

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS IMPUESTAS O  
FOMENTADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS:  
DEBERES DE LOS ÓRGANOS QUE APLICAN  
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA  
Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS  
(COMENTARIO A LA SENTENCIA *CONSORZIO INDUSTRIE  
FIAMMIFERI*, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2003)

Por FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE\*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ASUNTO *CIF*.—III. LA OBLIGACIÓN DE EXCLUIR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONTRARIAS A LOS ARTÍCULOS 10 CEE Y 81 CE.—IV. LA IMPOSICIÓN DE PRÁCTICAS COLUSORIAS: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS: A) LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA IMPOSICIÓN DE PRÁCTICAS COLUSORIAS. B) LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS ANTES DE *CIF*. C) LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS DESPUÉS DE *CIF*. D) CUANDO LAS EMPRESAS DISPONEN TODAVÍA DE MARGEN PARA RESTRINGIR LA COMPETENCIA MÁS ALLÁ DE LO QUE DERIVA DEL CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LA NORMATIVA NACIONAL.—EL FAVORECIMIENTO DE PRÁCTICAS COLUSORIAS: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS.—VI. LA AUSENCIA DE ACUERDO ENTRE EMPRESAS CUANDO EXISTEN GARANTÍAS DE QUE SE TENDRÁ EN CUENTA EL INTERÉS PÚBLICO.—VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA.—VIII. CONCLUSIONES.

---

\* Miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea. Las opiniones expresadas lo son a título puramente personal.

## I. INTRODUCCIÓN

Los problemas derivados de legislaciones que refuerzan o favorecen comportamientos anticompetitivos vuelven a centrar la atención tras la sentencia *Conorzio Industrie Fiammiferi* (en adelante, *CIF*)<sup>1</sup>. Se trata además de problemas cuya actualidad va más allá de la Comunidad Europea, como lo demuestra el reciente informe de la Federal Trade Commission norteamericana sobre este tema<sup>2</sup>.

La novedad de la sentencia *CIF* no está tanto en la aplicación de los criterios que determinan la existencia de una violación de los artículos 10 CE y 81 CE por parte de los Estados miembros, que fueron objeto de «codificación» en la sentencia *Van Eycke* («*se infringen los artículos 10 CE y 81 CE cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 CE, o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica*», en adelante el «test *Van Eycke*»)<sup>3</sup> y de desarrollo y matización en los años posteriores, sino en la

<sup>1</sup> Sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, C-198/01.

<sup>2</sup> Federal Trade Commission, Office of Policy Planning, *Report of the State Action Task Force*, septiembre 2003, [www.ftc.gov/opa/2003/09/stateaction.htm](http://www.ftc.gov/opa/2003/09/stateaction.htm). La reciente conferencia anual de la Universidad de Fordham sobre International Antitrust Law & Policy tuvo una sesión dedicada a estos problemas. El debate en Europa se beneficia en parte del hecho de que estas cuestiones han sido también objeto de una intensa controversia en los Estados Unidos, en relación con los poderes de los Estados federados de restringir la competencia (la llamada «state action immunity doctrine»). Se trata de una doctrina creada por el Tribunal Supremo según la cual los actos de los Estados no están sujetos al Sherman Act. Tal doctrina incluye los actos adoptados por el Estado como soberano [*Parker v Brown*, 317 U.S. 341 (1943)] pero también aquellos otros comportamientos privados que se realizan en aplicación de la política del Estado, siempre que tal política esté clara y expresamente articulada y que tales comportamientos estén sometidos a una supervisión adecuada por el Estado (*Midcal*) [*California Retail Liquor Dealers Ass'n v Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980)]. El último pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta materia es *FTC v. Ticor Title Insurance Co.* 504 U.S. 621, 633 (1992). Esta doctrina ha sufrido diferentes transformaciones y matizaciones que no la convierten precisamente en un dechado de coherencia, pero ha influenciado sin duda el debate a este lado del Atlántico.

<sup>3</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 1988 (267/86, Rec. p. 4769).

aplicación de tales principios por los órganos nacionales encargados de aplicar el Derecho comunitario y en las precisiones relativas a la responsabilidad de las empresas con respecto a los comportamientos que encuentran su origen en las autoridades públicas.

## II. EL ASUNTO *CIF*

En el asunto *CIF* el TJCE debía dilucidar si el Derecho comunitario faculta, o incluso obliga, a la autoridad nacional de defensa de la competencia que está investigando el comportamiento de determinadas empresas para excluir —por ser contraria al Tratado— la aplicación de la legislación nacional que exige a estas empresas la realización de un comportamiento contrario a la competencia y, de ese modo, para sancionar tales comportamientos. Las cuestiones se suscitaban en un procedimiento en el que el consorcio de fabricantes italianos de fósforos (*CIF*) impugnan una decisión de la autoridad italiana de defensa de la competencia (*AGCM*), por la que esta última declaró que la normativa que crea y regula el funcionamiento del consorcio era contraria a los artículos 10 CE y 81 CE, consideró que el consorcio y sus miembros habían incumplido el artículo 81 CE mediante el reparto de cuotas de producción y condenó al consorcio y a sus miembros a poner fin a dicho incumplimiento<sup>4</sup>. Tal consorcio

<sup>4</sup> En 2000 la *AGCM* adoptó su decisión final, en la que consideró que, aunque el comportamiento de los participantes en el mercado italiano de fósforos era la consecuencia más o menos directa del marco jurídico que había regulado el sector desde el Real Decreto, también se debía en parte a decisiones empresariales autónomas. Con respecto al período anterior a 1994 el análisis era complicado. El propio marco jurídico, al obligar al *CIF* a repartir las cuotas de producción entre sus miembros, le obligaba a adoptar decisiones contrarias al artículo 81(1) del Tratado. La *AGCM* declaró entonces que: i) antes de 1994, el marco jurídico constituía, en la medida en que exigía la participación en el consorcio para producir y vender fósforos en Italia, una cobertura legal («copertura legale») de un comportamiento (del *CIF* y de sus miembros) que, de lo contrario, estaría prohibido; ii) «todo órgano jurisdiccional o Administración Pública debe excluir la aplicación» de este marco jurídico ya que es contrario a los artículos 3 CE, letra g), 10 CE y 81 CE, apartado 1; iii) esta inaplicación «implicaría» («implicherebbe») la supresión de la cobertura legal. Posteriormente la *Autorità* señaló que «en cualquier caso», es decir, pese a la incidencia del marco jurídico en vigor, el comportamiento de los miembros del *CIF* y, en concreto, la facultad de repartir la producción entre ellos, puede subsumirse en la norma del artículo 81 CE. De este modo, observó que los programas anuales

había tenido el monopolio fiscal y comercial relativo a la fabricación y venta de fósforos. El régimen había sido modificado varias veces, pero uno de sus ejes centrales era que el consorcio debía repartir cuotas de producción entre las empresas asociadas. El precio era fijado por el Estado. El problema se centraba en la situación jurídica antes de 1994, pues a partir de entonces la participación en el consorcio era voluntaria y no obligatoria.

En su sentencia, tras recordar el test ya expuesto en la sentencia *van Eycke*, recuerda que la primacía del Derecho comunitario exige que se excluya la aplicación de cualquier disposición de una ley nacional contraria a una norma comunitaria, tanto si es anterior como si es posterior a esta última. Este deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario incumbe no sólo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas<sup>5</sup>, lo que conlleva, en su caso, la obligación de tomar todas las medidas para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho comunitario. Es por ello que concluye que en la medida en que una autoridad nacional de defensa de la competencia como la AGCM tiene encomendada la tarea de velar, en particular, por el respeto del artículo 81 CE y que dicha norma, interpretada en relación con el artículo 10 CE, impone un deber de abstención a los Estados miembros, el efecto útil de las normas comunitarias de la competencia disminuiría si, en el marco de una investigación sobre el comportamiento de empresas con arreglo al artículo 81 CE, la AGCM no pudiera declarar que una medida nacional es contraria a lo dispuesto en el artículo 81 CE en relación con el artículo 10 CE y si, en consecuencia, no excluyera su aplicación<sup>6</sup>. A este respecto, es irrelevante que, en el supuesto de que la normativa nacional obligue a las empresas a adoptar comportamientos contrarios a la competencia, se pueda imputar también a estas últimas la infracción de los artículos 81 CE y 82 CE.

Por el contrario, en relación con las sanciones que pueden imponerse a las empresas implicadas, establece una distinción doble, en función de preparados por la comisión CIF y por el consejo de administración del consorcio que fijan la producción total y las cuotas individuales de los miembros eran contrarios al artículo 81 CE, apartado 1. Además, aunque la normativa italiana obliga al reparto de la producción, no señalaba los criterios y procedimientos que han de seguirse.

<sup>5</sup> Cita, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 31.

<sup>6</sup> Sentencia *CIF*, antes citada, apartados 46-50.

si la normativa nacional elimina o no la posibilidad de una competencia que todavía pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas y, en el primer caso, en función de si los hechos que se examinan son anteriores o posteriores a la declaración de la autoridad nacional de defensa de la competencia de excluir la aplicación de la citada normativa nacional. En primer lugar, si una ley nacional impone un comportamiento anticompetitivo, señala que, so pena de vulnerar el principio general del Derecho comunitario de la seguridad jurídica, la obligación, a cargo de las autoridades nacionales de defensa de la competencia, de descartar la aplicación de dicha ley contraria a la competencia no puede suponer que las empresas implicadas se expongan a ser sancionadas, tanto si se trata de sanciones de naturaleza penal como administrativa, por un comportamiento pasado, en la medida en que la norma nacional imponía dicho comportamiento. En cuanto a la sanción de los comportamientos futuros de empresas hasta entonces obligadas por una ley nacional a adoptar comportamientos contrarios a la competencia, destaca que, desde el momento en que la decisión de la autoridad nacional de defensa de la competencia por la que se declara la infracción del artículo 81 CE y se excluye la aplicación de dicha ley nacional contraria a la competencia se convierte en definitiva frente a ellas, dicha decisión es vinculante para las empresas implicadas. A partir de entonces las empresas ya no pueden alegar que estaban obligadas a infringir las normas comunitarias en materia de competencia. Por tanto, su comportamiento futuro puede ser objeto de sanciones. En segundo lugar, si una ley nacional se limita a fomentar o a facilitar la realización, por parte de las empresas, de comportamientos autónomos contrarios a la competencia, estas últimas pueden ser juzgadas por infringir los artículos 81 CE y 82 CE y se exponen a ser sancionadas incluso por comportamientos anteriores a la decisión de excluir la aplicación de la citada ley<sup>7</sup>.

Concluye también que la fijación previa del precio de venta de los fósforos por parte del Estado italiano no excluía, por sí sola, toda posibilidad de comportamiento competitivo. Aunque limitada, la competencia puede operar por medio de otros factores. La normativa italiana atribuía al CIF la facultad de repartir la producción entre las empresas asociadas, sin definir los criterios y los procedimientos conforme a los cuales debe efectuarse dicho reparto.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, apartados 51-57.

En fin, concluye también que de los autos no se desprendería que las decisiones del CIF quedaran fuera del ámbito de aplicación del artículo 81(1) CE como consecuencia de la existencia de un acto de la autoridad pública. Por una parte, cuatro de los cinco miembros de la comisión para el reparto de las cuotas eran representantes de los productores a los que nada impedía, en la normativa nacional de que se trata, actuar en interés exclusivo de éstos. Dicha comisión, que decidía por mayoría simple, podía adoptar resoluciones a pesar del voto en contra de su presidente, única persona encargada de velar por el interés público, de modo que podía adaptarse a las exigencias de las empresas asociadas. Además, las autoridades públicas no disponían de una facultad efectiva de control de las decisiones de la comisión para el reparto de las cuotas.

### III. LA OBLIGACIÓN DE EXCLUIR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONTRARIAS A LOS ARTÍCULOS 10 CE Y 81 CE

Si un Estado infringe el Derecho comunitario, tal incumplimiento puede declararse a través de un recurso por incumplimiento contemplado en el artículo 226 CE. La sentencia *Comisión/Italia (agentes de aduanas)* supone el único precedente hasta el momento<sup>8</sup>. La mayoría de la jurisprudencia en esta materia se ha desarrollado, no obstante, en el marco de la cuestión prejudicial, y es que lógicamente los órganos jurisdiccionales nacionales deben excluir la aplicación de la normativa nacional que contravenga disposiciones comunitarias que tengan efecto directo. Ello resulta, precisamente, del efecto directo del Derecho comunitario, así como de la primacía del Derecho comunitario frente al Derecho nacional.

La sentencia *CIF* ha aclarado también que este deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho comunitario incumbe no sólo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas, y en particular los órganos administrativos encargados de velar por el cumplimiento del Derecho de la competencia comunitario<sup>9</sup>.

En realidad el TJCE reconoce un paralelismo entre la competencia para aplicar el artículo 81 CE, y para aplicar los artículos 10 CE y 81 CE en

<sup>8</sup> Sentencia de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, (C-35/96, Rec. p. I-3851).

<sup>9</sup> Sentencia *CIF*, antes citada, apartados 46-50.

combinación, lo cual es lógico en cuanto que éstos se aplican a normas nacionales que sirven en ocasiones de escudo frente a la aplicación del artículo 81 CE. Además, una vez que la autoridad tiene competencia para aplicar el artículo 81 CE, la competencia para excluir la aplicación de normas contrarias a los artículos 10 CE y 81 CE se configura como una obligación, y no como una simple facultad<sup>10</sup>.

No obstante, hay que reconocer que la sentencia *CIF* constituye un paso importante con respecto a la sentencia *Costanzo*. Es verdad que si los órganos jurisdiccionales nacionales deben excluir la aplicación de normas contrarias a las disposiciones comunitarias con efecto directo, resulta una consecuencia lógica que la autoridad administrativa debe también hacerlo, pues en definitiva si tales normas constituyen el parámetro de control de la actuación administrativa en el marco contencioso, debe suponerse que tal parámetro se imponía también a la administración. El problema es que en el pasado la inaplicación de las normas nacionales estaba vinculada a situaciones en que el Derecho nacional limitaba derechos otorgados por el Derecho comunitario a los particulares. En *CIF* la inaplicación del Derecho nacional contrario al Derecho comunitario se efectuaría, por el contrario, en detrimento de los particulares, al menos de aquellos que habían respetado las obligaciones impuestas por el Derecho nacional. En efecto, la inaplicación del Derecho nacional no liberaba al particular de una obligación contraria al Derecho comunitario, sino que resultaba en la remoción de un obstáculo a la plena aplicabilidad del artículo 81 CE, que impone obligaciones muy directas a los particulares, de las que estos habían sido «protegidos» por el Derecho nacional. En realidad no se trataba de una situación del todo excepcional, pues en el marco del efecto directo de las Directivas los particulares sufrían a veces consecuencias perjudiciales, en situaciones de tipo «triangular»<sup>11</sup>, y el propio Tribunal ha desarrollado una amplia y estricta jurisprudencia sobre reembolso de ayudas de Estado ilegales que se muestra bastante severa con las empresas beneficiarias de las ayudas<sup>12</sup>. Pero el carácter novedoso de la situación en *CIF*, en el sentido

---

<sup>10</sup> Y esto frente a las dudas al respecto que se reflejan en las conclusiones del Abogado General Jacobs, de 30 de enero de 2003, que no zanja la cuestión (apartados 44 y 46).

<sup>11</sup> Vid., por ejemplo, MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, «Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado ¿En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?» *GJ*, n.º 204, pp. 37-61

<sup>12</sup> Sentencia de 20 de marzo de 1997, *Alcan* (C-24/95, Rec. I-1591).

antes indicado, lleva al Tribunal a matizar las consecuencias que los particulares deben sufrir como resultado de la actuación administrativa o judicial.

#### IV. LA IMPOSICIÓN DE PRÁCTICAS COLUSORIAS: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

##### A) LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA IMPOSICIÓN DE PRÁCTICAS COLUSORIAS

Aunque la imposición de práctica colusorias por los Estados miembros constituye una rama del test *Van Eycke* que está presente desde los albores de la jurisprudencia en la materia, no es hasta la sentencia *Comisión/Italia (agentes de aduanas)*<sup>13</sup> que el TJCE la aplica a un caso concreto. En *Reiff* la Comisión había argumentado que el sistema de fijación de tarifas en tanto que implicaba necesariamente a las empresas interesadas imponía la conclusión de un acuerdo (y reforzaba sus efectos). El TJCE no entra en el debate una vez que estima que las resoluciones adoptadas por la Comisión de tarifas no constituían acuerdos contrarios al artículo 81(1)<sup>14</sup>. El argumento es repetido por algunas partes intervinientes en posteriores asuntos, como *Delta* o *Spediporto*<sup>15</sup>, sin que el Tribunal deba decidir la cuestión en ausencia de infracción del artículo 81(1).

En *CIF* el TJCE parte del supuesto de que la imposición del acuerdo en cuestión (relativa a la fabricación y comercialización de cerillas) era constitutiva de una violación del artículo 81 CE en combinación con el 10 CE<sup>16</sup>.

Es cierto sin embargo que este criterio plantea a primera vista una paradoja. Por un lado, el formalismo de la jurisprudencia actual exige la existencia separada de una práctica colusoria contraria al artículo 81 CE, para que se pueda concluir que hay violación conjunta de los artículos 10 CE y 81 CE<sup>17</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia exige una cierta voluntariedad en el comportamiento de las empresas para poder considerar que

<sup>13</sup> Sentencia *Comisión/Italia*, antes citada.

<sup>14</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 1993, *Reiff* (C-185/91, Rec. p. I-5801).

<sup>15</sup> Sentencia de 9 de junio de 1994, *Delta* (C-153/93, Rec. p. I-2517) y Sentencia de 5 de octubre de 1995, *Centro Servizi Spediporto* (C-96/94, Rec. P. I-2883).

<sup>16</sup> Sentencia *CIF*, antes citada.

<sup>17</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 1993, *Meng* (C-2/91, Rec. p. I-5751), y sentencia de 17 de noviembre de 1993, *Ohra* (C-245/91, Rec. p. I-5851).



hay infracción de tal disposición, lo que supondría que podría haber violación de los artículos 10 CE y 81 CE sin que a la vez las empresas infringieran el artículo 81. Se podría así, a través de un argumento circular, anular a esta rama del test de toda su eficacia<sup>18</sup>. Esta paradoja está a la base de la discusión sobre si la imposición supone que el acuerdo anticompetitivo no entra en el campo de aplicación del artículo 81(1) CE, o si, por el contrario, sí lo hace, sólo que la imposición será pertinente en el marco de la sanción que puede ser impuesta a las empresas.

B) LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS  
 ANTES DE *CIF*

Durante varios años la Comisión presentó a los tribunales comunitarios (y aplicó en diversas decisiones) la tesis según la cual aun cuando el comportamiento anticompetitivo fuera impuesto por las autoridades públicas, las empresas seguían siendo responsables por infringir el artículo 81 CE. La Comisión distinguía entre las medidas estatales que imponen a las empresas comportamientos contrarios a los artículos 81 y 82 (por ejemplo, obliga a que las empresas pacten los precios) y las que, sin imponer ningún comportamiento contrario a estas disposiciones, crean un marco jurídico que restringe por sí mismo la competencia (la autoridad fija ella misma el precio). En el primer caso, la Comisión entendía que el artículo 81 sigue siendo aplicable al comportamiento de las empresas a pesar de la existencia de obligaciones legales nacionales, independientemente de la posible aplicación de los artículos 10 CE y 81 CE en relación con estas medidas estatales. De hecho, la Comisión afirmaba que una empresa puede y debe, en virtud de la primacía del Derecho comunitario y del efecto directo de los artículos 81(1) y 82 CE, negarse a cumplir una medida estatal que impone un comportamiento contrario a estas disposiciones. La Comisión no obstante reconocía que la existencia de una obligación de Derecho nacional debía aminorar la responsabilidad de la empresa. Por el contrario, según la Comisión, en el segundo caso, el artículo 81 podía no aplicarse<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> GONZALEZ DÍAZ, «Algunas reflexiones sobre las recientes sentencias del TJCE en los asuntos *Ladbroke* y *Comisión contra Italia*», *GJ*, n.º 200, p. 81, en la p. 91.

<sup>19</sup> En un caso es la autoridad la que fija el precio y se presume que tiene en cuenta el interés público al fijarlo. En el segundo caso es la propia empresa quien

Tal tesis tenía el aval claro de la sentencia *Bodson*. Se había alegado en aquel asunto que las pompas fúnebres en tanto que concesionarios no estaban en condiciones de «imponer» un determinado precio, puesto que las tarifas que habían de aplicarse vienen fijados en el pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que forma parte de las condiciones de la concesión. El TJCE considera que dicho argumento no podía admitirse. «*En efecto, de los autos se desprende que la concesión de los servicios exteriores de pompas fúnebres se considera en Francia como un contrato celebrado entre el municipio y la empresa concesionaria, perspectiva en la que, por lo demás, se sitúa el órgano jurisdiccional nacional. Esta conclusión implica que el nivel de los precios es imputable a la empresa, pues ésta es plenamente responsable de los contratos que celebra*»<sup>20</sup>.

No obstante, tras varias titubeantes sentencias del TPI<sup>21</sup>, la tesis de la Comisión fue claramente rechazada en la sentencia *Ladbroke* del TJCE<sup>22</sup>.

lo fija, por lo que, a no ser que se prevea expresamente, no existe garantía alguna de que no abuse de su posición de dominio, si la tiene, o simplemente que no fije el precio a un nivel que no hubiera obtenido a través de la negociación. Es el productor quién determina el contenido de la restricción y ciertamente fijará el precio para tener un beneficio máximo, como magistralmente explica ELHAUGE [«*The Scope of the Antitrust Process*», 104 *Harvard Law Review* (1991), p. 667, en particular pp. 684-687]. Como indica Neergaard, la doctrina del Elhauge parecen haber tenido una influencia importante en la jurisprudencia comunitaria, si bien la misma nunca ha sido expresamente citada por los abogados generales (vid. NEERGAARD, U.: *Competition and Competences – The Tensions between European Competition Law and Anti-competitive Measures by the Member States*, Copenhague, 1998, pp. 275-291).

<sup>20</sup> Sentencia de 4 de mayo de 1988, *Bodson*, asunto 30/87, Rec. p. 2479.

<sup>21</sup> Sentencia de 18 de septiembre de 1982, *Asia Motor France c. Comisión* (T-28/90, Rec. p. II-2285); sentencia de 18 de noviembre de 1992, *Rendo c. Comisión* (T-16/91 Rec. p. II-2417), recurso de casación desestimado en sentencia de 19 de octubre de 1995, C-19/93 P, Rec. p. I-3319; sentencia de 18 de septiembre de 1995, *Ladbroke Racing c. Comisión* (T-548/93, Rec. p. II-2565). Sobre las mismas, vid., MARTÍNEZ LAGE, S., y BROKELMANN, H., «*The Application of Articles 85 and 86 EC to the Conduct of Undertakings that are complying with national legislation*», *Melanges Waelbroeck*, 1999, p. 1248, en particular pp. 1262-1270.

<sup>22</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Comisión/Ladbroke* (C-359/95P y C-379/95P, Rec. p. I-6265), apartado 33. El TPI (mediante sentencia de 18 de septiembre de 1995, *Ladbroke Racing c. Comisión* T-548/93, Rec. p. II-2565) había anulado una Decisión que desestimaba la denuncia debido a que la Comisión no había concluido previamente su examen de la compatibilidad de la legislación nacional francesa con las disposiciones del Tratado. Para la Comisión el TPI se había equivocado porque hizo caso omiso de la comprobación realizada por la Comisión de que, independientemente de la compatibilidad de la legislación francesa con el Tratado,

En primer lugar subraya que «*la compatibilidad de una normativa nacional con las normas de competencia del Tratado no puede considerarse determinante en el marco del examen de la aplicabilidad de los artículos 81 y 82 CE a los comportamientos de las empresas que se atengan a esta legislación*» y que aunque la apreciación de los comportamientos de estas empresas exige una valoración previa de la normativa nacional de que se trate, «*el único objeto de esta evaluación es la incidencia que dicha legislación pueda tener sobre estos comportamientos*»<sup>23</sup>. Posteriormente concluye que «*si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos [81] y [82]. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas*». Tal conclusión no puede sin embargo extraerse de ninguna de sus sentencias anteriores, y en especial de *Suiker Unie*<sup>24</sup> (citada sin embargo en *Ladbroke*), pues ésta sentencia no se basó en que el comportamiento hubiera sido impuesto por las autoridades públicas, sino en que no produjo efecto sensible sobre la competencia<sup>25</sup>, y puede resultar de una transposición poco

no se cumplían algunos requisitos previos de la aplicación de los artículos 81 y 82 y, en cualquier caso, no había suficiente interés para tramitar la denuncia con arreglo a dichos artículos. La Comisión consideraba que el efecto restrictivo de la competencia resultaba en el caso concreto directamente de la normativa nacional, sin que fuera necesaria la intervención de ninguna empresa. Para el TJCE el razonamiento del TPI se basaba en la premisa de que la legalidad, desde el punto de vista de los artículos 81 y 82 del Tratado, del comportamiento de las empresas que se atienen a una legislación nacional y la acción que proceda iniciar contra estas últimas debe apreciarse en función de la compatibilidad o no de esta legislación con el Tratado, lo que es rechazado por el TJCE, para quién «*la compatibilidad de una legislación nacional con las normas sobre la competencia del Tratado no puede considerarse determinante en el marco del examen de la aplicabilidad de los artículos [81] y [82] del Tratado a los comportamientos de las empresas que se atengan a esta legislación*» (apartado 31).

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia *Ladbroke*, antes citada, apartados 31 y 32.

<sup>24</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión* (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 36 a 72 y, más concretamente, apartados 65, 66, 71 y 72).

<sup>25</sup> Sobre este particular, MARTÍNEZ LAGE, S., y BROKELMANN, H., «The Application of Articles 85 and 86 EC to the Conduct of Undertakings that are complying with national legislation», *Melanges Waelbroeck*, 1999, p. 1248, en las pp. 1272, 1290, quienes tachan el enfoque de la Comisión de «formalista» (en la p. 1284), y no ven la diferencia entre *Suiker Unie* y *Ladbroke*.

meditada de los principios aplicables a las prácticas que resultan de la imposición por terceros Estados, que obviamente no están vinculados por el artículo 10 CE<sup>26</sup>.

En nuestra opinión, la idea de que, cuando existe una obligación «nacional» de concluir acuerdos anticompetitivos, no puede haber infracción del Derecho comunitario porque no hay comportamiento voluntario o autónomo resulta muy discutible. En el fondo se trata de una situación de obligaciones que entran en contradicción (una prohibiendo un comportamiento, la otra obligando a seguir tal comportamiento) y la empresa debe decidir «autónomamente», por utilizar la terminología del Tribunal, si respeta una u otra obligación. Considerar que la «imposición» solo viene de la norma nacional, en cuanto que en cierta manera «anula» la voluntad de la empresa resulta considerar que, en el fondo, las normas comunitarias tienen una obligatoriedad limitada y subordinada. En efecto, lo que se mantiene entonces es que la norma nacional vincula realmente la empresa a hacer algo, mientras que la norma comunitaria no tiene tal efecto. Por otro lado, supone en el fondo considerar que el efecto directo del artículo 81 CE está en alguna medida subordinado al propio Derecho nacional.

Es por ello que la única excepción a la extensión del campo de aplicación del artículo 81(1) CE debería resultar no de la simple imposición de obligaciones jurídicas, sino de un contexto en el que la voluntad se anula realmente, por así decir, de manera que la empresa no puede ser responsable de tales comportamientos. Tales supuestos se pueden relacionar desde luego con la imposición de obligaciones jurídicas, cuando las consecuencias negativas que resulten para la empresa de su desconocimiento excedan claramente las que pueden derivar del incumplimiento de las normas comunitarias de competencia<sup>27</sup>, pero ni ésta resulta suficiente, ni tampoco agota las situaciones imaginables<sup>28</sup>. Tal anulación de la voluntad puede

---

<sup>26</sup> Vid. Decisión 74/634/CEE de la Comisión, de 29 de noviembre de 1974, rodamientos a bolas (DO L 343, de 21.12.1974, p. 19); Decisión 85/206/CEE de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, Importaciones de aluminio de Europa del Este (DO L 92, de 30.3.1985, p. 1).

<sup>27</sup> En realidad, salvo probablemente los casos tipificados penalmente, las obligaciones de Derecho nacional estarán sancionadas menos severamente que las infracciones del artículo 81 CE y 82 CE, que pueden dar lugar a multas de hasta el 10 % del volumen de negocios en el último año.

<sup>28</sup> Vid. en este sentido, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996, *Asia Motor France* (T-387/94, Rec. p. II-961), apartados 69 y siguientes.

también ser consecuencia de presiones irresistibles ejercidas por el Estado. Además, no hay que confundir el carácter sancionable de una conducta con la cuestión de saber si el supuesto de hecho entra en el campo de aplicación de la prohibición.

### C) LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS IMPLICADAS DESPUÉS DE *CIF*

El tema vuelve a suscitarse en *CIF* y el TJCE parece plantear la cuestión en sus justos términos al considerar que el problema es de sancionar la conducta, y que un acuerdo cuya conclusión ha sido impuesta por la legislación nacional constituye también una infracción del artículo 81<sup>29</sup>. Por un lado, el Tribunal se refiere en los apartados 54 y 55 a la existencia de una «infracción». La solución al problema se sitúa pues en el reconocimiento de la existencia de una obligación nacional como «*causa justificativa que exige a las empresas implicadas de todas las consecuencias que se derivan de la infracción de los artículos 81 CE y 82 CE*». Por lo demás, la existencia de tal «causa justificativa» se justifica no por la inexistencia de una infracción, como podría deducirse de la sentencia *Ladbroke*, sino por razones de «seguridad jurídica» (apartado 53). Por otro lado, si para que hubiera infracción del artículo 81(1) hubiera que esperar a que hubiera una decisión definitiva inaplicando la ley, tal decisión (o más bien el evento del que resulte su carácter definitivo) no se limitaría a constatar la infracción, sino que en realidad la crearía, al establecer las condiciones necesarias para que la autoridad pudiera concluir que hay infracción posteriormente. El propio Tribunal, en el apartado 55 de la sentencia, se refiere al hecho de que se «declara» la infracción de las empresas, infracción que necesariamente preexiste.

En todo caso, se desprende con claridad de *CIF* que la idea omnipresente en *Ladbroke* según la cual el análisis de la compatibilidad de una normativa nacional con las normas de competencia del Tratado no puede considerarse determinante en el marco del examen de la aplicabilidad del artículo 81 CE a los comportamientos de empresas que se atienen a la

<sup>29</sup> Sentencia *CIF*, antes citada, apartados 51-56. El apartado 67 deja planear una cierta ambigüedad, sin embargo, al efectuar una cita general de la jurisprudencia que excluye del ámbito de aplicación del artículo 81 comportamientos exigidos por la normativa nacional.

legislación es abandonado. *CIF* se fundamenta precisamente en la necesidad de tal análisis, y de su obligatoriedad por las autoridades nacionales de la competencia.

En realidad el Tribunal diferencia entre dos aspectos subjetivos necesarios para la imposición de una sanción. Por un lado, el elemento subjetivo necesario para la existencia de un acuerdo, que existe independientemente de si tal acuerdo se concluye en cumplimiento de una obligación legal. Por otro lado, el elemento subjetivo necesario para imponer sanciones, que es, según el artículo 15 del reglamento 17, el dolo o la negligencia. Ciertamente, éste último artículo no es aplicable tal cual ni a las autoridades nacionales ni a los órganos jurisdiccionales nacionales, pero el Tribunal parece considerar que en el fondo tal disposición no es más que el reflejo de un principio más general de culpabilidad inherente a todo sistema sancionador, y que por lo tanto resulta aplicable también cuando los órganos nacionales aplican el Derecho comunitario de la competencia.

El alcance de esta exoneración no se configura, no obstante, con suficiente precisión. Parece, desde luego, extenderse a la exclusión de toda sanción (administrativa o penal), pero no impide a la autoridad de la competencia el adoptar una decisión conminando a la empresa a terminar la infracción *pro futuro*<sup>30</sup>. Para hacerlo no tiene por qué esperar a que su decisión sea definitiva. En realidad, como hemos explicado, no existe una categoría diferente de decisiones de «inaplicación» de la ley nacional, sino que la autoridad «inaplica» la ley en el marco de la adopción de una de las decisiones que está facultada a adoptar (el apartado 55 de la sentencia habla de «*decisión ... por la que se declara la infracción del artículo 81 CE*»). Es por todo ello que el hecho de que la conducta no pueda ser sancionable más que a partir del momento en que la decisión sea firme no significa que las empresas puedan desobedecer una orden conminatoria en el sentido de que se ponga fin a tales comportamientos.

No obstante, resulta sorprendente que sólo resulte sancionable el comportamiento a partir del momento en que la decisión se convierte en firme. La idea de que sólo entonces «*dicha decisión es vinculante para las empresas implicadas*» (apartado 55) parece lamentablemente ignorar el carácter con frecuencia no suspensivo de los recursos contencioso-administrativos. Si puede entenderse que el Tribunal hubiera exigido que la

---

<sup>30</sup> Sobre la diferencia entre las funciones preventivas y sancionatorias de los órganos administrativos encargados de aplicar el derecho de la competencia, vid. el comentario de *CIF* por Clarich/Lübbig, *EuZW* 23/2003, p. 734-35.

decisión que excluye la aplicación de la ley nacional fuera definitiva o firme *en el momento de la adopción de la sanción con respecto a los comportamientos futuros* (principalmente con vistas a evitar un debate en el marco del contencioso sobre la sanción sobre si tal inaplicación era o no conforme a Derecho), tiene menos sentido el exigir que tal comportamiento deba ser posterior al momento en que tal decisión se haya convertido en definitiva<sup>31</sup>.

No creemos tampoco que la autoridad nacional de competencia tenga una competencia exclusiva para excluir la aplicación de la ley nacional incompatible con los artículos 10 CE y 81 CE. La aplicación por tal autoridad, que tiene generalmente naturaleza administrativa, se efectúa como complemento a la aplicación del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales en litigios entre particulares. Estos pueden y deben excluir la aplicación de las normas nacionales incompatibles con los artículos 10 CE y 81 CE, pues también son competentes para la aplicación del artículo 81 CE. No se puede condicionar tal actuación judicial a que una autoridad administrativa, como la autoridad de competencia, haya previamente excluido la aplicación de la norma nacional. Lo contrario sería simplemente la negación pura y simple de la aplicabilidad directa de las disposiciones comunitarias. Pero se plantea el problema de si el órgano jurisdiccional podrá extraer todas las consecuencias de tal inaplicación en el marco de los litigios de los que conoce.

Así, en primer lugar, no resulta claro cuales son las consecuencias en el marco de recursos indemnizatorios. El apartado 54 se refiere a «todas las consecuencias que se derivan de la infracción de los artículos 81 CE y 82 CE, tanto frente a las autoridades públicas *como frente a otros operadores económicos*» (la cursiva es nuestra), pero el apartado anterior habla únicamente de «sanciones de naturaleza penal como administrativa» y se refiere sólo a «las autoridades nacionales de defensa de la competen-

<sup>31</sup> De hecho el fallo de la sentencia mantiene una cierta ambigüedad al afirmar que la autoridad *«puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva frente a ellas»*. Esta formulación no clarifica si es la decisión que impone la sanción o el comportamiento anticompetitivo el que tiene que ser posterior al momento en que la decisión anterior adquiere carácter definitivo. RIZZA ha criticado acertadamente este requisito impuesto por la sentencia en «The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defense», *ECLR* (2004), p. 126, en las pp. 130-31.

cia» (como el fallo de la sentencia). Más allá del análisis textual de la sentencia, hay que recordar que la aplicación por la autoridad de competencia se efectúa adicionalmente a la aplicación por el juez ordinario. En todo caso, parece claro que de reconocerse que la empresa no incurre en responsabilidad, quedará siempre la posibilidad de presentar un recurso por responsabilidad extracontractual contra el Estado miembro, en las condiciones ya recogidas en la jurisprudencia del TJCE <sup>32</sup>.

En segundo lugar, no resulta claro si el órgano jurisdiccional nacional puede declarar la nulidad del contrato, tal y como prevé el artículo 81(2) CE. En nuestra opinión debe poder hacerlo, pues si no se privaría al efecto directo del artículo 81 CE de toda su utilidad. Recordemos que el Tribunal parte en los apartados 54 y 55 de *CIF* de la existencia de una infracción. Tampoco parece que pueda sostenerse que los órganos jurisdiccionales deban esperar a que sus decisiones sean definitivas para poder declarar la anulación del acuerdo en cuestión.

De manera general, puede resultar un tanto sorprendente la actitud mesurada del Tribunal. En algunos casos la incompatibilidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario puede ser patente, y no se vé por qué las empresas deben resultar tan protegidas. El hecho de que sólo se sancionen conductas a partir del momento en que la decisión administrativa es firme conduce inexorablemente, incluso en los casos de incompatibilidad más patente, a un abuso de procedimiento judicial en el que simplemente las empresas retardarán tal momento a través de la utilización de todos los recursos posibles. Se excluye además que la incompatibilidad haya podido ya ser constatada por otros medios (recurso por incumplimiento o cuestión prejudicial, cuando haya dado ya indicaciones suficientes al respecto). A este respecto, no nos parece correcta la idea según la cual el lenguaje de *CIF* (en términos de sanción y no de infracción) se justifica sólo porque la autoridad nacional de competencia puede dejar sin aplicación la normativa nacional incompatible con los artículos 10 y 81 CE, de manera que no habría contradicción alguna entre *Ladbroke* y *CIF*. Esto implicaría que de alguna manera el poder de sanción sólo se

<sup>32</sup> Sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Franovich y otros*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357; de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2553; de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer y otros*, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845; sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim*, C-424/97, Rec. p. I-5123.



pueda ejercer cuando se tiene el poder de «inaplicación», y que como éste sólo lo tendrían las autoridades nacionales, sólo estas pueden sancionar<sup>33</sup>. Creemos, no obstante, que, por cuanto la sentencia *CIF* se basa en necesidades de seguridad jurídica, es decir, de certeza de derecho, tal certeza puede venir dada de la misma manera por decisiones administrativas o judiciales adoptadas por otros órganos, con el consiguiente poder de tales órganos de sancionar tales conductas. El hecho de que tal certeza tenga la consecuencia adicional, para las autoridades nacionales, de conducir a una obligación positiva de dejar sin aplicación la normativa nacional no añade nada al posible carácter sancionable de una conducta. Lógicamente las autoridades comunitarias no tienen que «inaplicar» la normativa nacional, pero esto no las impide clarificar la situación jurídica en lo que respecta a la compatibilidad de tal normativa con el derecho comunitario menos de lo que pudiera hacer el órgano nacional, y esto es lo que creemos que debe importar. Dicho esto la ambigüedad del Tribunal a este respecto es, una vez más, de lamentar.

La solución retenida contrasta sobremanera con la jurisprudencia en el área de ayudas de Estado o del derecho agrícola. El Tribunal se ha mostrado implacable con las empresas beneficiarias de las ayudas cuando se trataba de la obligación de devolverlas. Los argumentos basados en la confianza legítima y la seguridad jurídica han sido barridos sin piedad por el Tribunal<sup>34</sup>. De igual manera se ha pronunciado en otros ámbitos al considerar que el comportamiento de una autoridad nacional que esté en contradicción con una disposición precisa de un texto de Derecho comunitario no podrá originar una confianza legítima en el operador económico beneficiario de la situación así creada<sup>35</sup>. Ciertamente, el reembolso de la ayuda no constituye una sanción, pero finalmente la jurisprudencia del Tribunal en el contexto de otros ámbitos se ha basado de manera sistemática en la idea de que las empresas tienen un deber de asegurarse de la conformidad de los beneficios que obtienen con los deberes de notificación establecidos en el Tratado CE. Además, contrariamente a las situaciones abordadas en otros campos, *CIF* concierne obligaciones con efecto

---

<sup>33</sup> RIZZA, *op. cit.*, p. 129.

<sup>34</sup> Sentencia de 20 de marzo de 1997, *Alcan* (C-24/95, Rec. I-1591).

<sup>35</sup> Sentencia de 26 de abril de 1998, *Krücken*, (316/86, Rec. p. 2213), apartados 22-25; sentencia de 1 de abril de 1993, *Lageder y otros* (C-31/91 a C-44/91, Rec. p. I-1761), apartado 35; sentencia de 16 de octubre de 1996, *Efisol* (T-36/94, Rec. p. II-1343), apartado 36.

directo frente a los particulares, cuya importancia ha sido destacada en diversas ocasiones. Finalmente, tampoco cuadra el enfoque moderado del Tribunal en lo que se refiere a conductas impuestas por las autoridades públicas con el enfoque, bastante severo, con el que ha tratado las situaciones en que una empresa denuncia haber sufrido presiones importantes de un competidor. En tales casos el juez comunitario ha desarrollado una jurisprudencia en la que se limita a constatar que la empresa podía haber denunciado tal conducta a las autoridades competentes, en vez de participar en dichas actividades<sup>36</sup>. Esto significa que hay razones para considerar que infracciones patentes de los artículos 10 CE y 81 CE no deberían dar lugar a confianza legítima alguna. En realidad en el supuesto abordado en *CIF* lo que puede haber creado una cierta confianza legítima y puede justificar la solución del Tribunal en términos de seguridad jurídica, es el simple hecho de que el propio Tribunal haya sugerido anteriormente que no existe infracción cuando la práctica colusoria viene exigida por las autoridades nacionales. Una referencia a su ambigua jurisprudencia hubiera sido un fundamento más lógico que el considerar que quienes actúan de manera anticompetitiva bajo la cobertura de una exigencia estatal (a veces patentemente ilegal) albergan una confianza legítima alguna. Además si el elemento determinante para el Tribunal en *CIF* es la naturaleza sancionatoria de las medidas adoptadas por la autoridad de competencia, puede colegirse que *CIF* no afectaría a la responsabilidad por daños y perjuicios, por no tener tal naturaleza.

En fin, es necesario terminar con la idea muy extendida de que, mientras que los beneficiarios de una ayuda de Estado son, precisamente, «beneficiarios» de una actuación estatal, las empresas a las que se les ha exigido un comportamiento anticompetitivo son «víctimas». Esta idea demuestra una cierta inocencia, pues en realidad la medida pública habrá sido mantenida con frecuencia con la connivencia de tales empresas y quienes se han beneficiado de la misma han sido sus suspuestas «víctimas». No deja de ser justo en ciertas situaciones que sean ellas quienes paguen las consecuencias.

---

<sup>36</sup> Sentencias de 10 de marzo de 1992, *Hüls c. Comisión* (T-9/89, Rec. p. II-499, apartados 123 y 128); 6 de abril de 1995, *Trefileurope c. Comisión* (T-141/89, Rec. p. II-791, apartado 58); de 20 de marzo de 2002; *LR AF 1998 c. Comisión* (T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 142).

D) CUANDO LAS EMPRESAS DISPONEN TODAVÍA DE MARGEN PARA RESTRINGIR LA COMPETENCIA MÁS ALLÁ DE LO QUE DERIVA DEL CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LA NORMATIVA NACIONAL

La respuesta a la segunda pregunta planteada en *CIF* demuestra también que en general aun cuando la conclusión del acuerdo sea obligatoria, siempre va a existir la posibilidad por parte de las empresas de restringir la competencia más de lo que deriva del cumplimiento estricto de la obligación. Esto ya ocurría en la sentencia *CNSD/Comisión* del TPI<sup>37</sup>, y vuelve a ocurrir en *CIF*.

La sentencia *CNSD/Comisión* concluye que la legislación italiana no excluía, por sí misma, la existencia de un cierto grado de competencia que pudiera ser impedida, restringida o falseada por comportamientos autónomos de los agentes de aduanas. Además, el *CNSD* disponía de un margen de maniobra para cumplir las obligaciones que la citada legislación le imponía, gracias al cual habría podido y debido actuar de forma que no restringiera la competencia existente.

La sentencia *CIF* acoge también esta vía de solución. Concluye el TJCE que la fijación previa del precio de venta de los fósforos por parte del Estado italiano no excluía, por sí sola, toda posibilidad de comportamiento competitivo. Aunque limitada, la competencia podía operar por medio de otros factores. La normativa italiana atribuía al *CIF* la facultad de repartir la producción entre las empresas asociadas, sin definir los criterios y los procedimientos conforme a los cuales debe efectuarse dicho reparto. En estas circunstancias, el juego de la competencia residual entre las empresas asociadas podía ser falseado todavía más de lo que resultaba de la propia obligación legal<sup>38</sup>.

En realidad estas dos sentencias vienen a manifestar lo que de alguna manera es obvio. Si las empresas no tuvieran tal margen de actuación,

<sup>37</sup> Sentencia de 30 de marzo de 2000, *CNSD/Comisión* (T-513/93, Rec. p. II-1807).

<sup>38</sup> La investigación llevada a cabo por la AGCM había puesto de manifiesto la existencia de un sistema de cesiones fijas y temporales de las cuotas de producción, así como de acuerdos sobre los intercambios de producción realizados entre las empresas, es decir, de acuerdos que no estaban previstos por la ley. Además, la Comisión había hecho referencia a una cuota «fija» de aproximadamente el 15 % reservada a las importaciones. En su opinión, la normativa nacional no establece dicha cuota, por lo que el *CIF* dispuso de autonomía de decisión al respecto.

porque las autoridades predeterminaran todos los aspectos del acuerdo, entonces el imponer la celebración del acuerdo no tendría sentido, pues las autoridades públicas podrían simplemente adoptar una normativa con el contenido del acuerdo que estimaran deseable. Una simple obligación de concluir un acuerdo competitivo deja *siempre* un margen para una restricción adicional de la competencia. De todas maneras conviene recordar que para que la normativa sea ilegal es suficiente que imponga la celebración del acuerdo anticompetitivo, sin que sea necesaria, para constatar tal ilegalidad, la celebración del mismo.

A través de la constatación de la existencia de un margen para que las empresas restrinjan la competencia más de lo exigido para el respeto estricto de la obligación que deriva del Derecho nacional, el Tribunal hace entrar de nuevo tal comportamiento en el campo de las conductas sancionables<sup>39</sup>. En efecto, como lo expresa el Tribunal en el apartado 66 de la sentencia *CIF*, «*las eventuales restricciones adicionales que se reprochan a las empresas no son, en realidad, imputables al Estado miembro implicado*». Es por ello que son perfectamente sancionables antes de que el órgano nacional excluya la aplicación de la norma contraria al Derecho comunitario.

No obstante, la línea de demarcación entre lo que es reprochable a la empresa y al Estado miembro es importante en el marco de los recursos por responsabilidad. Como hemos visto, la ausencia de recurso por responsabilidad frente a la empresa puede resultar compensada por la posibilidad de presentar un recurso contra el Estado miembro. En los casos en que las empresas han disfrutado de un cierto margen de libertad, la determinación del sujeto responsable puede ser más difícil. Una posibilidad sería considerar que el Estado es sólo responsable por el daño que resultaría de un comportamiento se que limitara a respetar la obligación impuesta por el Derecho nacional y que las empresas serían responsables por todo lo demás, es decir, por los daños adicionales que resulten del ejercicio del margen de autonomía que todavía reconoce el Derecho nacional. Pero también se puede defender la hipótesis de una responsabilidad solidaria, pues el daño es fruto de una acción conjunta. La responsabilidad

---

<sup>39</sup> Si bien debido a la ambigüedad del tenor literal no queda claro si el TJCE considera que no habría infracción del artículo 81(1). Es desde luego claro que es el caso cuando el ministerio fija directamente los precios (sentencia *CIF*, antes citada, apartados 67-69). La sentencia es menos clara en lo que respecta al reparto de cuotas (apartados 70-75).

solidaria ha sido admitida, por ejemplo, en algunas situaciones problemáticas en las que es difícil desligar la responsabilidad de uno y otro actor<sup>40</sup>.

## V. EL FAVORECIMIENTO DE PRÁCTICAS COLUSORIAS: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

La sentencia *CIF* también aborda la responsabilidad de las empresas cuando su comportamiento anticompetitivo es únicamente fomentado o facilitado por el Estado<sup>41</sup>. En tales casos les empresas «*pueden ser juzgadas por infringir los artículos 81 CE y 82 CE y se exponen a ser sancionadas incluso por comportamientos anteriores a la decisión de excluir la aplicación*» de la ley (apartado 56). A reglón seguido indica que tal circunstancia puede constituir una circunstancia atenuante. Esta toma en consideración deberá, a nuestro entender, modularse en función de la «intensidad» del fomento por parte de las autoridades nacionales. La Comisión, en su reciente decisión sobre las «carnes de vacuno francesas», ha aplicado una atenuante por estas razones<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Asuntos acumulados 5, 7 y 13 a 24/66, *Kampffmeyer y otros c. Comisión*, Rec. 1967, p. 245.

<sup>41</sup> En realidad el fomento de prácticas colusorias ha sido objeto de una jurisprudencia limitada. La indicación más clara de en qué circunstancias se reúnen las condiciones para concluir que tal favorecimiento existe se encuentran en la sentencia *Ahmed Saeed*, en la que el Tribunal recalca que «*las autoridades de aviación civil deberán abstenerse de toda medida que pueda considerarse como estímulo para que las compañías aéreas celebren acuerdos sobre tarifas contrarios al Tratado*» (sentencia de 11 de abril de 1989 (66/86, Rec. p. 803), apartado 49). La afirmación se explica por la existencia de un contexto —el transporte aéreo— donde las autoridades públicas no eran ciertamente ajenas a ciertos comportamientos privados. En la sentencia *Asjes*, por ejemplo, se afirma que en ciertos acuerdos bilaterales, establecidos según modelos de aplicación general, «*los Estados firmantes manifiestan en todo caso su preferencia porque las tarifas sean establecidas en común por las compañías autorizadas y, si fuera posible, negociadas en el marco de la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA)*» (sentencia de 3 de diciembre de 1987 (136/86, Rec. p. 391). En otros asuntos no se menciona este elemento, si bien el marco normativo se hubiera podido prestar a su examen.

<sup>42</sup> Decisión de 2 de abril de 2003, DO L 209, de 19.8.2003, p. 12, apartado 176. El Ministerio francés de la Agricultura había intervenido en favor de la celebración del acuerdo. Se aplica una disminución del 30%. En ocasiones las dudas sobre el carácter ilegal del comportamiento anticompetitivo han conducido a una reducción de la multa, vid. Decisión sobre los transbordadores griegos, de 9 de diciembre de

## VI. LA AUSENCIA DE ACUERDO ENTRE EMPRESAS CUANDO EXISTEN GARANTÍAS DE QUE SE TENDRÁ EN CUENTA EL INTERÉS PÚBLICO

Los apartados 76 y 79 de la sentencia *CIF* abordan brevemente el examen de la posible exclusión de la aplicación del artículo 81 CE en virtud de la jurisprudencia según la cual si se imponen a las empresas determinadas obligaciones de tener en cuenta el interés público en la adopción de los acuerdos, no se trataría de comportamientos que entraran en el ámbito de aplicación del artículo 81(1) CE.

Este tipo de situaciones se suele dar en casos de participación institucionalizada por parte de las empresas. El principal elemento diferenciador de una participación institucionalizada de las empresas afectadas suele ser que la Ley prevé el marco jurídico en el que tal participación se realiza, marco que en general (aunque no siempre) tiende a asegurarse de que tal participación es guiada por los intereses públicos y no únicamente privados. Esto se consigue a través de obligaciones jurídicas concretas que establecen criterios a tener en cuenta, pero también a través de la determinación de un estatuto particular de sus miembros, que garantice que actúan como expertos y no como representantes de las empresas para las que eventualmente trabajan<sup>43</sup>.

Hay también que precisar que el estatuto de Derecho público de una organización profesional no impide la aplicación del artículo 81 del Tratado. El marco jurídico en el que se adopta una decisión de la asociación y la calificación jurídica que este marco recibe en el ordenamiento jurídi-

---

1998, DO L109, de 27.4.1999, p. 24; Decisión de 5 de diciembre de 2001, sobre las cervecerías luxemburguesas, DO L253, de 21.9.2002, p. 21.

<sup>43</sup> En estos procedimientos institucionalizados, la participación de las empresas puede también variar en intensidad e ir desde la adopción del acuerdo sujeto a control posterior (*Reiff*), el monopolio de la propuesta de decisión (*Arduino*), al mero rol consultivo (*DIP*). Esta categorización no es en sí misma decisiva para la aplicación del test del «refuerzo», pero puede tener su importancia en el test de la «delegación», por cuanto determina en qué grado la decisión final estará determinada por la posición de las empresas mismas. Sobre estos problemas, es de particular interés el artículo de FENGER, N., y BROBERG, M.: «National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law», *ECLR* 1995, p. 364; NEERGAARD, U.: *Competition and Competences – The Tensions between European Competition Law and Anti-competitive Measures by the Member States*, Copenhague, 1998, pp. 100-106.

co nacional no inciden en la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de competencia y, en particular, del artículo 81 CE<sup>44</sup>.

Aunque el contexto jurídico no resultara claro, los asuntos *BNIC/Clair*<sup>45</sup> y *BNIC/Aubert*<sup>46</sup>, supusieron una primera aproximación a los criterios que el TJCE seguiría en el futuro, e indican ya que el método de designación de los miembros de un órgano cuyas resoluciones se refuerzan no es importante, sino la composición real del órgano en cuestión. Posteriormente, en *Reiff* concluye que no hay acuerdo entre empresas si «los miembros de [las] Comisiones, aunque designados por la autoridad pública a propuesta de los sectores profesionales interesados, no actúa[n] como representantes de éstos con el cometido de negociar y concluir acuerdos sobre precios, sino como expertos independientes encargados de fijar las tarifas en función de consideraciones de interés general»<sup>47</sup>. El Tribunal subraya en sentencias posteriores las garantías que rodeaban la toma de decisiones. Tras destacar el Tribunal en *Spediporto* y *DIP* que los representantes de los operadores económicos estaban en minoría en el «Comité central» y la «Comisión municipal» respectivamente<sup>48</sup>, en *Librandi* considera que el cambio de mayoría en el Comité no permitía deducir la existencia de una práctica colusoria, ya que, con arreglo a la normativa nacional controvertida, el Comité central, cuando adoptaba sus propues-

<sup>44</sup> Entre muchas otras, Sentencia de 30 de enero de 1985 (123/83, Rec. p. 391) y *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 40.

<sup>45</sup> Sentencia *BNIC/Clair*, antes citada.

<sup>46</sup> Sentencia *BNIC/Aubert*, antes citada.

<sup>47</sup> Sentencia *Reiff*, antes citada, apartado 24 y fallo. La ley no autorizaba a las Comisiones de Tarifas a fijar las tarifas exclusivamente en función de los intereses de las empresas o de las asociaciones de empresas de transportes, sino que les imponía la obligación de tener en cuenta otros intereses. Los intereses del sector agrícola y de las medianas empresas, así como de las zonas económicamente deprimidas y mal comunicadas por el sistema de transportes (sentencia *Reiff*, antes citada, apartados 15-19). En *Delta* afirmaba que, aunque los miembros de las Comisiones de fletes no fueran expertos en tarifas (a diferencia de *Reiff*) actuaban con carácter honorífico y no estaban vinculados por órdenes o instrucciones de ningún tipo (sentencia *Delta*, antes citada, apartado 16). Por lo demás la obligación de guiarse por criterios de interés general se formulaba en parecidos términos a los de la normativa controvertida en *Reiff*.

<sup>48</sup> Sentencia *Spediporto*, antes citada y sentencia de 17 de octubre de 1995, *DIP* (asuntos acumulados C-140/04, C-141/94 y C-142/94). El comité en cuestión en *Spediporto* estaba integrado por diecisiete representantes de los poderes públicos y por una minoría de doce representantes de las asociaciones de los operadores económicos.

tas, seguía estando obligado a respetar los criterios de interés público definidos por la Ley italiana<sup>49</sup>. Curiosamente, la sentencia *Pavlov* parece volver a considerar los criterios como acumulativos<sup>50</sup>.

Tanto en *Wouters*<sup>51</sup> como en *CIF*<sup>52</sup> no había garantía alguna de que las resoluciones en cuestión en tales asuntos fueran guiadas por el interés público. Lo interesante de la sentencia *CIF* es que parece considerar que la ausencia de garantías de que los miembros de la comisión de reparto no actúen «*en interés exclusivo*» de los productores supone que no existe un «*acto de la autoridad pública*» (se trata de la primera sentencia en que utiliza esta expresión en este contexto). En realidad el Tribunal considera, pues, que cuando un Estado miembro articula mecanismos en los que participan las empresas, pero en los que se garantiza que éstas no operen en su interés exclusivo, el acto es imputable al Estado. Esto se sitúa directamente en la línea divisoria trazada en los apartados 68 y 69 de la sentencia *Wouters*. En esta sentencia considera, por un lado, que las normas que adopte la asociación profesional tienen carácter estatal y no están sujetas a las normas del Tratado aplicables a las empresas si el «*Estado miembro, al conferir competencias normativas a una asociación profesional, se preocup[a] por definir los criterios de interés general y los principios esenciales a los que se ha de atener la normativa emanada de dichas asociaciones, así como por conservar su facultad de decisión en última instancia.*» En el caso contrario las normas adoptadas por la asociación profesional sólo son imputables a ésta.

No obstante, creemos que las obligaciones de respetar criterios de interés público deben ser claramente definidas y, en particular, deben derivar de una normativa pública y ser judicialmente controlables, por lo que un simple «maquillaje» de las normas que el propio organismo o corpo-

<sup>49</sup> Sentencia de 1 de octubre de 1998, *Autotransporti Librandi* (C-38/97, Rec. p. I-5955).

<sup>50</sup> Aunque reconoce que una decisión de un organismo que dispone de facultades reglamentarias en un determinado sector puede no estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado esto será así: «*cuando la mayoría de los miembros de dicho organismo son representantes de las autoridades públicas y dicha decisión se adopta respetando determinados criterios de interés público*» (Sentencia de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov* (C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451), apartado 87). Se refiere a las sentencia *Spediporto*, antes citada, apartados 23 a 25, y *Comisión/Italia*, antes citada, apartados 41 a 44, pero curiosamente no a *Librandi*.

<sup>51</sup> Sentencia de 19 de febrero 2002 (C-309/99, Rec. p. I-1577), apdos. 59-64.

<sup>52</sup> Sentencia *CIF*, antes citada, apartados 76-79.



ración se autoimpone no debería ser suficiente. Creemos que si aun existiendo una obligación de guiarse por el interés público, existe una práctica de no respetarla o no existe una supervisión adecuada a este respecto, la segunda parte del test *Van Eycke*, aquel en el que «*un Estado prescinde de dar carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica*», es susceptible de aplicación en determinadas condiciones.

Por lo demás, la distinción entre restricciones de origen público y restricciones de origen privado, basada en las garantías que arrojan la toma de decisiones de las asociaciones profesionales es perfectamente conforme a la jurisprudencia anterior y al objetivo del derecho de la competencia. Ciertamente esta diferenciación entre lo público y lo privado conduce a un cierto formalismo, pues el factor determinante no lo constituye los efectos de la medida controvertida, sino los medios a través de los cuales se alcanzan los mismos. Pero es que tales medios son importantes. No es lo mismo que los precios los fije el Estado a que los fijen las empresas. Y un precio fijado por los poderes públicos no hace necesariamente superfluo acuerdo alguno, pues el acuerdo podría haber fijado los precios a un nivel superior. Las normas de competencia no se fundamentan en que las restricciones de competencia nunca pueden servir el interés público, sino, mucho más modestamente, en que no se puede confiar en que determinadas personas, las empresas afectadas, puedan decidir las que son interés público y las que no lo son<sup>53</sup>. Los Estados miembros deben no sólo

<sup>53</sup> En este sentido, ELHAUGE, *op. cit.* Se podría defender que, como cuestión de principio, los Estados pudieran decidir soberanamente que determinadas decisiones sean adoptadas por los propios operadores. Si un Estado puede restringir la competencia, ¿por qué no puede decidir que otros la restrinjan? La cuestión se vincula en el fondo con la propia razón de ser del derecho de la competencia: porque el Tratado se basa en la sospecha de que las empresas que restringen la competencia lo hacen en su propio interés y prohíbe por lo tanto una serie de comportamientos. Es por ello que, en Derecho norteamericano, el criterio de la «supervisión activa [o adecuada]» del Estado ha sido interpretado de manera amplia o estricta según cual sea el sujeto de supervisión, considerándose que son las empresas que se benefician directamente de la restricción las que necesitan de una supervisión más estricta (vid. FTC, Office of Policy Planning, *op. cit.*, pp. 12-19). A este respecto la jurisprudencia y la práctica de la Comisión tienen ejemplos en los que se ha considerado que la protección del interés público compete a las autoridades públicas y no a las empresas a través de prácticas anticompetitivas: sentencias de 22 de enero de 1981, *Dansk Supermarked*, 58/80, Rec. p. 181; de 12 de diciembre de 1991, *Hilti c. Comisión*, T-30/89, Rec. p. II-1439, apartado 118; decisión sobre las importaciones de aluminio de Europa del Este, antes citada, nota 26.

abstenerse de dar amparo a conductas que en sí mismas constituyen violaciones del artículo 81 (primera y segunda rama del test van Eycke), sino configurar los procedimientos de decisiones que pueden restringir la competencia en el mercado, afectando el comercio entre los Estados miembros, de manera que las empresas que se puedan beneficiar de los mismos no los determinen decisivamente. La existencia de un control público sobre la restricción asegura que el contenido de la misma es «asumido» por el Estados miembro, mientras que la inexistencia de controles implica que tal imputación al Estado no puede efectuarse<sup>54</sup>. Lamentablemente, el Tribunal no es particularmente exigente en lo que respecta a qué autoridad pública efectúa el control o al alcance de sus poderes de control<sup>55</sup>, y *Arduino* tiene en cuenta incluso un posible control jurisdiccional, lo que parece llevar las cosas demasiado lejos<sup>56</sup>. No obstante, si, en principio, el Tribunal parece conformarse con que un control por la autoridad sea previsto en la normativa en cuestión, el propio Tribunal es consciente de que las garantías legales pueden no ser bastante para asegurar que la restricción no resulta de la decisión de los propios operadores, y deja en varias ocasiones al juez la tarea de verificar si, en la práctica, tal control público es ejercido y, en suma, quién ha adoptado la decisión restrictiva de la competencia<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Como muy correctamente lo plantea la sentencia *Wouters*, antes citada, apartados 68-69.

<sup>55</sup> Este control sin embargo sí ha preocupado a algunos Abogados generales. Vid. a este respecto, el Abogado general Léger en sus conclusiones en *Wouters* y en *Arduino*. La jurisprudencia norteamericana tiende a interpretar el alcance del control necesario de manera algo más estricta que la jurisprudencia comunitaria (a este respecto, vid. FTC, Office of Policy Planning, op. cit., pp. 20-24).

<sup>56</sup> ELHAUGE ha expuesto en detalle por qué un mero control jurisdiccional no puede ser suficiente (ELHAUGE, op. cit., pp. 712-717).

<sup>57</sup> De hecho la propia sentencia *Reiff* se refería ya a este posible examen cuando, en el fallo mismo (aunque no tan claramente en su razonamiento), se habla de «los poderes públicos no hagan dejación de sus prerrogativas y velen por que las Comisiones fijen las tarifas en función de consideraciones de interés general, sustituyendo la decisión de dichas Comisiones por la suya propia cuando resulte necesario». La expresión se repite en *Delta*, pero desaparece en posteriores fallos (sentencia *Reiff*, antes citada, apartado 24 y fallo). En *Librandi* el Tribunal tras haber concluido que la Ley italiana no implicaba que los poderes públicos hubieran delegado sus competencias en operadores económicos privados, añade a renglón seguido que «en cualquier caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional controlar, en el marco de su competencia, que en la práctica la fijación de las tarifas respeta los criterios de interés público definidos por la Ley y que los poderes públicos no

## VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

El debate sobre las normativas anticompetitivas se plantea en el ordenamiento jurídico español en términos muy diferentes. En primer lugar la prohibición de comportamientos anticompetitivos tiene rango de Ley, y no constitucional. Los límites que puede configurar la Constitución a la adopción de normativas anticompetitivas no derivan pues, de su caracterización como tales, sino de la violación de otras disposiciones y en particular de la libertad de empresa<sup>58</sup>. En segundo lugar, está claro que la Administración puede estar sometida a la LDC cuando ejerce una actividad económica, pero no está sometida al principio de libre competencia cuando actúa sometida al derecho administrativo<sup>59</sup> (sin perjuicio de otros límites

abandonan sus prerrogativas en manos de operadores económicos privados» (Sentencia *Librandi*, antes citada, apartado 36). En *Arduino* el Abogado general Léger también proponía invitar al órgano jurisdiccional nacional a «verificar si, en la práctica, las autoridades italianas ejercen realmente las facultades que la ley les confiere. En caso contrario, se deberá concluir que las autoridades públicas han delegado efectivamente en operadores económicos privados su competencia en materia de determinación de tarifas», pues no consideraba que el Tribunal tuviera suficiente información al respecto (Conclusiones del Abogado general Léger en *Arduino*, antes citadas, apartados 125-127). El Tribunal por su parte se considera suficiente informado y concluye que no constaba «que el Estado italiano haya renunciado a ejercer su facultad de decidir en último término o a controlar la aplicación del baremo» (Sentencia *Arduino*, antes citada, apartado 40), pero está claro que el Tribunal parte de la existencia de tal supuesto.

<sup>58</sup> Aunque lógicamente hay un vínculo entre ambas cosas. Como la resolución del TDC de 29 de octubre de 1999 indica: «La Ley de Defensa de la Competencia se concibe en su Exposición de Motivos como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución relativo a la protección y desarrollo de la libre función empresarial» (exp. 444/98, Colegio Arquitectos Vasco-Navarro).

<sup>59</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 1998, contra resolución del TDC núm. 122/95. El reverso de la moneda es que las actuaciones de la Administración pública sometidas a la LDC no pueden ser objeto de denuncia ante la jurisdicción contencioso-administrativa, vid. SOLANA GONZÁLEZ, «Administraciones públicas y defensa de la competencia», *Anuario de la competencia 2000* (2001), p. 39, en la p. 42. Esta opinión se basa en la redacción del artículo 51 bis de la LDC que resulta de la reforma de la Ley 52/1999: «Los órganos previstos en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia». Esta es desde luego la doctrina del propio TDC, como lo ilustra por ejemplo la resolución de 30 de abril de 1996 (exp. R 148/94, TRAGSA).

legales o eventualmente constitucionales o de Derecho comunitario, como antes se ha indicado). La cuestión de si tal es el caso puede desde luego prestarse a controversia<sup>60</sup>, como demuestran los asuntos relativos a los colegios profesionales<sup>61</sup>.

En tercer lugar, y de manera más pertinente para el objeto de nuestro estudio, las restricciones a la competencia que, aun teniendo por causa decisiones de las empresas, resulten de una Ley, no son contrarias a la LDC. Esto se reconoce explícitamente, por si acaso, en el propio artículo 2 de la LDC, que prevé, a partir de la modificación introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre<sup>62</sup>, que «1. *Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley. Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal*»<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Como explica en detalle BERENGUER FUSTER, las resoluciones del TDC mezclan a veces la cuestión de si una actuación constituye un acto administrativo y si la Administración opera como operador o como regulador («Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la competencia», *GJ de la CE* (D-29, septiembre 1998), p. 143, en particular en las pp. 159-169).

<sup>61</sup> Vid. FERNÁNDEZ FARRERES (Dir.), *Colegios profesionales y Derecho de la competencia*, Civitas (2002), pp. 102-106.

<sup>62</sup> En realidad el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, ya había introducido algunos cambios en la LDC, si bien se trataba de «codificar» la situación preexistente, que derivaba de las propias resoluciones del TDC.

<sup>63</sup> La trascendencia de la reforma de 1999 radica en la eliminación en el apartado 1 del inciso final «[...] o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley». Hasta ese momento, a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas con cobertura en una disposición reglamentaria dictada en aplicación de la Ley no se les podía aplicar la prohibición del artículo 1 de la LDC. A partir de la reforma la simple cobertura reglamentaria no es suficiente para excluirlas. Por otro lado, el tenor literal del artículo 2 es tajante al referirse exclusivamente a las conductas señaladas en el artículo 1 y dejando fuera los abusos de posición de dominio del artículo 6. No es obvio cuál haya podido ser la intención del legislador. El TDC, por su parte, ha utilizado esto para poder prohibir ciertas conductas que podrían tener amparo legal, reconduciendo su calificación al artículo 6 de la LDC (FERNÁNDEZ FARRERES y otros, *op. cit.*, pp. 117-120). Pero al mismo tiempo ha reconocido, en un intento de dar coherencia al ordenamiento en su conjunto, que en situaciones de monopolio ostentado por las Administraciones públicas y regula-

La exención legal se fundamenta en el criterio de que el interés público consistente en que la defensa de la competencia no debe prevalecer frente a otros intereses públicos que aconsejan su restricción. Pero el amparo de comportamientos colusorios debe derivar de una norma con rango legal, pues sólo la misma puede justificar una limitación al mandato incondicional establecido en otra norma de rango legal, la LDC. Ciertamente, la línea divisoria entre actividades autorizadas por la ley y actividades que exceden de los fines y objetivos marcados por aquella no es siempre fácil de establecer. En general las resoluciones del TDC han tendido a hacer una lectura restrictiva<sup>64</sup> y a exigir un carácter expreso a la cobertura legal correspondiente<sup>65</sup>. Es importante señalar a este respecto que, siguiendo las categorías acuñadas por el TJCE, este amparo legal se extiende tanto a la imposición de comportamientos anticompetitivos, como a su autorización expresa.

La inexistencia de un amparo legal permitirá concluir que las empresas en cuestión cometen una infracción de los artículos correspondientes de la LDC, sin perjuicio de que un posible simple amparo administrativo pueda quizás tenerse en cuenta a la hora de no sancionar a las empresas que han confiado en una norma reglamentaria que no sea manifiestamente ilegal<sup>66</sup>. Pero la cuestión más espinosa es si el TDC puede, basándose en la LDC, inaplicar el Reglamento que da amparo a conductas anticompetitivas y cuyo contenido es contrario a la ley<sup>67</sup>. No obstante, todo esto es

---

dos expresamente será esta regulación la aplicable a cada caso. Vid. SOLANA GONZÁLEZ, op. cit., pp. 46-47, quien se refiere a las resoluciones de 30 de octubre de 1993 (exp. 325/92, EMORVISA) y de 30 de diciembre de 1993 (exp. A 64/93, ITV).

<sup>64</sup> El TDC considera que «la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador» (resolución de 4 de marzo de 1999, 335/98 Colegios Notariales). No considera que se cumpla la condición de amparo legal por la simple referencia normativa a una institución, sino que es necesario una habilitación legal para tal conducta y la regulación concreta de la misma (resolución de 16 de noviembre de 2000, exp. 477/99, fundamentos tercero y quinto).

<sup>65</sup> Vid. por ejemplo, resolución de 16 de enero de 1995 (exp. R 98/94). De hecho, ya la antigua LDC de 1963 subrayaba tal carácter expreso: «... situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas ...».

<sup>66</sup> BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGrawHill, Madrid 1996, p. 94.

<sup>67</sup> La doctrina se muestra en este punto dividida (*Ibid.*, pp. 90-91, y VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía (acuerdos res-*

sin perjuicio de las eventuales posibilidades que se derivan del propio Derecho comunitario, cuando los comportamientos pueden ser también subsumibles en los artículos 81 y 82 y el Estado los haya reforzado, impuesto o favorecido, en los términos que ya hemos visto anteriormente. En tales casos el TDC deberá dejar sin aplicación la norma, aun de rango legal (el amparo legal del artículo 2(1) de la LDC es sin «*sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia*»), en las condiciones descritas en la sentencia *CIF*, pero su actuación con respecto a las empresas sólo podrá fundamentarse en una posible violación del artículo 81 (u 82), y no del artículo 1 de la propia LDC.

### VIII. CONCLUSIONES

La sentencia *CIF* supone un intento loable, pero no del todo conseguido, de explicar tanto las consecuencias que se derivan para las autoridades de competencia de la jurisprudencia relativa al efecto combinado de los artículos 10 CE y 81 CE, como las consecuencias sobre las empresas cuyo comportamiento resulte «impuesto» de la incompatibilidad con el artículo 81 CE a la sazón constatada por los órganos nacionales. La sentencia resulta ambigua sobre este segundo aspecto, no sólo porque la articulación de la secuencia temporal entre constatación de la infracción y la posterior sanción no queda del todo aclarada, o porque las consecuencias negativas de las que la empresa resulta eximida no sean claras, sino simplemente porque, aunque el acento se sitúa en la imposibilidad de sancio-

---

*trictivos de la competencia de origen legal*), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995), pero el TDC ya ha observado en varias resoluciones que «*no es el órgano competente para declarar derogadas o eliminar normas por anulación si vulneran otras de rango superior, correspondiendo dicha función exclusivamente a los órganos jurisdiccionales*» (Resolución de 2 de noviembre de 1994, expediente 83/94; de 16 de noviembre de 2000, exp. 477/99). En realidad se trata de un falso debate. Por cuanto tiene competencia para determinar si la conducta vulnera o no los artículos 1 de la LDC o 81 del Tratado CE, examina si el comportamiento y, en su caso, el reglamento en cuestión, tienen o no suficiente apoyo legal a los efectos del artículo 2 de la LDC, pues de la solución que se dé a dicha cuestión dependerá la calificación de la actuación de la empresa expedientada. Es por ello que cuando el TDC analiza la normativa en cuestión no realiza un juicio de legalidad de la actividad administrativa, sino que se limita a interpretar y aplicar el propio artículo 2(1) de la LDC.

nar tales conductas, y no en la inexistencia de infracción, el propio Tribunal cita la sentencia *Ladbroke*. Sin embargo, basta leer el texto de esta última sentencia para constatar que, aunque el Tribunal efectúa remisiones a la misma, el lenguaje se encuentra alterado sustancialmente. En fin, el ejercicio intelectual consistente en examinar si las empresas disfrutaban todavía de un margen para restringir la competencia resulta altamente artificioso cuando el Estado obliga a concluir un acuerdo, sin determinar su contenido. Hubiera sido probablemente mejor empezar desde cero la construcción de un edificio jurisprudencial defectuoso, y colocar a las empresas ante sus responsabilidades derivadas de la aplicabilidad directa de los artículos 81 y 82 y de la supremacía del Derecho comunitario, como ya lo había hecho en otros ámbitos.

En todo caso la sentencia se dicta en un momento propicio, pues pocos meses antes había sido adoptado el Reglamento 1/2003, que implica la descentralización de la aplicación del artículo 81 CE<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO n.º L 1 de 4.1.2003, p. 1).

