid. MAMBRILLA RIVERA, V., *El transporte en la Comunidad Europea*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires, 2002, p. 258, quien destaca la incidencia del transporte en el comercio internacional y en el mercado interior; CERVANTES CERVANTES, M., *Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la CE*, en Revista Jurídica de Cataluña 1997, núm. 96, pp. 386, para quien «(...) una de las características del Derecho Aeronáutico es su internacionalidad (...). Muchas ramas del Derecho presentan este carácter internacional más acentuado en unas que en otras, pero ninguna, sin embargo, lo tiene en un grado tan elevado como el Derecho Aeronáutico».

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Comisión y demás órganos comunitarios anteriores a esa época⁸⁰, pero sin lugar a dudas, y como tendremos ocasión de comprobar, será justo a partir de la consolidación de ese fenómeno de desregulación norteamericano cuando se produzcan los avances más notables de computarización de aquellos marcos legales.

La desregulación llevada a cabo en los Estados Unidos, a través de la “Airline Deregulation Act (1978)” en un mercado muy controlado hasta entonces por los diferentes órganos estatales, motivó importantes consecuencias tanto en el ámbito interno o «mercado aéreo doméstico», como en el externo, esto es, en el mercado aéreo internacional.

Las razones de por qué una actuación interna de un país tiene efectos a nivel mundial hay que buscarlas obviamente en la posición que ocupa dicho país en la esfera internacional, siendo este la primera potencia mundial, así como en la situación en que queda el mismo dentro del concierto aéreo internacional, tras la adopción de determinadas medidas.

La liberalización del mercado aéreo norteamericano suponía la posibilidad de entrada en dicho mercado de las compañías extranjeras, pero ella no tenía su efecto correlativo para las propias empresas americanas, en la medida en que su operatividad en otros mercados tenía que amoldarse necesariamente a lo establecido en el conjunto de «Convenios bilaterales» firmados con otros países, la mayoría de ellos basados en un «sistema de mutuas concesiones en mercados controlados»⁸¹.

La situación, pues, se hacía insostenible para el gigante norteamericano, que «debía aceptar» la entrada de empresas en su mercado aéreo, mientras que las suyas no podían actuar con total libertad en el resto de mercados mundiales, circunstancia que sin duda aceleró un proceso similar de liberalización en el resto de países, y que va a dejarse sentir de forma especial en el ámbito de la Unión Europea⁸².

⁸⁰ Memorándum de la Comisión, relativo a la interpretación y aplicación del Tratado de Roma a la navegación marítima y aérea, de 12 de noviembre de 1960. Y Memorándum de la Comisión sobre la contribución de la CEE al desarrollo de los servicios del transporte aéreo, de julio de 1979.

⁸¹ Vid. CALVO/CARRASCOSA, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, 2003 p. 385.

⁸² Con carácter general, vid. CALVO/CARRASCOSA *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, 2003,

5.4.2. La liberación del mercado aéreo Europeo.

El proceso de liberalización paulatina del sector aéreo en Europa tiene su inicio y, a la vez, su primer obstáculo en las disposiciones del TCE. El Tratado de Roma de 1957 establece las bases fundamentales de la PCT, a las que ya se ha hecho referencia anteriormente, pero limita la aplicación de dichas directrices única y exclusivamente «a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables» (artículo 84.1, actual artículo 80.1). Dicho de otro modo, excluye de la aplicación de las normas de PCT al sector aéreo y marítimo. dejando en manos del «Consejo, por mayoría cualificada, en qué medida y de acuerdo con que procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación aérea y marítima» (Art. 100.2 TFUE, antiguo Art. 80.2).

Este planteamiento establecido en el TCE presenta la dificultad de determinar si el resto sus disposiciones resultan aplicables a los dos sectores excluidos inicialmente de la PCT, el aéreo y el marítimo. Las interpretaciones para dar respuesta a esta cuestión giraron en torno a dos posiciones contradictorias. Por un lado, aquella que argumentaba que no existía un Mercado común para los transportes aéreos (ni marítimos), sino tan solo una Política Común de Transporte que, si bien tiene objetivos similares, sus mecanismos resultan muy distintos, y además presenta muchas más limitaciones.

Todo esto llevaría a afirmar que el resto de disposiciones del TCE que miran a realizar un Mercado único no deberían aplicarse al transporte aéreo, objeto de un mercado separado. Sin embargo, por' otro lado, existía la tesis de que pese a la no aplicación al sector aéreo y marítimo del título relativo a los transportes el conjunto de los preceptos restantes del Tratado de Roma de 1957, especialmente los relativos a la regulación de las normas de competencia, sí que resultaban aplicables.

pp. 384-386, quienes destacan, entre las razones de la desregulación aérea mundial a partir de la liberalización del mercado norteamericano, motivaciones de carácter político-económicas, en el sentido de que dicha liberalización imponía a su vez como condición la del resto de mercados, pues la aplicación efectiva de los «Convenios bilaterales» se hacía muy difícil tal como estaban regulados; además a ello hay que añadir que la consiguiente inaplicación de estos hubiera supuesto el colapso de la aviación internacional. Por otra parte también inciden planteamientos económico-tecnológicos, puesto que se entiende que la tecnología actual permite ampliar los servicios, bajar las tarifas, agilizar las reservas, controlar mejor la seguridad, y en definitiva operar en más mercados. En el mismo sentido, CERVANTES CERVANTES, M., *Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la CE* op, pp. 388-390.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Esta segunda postura mayoritaria viene además sustentada por una serie de sentencias del TJCE en las que se afirma expresamente la aplicación de tales preceptos al transporte aéreo. En este sentido destaca la sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974, asunto Comisión/República Francesa, en la que se pone de manifiesto que la “ratio” del artículo 84.2 del TCE (actual artículo 100.2) se reduce en este orden de cosas a la inaplicación al marco aéreo y marítimo de las normas relativas a los transportes, pero en ningún caso esta inaplicación se puede extender al resto de disposiciones del Tratado.

El mismo planteamiento contiene la sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, asunto *Nouvelles Frontières*, en la que se afirma claramente la aplicación de las normas del TCE, en especial las disposiciones relativas a la libre competencia en el mercado, al transporte aéreo. La gran importancia de esta sentencia radica en que a través de ella el TJCE toma partido en la confrontación que se produce entre las normas hasta entonces vigentes sobre el funcionamiento internacional del transporte aéreo (Convenio de Chicago de 1944, «Convenios bilaterales», reglamentaciones de la IATA...) y las normas del TCE que aseguran la libre competencia en el mercado comunitario, a favor de estas últimas.

La tercera de las sentencias a señalar es la sentencia del TJCE de 11 de abril de 1989, asunto *Ahmed Saeed*, en la que se reitera de nuevo la aplicabilidad de las reglas de competencia al transporte aéreo, que no obstante, puede ser matizada en algunos supuestos por la aplicación del artículo 90.2 del TCE (actual artículo 106.2 del TCE), relativo a los servicios públicos o servicios de interés general, permitiéndose en determinados supuestos exceptuar la aplicación de las reglas de competencia a las empresas encargadas de servicios de interés general⁸³.

El avance hacia la liberalización del sector aéreo que supuso el conjunto de decisiones judiciales del TJCE se vio corroborado por la actuación de los órganos comunitarios que en materia de transporte aéreo adoptaron numerosas medidas liberalizadoras del mismo a través de bloques o paquetes.

⁸³ En especial vid. CALVO/CARRASCOSA, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, 2003, pp. 391-393; CERVANTES/CERVANTES M., *Evolución normativa de la liberalización del transporte aéreo en la CE* op., pp. 404-406; MORILLAS JARAMILLO, M.J. *El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la UE*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor. A. Menéndez (tomo III: contratos mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación)*, Madrid, 1996, pp. 3991-3992.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Estas medidas de apertura del mercado aéreo han abarcado diferentes aspectos del sector, centrándose especialmente en el tema de las tarifas, acceso a los mercados, aplicación de las normas de competencia y capacidad.

La actuación de la UE viene concretada a través de lo que se denominan «paquetes de medidas liberalizadoras», destacando tres bloques o conjuntos, implantado progresivamente por las especiales características del mercado aéreo europeo⁸⁴.

- El primer paquete de medidas deriva de una acción llevada a cabo por el Consejo de Transportes de la Comunidad en diciembre de 1987, dando lugar a un conjunto de Reglamentos, algunos de ellos modificados, e incluso derogados, relativos a diversos temas del sector. Este primer bloque destaca por la introducción de una mayor flexibilización en los procedimientos para así alcanzar los principales objetivos del mercado.

En este sentido cabe reseñar el Reglamento CEE 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen la normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo; el Reglamento CEE 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos o categorías de prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo⁸⁵; la Directiva 87/601/CEE, de 14 de diciembre de 1987, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros y la Decisión 87/602/CEE, del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre

⁸⁴ Cabe recordar que en cada uno de los países de la UE existía, al menos, una compañía aérea, que por lo general tenía un marcado carácter público. Los vuelos de un Estado a otro eran considerados «vuelos internacionales» y se encontraban regulados por «Convenios bilaterales», con condiciones particulares en cuanto a tarifas, acceso al mercado, capacidad, etcétera. Y dada la experiencia norteamericana se quería evitar algunos de los defectos que se había detectado en la misma (vid. PETIT LAVALL M.V., *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*, Valencia, 2002, pp. 70-77).

⁸⁵ DOCE, núm. L 374, de 31 de diciembre de 1987. Modificado por el Reglamento CEE 2344/90, del Consejo, de 24 de julio de 1990 (DOCE, núm. L 217, de 11 de agosto de 1990) y por el Reglamento CEE 2411/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992 (DOCE, núm. L 240, de 24 de agosto de 1992).

Estados miembros y el acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros.

- El segundo bloque o paquete de medidas liberalizadoras, de 24 de julio de 1990, refuerza las principales líneas establecidas en el primero, estando integrado en primer término por el Reglamento CEE 2342/90, del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre tarifas de los servicios aéreos regulares. A través de este Reglamento se establecía un sistema de doble desaprobación, de tal modo que para que la tarifa propuesta por un transportista aéreo en las rutas entre Estados fuese rechazada era preciso que los dos Estados no la autorizaran.

A él se viene a sumar también el Reglamento CEE 2343/90, del Consejo, de 24 de julio de 1990, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros. La importancia de este último radica en que permite a su vez la cesión de las rutas concretas que se asignan a cada una de las compañías a otras para que así pueda volar en su lugar (code-sharing).

Finalmente cabe citar el Reglamento CEE 2344/1990, del Consejo, de 24 de julio de 1990, por el que se modifica el Reglamento CEE 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo. Y el Reglamento CEE 1284/91, del Consejo, de 14 de mayo de 1991, que modifica el Reglamento CEE 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo.

- Por su parte, el tercer paquete de medidas liberalizadoras, de 23 de julio de 1992, viene precedido por la importante labor jurisprudencial del TJCE en torno a la apertura del mercado aéreo (vid. las sentencias del TJCE de 4 de abril de 1974, asunto Comisión/República Francesa; sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, asunto “*Nouvelles Frontières*”; sentencia del TJCE de 11 de abril de 1989, asunto “*Ahmed Saeed*”). Asimismo, este bloque destaca por la regulación

minuciosa de cuestiones vitales para el transporte aéreo tales como el relativo a la concesión de licencias, acceso a las rutas, tarifas y fletes de los servicios aéreos.

Dicho conjunto está conformado por el Reglamento CEE 2407/92, del Consejo de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas; el Reglamento CEE 2408/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias; el Reglamento CEE 2409/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos; y el Reglamento CEE 95/93, del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a las normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios.

También destaca en este tercer bloque de medidas el Reglamento CEE 2410/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, que modifica el Reglamento CEE 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector de transporte aéreo. Otro tanto sucede con el Reglamento CEE 2411/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, por el que se modifica el Reglamento CEE 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo.

Este último Reglamento ha sido desarrollado por el Reglamento CEE 1617/93, de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de periodos horarios en los aeropuertos. En último lugar hay que citar en este contexto normativo el Reglamento CE 3652/93, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas

sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo.

En este mismo orden de cosas, y a pesar de su estadio proyectado, hay que referenciar un «cuarto paquete de medidas liberalizadoras» que completan definitivamente los avances efectuados en los anteriores, sobre todo aquellos apuntados y desarrollados en el tercero de los bloques⁸⁶.

Ahora bien, no obstante este afán de liberalización o apertura del sector aéreo, esta circunstancia no implica una total inactividad en este ámbito por parte de los poderes públicos, es más, su intervención se hace necesaria en orden a paliar ciertos efectos negativos que la propia liberalización puede acarrear. En efecto, los distintos Reglamentos elaborados en este sentido, además de suponer la apertura de un mercado cuya configuración resultaba incompatible con los principios de la UE, cumplen igualmente otra importante función, cual es la de, en cierto modo, «dirigir el mercado» para así evitar, sobre todo, el riesgo de oligopolio que pueden suponer aquellas medidas, como ya quedó demostrado en el caso norteamericano.

Las especiales características del mercado aéreo: costes, dificultades de acceso al mercado por parte de las empresas más pequeñas, o el «reparto previo» de rutas y horarios entre las compañías ya establecidas constituyen un terreno propicio para que se produzca aquel fenómeno de oligopolio, por lo que la intervención en este sentido de los órganos comunitarios se antoja especialmente beneficiosa. Esta participación de las instituciones públicas, estatales o comunitarias, en la regulación del mercado aéreo ya se ha dejado sentir en numerosos ámbitos, alguno de los cuales de vital importancia, como sucede con el relativo a las obligaciones de servicio público o servicio de interés general⁸⁷, el de las tarifas, o el de las ayudas públicas⁸⁸.

⁸⁶ Vid. el *Informe del Comité de sabios para el transporte aéreo*, de 7 de febrero de 1994.

⁸⁷ Vid. la *Comunicación de la Comisión 98/C267/10*, así como la *Resolución, de la Secretaría de Estado de infraestructuras y Transportes, de 30 de julio de 1998*, por la que se dispone la publicación del Acta del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, por la que se declaran obligaciones de servicios públicos en rutas aéreas,

⁸⁸ En materia de transporte aéreo y ayudas públicas en la UE, vid. especialmente a MORILLAS JARILLO, MJ, *"El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la UE"*, op., pp. 4005 Y 55.

5.5. Los acuerdos entre compañías aéreas: El Reglamento CEE 1617/1993, de la Comisión.

5.5.1. La necesaria coordinación entre los acuerdos celebrados por las empresas aéreas y el derecho de la competencia.

La progresiva liberalización del sector aéreo y su sometimiento a las normas de competencia va a implicar para las empresas importantes modificaciones en su estructura, organización y modelos de actuación, ya que no debe olvidarse que en muchos de los casos las diferentes compañías aéreas han venido actuando en régimen de cuasi monopolio o con importantes privilegios.

En efecto, la entrada de nuevas empresas y la aplicación efectiva de las reglas del Derecho de la Competencia desencadena una evidente «lucha» por el mercado del transporte aéreo. Las compañías, ante el aumento de la oferta, habrán de recurrir a determinados instrumentos para conseguir o mantener unos niveles competitivos adecuados que hagan viable su actuación. Uno de los mecanismos más efectivos para dicha finalidad viene a ser la cooperación entre las distintas empresas aéreas, lo que se traduce en la celebración de acuerdos o contratos entre las mismas.

Los acuerdos entre las compañías aéreas se convierten en una forma eficaz de hacer frente a la nueva situación del mercado. Su utilización y desarrollo permitirá ofrecer a las empresas un mayor número de servicios a los viajeros, lo que repercutirá favorablemente en sus niveles de competitividad y en sus resultados finales.

Sin embargo, tales acuerdos entre compañías pueden también acarrear importantes efectos negativos sobre las propias medidas liberalizadoras del sector aéreo y el Derecho antimonopolio. Su celebración podrá llegar a crear, en algunos casos, posiciones de dominio dentro del mercado, una reducción de la competencia para determinados trayectos o rutas, en otros, o bien la imposición de barreras de entrada para nuevas compañías, de ahí que deban ser adecuadamente regulados y controlados por los órganos competentes para ello.

La coordinación entre los acuerdos celebrados por las diferentes compañías y la normativa de defensa de la competencia se fundamenta principalmente en los

artículos 101.3 y 102 del TFUE, que a su vez dan lugar a un conjunto de Reglamentos en los que se desarrollaran las principales cuestiones establecidas en aquellos preceptos.

Así, por un lado, el artículo 101.3 del TFUE excluye de la aplicación de las normas de la competencia a los denominados «acuerdos técnicos», es decir, aquellos acuerdos o categorías de acuerdos, decisión o categoría de decisión o práctica concertada o categoría de practica concertada «... que contribuyan a fomentar el progreso técnico ...». entendiéndose al respecto que se trata de una forma de cooperación técnica, que en la mayoría de las ocasiones está al margen del funcionamiento del mercado. Dicha disposición del Tratado de Roma es desarrollada por el Reglamento CEE 3975/87, del Consejo, en el que expresamente se determina que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (actual artículo 101.1) no será efectiva para estos tipos de acuerdos siempre que su «única finalidad y efecto sea lograr mejoras o cooperación de índole técnica» (artículo 2).

Por otro lado, en lo relativo al artículo 102 del TCE, regulador del abuso de posición dominante, cabe destacar que su aplicabilidad resulta absoluta, al no admitir ningún tipo de excepción a través de exenciones individuales o por categorías de acuerdos. Dicho de otro modo, cualquier acuerdo entre compañías aéreas que implique un abuso de posición dominante quedara totalmente prohibida en virtud del citado precepto del Tratado.

5.5.2. El Reglamento de la CEE 1617/1993, de la Comisión, de 25 de junio de 1993. Los Slots o asignación de franjas horarias en los aeropuertos.

El Reglamento CEE 1617/1993 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en las servicios aéreos regulares y la asignación de periodos horarios en las aeropuertos, esta englobado dentro del tercer paquete de medidas liberalizadoras del sector aéreo y tiene su origen en el Reglamento CEE 3976/87, del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, que habilita a la Comisión a conceder exenciones por categorías a algunos acuerdos, decisiones o

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

prácticas concertadas relativas directa o indirectamente a la prestación de servicios de transporte aéreo.

Su contenido se centra fundamentalmente en el ámbito de los posibles acuerdos entre compañías aéreas sobre la distribución de las franjas horarias o slots⁸⁹, y en la posibilidad de conceder una exención a este tipo de acuerdos, habida cuenta de la necesidad de coordinar perfectamente la asignación de periodos horarios para un funcionamiento más eficaz de los espacios aeroportuarios europeos.

La exención relativa a la organización de consultas sobre las tarifas para el transporte de pasajeros se aplica siempre que:

- Los participantes discutan únicamente sobre las tarifas de transporte aéreo de pasajeros;
- Los usuarios puedan, para cada categoría de tarifas y para las temporadas objeto de las consultas, combinar, en un mismo billete, el servicio aéreo con servicios sobre la misma conexión y, en la medida en que las condiciones lo permitan, cambiar una reserva o modificarla.
- Las tarifas a los pasajeros se apliquen de manera no discriminatoria.
- La participación en estas consultas sea facultativa y abierta a todas las compañías aéreas.
- Las consultas no vinculen a los participantes, lo que significa que los participantes deberán conservar, después de las consultas, el derecho a actuar independientemente por lo que se refiere a las tarifas para el transporte de pasajeros.
- Las consultas no desemboquen en un acuerdo sobre las remuneraciones de los agentes o los otros elementos de las tarifas que son objeto del debate.

⁸⁹ El *slot* «constituye un espacio de tiempo que se utiliza en determinado aeropuerto para aterrizar y despegar, cuya propiedad no pertenece a la compañía aérea, sino sobre el cual esta sólo posee un derecho de uso» (vid. PETIT LAVALL, M.V., *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo* op. p. 124.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

- cuando se requiera la notificación de las tarifas, cada participante notifique individualmente toda tarifa que no haya sido objeto de consultas a las autoridades competentes de los Estados miembros en cuestión.

La exención relativa a la asignación de períodos horarios y al establecimiento de los horarios se aplica siempre que:

- Las consultas estén abiertas a todas las compañías aéreas.
- Se establezcan algunas normas de prioridad y se apliquen sin discriminación.
- Las normas de prioridad se pongan a disposición de todo interesado previa petición.
- Las nuevas compañías participantes tengan derecho al 50% de los períodos horarios recientemente creadas o no utilizados.
- A más tardar en el momento de estas consultas, las compañías aéreas tengan acceso a la información.

Las compañías aéreas tienen la obligación de notificar a los Estados miembros en cuestión y a la Comisión la fecha, el lugar y el objeto de estas consultas con un mínimo de diez días de antelación para que participen observadores de la Comisión y de los Estados miembros. Las compañías aéreas deben presentar un informe sobre estas consultas.

Con el fin de permitir a la Comisión determinar con más facilidad si procede prorrogar la exención por categoría más allá del 30 de junio de 2005, el presente Reglamento exige a las compañías aéreas que participen en las conferencias, que recojan datos referentes a la utilización relativa de las tarifas de pasajeros fijadas en estas conferencias.

El reparto de las franjas horarias en los aeropuertos se encuentra íntimamente relacionado con el principio de libertad de acceso al mercado intracomunitario. El aumento del tráfico aéreo y la necesidad de liberalización del sector va a chocar principalmente con la limitada capacidad del espacio aéreo y la escasa disponibilidad de períodos horarios en los aeropuertos, lo que dificulta

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

aún más la gestión de estos, dando lugar a grandes cotas de congestión de los mismos.

La importancia de los slots reside, pues, en que su adecuada regulación facilita y promueve la entrada de nuevas compañías, favoreciendo el desarrollo de una situación de mayor competencia en el ámbito aéreo. Sin embargo, la asignación de las distintas franjas horarias presenta multitud de problemas ya que en muchos de los casos la mayor parte de ellas están ya asignadas a las grandes compañías aéreas.

En efecto, los problemas de congestión en la red aeroportuaria europea hacen muy complicado el establecimiento de nuevos horarios en los que las compañías puedan operar, debido a la saturación existente. A ella hay que unir el hecho de que las franjas habilitadas, principalmente aquellas que pueden considerarse más beneficiosas desde un punto de vista comercial, por lo general, ya están distribuidas entre las diferentes compañías que han venido operando hasta ese momento, lo que dificulta enormemente la entrada de nuevas empresas aéreas en el mercado.

Ante esta situación resulta evidente la necesidad de una programación y coordinación adecuada de las franjas o periodos horarios por parte de las diferentes compañías del sector, que permita un uso racionalizado de las infraestructuras aeroportuarias, y que al mismo tiempo respete las normas básicas de competencia entre las mismas.

Esta coherencia en la asignación de los horarios en los aeropuertos comunitarios se enfrenta, no obstante, a diversos problemas, derivados de la situación cuasi monopolística (cuando no absolutamente monopolística) que ha caracterizado hasta ahora al sector aéreo. Los distintos Reglamentos sobre la materia dan buena prueba de ella al mantener, de una forma u otra, lo que la IATA⁹⁰ vino a denominar" como regla de los "derechos del abuelo" o "grandfather rights", es decir, la priorización en cuanto a la elección de la franja horario, a favor de aquellas compañías que ya venían utilizándolas.

⁹⁰ La IATA es una asociación de carácter privado creada, a raíz del Convenio del Chicago de 1944 (*Convenio sobre Aviación Civil internacional*, Chicago, 7 de diciembre de 1944, ratificado por España mediante instrumento de 18 de marzo de 1969), por las propias compañías aéreas, con el Objetivo de instaurar/crear, uniformar y promover/fomentar los medios de colaboración entre las mismas para un mejor desarrollo del transporte aéreo,

Los problemas que plantea la aplicación de este sistema se concretan en que en ningún caso dicha priorización se realiza en función de un criterio de eficiencia, sino en virtud simplemente de su uso previo. Por ello, para la «adquisición» de nuevos periodos horarios, las compañías acuden al mecanismo de la fusión o concentración entre ellas, lo que puede conducir a una situación de monopolio, y, por ende, a un posible marco o supuesto de abuso de posición dominante. En definitiva, el uso de aquel sistema facilita la creación de barreras de entrada para las nuevas compañías, eliminando cualquier atisbo de competencia.

5.5.3. La regulación de los Slots en el Reglamento CEE 1617/1993 de la Comisión de 25 de junio de 1993.

Pese a la amplia nomenclatura del Reglamento CEE 1617/93, relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 105 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de periodos horarios en los aeropuertos, su contenido se centra en la actualidad en la regulación de los slots o asignación de franjas horarias y en menor medida en las consultas sobre tarifas para el transporte de pasajeros. Ello debido a que las sucesivas modificaciones de que ha sido objeto han ido reduciendo de manera drástica su ámbito de aplicación⁹¹.

El citado Reglamento parte de la consideración general de que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas o las consultas sobre tarifas y la asignación de periodos horarios pueden restringir la competencia y

⁹¹ Vid. Reglamento CE 1523/96, de la Comisión, de 24 de julio de 1996, por el que se modifican el Reglamento CEE 1617/93 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de periodos horarios en 105 aeropuertos (DOCE, L núm. 190, de 31 de julio de 1996). Reglamento CE 1083/1999, de la Comisión, de 26 de mayo de 1999, por el que se modifica el Reglamento CEE 1617/93 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de periodos horarios en los aeropuertos (DOCE, L núm. 131, de 27 de mayo 1999).

afectar al comercio entre Estados miembros⁹², por lo que en principio podrían estar incursos en la prohibición del artículo 101.1 del TFUE⁹³.

No obstante, tales acuerdos suponen también en términos generales un beneficio para el objetivo de la liberalización y apertura del mercado aéreo que compensa los posibles efectos negativos que pudieran generar sobre la competencia. En particular, por lo que se refiere a los acuerdos de asignación de períodos horarios en los aeropuertos y de fijación de horarios, cabe destacar que con su celebración puede mejorarse la utilización de la capacidad de los aeropuertos y del espacio aéreo, así como facilitarse el control del tráfico aéreo y contribuir a ampliar la oferta de servicios de transporte aéreo desde el aeropuerto.

Todo ello, claro está, siempre que con aquellos acuerdos se mantengan los niveles de competencia en los aeropuertos congestionados y al mismo tiempo se permita la participación en las negociaciones de todas las compañías aéreas interesadas y la asignación de horarios se realice de forma no discriminatoria y transparente⁹⁴.

En virtud de tales afirmaciones el artículo 1 del Reglamento CEE 1617/93 declara inaplicable el artículo 101.1 a los acuerdos entre compañías de transporte aéreo, a las decisiones de asociaciones de dichas compañías aéreas y a las prácticas concertadas entre tales compañías que tengan como objetivo «la asignación de períodos horarios y la fijación de horarios en los aeropuertos en la medida en que se refieren a los servicios aéreos entre aeropuertos de la Comunidad», al entenderse que gracias a ellos se racionaliza la capacidad en los propios aeropuertos y se facilita un control efectivo por el mismo.

Ahora bien, la concesión de una exención en bloque a estos tipos de acuerdos viene condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, tales como:

⁹² Con idéntica premisa, vid. el *Reglamento CEE 2671/88, de la Comisión, de 26 de julio de 1988 (DOCE, núm. L 239, de 30 de agosto de 1988)* y el *Reglamento CEE 84/91 de la Comisión, de 5 de diciembre de 1991 (DOCE, núm. L 10, de 15 de enero de 1991)*, que constituyen los antecedentes en materia de slots dentro de la política comunitaria relativa a esta materia.

Desde la perspectiva doctrinal vid. GONZÁLEZ-VARAS BANEZ, S., «La liberalización comunitaria del transporte aéreo», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 5, 10, 2001, p. 615.

⁹³ Artículo 81.1 del TCE: «Serán incompatibles con el mercado común y quedaran 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 ...».

⁹⁴ Vid. considerando 6 del *Reglamento CEE 1716/93*, así como los considerandos 6 y 5 respectivamente de los *Reglamentos CEE 2671/88 y 84/91*.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

- Que las consultas estén abiertas a todas las compañías aéreas que hayan manifestado su interés en los periodos horarios objeto de consulta (artículo 5.1.a).
- Se establezcan algunas normas de prioridad y se apliquen sin discriminación, es decir, sin relación directa o indirecta con la identidad o la nacionalidad de la compañía aérea o la categoría del servicio; no obstante, las reglas de prioridad podrán tener en cuenta los derechos adquiridos por las compañías aéreas al haber utilizado un periodo horario determinado en la temporada anterior correspondiente, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el propio Reglamento (artículo 5.1.b).
- Las normas de prioridad se pongan a disposición de todo interesado previa petición (artículo 5.1.c).
- Las nuevas compañías participantes tengan derecho al 50 por 100 de los periodos horarios recientemente creados o no utilizados (artículo 5.1d)⁹⁵.
- A más tardar en el momento de estas consultas, las compañías aéreas tengan algún acceso a la información relativa a determinadas cuestiones: relación cronológica de los periodos horarios históricos de todas las compañías aéreas que operan en el aeropuerto, periodos horarios solicitados, periodos aéreos asignados ... (artículo 5.1.e)⁹⁶.

Del mismo modo, es preciso señalar que el Reglamento también prevé la obligación de notificación por parte de las compañías aéreas a los Estados miembros en cuestión y a la Comisión de la fecha, el lugar y el objeto de las consultas, con un mínimo de diez días, para que tanto la Comisión como los Estados miembros intervengan como observadores (artículo 5.2). Es evidente, pues, que al legislador comunitario le interesa especialmente que el procedimiento de asignación de horarios se realice con las mayores garantías posibles.

⁹⁵ Esta previsión fue ya establecida por el artículo 4.e) del *Reglamento CEE 84/91*.

⁹⁶ Vid. igualmente el antecedente de esta previsión en el artículo 4.1.f) del citado *Reglamento CEE 84/91*.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

No obstante lo expuesto, las exenciones otorgadas por el Reglamento CEE 1617/93 no tienen un carácter absoluto, puesto que además de estar sometidas en cuanto a su concesión a un procedimiento, tienen establecido un periodo de caducidad, y al mismo tiempo es posible su eliminación en función de determinados criterios recogidos en el propio Reglamento, que atienden fundamentalmente a la producción de «efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 105 del Tratado o prohibidos por el artículo 106 del mismo» (artículo 6).

El citado Reglamento CEE 1617/93 ha sido, sin embargo, objeto de numerosas modificaciones, que principalmente han ocasionado una reducción de su ámbito de acción. Así, el Reglamento CE 1083/1999 concluye expresamente que no resulta oportuno prorrogar la exención por categorías en el caso de los acuerdos cuyo objeto es la planificación conjunta y la coordinación de horarios ni de los relativos a la explotación conjunta de servicios aéreos, sobre la base de que tales acuerdos implican «una cooperación comercial más amplia, como la consulta bilateral sobre tarifas que no pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la exención del Reglamento CEE 1617/93». Igualmente este Reglamento CE 1083/1999 modifica el periodo de aplicación del propio Reglamento CEE 1617/93, que a su vez vuelve a ser modificado por el Reglamenta CE 1105/2002.

Por otro lado, el contenido del Reglamenta CEE 1617/93 ha de ser puesto en relación con el del Reglamenta CEE 95/93, del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a las normas comunes para la asignación de franjas en los aeropuertos comunitarios. El Reglamenta CEE 95/93, que complementa la regulación en materia de franjas horarias establecida por el citado Reglamento CEE 1617/93, determina su ámbito de acción en relación a los aeropuertos comunitarios (artículo 1).

Asimismo, efectúa la definición de varios conceptos que pueden plantear ciertas dudas a la hora de llevar a cabo su exacta concreción. Nos estamos refiriendo a las de «franja horaria», «nuevo participante», «servicio aéreo directo», o periodo de «programación de horarios» (artículo 2). Se establece además un procedimiento de asignación de franjas horarias con arreglo a varias criterios alternativos o complementarios, en función de las circunstancias, y se crea un fondo de reserva de franjas horarias con la finalidad de crear o dotar slots para los nuevos participantes.

5.5.4. Reglamento 489/2009 que autoriza a la Comisión a conceder exenciones por categorías en el sector del transporte aéreo relativas al tráfico intracomunitario y al tráfico entre la Unión Europea (UE) y los terceros países.

De conformidad con el artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Comisión podrá adoptar un reglamento que declare que determinados acuerdos, decisiones y prácticas concertadas están exentos de la prohibición contenida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE (antiguo artículo 81, apartado 1, del TCE).

La Comisión podrá, en particular, adoptar dicho Reglamento de exención por categorías con respecto a acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que tengan por objeto:

- La planificación conjunta y la coordinación de los horarios de las compañías aéreas.
- Consultas sobre tarifas de transporte de pasajeros, de equipaje y de carga en servicios aéreos regulares.
- Operaciones conjuntas en servicios aéreos regulares nuevos y de baja densidad.
- Asignación de franjas horarias en los aeropuertos y la fijación de horarios.
- La adquisición, el desarrollo y la explotación conjunta de sistemas informatizados de reserva relacionados con los horarios, las reservas y la emisión de billetes por parte de empresas de transporte aéreo.

Podrá ser derogado o modificado si se produce un cambio en la situación relativa a uno de los factores que haya sido esencial para su adopción. En tal caso se fijará un periodo para la modificación de los acuerdos y prácticas concertadas a los que se aplicaba el Reglamento precedente antes de la derogación o modificación.

Todo reglamento de exención por categorías se adoptará por un periodo de tiempo específico, y se aplicará con efectos retroactivos sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que ya existan en la fecha de entrada en vigor de tales reglamentos.

Antes de adoptar dicho reglamento de exención por categorías, la Comisión deberá publicar un proyecto del mismo e invitará a todas las personas y organizaciones interesadas a que presenten sus comentarios dentro de un plazo razonable. Antes de publicar un proyecto de reglamento y de adoptar un reglamento, la Comisión deberá consultar al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes conforme al Reglamento (CE) nº 1/2003.

3ª PARTE:

6. ANALISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA (SALA TERCERA) POR LA QUE SE DECLARA INCOMPATIBLE CON EL MERCADO COMUN LA OPERACIÓN DE COMPRA DE LA COMPAÑÍA AEREA IRLANDESA “AER LINGUS GROUP PLC” POR LA TAMBIEN COMPAÑÍA AÉREA IRLANDESA “RYANAIR HOLDINGS PLC”

6.1. INTRODUCCIÓN.

En esta tercera parte analizaré una sentencia que, aunque data del año 2010, está ahora de actualidad. Se trata de una sentencia que pronunció el Tribunal General el 6 de julio de 2010 por la que se declara incompatible con el mercado común una operación de concentración en materia de transporte aéreo.

La actualidad le viene dada porque la Comisión, con fecha 27 de febrero de 2013, ha vuelto a emitir dictamen negativo para la empresa de transporte aéreo irlandesa “Ryanair” que pretendía controlar a su rival “Aer Lingus Group plc”, con ello se sigue evitando la situación de monopolio o posición dominante que afectaba a 11 millones de pasajeros. Esta nueva decisión de la Comisión se produjo por la nueva petición que la compañía irlandesa realizó en julio de 2012.

La Comisión Europea (CE) prohibió la compra de la aerolínea “Aer Lingus” por la compañía de bajo coste “Ryanair” para evitar que se produzca una situación de "monopolio absoluto" en hasta 28 rutas con destino u origen en Irlanda y problemas de competencia desleal en un total de 46.

Con la decisión la CE se protege a 11 millones de pasajeros irlandeses y europeos que vuelan cada año a destinos como Dublín, Corck, Knock o Shannon y que habrían tenido que enfrentarse por culpa de la fusión a un probable aumento de las tarifas.

Bruselas, que desde hace varios meses ha estudiado esa transacción y las soluciones propuestas por Ryanair para disipar las dudas de la CE sobre la nueva situación de posición dominante, concluyó finalmente que no puede autorizar la operación.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

La Comisión Europea, que en su parte de competencia está representada por el español Joaquín Almunia, precisó en su dictamen que durante el proceso que Ryanair había tenido numerosas ocasiones de proponer medidas correctivas y mejorarlas. Sin embargo, sus propuestas no permitían remediar los graves problemas de competencia que la operación representaba para al menos 46 conexiones aéreas. La transacción habría reducido la capacidad de elección y muy probablemente habría provocado el aumento de las tarifas en las rutas afectadas.

Durante la investigación, Ryanair ofreció algunos remedios y la CE los examinó detenidamente haciendo incluso exámenes de mercado. Esos remedios se quedaban cortos a la hora de responder a las preocupaciones por lo que respecta a la libre competencia.

En 2007, Bruselas ya vetó el primer intento de compra de Aer Lingus por Ryanair, una decisión que avaló más tarde el Tribunal de Justicia de la UE.

La CE señaló hoy que ha vuelto a estudiar el asunto teniendo en cuenta el cambio de circunstancias en estos 6 años como "por ejemplo, el hecho que la posición de mercado de ambas sea ahora aún mayor".

La presencia de mercado ambas en 2007 era del 80 % y en 2012 del 87 % en el caso de los vuelos con destino u origen Dublín. Además, el número de rutas en que operan en competencia Ryanair y Aer Lingus se ha incrementado de 35 a 46 desde 2007. Ryanair opera esencialmente en Europa con una flota de 305 naves y 51 bases en todo el continente.

Aunque Bruselas bloquea la fusión de ambas, la participación de Ryanair en Aer Lingus es del 29,8 % del capital, por encima de la del propio Gobierno irlandés, que es del 25,1 %.

6.2. PARTES QUE INTERVIENEN EL LITIGIO

- **Parte Demandante:** Ryanair Holdings plc, con domicilio social en Dublín.
- **Parte Demandada:** Comisión Europea.
- **Partes coadyuvantes:** Aer Lingus Group plc, con domicilio en Dublín y República de Irlanda

6.3. OBJETO DE LA SENTENCIA.

La anulación de la Decisión C (2007) 3104 de la Comisión, de 27 de junio de 2007, por la que se declara que una operación de concentración es incompatible con el mercado común y el Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus).

6.4. HECHOS QUE HAN ORIGINADO EL LITIGIO.

- Ryanair Holdings plc es una sociedad cotizada en Bolsa que disponía en 2006 de una flota de 120 aviones. Dichos aviones efectuaban en aquella época vuelos regulares hacía más de 400 destinos en 40 países, inclusive 75 rutas entre Irlanda y otros países europeos.
- Aer Lingus Group plc, es una sociedad anónima de Derecho irlandés. Tras su privatización por el Gobierno irlandés en 2006, el Estado mantuvo el 25,35 % del capital. Aer Lingus Group es una compañía aérea con base en Irlanda que efectúa vuelos regulares desde los aeropuertos de Dublín, Cork y Shannon, o con destino a éstos. Aer Lingus explotaba en 2006 una red de transporte de corto recorrido en 70 rutas entre Irlanda y el Reino Unido y otros Estados miembros, con una flota de 28 aviones.
- El 5 de octubre de 2006, Ryanair anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición (OPA) de la totalidad del capital de Aer Lingus. La OPA se lanzó el 23 de octubre de 2006.

- La concentración se notificó a la Comisión de las Comunidades Europeas el 30 de octubre de 2006.
- Mediante decisión de 20 de diciembre de 2006, la Comisión consideró que la operación de concentración notificada planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y resolvió incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- El 27 de marzo de 2007, se envió a Ryanair un pliego de cargos con arreglo al artículo 18 del Reglamento de concentraciones. Ryanair respondió a este pliego de cargos el 17 de abril de 2007.
- Mediante la Decisión C(2007) 3104, de 27 de junio de 2007, la Comisión declaró que la operación de concentración notificada era incompatible con el mercado común.

6.5. CONTENIDO DE LA DECISION IMPUGNADA.

La operación notificada constituía una concentración de dimensión comunitaria. La investigación precisó el envío de numerosas solicitudes de información con arreglo al artículo 11 del Reglamento de concentraciones, en particular a otras compañías aéreas de vuelos regulares, a compañías de vuelos charter, a aeropuertos y a la clientela de la empresa, así como contactos con autoridades de coordinación de las franjas horarias, las autoridades de aviación civil, y las autoridades encargadas de los transportes. La Comisión llevó a cabo igualmente un análisis de la correlación entre los precios para definir los mercados de referencia y encargó a un consejero independiente realizar una investigación en relación con la clientela del aeropuerto de Dublín. También examinó las observaciones econométricas presentadas por Ryanair y Aer Lingus.

6.5.1. Mercados de referencia

La Comisión señaló que ambas Ryanair y Aer Lingus prestaban servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros en Europa con arreglo a su práctica habitual y examinó esencialmente la sustituibilidad de la demanda. Definió los mercados sobre la base del planteamiento «lugar de origen – lugar de destino».

6.5.2. Apreciación de los efectos de la operación sobre la competencia

La Comisión se refirió al marco de análisis definido en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento de concentraciones (DO 2004, C 31, p. 5).

En primer lugar, la Comisión analizó las cuotas de mercado de Ryanair y Aer Lingus en las 35 rutas en las que sus servicios se solapan. Declaró que la operación crearía un monopolio en 22 de las rutas y daría lugar a la creación de cuotas de mercado muy elevadas en las otras 13. La Comisión consideró igualmente que ambas compañías eran los «competidores más cercanos» en todas las rutas en cuestión. A continuación, la Comisión examinó los efectos de la concentración en los mercados en los que Ryanair y Aer Lingus son competidores actuales o potenciales y declaró que la operación eliminaría la competencia actual en las 35 rutas en las que los servicios se solapan así como la competencia potencial en las 25 rutas sin solapamiento.

En segundo lugar, la Comisión señaló que la «clientela fragmentada» de Ryanair y Aer Lingus no disponía de un «poder de compra compensador» y tan sólo tenía una posibilidad limitada, o incluso inexistente, de cambiar de proveedor.

En tercer lugar, la Comisión examinó si la entrada de nuevos competidores en el mercado o la expansión de los competidores existentes podían eliminar los efectos contrarios a la competencia de la operación antes de llegar a la conclusión de que no sería así.

En cuarto lugar, la Comisión realizó una evaluación individual de las 35 rutas en las que los servicios se solapan. Declaró que la concentración obstaculizaría de manera significativa la competencia efectiva debido a la creación de una posición dominante en todas ellas.

En quinto lugar, la Comisión examinó si las eficiencias alegadas por Ryanair eran suficientes para contrarrestar los efectos negativos sobre la competencia producidos por la concentración y concluyó que no era el caso.

6.5.3. Evaluación de los compromisos

La Comisión consideró que no eran suficientemente claros para poder aplicarse y que, en todo caso, no eliminaban los problemas de competencia.

En conclusión, la Comisión consideró que la realización de la concentración obstaculizaría de manera significativa la competencia efectiva, en particular, como consecuencia, por un lado, de la creación de una posición dominante en 35 rutas con salida desde los aeropuertos de Dublín, Shannon y Cork y con destino a los mismos, y, por otro lado, de la creación o del refuerzo de una posición dominante en 15 rutas con salida desde los aeropuertos de Dublín y de Cork y con destino a los mismos. Por tanto, declaró que la operación de concentración era incompatible con el mercado común.

6.6. PROCEDIMIENTO.

Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 10 de septiembre de 2007, la demandante interpuso un recurso solicitando la anulación de la Decisión impugnada.

Mediante auto de 12 de febrero de 2008, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal admitió la intervención de Irlanda y Aer Lingus Group en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Tercera) decidió iniciar la fase oral. En la vista celebrada el 6 de julio de 2009 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.

6.7. PRETENSIONES DE LAS PARTES.

1. La demandante solicita al Tribunal que:
 - Anule la Decisión impugnada.
 - Condene en costas a la Comisión.
 - Condene a Irlanda y a Aer Lingus Group al pago de las costas relativas a sus intervenciones.

2. La Comisión solicita al Tribunal que:
 - Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.
3. La Comisión solicita al Tribunal que:
 - Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.
 4. Irlanda solicita al Tribunal que:
 - Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

6.8. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado común, la Comisión debe probar, con arreglo al artículo 2, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, que la realización de la concentración notificada podría obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.

La demandante invoca cinco motivos en apoyo de su recurso.

➡ ***El primer motivo se basa en la existencia de errores manifiestos en la apreciación de la relación de competencia existente entre Ryanair y Aer Lingus,***

El análisis realizado por la Comisión en la Decisión impugnada, que es pertinente en el marco de la apreciación del presente motivo, se divide en las siguientes etapas:

1. En primer lugar, declara de que la concentración daría lugar a cuotas de mercado muy elevadas en gran número de rutas.
2. En segundo lugar, afirma que Ryanair y Aer Lingus son los «competidores más cercanos» en todas estas rutas.
3. En tercer lugar, examina la competencia actual entre Ryanair y Aer Lingus.

4. En cuarto lugar, se refiere a los efectos de la concentración sobre la competencia actual entre Ryanair y Aer Lingus y las repercusiones negativas de la misma para los clientes.

Corresponde al Tribunal apreciar, sucesivamente, las alegaciones de las partes relativas a:

1. **La «excesiva importancia» concedida a las cuotas de mercado.**

- Alegaciones de las partes:

La demandante sostiene que, en la Decisión impugnada, la Comisión se basó en la premisa errónea de que ella y Aer Lingus son compañías aéreas idénticas, lo que le permitió deducir «automáticamente» de sus cuotas de mercado elevadas el hecho de que la concentración daría lugar a un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

- Apreciación del Tribunal.

Según reiterada jurisprudencia, si bien la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, puede considerarse fundadamente que cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante.

Por tanto, tan sólo podría considerarse que la demandante rebata acertadamente la importancia que ha de atribuirse a las cuotas de mercado que habría poseído la entidad resultante de la concentración, si el Tribunal admitiese estas alegaciones. Sin embargo no puede reprocharse a la Comisión haber tenido en cuenta en la Decisión impugnada la magnitud de las cuotas de mercado y de los grados de concentración relativos a los diferentes mercados de referencia.

- **La falta de toma en consideración de las «diferencias fundamentales» existentes entre Ryanair y Aer Lingus.**

- ***Sobre la utilización del concepto de «competidores más cercanos» y la deducción «automática» de que existen presiones competitivas significativas.***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante sostiene que la Comisión incurrió en un «error fundamental» al considerar que, si puede demostrarse que ella y Aer Lingus son los «competidores más cercanos». Las «diferencias fundamentales» existentes entre ambas compañías permite a Aer Lingus facturar precios muy superiores a los de Ryanair.

- *Apreciación del Tribunal.*

La diferenciación de los servicios alegada por Ryanair fue examinada en la Decisión impugnada, no pudiendo sostenerse que la Comisión dedujo «automáticamente» de la constatación según la cual Ryanair y Aer Lingus son los «competidores más cercanos» en todas las rutas de que se trata, que éstas ejercían entre sí una presión competitiva significativa que desaparecería con la concentración sin que fuese necesario examinar la cercanía de dicha relación competitiva.

- ***Sobre las «diferencias fundamentales» relativas a los costes de explotación, los precios aplicados y el nivel de las prestaciones.***

- *Alegaciones de las partes:*

En primer lugar, la demandante sostiene que la diferencia entre sus costes de explotación y los de Aer Lingus muestra que no existe una presión competitiva significativa entre estas compañías.

En segundo lugar, la demandante llama la atención sobre la diferencia entre sus precios y los precios de Aer Lingus. Esta diferencia, que resulta, a su juicio, de la diferencia de los costes de explotación, muestra, según la demandante, un «grado de diferenciación elevado».

En tercer lugar, la demandante sostiene que Ryanair es una compañía aérea de «prestaciones mínimas» y que Aer Lingus es una compañía aérea de «prestaciones medias» y que la Comisión trata de minimizar el impacto de esta diferencia sobre el grado de competencia existente entre ambas compañías.

- Apreciación del Tribunal.

En primer lugar, Si bien existe una diferencia de costes de explotación entre Ryanair y Aer Lingus, como reconoció la Comisión en la Decisión impugnada, ello no significa sin embargo que la Comisión no pudiese considerar que ella y Aer Lingus sean los «competidores más cercanos», puesto que los costes de explotación de Aer Lingus son efectivamente inferiores a los de las compañías en red y que ni Virgin Express ni easyJet son competidores de Ryanair en las rutas en las que sus servicios con salida desde Irlanda se solapan.

En segundo lugar, la Comisión precisó, por un lado, que, si bien las tarifas aplicadas por Aer Lingus eran, por lo general, superiores a las de Ryanair, ello no era siempre así, y, por otro lado, que el hecho de que fuese difícil conocer las tasas y gastos que se habían tomado en consideración para calcular el precio medio de 41 euros de los vuelos de corto recorrido en 2006 indicado por Ryanair, siendo así que se había precisado que el precio medio de Aer Lingus era 91 euros, o comprendido entre 65 y 75 euros sin incluir los gastos y las tasas.

En tercer lugar, podía considerarse a ambas compañías transportistas de “prestaciones mínimas”, puesto que, tras las recientes adaptaciones del modelo de servicio de Aer Lingus, los servicios incluidos en la tarifa de base de Aer Lingus son muy similares a los comprendidos en la de Ryanair y difieren claramente de los de las compañías tradicionales “de prestaciones completas”, como British Airways o Lufthansa»

- ***Sobre la diferencia entre los aeropuertos de destino***

- Alegaciones de las partes:

La demandante alega que utiliza aeropuertos fundamentalmente distintos de los utilizados por Aer Lingus, también sostiene que el uso que hizo la Comisión de las zonas de influencia de los aeropuertos para determinar si los vuelos con destino a distintos aeropuertos pertenecían al mismo mercado es erróneo.

- Apreciación del Tribunal.

La demandante no ha demostrado de qué modo la Comisión rebasó los límites de su facultad de apreciación de las situaciones económicas. Las críticas que hace la demandante sobre este punto son muy generales y no permiten comprender, en el marco de estas consideraciones de qué modo la concepción de las preguntas y las técnicas de muestreo utilizadas eran «gravemente defectuosas».

2. La ventaja competitiva que confiere la existencia de una base en Dublín.

- Alegaciones de las partes:

La demandante niega que el hecho de que ella y Aer Lingus tengan bases en el aeropuerto de Dublín permita considerar que son competidores muy cercanos. A su juicio, el lugar en el que el avión tiene su base es completamente indiferente para los pasajeros y tiene relativamente poca importancia para las compañías aéreas. Considera que una compañía aérea que dispone de una base en el otro extremo de una ruta puede constituir un competidor creíble de Ryanair. Así, sostiene que bmi, que dispone de una base en el aeropuerto de Heathrow y de un avión que se estaciona por las noches en el de Dublín, es un competidor más cercano de Aer Lingus que Ryanair en la ruta Dublín-Londres (Heathrow), puesto que Ryanair no vuela con destino a dicho aeropuerto.

- Apreciación del Tribunal.

La Comisión expuso de manera suficiente en Derecho en la Decisión impugnada el porqué la posesión de una base importante en el aeropuerto de

Dublín suponía una ventaja considerable en lo que respecta a las rutas desde y hacia Dublín y de los clientes mayoritariamente irlandeses que utilizan dichas rutas.

3. Las «pruebas no técnicas», al análisis econométrico de la Comisión.

- Alegaciones de las partes:

La demandante reconoce que, para una categoría limitada de pasajeros, compite con Aer Lingus al igual que con los transportistas en red, como son, Air France, Lufthansa y British Airways. Por tanto, considera que las «pruebas no técnicas» a que se refiere la Comisión en su escrito de contestación son tan sólo el reflejo de esta competencia.

- Apreciación del Tribunal.

Habida cuenta de que las observaciones de la demandante son muy generales, ya que se limita a indicar que las pruebas en las que se basó la Comisión son aplicables tanto a Aer Lingus como a todos los demás competidores, sin tener en cuenta las constataciones realizadas por la Comisión según las cuales, en las rutas examinadas en el marco de la apreciación de los efectos de la operación sobre la competencia, Aer Lingus es el competidor más cercano a Ryanair, es preciso considerar que la demandante no logró desvirtuar el fundamento de las constataciones realizadas por la Comisión en la Decisión impugnada.

4. Los datos econométricos aportados por Ryanair.

- Alegaciones de las partes:

La demandante afirma que el análisis econométrico permite «evitar debates especulativos» sobre la importancia de las diferencias relativas al nivel de precios, a los costes de explotación, al nivel de prestaciones y a la situación de la base, a la hora de apreciar la competencia.

- Apreciación del Tribunal.

Por tanto, del examen del contenido de la Decisión impugnada resulta que ninguna de las alegaciones formuladas por la demandante desvirtúa el fundamento de las conclusiones a las que llegó la Comisión, ya sea en lo que respecta al método utilizado, a los resultados obtenidos o a la utilización que se hace de los mismos en la Decisión impugnada en lo que respecta a la apreciación de los efectos de la concentración sobre la competencia

A este respecto, es preciso recordar que, en todo caso, los resultados del análisis de regresión realizado por la Comisión sólo fueron utilizados para confirmar y completar las conclusiones sacadas de las pruebas cualitativas según las cuales Ryanair y Aer Lingus son competidores cercanos.

5. La presión competitiva que ejercen las compañías de vuelos charter.

- Alegaciones de las partes:

La mayor parte de las plazas de los vuelos charter se comercializan como viajes organizados propuestos por los operadores turísticos. En la Decisión impugnada, la Comisión niega la importancia de estas plazas debido a que «el mercado de venta de lotes de plazas a operadores turísticos es un mercado ascendente en comparación con el de la venta de plazas a los particulares». Sin embargo es muy probable que los clientes que reservan vuelos charter en operadores turísticos reserven vuelos regulares en transportistas como Ryanair.

- Apreciación del Tribunal.

Los motivos expuestos en la Decisión impugnada son fundamento suficiente para las conclusiones de la Comisión. Además, la demandante no demuestra que la toma en consideración de las compañías de vuelo charter podría haber repercutido sobre la apreciación del estado de la competencia realizada por la Comisión.

6. La investigación realizada con relación a los pasajeros.

• Alegaciones de las partes:

La demandante denuncia el «peso excesivo» concedido a la investigación relativa a los pasajeros que llevó a la Comisión a considerar que existía una relación competitiva mucho más estrecha entre ella y Aer Lingus de la que existía en realidad. Sostiene que dicha investigación fue «insuficiente y defectuosa» en numerosos aspectos, tal como se desprende del informe York Aviation, de septiembre de 2007, relativo a determinados aspectos de la Decisión impugnada, que se adjuntó como anexo a la demanda.

• Apreciación del Tribunal.

Habida cuenta de que las observaciones de la demandante son generales, puesto que se limita a alegar que existe una posibilidad de realizar la investigación de manera más exhaustiva sin tener en cuenta las contingencias resultantes de los plazos establecidos en materia de control de concentraciones, es preciso considerar que la demandante no demuestra de manera suficiente en Derecho que las referidas declaraciones de la Comisión sean erróneas.

7. La investigación relativa a las empresas clientes.

• Alegaciones de las partes:

La demandante sostiene que la Comisión no se comportó como un «investigador independiente, diligente y objetivo» al evaluar los resultados de la investigación relativa a las empresas clientes. Considera que actuó de manera selectiva e incoherente al invocar dichos resultados en apoyo de su tesis según la cual todavía existe «una diferencia entre Aer Lingus y Ryanair

en lo que a la marca y a la oferta de servicios se refiere» sin tener en cuenta de ello en otras cuestiones, por ejemplo, en lo que respecta a la sustituibilidad de los aeropuertos, debido a que dichas respuestas «revestían poco interés en lo que respecta a determinados aspectos de la investigación»

- Apreciación del Tribunal.

Ninguna de las alegaciones formuladas sobre este punto por la demandante permite impugnar el análisis realizado en la Decisión impugnada. Los motivos expuestos por la Comisión en la Decisión impugnada en apoyo de su elección de no tomar en consideración determinados resultados de la investigación realizada con relación a las empresas clientes están fundamentados de manera suficiente en Derecho.

8. Al perjuicio causado a los consumidores.

- Alegaciones de las partes:

La demandante sostiene que la Comisión no demostró en la Decisión impugnada que la supuesta eliminación de la competencia efectiva entre ella y Aer Lingus perjudicaría a los consumidores al dar lugar a un incremento de los precios y/o una reducción del número de vuelos. Considera que el análisis de la regresión realizado por la Comisión es «gravemente defectuoso» y no permite llegar a esta conclusión. Además, afirma que la Comisión ignoró un estudio en profundidad que demostraba que los precios no eran más elevados en las rutas en las que operaba un sólo operador que en las que operaban múltiples transportistas.

- Apreciación del Tribunal.

Ninguna de las alegaciones formuladas por la demandante permiten desvirtuar el análisis recogido en la Decisión impugnada. De todo lo anterior se desprende que el primer motivo debe desestimarse en su totalidad.

➡ ***El segundo motivo se basa en la existencia de errores manifiestos al evaluar las barreras para el acceso al mercado.***

La Comisión examinó la cuestión de la medida en que la entrada de un nuevo competidor podría ejercer presión sobre el comportamiento de la entidad resultante de la concentración. La Comisión señaló que, para que pueda considerarse que una entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de la concentración, debería ser considerada probable, realizarse con prontitud y ser suficiente para evitar o combatir los efectos contrarios a la competencia potenciales de la concentración.

El análisis realizado por la Comisión en la Decisión impugnada, el cual es pertinente en el marco de la apreciación del presente motivo, se divide en las etapas siguientes:

- **La comprobación de que las barreras normativas no desempeñan un papel importante en tanto barreras para el acceso al mercado.**
- **Existen barreras para el acceso resultantes de la «sólida posición» de Ryanair y Aer Lingus, quienes disponen de bases importantes en Irlanda.**
- **Los costes y los riesgos de entrada son significativos en un mercado en el que ya operan dos compañías aéreas poderosas en el mercado y bien establecidas.**
- **Existe un riesgo elevado de «represalias agresivas» por parte del conjunto Ryanair-Aer Lingus.**
- **Los competidores consideran los otros mercados más atractivos que el pequeño mercado irlandés.**
- **la saturación de los aeropuertos constituye una barrera importante para el acceso al mercado, tanto si se trata del aeropuerto de Dublín como si se refiere a algunos de los aeropuertos de destino.**

- **La sólida posición de la entidad resultante de la concentración en el aeropuerto de Dublín obstaculice el desarrollo de los competidores.**

La Comisión llegó a la conclusión de que una nueva entrada es improbable, no se producirá con prontitud ni será suficiente para ejercer una presión competitiva suficiente frente a la entidad resultante de la concentración y eliminar los posibles efectos contrarios a la competencia de la concentración planeada.

1. *Sobre el significado que ha de darse a la entrada de nuevos competidores en los mercados de referencia.*

- *Alegaciones de las partes:*

Para que pueda considerarse que una entrada ejerce una presión competitiva suficiente, ésta debe ser probable, producirse con prontitud, y ser suficiente para disuadir o impedir los posibles efectos contrarios a la competencia de la concentración planeada. Sin embargo, la Comisión incurrió en varios errores manifiestos de apreciación al evaluar si concurrían dichos requisitos en el caso de autos y llegar a la conclusión de que cualquier nueva entrada es improbable, no se producirá con prontitud y será insuficiente para oponer una presión competitiva suficiente ante la entidad resultante de la concentración y eliminar los posibles efectos contrarios a la competencia de la concentración planeada.

- *Apreciación del Tribunal.*

La mera «amenaza» de una entrada que invoca la demandante no es suficiente. Tampoco lo es la explicación formulada por la demandante según la cual la falta de entradas se explica por su eficiencia en las rutas de que se trata y la satisfacción de la clientela, lo que elimina toda perspectiva de rentabilidad para un nuevo operador. En este punto de la evaluación, es preciso determinar las características de una perspectiva de entrada que compense los efectos contrarios a la competencia definidos concretamente en la Decisión impugnada.

2. Sobre las entradas y salidas en el sector del transporte aéreo.

- Alegaciones de las partes:

Las numerosas entradas y salidas que caracterizan el sector del transporte aéreo en Europa desde su desregulación (véase el informe de York Aviation, de 31 de julio de 2008, relativo a las entradas y salidas en el transporte aéreo europeo) contradicen la existencia de barreras para el acceso alegada por la Comisión. Dicho sector se caracteriza por una competencia dinámica y un escaso nivel de barreras para el acceso, como muestra la «fulgurante expansión» de Ryanair en Europa. Varias autoridades de la competencia han declarado que las cuotas de mercado no deben considerarse necesariamente un indicio de la existencia de barreras para el acceso.

- Apreciación del Tribunal.

No procede considerar que las numerosas entradas y salidas que caracterizan el sector del transporte aéreo en Europa desde su desregulación contradiga la existencia de barreras para el acceso señalada por la Comisión en la Decisión impugnada.

3. Sobre la toma en consideración del modelo económico de Ryanair.

- Alegaciones de las partes:

La Comisión que no evaluó las entradas en el contexto del modelo económico (bajo coste-precios bajos) que ella aplica. Alega que una barrera para el acceso se define como un factor que «imposibilita el acceso o elimina su rentabilidad a la vez que permite a las empresas existentes aplicar precios superiores al nivel que resultaría del juego de la competencia». La falta de entradas actualmente en las rutas que Ryanair explota desde Dublín no es una señal de barreras para el acceso elevadas, ni de un defecto en el proceso competitivo.

- Apreciación del Tribunal.

De lo anterior resulta que no puede reprocharse a la Comisión haber realizado una evaluación errónea de la situación competitiva al no tener suficientemente en cuenta el modelo económico de Ryanair a la hora de apreciar las probabilidades de entrada en los mercados afectados.

4. Sobre las ventajas relativas a la posesión de bases de operaciones en Irlanda.

- Alegaciones de las partes:

La demandante niega que la supuesta «posición sólida» que ella y Aer Lingus ostentan se deba a sus importantes bases en Irlanda. Considera que la Comisión no aportó una definición del concepto de base y se limitó a sostener que la gran presencia de Ryanair y Aer Lingus en el aeropuerto de Dublín les confería una ventaja sobre las compañías aéreas rivales.

- La demandante niega la existencia de economías de escala en lo que respecta a las bases.
- La demandante sostiene que en el aeropuerto de Dublín no obtiene ninguna ventaja competitiva excepcional debido a su tamaño.
- La demandante afirma que no dispone de una capacidad de reacción más rápida ante las modificaciones de la demanda debido a operaciones más importantes con salida desde un aeropuerto.
- La demandante considera que los competidores que disponen de una base en Dublín ejercerán una presión sobre la entidad resultante de la concentración.
- Los competidores que disponen de una base en el otro extremo de las rutas con Dublín ejercen una presión competitiva sobre la entidad resultante de la concentración.
- la demandante afirma que las compañías que explotan rutas de punto a punto sin disponer de una base, denominadas «rutas en W», constituyen una presión competitiva efectiva en determinadas rutas.

- Apreciación del Tribunal.

Deben desestimarse las alegaciones de la demandante relativas a la crítica del análisis de las barreras para el acceso que suponen las ventajas resultantes de la explotación de una base de operaciones en Irlanda.

5. Sobre los costes y los riesgos relativos a una entrada en el mercado.

- Alegaciones de las partes:

La demandante niega que su marca y sus técnicas de comercialización, así como las de Aer Lingus, puedan constituir una ventaja competitiva. A su juicio, la rápida expansión de Ryanair estos últimos años basta para demostrar que no es necesario poseer una marca reconocida para entrar en un nuevo mercado.

- Apreciación del Tribunal.

Desestimar las alegaciones de la demandante relativas a la crítica del análisis de las barreras para el acceso que suponen los costes y los riesgos derivados de una entrada en el mercado.

6. Sobre la reputación de Ryanair como barrera para el acceso.

- Alegaciones de las partes:

La política agresiva basada en los bajos precios gracias a sus costes reducidos no constituye una barrera a la entrada, en contra de lo que afirma la Comisión. Afirma que el comportamiento de Ryanair es el de un operador que participa normalmente en un mercado liberalizado. Además, considera que la Comisión no demostró la existencia de un perjuicio real causado a los consumidores mediante la prueba de que Ryanair aplicaría precios superiores al nivel competitivo una vez que el competidor dejase el mercado.

- Apreciación del Tribunal.

Desestimarse las alegaciones relativas al análisis de la incidencia de la reputación de Ryanair sobre la llegada de competidores potenciales.

7. Sobre la «prontitud»

- Alegaciones de las partes:

La Comisión indicó que «la apertura de una nueva ruta con salida desde un nuevo aeropuerto puede llevar entre tres y doce meses» y que «son necesarios al menos doce meses para garantizar su rentabilidad». Pues bien, según la demandante, en lugar de considerar que dicha entrada se realizó con prontitud de conformidad con el período de dos años establecido en las Directrices, la Comisión consideró erróneamente en la Decisión impugnada que existían grandes barreras para el acceso por ese motivo.

- Apreciación del Tribunal.

En consecuencia, debe desestimarse la alegación relativa a la prontitud.

8. Sobre la existencia de rutas más rentables fuera de Irlanda.

- Alegaciones de las partes:

La Decisión impugnada, la demandante afirma que explotar rutas a partir de Dublín sería al menos tan rentable como hacerlo «desde Europa del Este o Escandinavia». Sostiene que los gastos de comercialización no son más elevados en Irlanda que en otros lugares. Añade que cerca de 90 compañías aéreas, entre las que figuran numerosas que han entrado recientemente, utilizan actualmente el aeropuerto de Dublín. A su juicio, no es necesario que Irlanda disponga de aeropuertos secundarios, puesto que los de Dublín, Cork y Shannon son fácilmente accesibles a los operadores con prestaciones mínimas.

- Apreciación del Tribunal.

Desestimar las alegaciones formuladas por la demandante para rebatir la mayor rentabilidad que suponen para algunos competidores las rutas que se explotan «desde Europa del Este o Escandinavia» en comparación con las rutas que se explotan a partir de Dublín.

9. *Sobre la saturación aeroportuaria.*

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante niega el hecho de que la saturación alegada del aeropuerto de Dublín constituya una barrera para el acceso. En la práctica, la disponibilidad de las franjas horarias tan sólo se ve reducida durante una hora por las mañanas, para los aviones que despegan, y durante uno o dos períodos breves, que pueden llegar a media hora, al final de la tarde y durante la noche, para los aviones que aterrizan. Es habitual que los aeropuertos conozcan tales períodos de gran actividad a la vez que conservan posibilidades sustanciales de crecimiento. Para que las compañías aéreas competidoras puedan realizar tres o cuatro viajes de ida y vuelta al día, basta con que realicen vuelos con destino a Dublín desde las bases situadas en el otro extremo de la ruta, evitando los períodos en los que las pistas del aeropuerto de Dublín están muy saturadas. El incremento considerable del número de pasajeros en Dublín se produce a pesar de la capacidad del aeropuerto, que, fue, no obstante, considerada limitada por la Dublin Airport Authority.

- *Apreciación del Tribunal.*

Procede desestimar la alegación relativa a la saturación aeroportuaria.

10. *Sobre la posición del conjunto Ryanair-Aer Lingus en el aeropuerto de Dublín.*

- Alegaciones de las partes:

La entidad resultante de la concentración no dispondrá de un mayor poder de negociación en el marco del procedimiento de consulta relativo a las tasas aeroportuarias, a la afectación del equipamiento en los aeropuertos o a los proyectos de expansión. La Commission for Aviation Regulation, entidad totalmente independiente tanto de Ryanair como de Aer Lingus, decide sobre la cuantía de las tasas que la Dublin Airport Authority puede exigir en el aeropuerto de Dublín por las instalaciones necesarias para todos los usuarios. Además, debido a las numerosas disputas que Ryanair ha mantenido con la Dublin Airport Authority, no existe ningún motivo para creer que la entidad resultante de la concentración tendrá mayores posibilidades de influenciar los proyectos de expansión.

- Apreciación del Tribunal.

La alegación relativa a la posición del conjunto Ryanair-Aer Lingus en el aeropuerto de Dublín debe desestimarse.

➡ ***El tercer motivo se basa en errores manifiestos de apreciación cometidos en el marco del análisis realizado ruta por ruta.***

1. Sobre la admisibilidad.

- Alegaciones de las partes:

El análisis ruta por ruta realizado está viciado por tres errores principales.

Se basa en los «errores generales» mencionados en el marco del primer y segundo motivo.

Se basa igualmente en pruebas carentes de solidez y no tiene en cuenta datos aportados por Ryanair durante el procedimiento administrativo.

La Comisión incurrió en error al excluir de su análisis a todos los transportistas nacionales tradicionales debido a que no eran pertinentes para evaluar las consecuencias de la concentración, siendo así que varios de ellos estaban presentes y ejercían una presión competitiva en algunas de las 35 rutas examinadas. La demandante presentó un primer informe, el informe de York Aviation, con fecha de septiembre de 2007, que incluye un resumen

de los datos utilizados para cada ruta afectada así como las críticas que formula sobre la manera en que fueron utilizados por la Comisión

- Apreciación del Tribunal.

Con arreglo al artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal no tendrá en cuenta el contenido del segundo informe de York Aviation en el marco de su apreciación de las alegaciones de las partes.

2. Sobre el fondo:

- **Sobre la ruta Dublín-Londres**

- Alegaciones de las partes:

La demandante sostiene que, en la ruta Dublín-Londres, que supone alrededor del 30 % del mercado del transporte de viajeros entre Irlanda y los demás Estados miembros de la Unión, con cerca de 320 rotaciones cada semana, de entre las cuales, 100 son realizadas por bmi, British Airways y CityJet, la Comisión no presentó ninguna prueba que permita considerar que dichos competidores no podían ejercer una presión competitiva sobre la entidad resultante de la concentración.

- Apreciación del Tribunal

En consecuencia, habida cuenta del hecho de que sus observaciones son superficiales y fragmentarias, la demandante no demuestra de manera suficiente en Derecho que el análisis de la Comisión carezca de fundamento en lo que respecta a la ruta Dublín-Londres. En efecto, la demandante se limita, en esencia, a sostener que la Comisión no presentó pruebas que permitan considerar que los tres competidores examinados en la Decisión impugnada, los cuales representan alrededor del 20 % de cuota de mercado, no podían ejercer una «presión competitiva» sobre la entidad resultante de la concentración, quien controlaría cerca del 80 % de dicho mercado, siendo así que la Comisión expuso en la Decisión impugnada los motivos por los que dichos competidores no podían competir eficazmente con esta nueva entidad

debido al modelo económico diferente, las barreras para el acceso y la extensión de la capacidad, así como sus otras prioridades de desarrollo.

- ***Sobre las rutas Dublín-Birmingham, Dublín-Edimburgo, Dublín-Glasgow, Dublín-Manchester y Dublín-Newcastle.***

- *Alegaciones de las partes:*

La Comisión consideró que ella y Aer Lingus no se enfrentarían a presiones competitivas significativas por parte de otras compañías aéreas en las rutas Dublín-Birmingham, Dublín-Edimburgo, Dublín-Glasgow, Dublín-Manchester y Dublín-Newcastle, las cuales representan cerca de 3 millones de pasajeros al año, además de una actuación incoherente en el análisis de las rutas.

- *Apreciación del Tribunal*

La Comisión refutó igualmente en la Decisión impugnada las alegaciones invocadas por Ryanair sobre este punto durante el procedimiento administrativo en lo que respecta a los competidores potenciales que disponen de una base en el aeropuerto de destino o a CityJet. La demandante no desvirtúa el razonamiento de la Comisión, el cual se considera suficiente para justificar las conclusiones que se extraen del mismo en la Decisión impugnada.

- ***Sobre las rutas Shannon-Londres y Cork-Londres.***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante sostiene que la Comisión modificó la extensión del mercado geográfico según sus necesidades. Alega que en su valoración de la competencia existente, la Comisión incluyó todos los aeropuertos de Londres en el mercado pertinente. Añade que, sin embargo, a la hora de valorar las entradas potenciales, la Comisión afirmó que los aeropuertos de Luton y Londres-City no podían sustituir a los de Heathrow, Gatwick o Stansted

- *Apreciación del Tribunal*

En consecuencia, las alegaciones de la demandante no desvirtúan las conclusiones según las cuales la operación prevista obstaculizaría considerablemente la competencia efectiva debido a la creación de una posición dominante en las rutas de Shannon-Londres y Cork-Londres.

- ***Sobre las rutas Dublín-Fráncfort, Dublín-París, Dublín-Madrid, Dublín-Bruselas, Dublín-Berlín y Dublín-Hamburgo (Lübeck)***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante reprocha a la Comisión haber excluido de su análisis a las siguientes compañías: Lufthansa, en lo que respecta a las rutas Dublín-Berlín, Dublín-Fráncfort y Dublín-Hamburgo (Lübeck), debido a que los pasajeros de punto a punto tan sólo representaban una pequeña parte de la actividades de esta compañía; CityJet, en lo que respecta a la ruta Dublín-París, debido a que se dirigía especialmente a una clientela de negocios más rentable; Iberia, por lo que se refiere a la ruta Dublín-Madrid, debido a que su modelo económico se basa en actividades en red con un servicio a bordo completo; Brussels Airlines, KLM, así como VLM, Transavia y Airlinair en lo que respecta a la ruta Dublín-Bruselas. Según la demandante, la afirmación de la Comisión de que estos transportistas no podrían responder de manera efectiva a un incremento de precios por parte de la entidad resultante de la concentración «no es creíble», en particular porque ya operan en las rutas afectadas.

- *Apreciación del Tribunal*

A pesar de que el razonamiento de la Comisión para examinar cada ruta es muy similar, cada una de ellas presenta una cierta particularidad que ha de recordarse, en particular en lo que respecta a los competidores o a las compañías aéreas que pueden entrar en estos mercados para competir con la entidad resultante de la concentración.

- ***Sobre las rutas Dublín-Milán y Dublín-Roma***

- Alegaciones de las partes:

La demandante sostiene que la Comisión incurrió en error al descartar a Alitalia como competidor potencial de la entidad resultante de la concentración debido a su reciente retirada de las rutas Dublín-Roma y Dublín-Milán así como a sus dificultades financieras. Asimismo, considera que la Comisión incurrió en error al descartar la existencia de una amenaza competitiva por parte de dicho transportista en red que ofrece un servicio completo a bordo.

- Apreciación del Tribunal

En lo que respecta a la ruta Dublín-Milán, la realización de la operación llevaría a la creación de un monopolio que eliminaría toda la competencia existente en dicha ruta (para el verano del 2007 se preveía una cuota de mercado acumulada del 100 %).

Por lo que se refiere la ruta Dublín-Roma, la realización de la operación llevaría a la creación de un monopolio que eliminaría toda la competencia existente en dicha ruta (para el verano del 2007 se preveía una cuota de mercado acumulada del 100 %).

En consecuencia, procede considerar que, sin perjuicio del resultado del análisis de las eficiencias y de los compromisos realizados en el marco del examen realizado por la Comisión declaró acertadamente que la concentración planeada era incompatible con el mercado común.

➡ ***El cuarto motivo se refiere a errores manifiestos de apreciación cometidos en el marco del examen de las eficiencias resultantes de la concentración.***

Con carácter preliminar, procede señalar que el Reglamento de concentraciones establece que

Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas.

Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. La Comisión debe publicar unas directrices relativas a las condiciones en las que podrá tomar en consideración las eficiencias en el análisis de una concentración.

La Comisión, apoyada por Irlanda y Aer Lingus, señala que, en la medida en que la operación de concentración llevaría a una posición cercana al monopolio, es altamente improbable que pueda declararse que es compatible con el mercado común debido a que las eficiencias generadas contrarrestarían sus efectos contrarios a la competencia. En todo caso, considera que no se cumple ninguno de los tres criterios que han de examinarse: a su juicio, las eficiencias alegadas por Ryanair no son verificables, inherentes a la concentración, ni se trasladan a los consumidores.

- ***Sobre el carácter verificable de las eficiencias alegadas.***
- ***Alegaciones de las partes:***

En primer lugar, la demandante niega la observación de la Comisión según la cual sus afirmaciones sobre las eficiencias se basan en elementos muy hipotéticos (considerando 1133 de la Decisión impugnada). Afirma que aportó a la Comisión «cálculos muy detallados» sobre la base de la experiencia adquirida durante quince años de actividades comerciales en Europa y la utilización de más de 130 aviones en más de 500 rutas.

En segundo lugar, la demandante señala que, para alegar que las eficiencias no se pueden verificar, la Comisión sostiene que implican que debería poder transferir «enteramente» su modelo económico a Aer Lingus

sin degradar determinadas características del producto. Así, sostiene que la Comisión reconoce la existencia de una diferencia entre el modelo económico de Ryanair y el de Aer Lingus.

En tercer lugar la flota de Aer Lingus es mucho mayor que la de Buzz y, por tanto, las economías realizadas en lo que respecta al carburante, al mantenimiento y a las sustituciones son mucho mayores, no inferiores a los que permitiría la referida adquisición. Añade que, como hizo con Buzz, Ryanair podrían reemplazar los aviones de que se trata y negociar mejores condiciones de alquiler que las que actualmente acepta Aer Lingus.

En cuarto lugar, la demandante recuerda que se comprometió irrevocablemente, en el marco de la OPA, a reducir los precios de Aer Lingus, a eliminar los suplementos relativos al carburante en una cuantía precisa, a mantener las frecuencias y a mejorar el servicio. Afirma que la existencia de eficiencias le habría permitido satisfacer estos compromisos a la vez que garantizaba su rentabilidad.

En quinto lugar, la demandante insiste sobre la capacidad de la entidad resultante de la concentración para realizar economías en materia de publicidad debido a un superior poder de compra en toda la red que se abarcaría tras la operación.

En sexto lugar, la demandante reprocha a la Comisión no haber reconocido el interés que suponía para ella la posibilidad de utilizar sus opciones que le permitían comprar o alquilar aviones Boeing 737 para reemplazar aquellos alquilados a un coste muy alto por Aer Lingus. Afirma que la Comisión consideró que se trataba de una «simple cesión de alquiler». Según la demandante, si no se produjese la concentración, no sería necesario para el funcionamiento de Ryanair que ejercitase todas estas opciones.

En séptimo lugar, la demandante señala que la Comisión incurrió en error al «presumir», en el considerando 1139 de la Decisión impugnada, que algunas de las economías previstas en materia de tasas aeroportuarias requerían el traspaso de los vuelos de Aer Lingus desde los aeropuertos principales con costes muy elevados a aeropuertos secundarios con costes reducidos. Afirma que, en efecto, Ryanair demostró que las economías

potenciales en lo que respecta a las tasas aeroportuarias no se basaban en una reducción de los costes del aeropuerto de Dublín o en una modificación de los aeropuertos de destino de Aer Lingus.

En octavo lugar, la demandante sostiene que la Comisión malinterpretó el Derecho societario irlandés, ya que en virtud de dicha normativa, Ryanair controlará Aer Lingus desde el momento en que adquiera el 50 % de las acciones de la misma.

- *Apreciación del Tribunal*

De las anteriores consideraciones resulta que deben desestimarse las alegaciones de la demandante relativas al carácter verificable de las eficiencias alegadas.

- ***Sobre el carácter inherente a la concentración de determinados aspectos del incremento de la eficiencia alegado.***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante rebate la afirmación de la Comisión según la cual, probablemente, algunas de las eficiencias, como son la reducción de los gastos de personal, una mejor utilización de los aviones, así como la reducción de los gastos de carburante y de distribución, «no sean inherentes a la concentración» y Aer Lingus podría obtenerlas independientemente de la misma. La demandante reconoce que los costes unitarios de Aer Lingus han bajado desde el 2001, pero señala que el último informe intermedio de esta compañía muestra un incremento de los costes. Añade que los costes de Aer Lingus siguen siendo esencialmente superiores a los de Ryanair, y la diferencia va en aumento. Según la demandante, sin la operación, Aer Lingus no podrá beneficiarse de las economías de escala resultantes de su adquisición por Ryanair.

- *Apreciación del Tribunal*

En consecuencia, procede desestimar las alegaciones relativas al carácter inherente a la concentración de determinadas eficiencias invocadas.

- ***Sobre el beneficio para los consumidores.***
- *Alegaciones de las partes:*

La demandante señala que la Comisión admitió el vínculo existente entre los costes fijos derivados de la entrada en una ruta y los niveles de beneficio a partir de los cuales la entrada es rentable, así como el incremento de la competencia que dicha entrada puede generar en una determinada ruta. Por tanto, considera que la Comisión incurrió en error al considerar que «las eficiencias alegadas en lo que respecta a los costes fijos no afectan a las decisiones de Ryanair relativas a la fijación del precio de los vuelos existentes».

- *Apreciación del Tribunal*

De las anteriores consideraciones resulta que deben desestimarse todas las alegaciones de la demandante relativas al carácter verificable de las eficiencias, a su carácter inherente a la concentración y al beneficio de los consumidores. En consecuencia, puesto que la demandante no ha demostrado que el análisis realizado por la Comisión en la Decisión impugnada sea erróneo en lo que respecta a los tres requisitos acumulativos establecidos para definir las circunstancias en las que las eficiencias pueden tomarse en consideración para apreciar una concentración, procede desestimar el cuarto motivo en su totalidad.

- ***Conclusión sobre el análisis de los efectos de la operación sobre la competencia.***

Del análisis de los cuatro primeros motivos resulta que ninguna de las alegaciones presentadas por la demandante desvirtúan las afirmaciones realizadas por la Comisión en la Decisión impugnada, a cuyo tenor la realización de la concentración obstaculizaría considerablemente la competencia efectiva debido a la creación de una posición dominante en varios mercados desde o hacia Dublín, Cork y Shannon.

Estas posiciones dominantes son o bien monopolísticas, o bien cuasi-monopolísticas o muy importantes y bastan, por sí mismas, para confirmar la conclusión de la Comisión, según la cual debe declararse la incompatibilidad de la concentración con el mercado común.

► ***El quinto motivo se basa en la existencia de errores manifiestos de apreciación en el marco del análisis de los compromisos propuestos por Ryanair.***

• ***Consideraciones preliminares.***

• ***Sobre el marco de análisis de los compromisos-***

El control de las concentraciones tiene por objeto brindar a las empresas interesadas la autorización necesaria y previa a la realización de toda operación de concentración de dimensión comunitaria. En el marco de dicho control, estas empresas pueden proponer compromisos a la Comisión con el fin de obtener una decisión por la que se declare la compatibilidad de su operación con el mercado común (sentencia del Tribunal de 9 de septiembre de 2008, MyTravel/Comisión, T-212/03).

En función del estado de evolución del procedimiento administrativo, los compromisos propuestos deben permitir a la Comisión

- considerar que la operación notificada ya no suscita serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común en la fase de investigación preliminar.
- responder a las objeciones formuladas en el marco de la investigación en profundidad

Estos compromisos permiten por tanto, en un primer momento, evitar que se incoe la fase de investigación en profundidad o, en una fase ulterior, evitar que se adopte una decisión por la que se declare la incompatibilidad de la operación con el mercado común (véase la sentencia MyTravel/Comisión).

El artículo 8, apartado 2, del Reglamento de concentraciones permite, en efecto, a la Comisión incorporar a una decisión por la que se declare que una concentración es compatible con el mercado común y cumplan los

compromisos que hayan contraído con esta institución para hacer que la concentración sea compatible con el mercado común.

Teniendo en cuenta tanto la importancia de los intereses económicos y las consecuencias industriales o comerciales inherentes a este tipo de operaciones como los poderes de los que dispone la Comisión en este ámbito, es ventajoso para las empresas interesadas facilitar el trabajo de la administración.

Procede señalar igualmente que, en el marco de control de las concentraciones, la Comisión está únicamente facultada para aceptar compromisos que hagan posible declarar la operación notificada compatible con el mercado común.

Los compromisos propuestos por una de las partes sólo cumplen este criterio en la medida en que la Comisión pueda concluir, con seguridad, que será posible ejecutarlos y que los remedios que se derivan de ellos serán lo suficientemente viables y duraderos para que la creación o la consolidación de una posición dominante, o los obstáculos a una competencia efectiva, que los compromisos tengan como finalidad impedir, no podrán producirse en un futuro relativamente próximo.

Los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas de conformidad con el apartado 2 del artículo 8 del Reglamento de concentraciones se presentarán a la Comisión en un plazo no superior a 65 días hábiles a partir de la fecha de inicio del procedimiento.

Pueden tenerse en cuenta tales compromisos de las partes en una operación de concentración notificada si se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, que dichos compromisos resuelvan claramente y sin necesidad de investigación adicional los problemas de competencia identificados y, por otra parte, que haya tiempo suficiente para consultar a los Estados miembros sobre estos compromisos.

• *Sobre la descripción y la evaluación de los compromisos de 3 de mayo de 2007.*

Durante el procedimiento administrativo, Ryanair presentó varias series de compromisos:

- el 29 de noviembre de 2006, los «compromisos iniciales de la fase I».
- el 14 de diciembre de 2006, los «compromisos modificados de la fase I».
- el 17 de abril de 2007, en respuesta al pliego de cargos, los «compromisos iniciales de la fase II».
- el 3 de mayo de 2007, según ella, los «compromisos definitivos» (en lo sucesivo, los «compromisos de 3 de mayo de 2007»).

Compromisos relativos a franjas horarias:

- liberar franjas horarias en las rutas con salida desde Londres-Heathrow y con destino al mismo aeropuerto en el marco de un «acuerdo de arrendamiento».
- liberar franjas horarias en otras rutas en las que los servicios se solapan desde y hacia Dublín.
- liberar, si fuera necesario, franjas horarias en las rutas en las que sus servicios se solapan desde y hacia Cork y Shannon y un número equivalente de franjas horarias en Londres-Stansted.
- «no finalizar la compra de Aer Lingus» antes de encontrar un «comprador» que se comprometiese a ocupar las franjas horarias para la explotación de los aparatos con base en Dublín.

Compromisos relativos no relacionados con las franjas horarias:

- Ryanair se comprometió a reducir inmediatamente, en al menos un 10 %, las tarifas de los vuelos de corto recorrido de Aer Lingus, a suprimir inmediatamente los suplementos por carburante que Aer Lingus aplica a sus vuelos de largo recorrido, a conservar la marca Aer Lingus y a mantener una explotación de Aer Lingus separada de la suya.
- Ryanair se comprometió, por un lado, a no aumentar las frecuencias de los vuelos en todas las rutas afectadas en las que los servicios se solapan más allá de las frecuencias explotadas conjuntamente por ella y Aer Lingus.

En primer lugar, la Comisión señaló que los compromisos de 3 de mayo de 2007 estaban formulados en términos poco claros y a menudo contradictorios.

A su juicio, debido a su falta de claridad, no era posible ejecutarlos ni aplicarlos.

En segundo lugar, la Comisión examinó el contenido de los compromisos de 3 de mayo de 2007, antes de llegar a la conclusión de que no podrían eliminar los problemas de competencia identificados.

La Comisión expuso una serie de motivos de oposición a los compromisos:

- **En lo que respecta a las franjas de las rutas:** que no existía ningún indicio de entrada suficiente en la gran mayoría de las rutas identificadas, y que esta oferta de franjas horarias no restablecería la competencia en una parte importante de las treinta rutas afectadas en las que los servicios se solapan. Así, la Comisión señaló que la propuesta de un «comprador inicial» no bastaba para corregir la falta de perspectivas de entrada y que el alcance de los compromisos propuestos era insuficiente.

- **En lo que respecta a las franjas horarias:** la Comisión expresó sus dudas en cuanto al carácter suficiente y a la efectividad de estos compromisos por varios motivos: la dificultad para determinar si estas compañías aéreas podrían ofrecer servicios de bajo coste comparables a los propuestos por Ryanair, capaces de reemplazar de manera suficiente la desaparición de la presión competitiva ejercida por Aer Lingus.

- **En lo que se refiere al resto de compromisos:** reducción inmediata en al menos un 10 % de las tarifas de los vuelos de corto recorrido de Aer Lingus, en la supresión inmediata de los suplementos por carburante aplicados en los vuelos de largo recorrido, en la «congelación de frecuencias» y en el mantenimiento de una explotación de las marcas separada, la Comisión declaró que no resolvían directamente ninguno de los problemas de competencia identificados y que planteaban numerosas cuestiones relativas a su supervisión y a la aplicabilidad de la misma.

- ***Sobre la descripción y la evaluación del proyecto de compromisos de 1 de junio de 2007***

La Comisión precisó que, según Ryanair, las modificaciones propuestas pretendían «resolver» los defectos identificados en lo que respecta a los compromisos de 3 de mayo de 2007.

La Comisión indicó que el proyecto de compromisos de 1 de junio de 2007 fue comunicado explícitamente como una versión preliminar, sin firma y sin respetar los requisitos formales exigidos de conformidad con el artículo 20 del Reglamento nº 802/2004. En consecuencia, la Comisión consideró que, habida cuenta de que Ryanair no había presentado formalmente nuevos compromisos, no tenía la obligación de evaluarlos en la Decisión impugnada.

De todas formas no habrían sido en ningún caso suficientes para permitirle llegar a la conclusión, sobre la base de las informaciones de que ya disponía, de que solucionarían completamente y sin ambigüedad los problemas de competencia identificados.

- ***Sobre la inexistencia de lagunas formales en los compromisos de 3 de mayo de 2007.***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante sostiene que la Comisión no puede afirmar que los compromisos de 3 de mayo de 2007 no fueron propuestos válidamente (considerandos 1167 a 1182 de la Decisión impugnada) y que no tiene la obligación de evaluarlos. Puesto que el contenido de dichos compromisos se analiza en la Decisión impugnada, considera que no puede alegarse que no podían ser analizados. A este respecto, la demandante niega la existencia de las lagunas formales identificadas en la Decisión impugnada.

La demandante sostiene que la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que había clarificado varias de las ambigüedades alegadas en la Decisión impugnada y que las supuestas incoherencias que seguían existiendo no podían impedir la adopción de los compromisos.

- *Apreciación del Tribunal*

Las alegaciones formuladas por la demandante no desvirtúan la conclusión de la Comisión.

En primer lugar, en lo que respecta a las lagunas formales la demandante no puede negar la existencia de las lagunas identificadas. En lo que respecta al formato utilizado para presentar los compromisos, la falta de claridad del compromiso relativo al «comprador inicial» de las franjas horarias, los mecanismos de cesión de dichas franjas y el seguimiento de los compromisos de conducta, basándose únicamente en el pretexto de que se realizó un análisis en profundidad de dichos compromisos, ya que dicho análisis se realizó a mayor abundamiento, suponiendo que dichos compromisos hubieran sido presentados de manera que se pudiese garantizar su aplicación.

En segundo lugar, la demandante no puede invocar la actitud de la Comisión en lo que respecta a los compromisos presentados con anterioridad, puesto que, no se le puede permitir, además, que adjunte declaraciones o dictámenes sobre el análisis realizado por la Comisión en una propuesta de compromisos en la medida en que esta propuesta debe poner de manifiesto la voluntad de eliminar los problemas identificados en esa fase a cambio de una decisión de autorización.

En consecuencia, la demandante no formula alegaciones que permitan desvirtuar, de manera suficiente en Derecho, la apreciación de la Comisión recogida en la Decisión impugnada.

• ***Sobre la inexistencia de lagunas formales en el proyecto de compromisos de 1 de junio de 2007.***

• *Alegaciones de las partes:*

La demandante sostiene que la Comisión incurrió en error al afirmar, que el proyecto de compromisos de 1 de junio de 2007 no se había propuesto

válidamente y que no tenía la obligación de evaluarlo. El contenido del proyecto había sido analizado en la Decisión impugnada, no puede alegarse que no podía serlo. El escrito que envió a la Comisión el 1 de junio de 2007 se presentó como una «versión provisional» para permitir a ésta realizar las modificaciones de formulación finales del documento que fuesen necesarias para lograr que los compromisos resultasen claros, carentes de ambigüedad y coherentes.

- *Apreciación del Tribunal*

En consecuencia, la demandante no formula alegaciones que permitan desvirtuar, de manera suficiente en Derecho, la apreciación de la Comisión recogida en la Decisión impugnada.

- ***Sobre la apreciación del fondo de los compromisos de 3 de mayo de 2007 y del proyecto de compromisos de 1 de junio de 2007***

- *Alegaciones de las partes:*

La demandante reprocha a la Comisión haber sobrevalorado la presión competitiva que ella y Aer Lingus ejercían entre sí y haber incurrido en error en el marco de la apreciación del riesgo de una entrada que pudiera impedir la explotación contraria a la competencia de un monopolio (véanse las Directrices y la sentencia easyJet/Comisión, citada en el apartado 102 supra). Sostiene que la Comisión exigió desproporcionadamente que Ryanair consiguiese un «comprador inicial» que basase un número considerable de aparatos en Dublín para competir inmediatamente con la entidad resultante de la concentración basándose en un análisis erróneo de los efectos de la concentración.

- *Apreciación del Tribunal*

Desestimar el quinto motivo tanto en lo que respecta a la validez formal de las propuestas enviadas a la Comisión en el marco del procedimiento administrativo como por lo que se refiere a la apreciación del fondo del contenido de dichas propuestas.

A la luz de las anteriores consideraciones procede desestimar el recurso interpuesto por Ryanair.

6.9. FALLO DEL TRIBUNAL

Finalmente el Tribunal desestima el recurso.

Ryanair Holdings plc cargará con sus propias costas así como con aquéllas en las que hayan incurrido la Comisión Europea y Aer Lingus Group plc.

CONCLUSIONES

1. Para que los mercados funcionen de forma eficaz se requiere que no existan limitaciones a la competencia y que no haya posiciones monopolísticas, que limitan las posibilidades de elección de los consumidores y encarecen los productos y servicios. Los mercados competitivos pueden maximizar el bienestar general. Por otra parte, la

competencia es un importante factor estimulador del progreso técnico y de las innovaciones, con todo lo que suponen para el desarrollo de la humanidad.

2. La política de defensa de la competencia persigue la consecución de mercados en los que los participantes actúen en régimen de libre competencia y en los que no existan barreras de entrada legales no justificadas. Otros objetivos de la política de la competencia son el asegurar la libertad económica individual de las empresas y la no concentración del poder económico y social.

3. Es ciertamente importante que los mercados de una economía no estén intervenidos y sean competitivos. Un contexto de libertad de intercambios a nivel internacional es todavía más conveniente. En efecto, la existencia de sectores preservados de la competencia provoca ineficiencias que se transmiten al resto de sectores afectando a su competitividad.

4. Las medidas para incrementar la competencia son imprescindibles dentro de las reformas estructurales para facilitar la convergencia de la economía española con los países de economías más sólidas de la Unión Europea. De hecho, la eliminación de las distorsiones de los mercados de bienes y factores es una de las condiciones para que nuestro elevado índice de inflación se homologue con el de los países europeos más saneados.

5. El sector de los transportes ocupa un lugar verdaderamente destacado en el ámbito de la Unión Europea (UE). No en vano, sus efectos se dejan sentir tanto desde el punto de vista macroeconómico como desde la perspectiva microeconómico.

6. El transporte, en sí mismo considerado, constituye una rama autónoma de actividad económica dentro de la UE, además de jugar un papel decisivo en el proceso productivo de otros sectores de carácter económico.

7. Desempeña entre otras, una función básica de cohesión, principalmente económica y social, cuyos efectos van a repercutir en diferentes esferas de la vida comunitaria, lo que constituye sin duda un valor añadido al que tradicionalmente se viene atribuyendo a este sector.

8. El sector de los transportes juega un papel trascendental en el objetivo comunitario de lograr una amplia cohesión en todos los ámbitos de la Unión Europea. En este sentido constituye uno de los instrumentos fundamentales en el fortalecimiento y consecución de este objetivo de la Unión. No se debe olvidar que un desarrollo adecuado de la Política Común de Transportes (en adelante, PCT) permite la reducción de las diferencias territoriales dentro del espacio comunitario europeo, al contribuir a la mejora en el acceso a las regiones insulares y periféricas, al tiempo que contribuye positivamente a la creación de empleo, ya que con ella se fomentan las infraestructuras de transporte y se favorece la movilidad de los trabajadores.

9. Esta función de cohesión del sector de los transportes, presente desde el principio en la mente del legislador comunitario como uno de los objetivos principales dentro del marco de desarrollo de la Política Común de Transportes, se ha visto acentuada sobre todo a partir de la creación del Mercado Único establecido en el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht de 1992.

10. Finalmente, debe insistirse en la importancia de esta materia por un último y relevante factor, la vinculación existente entre empleo y transportes, ya que en todo caso las inversiones en infraestructuras en este sector contribuyen a crear puestos de trabajo, tanto a largo como a corto plazo. En idéntico sentido entiende que la existencia de unos sistemas de transporte eficaces es fundamental para que el funcionamiento del mercado de trabajo pueda garantizar el acceso de los trabajadores al empleo.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEYRO PEREZ, J.M. / MAILLO GONZALEZ-ORUS, J. *El nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia* (Descentralización, análisis económico y cooperación internacional) 2002.
- BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil Valencia 2012*.
- BELLAMY, C. y CHILD, G. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid, 1992.
- CALONGE VELAZQUEZ, A. *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas* 2001, pág. 139.
- CALVO CARAVACA A.L. / CARRASCOSA GONZALEZ, J. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, 2003.
- CARRAU RAMON, J.M.: *La defensa de la competencia en España y en Europa*. Colección Estudios e Informes “La Caixa”. Barcelona 1995.
- CERVANTES CERVANTES, M. “Evolución normativa de la liberación del transporte aéreo en la CE”, 1997, Revista Jurídica de Cataluña.
- CREUS, A. *El nuevo enfoque económico en los acuerdos entre empresas aplicado a los casos de acuerdos horizontales*, 2002, pág. 123 y 124.
- DE RUS, G. *Economía y Política de transporte: principios y tendencias*, 1980, pág. 14 y ss.
- FONT GALAN, J.I.: *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, 1987, pág. 52-54 y 165-174 y 175.
- GALLEGO SANCHEZ, E. *Fundamentos del Derecho Mercantil*. Madrid, 2012.
- GLOSARIO DE TERMINOS UTILIZADOS EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA “Normas de Defensa de la Competencia y Control de las Concentraciones”. Dirección General de la Competencia. Bruselas 2002.
- GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. *La liberación comunitaria del transporte aéreo*, 2001, pág. 615.
- IMMENGA, U. *El Mercado y el Derecho* (Estudios de Derecho de la Competencia). 2001, pág. 75.
- INFORME DEL COMITÉ DE SABIOS PARA EL TRANSPORTE AEREO, 1994.
- JIMENEZ SANCHEZ, G. *Derecho Mercantil*, Madrid 2012, vol.1º, pp 349 y ss.
- LINDE PANIAGUA, E. , *Políticas Comunitarias*, 2001, pág. 222.
- LORA TAMAYO VALLBE, M. *Política de transportes*. Madrid 2007.
- MAMBRILLA RIVERA, V. “Política Comunitaria de transporte”, 2001.
- MASSAGUER FUENTES, J. “Presentación”, RGD. 1990, pág. 247.
- MASSAGUER FUENTES, J. “Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, Aranzadi, Navarra, 2008.

- MORILLAS JARILLO, M.J. *“El transporte aéreo y las ayudas del estado en la UE”*, 1996, pág. 3991-3992
- ODRIOZOLA, M. *“La nueva normativa horizontal en perspectiva”*, 2002.
- PETIT LAVALL M.V. *“Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo”*, 2002, pág. 70-77.
- PINTOS AGER, J. *“La remisión a los Reglamentos Comunitarios de exención en bloque”*, 2001.
- SANCHEZ CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil. Madrid, 2010.*
- SANCHEZ CALERO, F. *Principios de Derecho Mercantil. Madrid, 2011.*
- SORIANO GARCÍA, J.E.: *“Defensa de la Competencia en España”*. 2007.
- TATO PLAZA, A.: *“La Reforma de la Ley de Competencia Desleal”*. 2010, pág. 29 y ss.
- URIA GONZALEZ, R. *Derecho Mercantil. Madrid, 2008.*
- VELASCO SAN PEDRO, Luis A. (Catedrático Derecho Mercantil – Universidad de Valladolid): *“Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la Competencia”*. Valladolid 2010.
- VICIANO PASTOR, J. *“Libre Competencia e Intervención del Estado en la Economía”* Valencia 1895.
- VICENT CHULIA, F. *Compendio Críticos de Derecho Mercantil. Valencia, 1991.*
- VICENT CHULIA, F. *Introducción al Derecho Mercantil. Valencia, 2011.*

- LIBRO VERDE DE LA COMISION EUROPEA relativo a la responsabilidad social de las empresas. 2005.
- LIBRO BLANCO DE LA COMISION EUROPEA relativo a acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. 2008.
- TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA, artículo 3.1-b y 101 y ss. (DOUE DE 30/03/2010).
- DIRECTIVA 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a servicios en el mercado interior.
- REGLAMENTO C.E. 1/2003 sobre aplicación de normas sobre la competencia. (DOUE 4/01/2003).
- REGLAMENTO 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre control de las concentraciones entre empresas (DOUE 29/01/2004).
- EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.
- DIRECTIVA 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.
- DIRECTIVA 2006/114/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a la publicidad engañosa y publicidad comparativa.
- DIRECTIVA 2006/123/CE de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado "DIRECTIVA BOLKESTEIN".
- LIBRO BLANCO sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE.

LEGISLACIÓN: NACIONAL

- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 (Publicada en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978), Artículo 38, 128.2, 131.
- LEY 3/1991 DE 10 de enero DE COMPETENCIA DESLEAL.
- LEY 21/1992 de 16 de julio DE INDUSTRIA.
- LEY 7/1996 de 15 de enero DE ORDENACION DEL COMERCIO MINORISTA.
- Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. (Exposición de motivos).
- LEY 1/2002 de 21 de febrero DE COORDINACION DE COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.
- LEY 15/2007 DE 3 de julio DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
- REAL DECRETO 261/2008 de 22 de febrero REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.
- LEY 29/2009, de 30 de diciembre, POR LA QUE SE MODIFICA EL REGIMEN LEGAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y DE LA PUBLICIDAD PARA LA MEJORA DE LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS
- LEY 17/2010 DE 23 de noviembre sobre LIBRE ACCESO A ACTIVIDADES Y SERVICIOS Y SU EJERCICIO.
- LEY 2/2011 de 4 de marzo de ECONOMIA SOSTENIBLE.

- RESOLUCION de 28 de julio de 2006 REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE CASTILLA Y LEON.
- DECRETO 15/2009 DE 5 de febrero sobre el EJERCICIO DE FUNCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN CASTILLA Y LEON.
- LEY 25/2009 de 22 de diciembre, sobre MODIFICACION DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACION A LA LEY SOBRE LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO.
- DECRETO 8/2012, de 8 de marzo, por el que se modifica el Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se REGULA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEON EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

SENTENCIAS: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA - COMPETENCIA

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Hogin/Comisión*”, asunto 32/1965.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Caso 106/1977 “*Simmenthal*” y Caso 6/1964 “*Costa v. ENEL*”.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Cassisde Dijon*”, 1979.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Italia/Consejo y Comisión*”, asunto 22/1978. 1979
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Reynolds/Comisión*”, asunto 142 y 156/1984.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Clinique*”, 1994.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Courage y Crehan*”, asunto C- 453/1999.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Manfredi*”, asuntos acumulados C- 295/2004 y C-298/2004.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Sentencia “*Ryanair/Comisión*”, asunto T-342/2007