

# *El proceso de configuración del Derecho de la Competencia a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

*Jesús Alfaro Águila-Real*

**Resumen:** En este artículo se analiza cómo se ha formado el Derecho Europeo de la Competencia, con fundamento en decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se han basado, a la vista de la actuación de las empresas, en prácticas excepcionales más que cotidianas, con el problema de que se ha irradiado una imprecisa interpretación de las reglas que rigen la competencia a las autoridades de los países miembros. El artículo concluye, como alternativa, con la orientación que se debería seguir por los tribunales y autoridades competentes, en aplicación de lo previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la práctica consolidada en los Estados Unidos.

**Palabras clave:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Competencia; Sentencia Consten–Grundig; Cártel.

**Códigos JEL:** D4; L4.

• Se imaginan que el Derecho de Sociedades se hubiera configurado doctrinal y jurisprudencialmente a partir de casos relacionados con las sociedades de garantía recíproca en lugar de construirse sobre la base de casos relacionados con sociedades anónimas o colectivas? ¿O que los derechos reales se hubieran analizado y construido a partir de casos de servidumbres negativas en lugar del derecho de propiedad? ¿O que el Derecho de la Responsabilidad Civil se hubiera formado sobre la base del deber de garante? ¿Se imaginan que la Parte General del Derecho Penal se hubiera configurado a partir del delito de omisión de socorro en lugar de a partir del delito de homicidio o de robo?

El resultado habría sido, sin duda, un Derecho de Sociedades, Reales, de la Responsabilidad Extracontractual o un Derecho Penal distorsionados, como esos animales a los que les sale una extremidad monstruosa que acapara toda la energía y deforma el resto del organismo.

Algo de este estilo ha sucedido con el Derecho de la Competencia. Su configuración dogmática y jurisprudencial es producto de unos casos rarísimos que difícilmente habrían recibido atención teórica de no ser porque no había casos «normales» sobre los que las autoridades de competencia y los tribunales que revisan sus decisiones hubieran podido construir la teoría general de los ilícitos anticompetitivos.

En efecto, hasta finales de los años 90 del pasado siglo, en el caso de Europa, y de todas las jurisdicciones nacionales, las autoridades de

competencia apenas se ocuparon de casos de cárteles, esto es, de acuerdos entre competidores para repartirse los mercados o fijar precios. No hay apenas sanciones por cártel en la práctica de la Comisión Europea hasta finales del pasado siglo, pero hay decisiones y sentencias que aplican los artículos –ahora– 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), al menos, desde 1965.

Todas las sentencias del Tribunal de Justicia hasta finales de los años 90 se refieren a casos raros: acuerdos verticales, que no son, por definición, acuerdos entre competidores, intercambios de información y abusos de posición dominante que, por su propia naturaleza, son excepcionales.

Algo similar ocurre, en el ámbito nacional, con nuestra Comisión Nacional de la Competencia. La ventaja del tipo del cártel es que un «hard core cartel» se identifica fácilmente por las autoridades, de modo que el volumen de falsos positivos en relación con estas conductas es pequeño. El caso del abuso de posición dominante es diferente, ya que hay un riesgo más elevado de falsos positivos porque la conducta de los dominantes es ambigua y, salvo casos clamorosos, ni siquiera tenemos una «gran» teoría para decidir si debe desincentivarse una determinada conducta por parte de quien tiene una posición de dominio en el mercado.

El problema de los falsos positivos se agrava cuando, en lugar de aplicar multas exclusivamente a los «hard core cartels» (como hace, prácticamente, la Comisión Europea de forma exclusiva), se aplican multas a acuerdos restrictivos, prácticas concertadas,

decisiones o recomendaciones, intercambios de información, acuerdos de distribución que no encajan claramente (y probadamente) en la definición de cártel. Estas multas son puro coste social: se disuaden conductas beneficiosas para el bienestar social (o cuando menos, cuyo efecto sobre el bienestar social es ambiguo); se invierten recursos sociales en perseguir y defenderse que estarían mejor empleados en otros fines; se reduce el respeto hacia las normas antimonopolio...

La Comisión Nacional de la Competencia ha sancionado, mayormente, por este tipo de conductas y no por auténticos cárteles, que representan una parte relativamente pequeña de todas sus decisiones.

No hay muchas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ocupen de verdaderos casos de cártel, de manera que el Tribunal no ha tenido oportunidad de construir una dogmática del Derecho de la Competencia fundada en los casos «normales». Y, claro, se equivocó de medio a medio, con unos efectos espantosos, cuando empezaron a llegar casos «normales», esto es, cuando la Comisión Europea empezó a ocuparse casi en exclusiva de grandes casos de cártel internacional.

Tenemos el ejemplo de la célebre sentencia *Consten-Grundig*, de 13 de julio de 1966, que constituye un fenómeno único en la historia de la jurisprudencia. Se trata de una sentencia que construye muchos de los conceptos fundamentales del Derecho Europeo de la Competencia y que los construye mal e innecesariamente mal, fijándolos para los siguientes cincuenta años. Un repaso por la jurisprudencia posterior indica que son decenas las sentencias que la citan, y, en lo que nos consta, no hay ninguna sentencia que haya revocado expresamente la doctrina sentada en ella.

Las consecuencias económicas han sido enormes, pues se ha impedido el desarrollo de innovaciones contractuales y modelos de negocio, y no sabemos cuántas actividades empresariales potencialmente beneficiosas para los consumidores han dejado de llevarse a cabo por la vigencia de las prohibiciones establecidas en esta sentencia.

No es aventurado afirmar que todo el Derecho Europeo de la Competencia ha supuesto un coste neto para los europeos, al menos, hasta bien entrado el siglo XXI. Los gastos público y privado en los que se ha incurrido para hacer cumplir esta sentencia por parte de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia son ingentes, y los

recursos invertidos por los particulares para evitar la comisión de la infracción y defenderse cuando han sido acusados de ella, aún mayores. Es más, la Comisión Europea ha dejado de aplicar la doctrina contenida en esta sentencia porque se ocupa, casi exclusivamente, de grandes cárteles internacionales, pero las autoridades nacionales la siguen aplicando cada día.

Las consecuencias para el Derecho y para la reputación del Tribunal de Justicia son igualmente terribles. El Derecho Europeo de la Competencia ha sido calificado como un «disparate intelectual» y, desde el otro lado del Atlántico, donde se inventó el Derecho de la Competencia, nos miran con desprecio –posiblemente, con razón–.

Para un académico resulta descorazonador comprobar que no hay forma de hacer coherente –valorativamente coherente– la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La degradación ha llegado hasta tal punto que las sentencias en materia de competencia parecen redactadas por máquinas de cortar y pegar y no por –se supone– los mejores jueces de Europa asistidos por una legión de brillantes jóvenes juristas.

Pero, a pesar de todo, fiel al principio de «defendella y no enmendalla», el Tribunal de Justicia no modifica prácticamente nunca su doctrina, por muy disparatada que sea.

Puede que parte de los problemas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obedezcan a razones estructurales, a la propia arquitectura europea en la que se inserta y desarrolla sus funciones. Es un Tribunal que cumple, a un tiempo, funciones similares a las de los tribunales supremos y constitucionales nacionales, que se pronuncia sobre cualquier cosa y no tiene un legislador que le pueda corregir.

Es legítimo plantearse si sería deseable convertirlo ya en un «Tribunal Constitucional» y que dejara de ser un Tribunal de Justicia, que se abstuviera de pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales salvo que considerara conveniente hacerlo, o si sería procedente su conversión en una suerte de tribunal contencioso-administrativo que «tratará» las decisiones de la Comisión como tratan los tribunales nacionales de lo contencioso-administrativo las decisiones de sus Administraciones Públicas, especialmente las sancionadoras.

---

Algo hay que hacer porque el Tribunal de Justicia carece de constricciones que le eviten cometer errores y de incentivos para corregirlos.

El Derecho estadounidense –espejo en el que debería mirarse constantemente el Derecho Europeo fuera de su tóxico sistema de litigación– lo tiene mucho más claro y aplica coherentemente una «per se rule» a los cárteles y una «rule of reason» a todos los demás acuerdos restrictivos. La clave de la distinción se encuentra en que, en cualquier caso, para determinar si hay que prohibir un acuerdo hay que examinar qué efectos –en abstracto o en concreto– tiene sobre la competencia, esto es, si el acuerdo distorsiona, restringe o elimina la competencia.

Para que tal análisis tenga sentido, es fundamental que los tribunales aprecien correctamente cuál es el bien jurídico protegido por la norma, esto es, qué es la «competencia» que se desea preservar.

Así, por ejemplo, si el Tribunal de Justicia considera que la «competencia intramarca» forma parte del bien jurídico «competencia», acabará considerando restrictivos de la competencia los acuerdos que restrinjan, eliminen o distorsionen la «competencia intramarca», esto es, todos los acuerdos verticales y, en general, todos los acuerdos entre empresas que no compiten entre sí. En ese punto, el Tribunal de Justicia comete un error que no tiene que ver con la distinción entre objeto y efectos, sino con la definición del bien jurídico protegido por la norma del artículo 101.1 del TFUE.

¿Por qué sabemos que la «competencia intramarca» no está protegida por el artículo 101.1 del TFUE? Porque la afirmación contraria –que sí lo está– conduce a un absurdo en la delimitación del mercado relevante. ¿En qué mercado de producto se está restringiendo la competencia cuando un fabricante «monopoliza» la distribución de su producto integrando verticalmente fabricación y distribución? Si el mercado relevante es el del producto, el fabricante no puede aumentar el precio o reducir la oferta monopolizando la distribución de su producto integrando a los distribuidores en su empresa. Antes y después de controlar la distribución de *su* producto sigue sometido a las mismas constricciones para subir precios o reducir la oferta: las que resultan de la existencia de competidores potenciales y efectivos (que venden el mismo producto) que venden productos sustitutivos del suyo.

El razonamiento, pues, ha de iniciarse examinando si el acuerdo es apto (idóneo) para restringir la competencia que el TFUE trata de proteger. La respuesta negativa –la «competencia intramarca» no forma parte del bien jurídico «competencia» que el artículo 101.1 del TFUE trata de proteger– permite alcanzar la conclusión correcta: el acuerdo no está prohibido por el artículo 101.1 del TFUE.

Según los casos –la empresa que reduce, distorsiona o elimina la «competencia intramarca» es una empresa dominante en el mercado de productos respecto del cual se produce la reducción, distorsión o eliminación de la misma– la conducta de la empresa (dominante) habrá de ser examinada en el marco del artículo 102 del TFUE para determinar si constituye un abuso de su posición dominante.

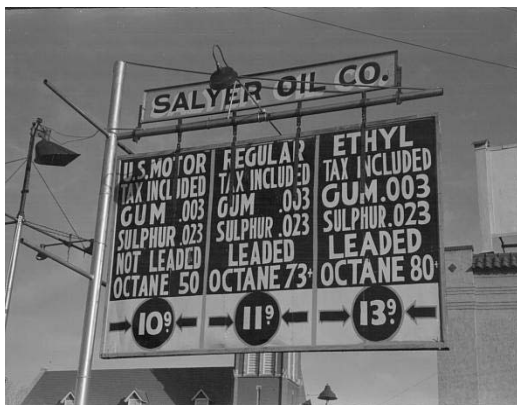
Este razonamiento evita un segundo error de la jurisprudencia europea: analizar casos bajo el artículo 101.1 del TFUE que tienen su lugar de análisis en el artículo 102 del TFUE. Es irrelevante que la empresa dominante restrinja, distorsione o elimine la competencia (en el mercado en el que es dominante) a través de un acuerdo con un tercero (un distribuidor) o a través de conductas unilaterales. Las tremendas dificultades que ha tenido la jurisprudencia para determinar cuándo existe un acuerdo entre un fabricante y un distribuidor y cuándo se trata de una conducta unilateral desaparecen de un plumazo. Es irrelevante si el fabricante ha celebrado un acuerdo con el distribuidor al que impide reexportar su producto. Lo relevante es si el fabricante tiene posición de dominio en el mercado del producto.

Una vez que se ha determinado correctamente cuál es el bien jurídico protegido (la rivalidad entre oferentes de productos que satisfacen la misma necesidad de un grupo de consumidores concretos), podemos analizar si el acuerdo restringe, distorsiona o elimina la competencia. Por tanto, en cualquier caso, es necesario examinar los efectos que el acuerdo provoca o puede provocar en la competencia en el mercado relevante. La única diferencia es que en unos casos el examen se realiza en abstracto y en otros casos en concreto. La categoría de los acuerdos restrictivos por su objeto cumple una función auxiliar en este análisis.

La experiencia nos informa de que hay tipos de acuerdos entre competidores que, por su contenido, tienen casi siempre efectos negativos sobre la competencia. Son «causalmente» anticompetitivos,

en el sentido de que la finalidad «económico-social típica» que lleva a los competidores a celebrarlos es eliminar la competencia entre ellos. Y un indicio muy poderoso de que ese es el contenido del acuerdo es que la voluntad –subjetiva– de las partes al celebrarlo es eliminar la competencia entre ellos (cárteles).

Todavía las partes pueden argumentar (la carga de la argumentación pesa sobre los «cartelistas») que se trata de un cártel benéfico para los consumidores que, en las circunstancias concretas de su celebración, están mejor servidos con el acuerdo que con el juego de la competencia. Este es el sentido del artículo 101.3 del TFUE: salvar la licitud de un cártel en casos en los que exista un grave fallo de mercado.



Se corrige, así, el tercer error de la jurisprudencia europea: calificar como infracciones por el objeto los acuerdos con «un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia». El error consiste en que parece que se trata de una cuestión de grado (los acuerdos más nocivos se equiparan a restricciones por el objeto y los menos nocivos a restricciones por sus efectos). Es una cuestión discreta: o es un acuerdo de los que la experiencia nos dice que rara vez mejoran el bienestar y son dañinos para la competencia –un cártel– o es un acuerdo que puede ser restrictivo. Los primeros se identifican por su contenido –fijar precios, repartirse mercados, reducir la oferta– con el auxilio de la averiguación de la intención de las partes.

Así pues, la aplicación del artículo 101.1 del TFUE debe hacerse en tres pasos: primero, determinar si el acuerdo afecta al bien jurídico protegido (a la competencia); segundo, establecer si estamos ante un acuerdo que, por su contenido, es de los que normalmente lesiona el bien jurídico (si es un cártel o no, si es un cártel muy nocivo o menos nocivo); y, tercero, si no es de los que normalmente lesiona el bien jurídico, examinar concretamente el acuerdo a la luz de las características de los que lo han celebrado y el mercado en el que se va a aplicar para determinar si ha producido o producirá previsiblemente efectos restrictivos de la competencia.