

La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia

Una concepción privatística del derecho antimonopolio

Jesús Alfaro Águila-Real

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

253

*...Practices that are harmful in eighty percent of the cases should be unlawful per se...
practices that are beneficial in eighty percent of the cases should be lawful per se.
More discriminating analysis should be reserved for the rare intermediate case.*

F. H. EASTERBROOK

Sumario

1. **Introducción: planteamiento y orden de la exposición**
2. **La inaplicación del art. 81.1 a los pactos restrictivos incluidos en contratos con causa legítima**
3. **Incoherencias sistemáticas del modelo comunitario de determinación de la existencia de un acuerdo restrictivo**
4. **Conclusión: acuerdos *con efectos restrictivos* y acuerdos que tienen *por objeto restringir la competencia***
5. **El sentido de la autorización de acuerdos ex art. 81.3 del Tratado y 3 LDC**
6. **Conclusiones**
7. **Tablas de sentencias y resoluciones citadas**
8. **Bibliografía**

* El autor agradece la financiación de la Fundación BBVA y los comentarios de Miguel Odriozola, Patricia Liñan, Diego Crespo y Alfonso Oís. El trabajo es una versión ampliada y completada con notas de la ponencia presentada por el autor al I Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino en Madrid el 15 de noviembre de 2004.

1. Introducción: planteamiento y orden de la exposición

1. La cita de EASTERBROOK con la que se inician estas páginas reflejan bien su objetivo. Se trata de argumentar que la prohibición de acuerdos restrictivos debería incluir las *prácticas* de los particulares que son *dañinas* en el ochenta por ciento de los casos y que aquéllas que excepcionalmente puedan serlo no deberían caer bajo la prohibición. El análisis más detallado –el que conduce a la autorización– debe limitarse al *raro caso intermedio*.

Este planteamiento conduce a defender una delimitación estricta de la prohibición de cárteles en el artículo 1 LDC que deje fuera de dicha prohibición *todos* los acuerdos verticales (a salvo de los celebrados por empresas dominantes que se habrían de examinar en el marco del art. 6 LDC); todos los acuerdos de menor importancia y todos los acuerdos con *efectos* restrictivos de la competencia pero con causa legítima. Para lograr tal efecto, el precepto debería declarar prohibidos y nulos los acuerdos que, siendo idóneos para tal fin, *tengan por objeto* restringir la competencia. La prohibición se completaría con una regla negativa: no se aplicaría a los acuerdos autorizados o que resultasen de la aplicación de una ley o de un reglamento. Esto, junto a una previsión excepcional de autorización de acuerdos cuyo *objeto* sea restrictivo de la competencia, proporcionaría a las autoridades de competencia instrumentos suficientes para combatir los acuerdos peligrosos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados y minimizaría los errores positivos (prohibir acuerdos eficientes), los negativos (permitir acuerdos anticompetitivos) y los costes de administración de la norma.

Se argumentará igualmente que una delimitación estricta de la prohibición del art. 1 LDC como la que se propone es sustancialmente coherente con lo mejor de la reforma del Derecho europeo de la competencia y proporciona una visión sistemática del Derecho antimonopolio coherente con el Derecho Privado y sus fundamentos constitucionales.

2. El punto de partida es que, si el objetivo del Derecho de la competencia es controlar el poder de mercado¹, resulta difícil entender la amplísima prohibición de los acuerdos entre empresas contenida en el artículo 1 LDC y en el artículo 81 del Tratado de las Comunidades europeas tal como ambos han sido entendidos por las autoridades y los tribunales encargados de aplicarlos. En esta interpretación, estos preceptos prohíben cualquier acuerdo entre empresas que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia. Una lectura descontextualizada de un precepto semejante lleva a la conclusión de que el legislador considera que *toda cooperación entre individuos en el mercado ha de realizarse* en el seno de la empresa individual, de manera que la cooperación entre empresas deviene sistemáticamente sospechosa². Es obvio, sin embargo, que la escala óptima a la que hay que realizar cada actividad puede ser, y de hecho es, diferente, como lo es que la cooperación puede resultar más eficiente, precisamente,

¹ No podemos discutir la corrección de esta afirmación pero se estará de acuerdo en que, si un operador económico no tiene poder de mercado, no puede influir sobre el precio o las cantidades ofertadas y, por tanto, no puede afectar negativamente al bienestar del consumidor.

² Esto no es una exageración. Véanse los párrafos 14 a 16 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08), DOCE, 27-IV-2004 (en adelante, la Comunicación): “Los acuerdos pueden tener tales efectos cuando reducen de manera apreciable la rivalidad entre las partes del acuerdo o entre éstas y terceros”.

entre quienes se dedican a producir lo mismo (competidores). Por tanto, calificar de ilegales *prima facie* todos los acuerdos para llevar a cabo actividades que se desarrollan de forma más eficiente en cooperación con otros participantes en el mismo mercado resulta simplemente monstruoso. La eficiencia productiva exige cooperación y, por tanto, que tengan fuerza vinculante acuerdos que tienen efectos restrictivos de la competencia³. Limitar la libertad de los que celebran un contrato puede ser la única forma de generar en las partes del mismo los incentivos adecuados para asegurar el cumplimiento del mismo. Si el cumplimiento del contrato aumenta el bienestar social porque permite obtener los beneficios del intercambio y la especialización, el Derecho de la competencia no puede prohibir tales limitaciones de la libertad de actuación individual. Si se pretende que los socios de una sociedad colectiva dediquen todos sus esfuerzos al logro del fin común (causa del contrato de sociedad), ha de prohibírseles, por ley o por pacto, que puedan hacer la competencia a la sociedad. Si se pretende que un distribuidor se esfuerce en prestar servicios pre y postventa a los clientes, ha de limitarse la competencia entre distribuidores en torno al precio⁴. En ocasiones, dificultades para lograr la coordinación espontánea impiden resolver fallos de mercado que sólo pueden ser reducidos a través del acuerdo explícito entre competidores. Si los fabricantes de teléfonos móviles se ponen de acuerdo en el *software* que utilizarán en sus terminales permitiendo a sus respectivos clientes la comunicación con los clientes de las redes rivales, es la cooperación y no la rivalidad la que decide qué estándar se consolida en el mercado. Y es obvio también que así se reduce notablemente el despilfarro que supone desarrollar sistemas incompatibles entre sí y, ofreciendo un producto más atractivo para los consumidores, se aumenta la demanda del mismo.

3. Los economistas están de acuerdo en que esos y otros muchos acuerdos que sustituyen la rivalidad por la cooperación son eficientes productivamente y que su prohibición frena el desarrollo. Lo que sorprende es que los juristas –en Europa y en España– no hayan alzado la voz para proclamar la inconstitucionalidad de un modelo de prohibición general. Un Derecho de la competencia que limita tan desafortunadamente la libertad de los particulares para llegar a acuerdos con otros particulares no puede ser compatible con la Constitución y con los valores de la libertad

³ R. H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*, Nueva York, Basic Books, 1978, p. 135: “*productive efficiency absolutely requires the agreed elimination of rivalry... when men join together... they either explicitly or tacitly accept the elimination of market rivalry between themselves. Joint effort organized by administrative direction replaces the forces of the marketplace*” H. EIDENMÜLLER, *Unternehmensanierung zwischen Markt und Gesetz*, Colonia, 1999, págs. 1-3; KOVACIC/SHAPIRO, *The Journal of Economic Perspectives*, nº 14, 2000 p. 44. El desarrollo de la concepción contractual de la empresa (nexo de contratos) hoy dominante ha influido notablemente en el éxito de la perspectiva que se desarrolla en el texto.

⁴ “Los contratos anudados, por ejemplo, son, a menudo, métodos benéficos de proteger el *goodwill* de un fabricante o franquiciador asegurándose que los compradores seleccionarán accesorios de suficiente calidad. Las restricciones verticales impuestas a los distribuidores como territorios exclusivos o precios de reventa obligatorios pueden incentivar la realización por el distribuidor del nivel de esfuerzos promocionales óptimos asegurando que los distribuidores que inviertan en tal promoción serán remunerados por tales esfuerzos. El precio máximo de reventa puede aumentar el *goodwill* del fabricante impidiendo *opportunistic price gouging by dealers* que puede acabar con la reputación del fabricante... limitaciones horizontales a la rivalidad entre socios de una *joint-venture* podría resolver fallos de mercado y hacer de la *joint-venture* un competidor más efectivo. Así, limitaciones a los precios establecidos por las partes de una *joint-venture* que, por lo demás son empresarios independientes, podrían tener efectos protectores para los consumidores y para la *joint venture* frente al oportunismo. Negativas de venta concertadas podrían ser un método saludable de autotutela por parte de los socios de una *joint-venture* que tratan de asegurar los efectos beneficiosos de determinadas formas de integración contractual” MEESE, *U. Ill. L. Rev.* 2003, p 137-138.

individual, la protección de la autonomía privada y de la libertad de empresa⁵. Pero si los juristas no han calificado el artículo 1 LDC de inconstitucional es porque no lo es. Lo que hace falta decir es que lo sería, si no fuera porque un conjunto de normas (arts. 2 a 5 LDC) y, sobre todo, doctrinas legales, reducen drásticamente su ámbito de aplicación. Se trata, pues, de argumentar que lo razonable es *incorporarlas* a la propia cláusula de prohibición de los acuerdos colusorios en lugar de utilizarlas como instrumentos que exceptúan de la prohibición los acuerdos a los que se refieren.

La principal de estas doctrinas legales es la que afirma que si un pacto, cláusula o condición forma parte útil de un contrato cuya celebración, dada la finalidad perseguida por las partes con el mismo, es legítima, que el pacto tenga efectos restrictivos de la libertad de actuación de las partes en dicha relación o en relación con terceros *no permite al legislador prohibirlos* sin atentar gravemente contra la libertad contractual.

Para comprender la función de las cláusulas que restringen la competencia en el marco de acuerdos con causa legítima hay que hacer referencia a cuál es el propio sentido de los contratos. A través de los contratos se intercambian *derechos subjetivos*, es decir, facultades exclusivas de decidir sobre el uso de un recurso⁶. Pues bien, a menudo es muy costoso para las partes de un contrato delimitar con exactitud los derechos de una y otra parte, de forma que no se planteen problemas posteriormente para decidir si se ha cumplido el contrato o no; si las partes están usando de su derecho o están apropiándose de derechos de la otra parte; si se ha querido transmitir la totalidad de las facultades de uso del objeto de la compraventa o el vendedor se ha querido reservar alguna facultad...

Por ejemplo, si el vendedor quiere reservarse una parte de la plusvalía que pueda experimentar el bien vendido, puede incluir en el contrato de compraventa un derecho de adquisición preferente para el caso de que el comprador decida, posteriormente, vender, a su vez, el objeto adquirido. Pues bien, las restricciones a la competencia son útiles en este marco para realizar un ajuste fino de los derechos asignados a cada una de las partes de un contrato. Así, al vender una factoría se cede, a menudo, el *know-how* asociado a la producción que se lleva a cabo en dicha factoría. Si el vendedor quiere reservarse el uso exclusivo de dicho *know-how* para actividades diferentes a la desarrollada en la factoría, la forma más eficaz de lograrlo es incluir una prohibición de competencia sobre el comprador.

Como se ve, pues, las restricciones a la competencia *que sirven a fines contractuales* –reducción de los costes de transacción– y en el marco de transacciones legítimas *no pueden considerarse genéricamente prohibidas* y sólo válidas si son autorizadas. Los acuerdos susceptibles de prohibición son aquellos que perjudiquen a los consumidores en forma de precios más altos o

⁵ Sobre lo cual véase, ampliamente, C. PAZ-ARES y J. ALFARO, "Ensayo sobre la libertad de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, tomo IV, págs. 5971-6040.

⁶ Y. BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge Mass, 1989 p. 86: Rectius, facultad exclusiva de decidir sobre el uso de un atributo o cualidad de un recurso, porque si el intercambio provoca el "traslado" de los recursos allí donde tienen mayor valor, individuos racionales preferirán en muchas ocasiones dividir la titularidad sobre un recurso (constituir lo que llamaríamos derechos limitados aunque incluyendo no sólo los reales sino también los de carácter obligatorio) "porque el titular más eficiente de un atributo o cualidad no es necesariamente el titular más eficiente de los demás atributos o cualidades de un mismo recurso". Véase, en general, J. ALFARO, "Los costes de transacción" en *Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, vol. I, págs. 131-162.

reducción de la oferta disponible. Estos son los *acuerdos colusorios*⁷ o acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia. Sólo una concepción estricta de los acuerdos prohibidos permite hacer encajar el Derecho de la competencia con el Derecho contractual y el Derecho privado en general: los acuerdos celebrados en perjuicio de terceros nunca han estado protegidos por la libertad contractual (art. 1255 CC) y justifican la intervención estatal para impedir el daño⁸. Como hemos expuesto en otro lugar, el error de la concepción europea se funda en no tener en cuenta que el Derecho de la competencia no puede verse como una regulación de la libertad contractual sino, - al igual que la *Sherman Act* - como una forma de “*corregir externalidades*”, es decir, de asegurar que los pactos entre competidores no causan daño a los consumidores en forma de restricciones apreciables de la oferta o de la calidad y aumentos de precios⁹.

Como se ha dicho acertadamente que el desarrollo de la economía de los costes de transacción permite reforzar esta comprensión de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. “*La economía de los costes de transacción sugiere que la competencia no es sólo tecnológica, sino esencialmente contractual, esto es, adopta la forma de competencia entre distintas estructuras de gobierno, cada una de las cuales es, en último extremo, el producto de un contrato*”¹⁰

4. Podría demostrarse que el Derecho europeo de la competencia –e, inconscientemente, el Derecho español– utilizaba un armazón conceptual escasamente coherente con el sustrato económico sobre el que se construye el Derecho privado. En efecto, (i) manejaba un concepto de competencia basado en un prejuicio consistente en creer que sólo hay un modelo de mercado (el de competencia atomizada), lo que le llevaba a considerar imprescindible salvaguardar la competencia intramarca la cual es innecesaria para mantener la rivalidad en un mercado en el que haya productos diferenciados (competencia monopolística); (ii) utilizaba un concepto de restricción de competencia erróneo ya que no lo entendía como una reducción apreciable de la rivalidad en el mercado de producto, sino como limitación a la libertad de actuación de un competidor; (iii) no tenía en cuenta suficientemente los efectos reales de la conducta sobre el mercado al considerar, por ejemplo, prohibidos acuerdos inidóneos para tener efecto alguno sobre el mercado por la escasa entidad de los que participan en el acuerdo y (iv) por último, alteraba la relación regla/excepción que hemos expuesto más arriba: no declaraba legítimos muchos acuerdos no colusorios sino que, tras considerarlos prohibidos, los *autorizaba* si cumplían determinados requisitos, lo que le obligó a ampliar extraordinariamente el ámbito de aplicación de las autorizaciones.

5. La reforma culminada en 2004 ha modificado sustancialmente el armazón conceptual que acabamos de exponer, ha resuelto el problema de la relación regla/excepción y ha reducido

⁷ Sobre el concepto de colusión y por qué se tiende a considerar peor una conducta cuando es resultado de la cooperación de varios individuos que cuando es resultado de la actuación unilateral de una persona, véase G. M. COHEN, “The Collusion Problem in Agency Law”, 2000, manuscrito disponible en www.ssrn.com, p. 11. Obsérvese que la coherencia exigiría una valoración idéntica del resultado en ambos casos pero véase los arts. 1 y 6 y lo que dice, por ejemplo, la Comisión Europea en la Comunicación citada, párrafo 26: “*El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 81 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante a efectos del artículo 82*”.

⁸ F. H. EASTERBROOK, “Does Antitrust Have a Comparative Advantage?”, *Harvard Journal Law & Public Policy*, nº 23 (1999), p. 7: a diferencia de lo que sucede cuando los administradores de una sociedad toman una decisión que perjudica a los accionistas, “*customers* (dañados por el cártel o el abuso de su posición de dominio por parte de un empresario) *cannot retaliate readily. There are no automatic penalties. These effects on third parties justify a greater judicial role*”.

⁹ V., MEESE, *U. Ill. L. Rev.* 2003, p 88

¹⁰ MEESE, *U. Ill. L. Rev.* 2003, pp 114-115.

notablemente los otros tres problemas enunciados. No obstante, no ha avanzado todo lo que hubiera sido deseable. Por tres razones. En primer lugar, por la obsesión de las autoridades europeas por utilizar el Derecho de la competencia para lograr objetivos de integración de mercados haciendo *micromanagement* de la conducta de las empresas para lo que el Derecho de la competencia es una herramienta escasamente adecuada. En segundo lugar, porque el Derecho comunitario de la competencia no se enmarca –como los derechos nacionales– en un ordenamiento jurídico-privado que permita delimitar fácilmente los acuerdos que limitan la libertad de los que los celebran o tienen efectos restrictivos de la competencia pero que no deben considerarse prohibidos. Por último, la voluntad de las autoridades comunitarias de no modificar el Tratado ha obligado a deformar el sentido del artículo 81.3, paradójicamente, para hacerlo más coherente con una concepción más económica del Derecho antimonopolio.

6. La relación regla/excepción se ha modificado en sentido más conforme con un sistema donde la regla es la libertad y la excepción la prohibición. Así, tras la reforma, están prohibidos los *hard core* cárteles (o *naked restraints*) y no lo están las restricciones que sean necesarias y proporcionadas para alcanzar el fin perseguido por las partes al celebrar un contrato cuya finalidad sea económicamente legítima, en cuyo caso, son lícitos aunque tengan efectos restrictivos de la competencia. Además, y sobre todo, no es necesaria una declaración administrativa o una norma *ad hoc* que declare la licitud (art. 1 Reglamento 1/2003). En este sentido, la desaparición de las autorizaciones singulares refleja del modo más expresivo el cambio producido. Esta transformación es la que se enuncia, de forma poco comprensible en castellano, como el paso de un sistema de autorización a un sistema de excepción legal.

El sistema anterior era inaceptable no sólo en términos conceptuales sino también organizativos y sistemáticos. Al margen de que la Comisión Europea estuviera desbordada por las solicitudes de autorización y no tuviera posibilidad de elegir los asuntos relevantes por su competencia exclusiva en la materia¹¹, la complejidad del sistema era muy elevada. Resultaron imprescindibles

¹¹ Aunque es cierto que los reglamentos de exención por categorías redujeron notablemente las solicitudes individuales de autorización, la Comisión cuenta que “*El régimen de control a priori del Reglamento nº 17, unido a la limitación de los recursos administrativos y a la complejidad de los procedimientos de decisión hizo que, ya en 1967, la Comisión se encontrara con una masa de 37.450 asuntos acumulados desde la entrada en vigor del Reglamento cuatro años antes*” Libro Blanco, párrafo nº 25, a lo que hay que añadir lo engorroso del procedimiento de autorización individual. Según el Libro Blanco, párrafo nº 44, sólo el 13 % de los nuevos asuntos registrados entre 1988 y 1998 habían sido comenzados de oficio por la Comisión. Las pretendidas ventajas del sistema previgente no lo eran. Las críticas a la reforma provinieron de la doctrina alemana, sobre todo, y se referían, además de lo que se indica en el texto, al rango de la misma que hubiera requerido, según estos autores, una reforma del Tratado. Véase E.J. MESTMÄCKER, “*Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU*”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 524; J.M. BENEYTO, “*Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86*”, en *Gaceta Jurídica* nº 202, 1999, págs. 9 y ss; A. DERINGER, “*Stellungnahme zum Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der art. 85 und 86 EG-Vertrag (art. 81 und 82 EG)*”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, págs. 5 y ss; W. MÖSCHEL, “*Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht?*”, *Juristenzeitung*, 2000, págs. 61 y ss. Véase también el Informe de la *Monopolkommission* alemana sobre el Libro Blanco. La síntesis de sus argumentos se encuentra disponible en <http://www.bundeskartellamt.de/gutachten.html>. Más favorable a la Comisión, entre los autores alemanes, véase A. GEIGER, “*Das Weissbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG-eine Reform, besser als ihr Ruf*”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, p. 165. Tiene interés para entender las preocupaciones que estaban tras la formulación literal del art. 81.1 del Tratado, G. MARENCO, “*Le régime de l’exception légale et sa compatibilité avec le Traité*”, *Cahiers de Droit Européen*, 2000, págs. 135 y ss, que señala que lo que sería contrario al tratado no es un sistema que permita deducir *directamente* de la aplicación del art. 81 (1 y 3) que un acuerdo está prohibido o es legítimo, sino que sólo

muchos reglamentos de exención por categorías y la invención de procedimientos informales (*comfort letters o cartas administrativas*). Además, la pretendida seguridad jurídica que el sistema generaba, en realidad, provocaba una reducción de la innovación contractual y un empobrecimiento de la práctica contractual. Los particulares, temerosos de la intervención administrativa, renunciaban a celebrar acuerdos que podrían aumentar la eficiencia económica y se limitaban a reproducir los esquemas – pobres por necesidad – recogidos en los reglamentos de exención o, si sus acuerdos no cabían en los estrechos márgenes de estos reglamentos, a solicitar autorizaciones singulares¹².

7. Los otros problemas siguen lacerando el Derecho comunitario y no parece que vayan a resolverse en el futuro, en primer lugar, porque las autoridades comunitarias no los consideran defectos del sistema. Pero lo son. Tratar de promover la competencia *intramarca* no puede ser un objetivo del Derecho de la competencia y, al serlo, se multiplican las contradicciones internas y las incoherencias respecto al concepto de *competencia* y al de *restricción a la competencia*¹³.

8. El concepto de restricción de la competencia *en vigor* en el Derecho comunitario sigue siendo el de que “*cada agente económico debe determinar de modo autónomo la política que pretenda seguir en el mercado*”¹⁴, y no el de la colusión. De forma que se afirma la existencia de una restricción de la competencia siempre que alguien se haya obligado a no desarrollar una estrategia empresarial

podiera declararse prohibido un acuerdo *previa* declaración administrativa en tal sentido, es decir, que en tanto se mantenga el sistema como un sistema de prohibición de cárteles no hay infracción del tratado. Nuestra opinión es que, efectivamente, la prohibición y nulidad de los cárteles deriva directamente del art. 81 (1 LDC) sin necesidad de una decisión administrativa que tuviera carácter constitutivo. Pero que los casos cubiertos por el art. 81 son menos de los que tradicionalmente se han considerado como consecuencia de la separación entre el art. 81.1 y el art. 81.3.

¹² “*Les anciens règlements d'exemption fondés sur une analyse des principales clauses... conduit dans le cas extrême... à un quasicontrat-type*” L. IDOT y B. VAN DE WALLE, “Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions”, *Cahiers de Droit Européen*, 2000, págs. 160 y ss, págs. 167-168. Lo inesperado ha sido un aumento extraordinario de la complejidad de los reglamentos de exención. Véase, como un buen ejemplo, el Reglamento de exención por categorías para los acuerdos de transferencia de tecnología.

¹³ Véase, ampliamente, J. ALFARO, “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *Gaceta Jurídica*, nº 228, 2004, págs. 51-67. Especialmente claros acerca de la incoherencia e ineficacia de la doctrina de las autoridades comunitarias para conseguir el fin pretendido, S. BISHOP y D. RIDYARD, “E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy”, *European Competition Law Review*, 2002, p. 35: “*vertical restraints that <<partition>> the market provide distributors with the immunity from intra-brand competition that is necessary for important investments to be made and that prohibiting such vertical restraints*” puede conducir a menor integración de los mercados en lugar de a una mayor integración. Véase, también, con muchas referencias sobre la utilización del Derecho de la competencia para fines de integración de mercados, F. DÍEZ-ESTELLA, “Los objetivos del Derecho Antitrust”, *Gaceta Jurídica*, nº 224, 2003, págs. 32 y ss. Uno se pregunta por qué el TJCE no ha utilizado la *eficacia horizontal* de la libre circulación de mercancías (en lugar del Derecho de la competencia) como instrumento para prohibir los pactos entre particulares que generan barreras a dicha libre circulación como ha hecho con la libre circulación de trabajadores o con la libertad de establecimiento.

¹⁴ Véanse los párrafos 14 y 15 de la Comunicación sobre el art. 81.3 en el que la Comisión cita los asuntos C-49/92P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, p. I-4125, apartado 116; y los asuntos acumulados 40/73 a 48/73 y otros, *Suiker Unie*, Rec. 1975, p. 1663, apartado 173. La jurisprudencia norteamericana, por el contrario, no considera suficiente para permitir proceder que un acuerdo limite la libertad de actuación en el mercado de los que lo celebran exigiendo *harm to competition*, véase MEESE, *University of Illinois Law Review*, 2003, p. 100, con indicaciones jurisprudenciales. “*Economic logic also compels such a requirement. Once the defendants have identified a valid procompetitive objective for the restraint –thus avoiding per se condemnation– mere proof that the arrangement restricts rivalry cannot give rise to a presumption of tangible anticompetitive effect, since such a restriction is at least equally consistent with a conclusion that the arrangement is a normal or usual method of furthering trade*”.

que podría haber desarrollado de no ser por el acuerdo¹⁵. Pero este concepto es inadecuado porque no tiene en cuenta los *efectos sobre el mercado* de la obligación asumida. Como ha demostrado la economía de los costes de transacción y se ha ejemplificado más arriba, limitaciones de la libertad de actuación individual de los que celebran un contrato es la vía para resolver problemas que impiden la cooperación eficiente, esto es, la obtención de las ventajas de la especialización a través del intercambio.

Utilizando los ejemplos que propone la Comisión Europea para determinar cuándo hay una restricción de la competencia en el sentido del art. 81.1, se puede aceptar que *“cuando dos empresas establecidas en diferentes Estados miembros se comprometen a no vender productos en sus respectivos mercados, la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo se ve restringida”*, pero, en tal caso, estamos ante un acuerdo que tiene *por objeto* restringir la competencia (es un cártel de reparto de mercados) que sólo puede quedar fuera del art. 81.1 cuando el tamaño insignificante de las empresas que lo celebran lleven a concluir que el acuerdo no tiene efecto *significativo* alguno sobre la competencia (en el mercado de productos en el que se mueven las empresas) o cuando existan razones excepcionales para su autorización *ex art. 81.3*. Pero es inaceptable afirmar que *“cuando un proveedor impone a sus distribuidores obligaciones de no vender productos competidores”* estemos ante una restricción de la competencia en el sentido de un acuerdo colusorio. Sólo si - como añade inmediatamente la comisión- la envergadura del fabricante o del conjunto de su red de distribución es muy grande y *“esa obligación impide el acceso de terceros al mercado, la competencia real o potencial que habría existido en ausencia del acuerdo se ve restringida”*. Porque, en otro caso, si el fabricante podía no haber vendido sus productos a un determinado distribuidor, venderle con condiciones incrementa la competencia. Obsérvese, pues, cómo la Comisión maneja dos conceptos distintos de restricción de la competencia.

Pero la cosa empeora, desde el punto de vista de la coherencia del concepto cuando se afirma inmediatamente que *“cuando un proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido entre los distribuidores en ausencia de las restricciones”*. No es cierto. Si el proveedor no celebra los contratos de distribución con cada uno de ellos, en primer lugar, no se habría desarrollado competencia alguna entre éstos. Por tanto, si el contrato de distribución permite algún grado de competencia entre los distribuidores por pequeña que sea, el contrato *incrementa* la competencia preexistente. Y si el fabricante prohíbe a sus distribuidores distribuir los productos de otros fabricantes (obligación de no competencia), no afecta a la competencia en el sentido de que no se traduce en precios más elevados para los consumidores de tales productos que estarán protegidos frente a precios elevados por la rivalidad entre fabricantes¹⁶. Por tanto, sólo es restrictivo de la competencia en el amplísimo sentido señalado anteriormente: como limitación de la libertad de actuación del distribuidor,

¹⁵ Véanse, para lo que sigue, las “preguntas” que propone la Comisión para determinar si hay una restricción de la competencia en el párrafo 18 de la Comunicación sobre el art. 81.3. Si hemos entendido bien a la Comisión, el párrafo 18.1 se refiere a los acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia y el párrafo 18.2 se refiere a los pactos o cláusulas que, dentro de un acuerdo que articula una transacción económica legítima, tienen *efectos restrictivos* de la competencia.

¹⁶ R. GILBERT, “Converging Doctrines? US and EU Antitrust Policy for the Licensing of Intellectual Property” *Working Paper Competition Policy Center, U. California, No. CPC04-44, 2004*, disponible en www.ssrn.com.

concepto de restricción de competencia que, como hemos señalado, conduciría a incluir en el art. 81.1 prácticamente todos los contratos obligatorios.

Y la incoherencia en el uso del concepto de restricción de la competencia se vuelve completa cuando la Comisión distingue entre tipos de restricciones contenidas en estos acuerdos para considerar unas como restricciones en el sentido del art. 81.1 y otras como “no restricciones”¹⁷. Así, en las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología y tras reproducir idénticas afirmaciones a las realizadas en relación con los acuerdos verticales en general, la Comisión añade –párrafo 12 b– que la fijación vertical de precios y las restricciones territoriales o de la clientela entre licenciatarios son ejemplos de restricciones que entran en el art. 81.1 pero que hay otras “determinadas restricciones (que) pueden, en ciertos casos, no estar sujetas al apartado 1 del artículo 81 porque la restricción es objetivamente necesaria para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza”. Un uso “natural” del lenguaje debería llevar a afirmar que, si manejamos el concepto de restricción de la competencia que maneja la Comisión (y el TJCE), lo que sucede es que hay restricciones de la competencia que no deben prohibirse, pero no rechazar el carácter restrictivo de la cláusula correspondiente. Con lo que tenemos, no tres categorías (acuerdos no restrictivos según el art. 81.1 y acuerdos restrictivos pero autorizados por el art. 81.3 y acuerdos restrictivos prohibidos), sino cuatro categorías de acuerdos (acuerdos no restrictivos, acuerdos restrictivos pero que no caen bajo el art. 81.1, acuerdos restrictivos autorizados por el art. 81.3 y acuerdos prohibidos)¹⁸. Además, no es posible establecer de forma general y abstracta cuándo una cláusula de un contrato que establece una restricción de la competencia en tan amplísimo sentido como el que le atribuyen las autoridades comunitarias es objetivamente necesaria para la existencia del contrato en el que se inserta. Porque los contratos entre particulares se organizan en torno a tipos, no en torno a conceptos¹⁹ lo que impide establecer con carácter general qué pactos o cláusulas son “objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza”. Porque “objetivamente necesarios” son sólo los elementos esenciales del acuerdo (en la compraventa, el precio y el objeto), el resto de las cláusulas son convenientes o útiles para la consecución de los fines perseguidos por las partes al celebrarlo.

¹⁷ Así, la Comisión afirma que “puede no ser aplicable el apartado 1 del artículo 81 a ciertas restricciones, cuando... sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza” pero, sí que son restricciones “la imposición de precios de reventa y las restricciones a las ventas por territorios o clientes entre distribuidores”. La conclusión es que la afirmación de la Comisión en el sentido de que, para que un acuerdo infrinja el art. 81.1, es necesario que “pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes” (párrafo 24), no resulta creíble. En el párrafo 18, la Comisión dice que no es suficiente, para justificar el carácter no restrictivo de los acuerdos verticales de fijación de precios o de protección territorial absoluta con alegar que la empresa, si no le permiten tales restricciones, habría acudido a la integración vertical (a distribuir a través de una sucursal) porque –dice la Comisión– “las decisiones de recurrir o no a la integración vertical dependen de diversos y complejos factores algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada”. Claramente, esto no es un argumento porque, precisamente, el Derecho de la competencia debería ser neutral en relación con las formas de organización de su actividad por parte de las empresas. Véanse los mismos razonamientos incoherentes en relación con los acuerdos de transferencia de tecnología en las *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología* (2004/C 101/02), DOCE 27-IV-2004, párrafo 12.

¹⁸ Véase el tipo de razonamiento de la Comisión que aquí se critica en L. KJOLBYE, “The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81”, *European Competition Law Review*, 2004, págs. 566 y ss.

¹⁹ Sobre el significado del pensamiento tipológico y la distinción entre concepto y tipo, fundamental en la dogmática jurídica, véase K. LARENZ y C-W. CANARIS, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, Berlín, 3ª edición, 1995, págs. 122 y ss. y págs. 289 y ss.

La Comisión pone, en el Reglamento que comentamos, dos ejemplos de cláusulas que no serían restrictivas en el sentido del art. 81.1²⁰. Las restricciones territoriales absolutas “durante un cierto tiempo si son objetivamente necesarias para que un licenciataria entre en un mercado nuevo”²¹. Que no son objetivamente necesarias –en el sentido de imprescindibles- lo demuestra la existencia de mecanismos contractuales alternativos a la restricción territorial absoluta, por ejemplo, un precio de reventa impuesto o el pago de un canon por la tecnología licenciada menor por parte de los nuevos licenciataria. El segundo ejemplo es el de la cláusula por la que el licenciante prohíbe a los licenciataria “que vendan a determinadas categorías de consumidores finales”. Esta cláusula “puede no ser restrictiva de la competencia cuando tal restricción (sic), por motivos sanitarios o de seguridad relacionados con la naturaleza peligrosa del producto en cuestión, resulta objetivamente necesaria”. En realidad, la cláusula es restrictiva de la competencia de acuerdo con el concepto de restricción manejado por la autoridades de la competencia. Es una cláusula que tiene efectos restrictivos, pero, obviamente, no tiene por objeto limitar la rivalidad entre agentes económicos, sino que su objeto, en el sentido de finalidad, es proteger al fabricante frente a reclamaciones de responsabilidad por parte de los consumidores (responsabilidad del fabricante por productos). En todo caso, la cláusula será objetivamente necesaria dada la naturaleza del producto, pero no para la existencia de un acuerdo de licencia. Por lo demás, el plazo al que somete la validez de la prohibición de ventas pasivas –por ejemplo- la Comisión en el párrafo 119 de las Directrices verticales es necesariamente arbitrario. ¿Por qué es necesaria tal prohibición para permitir la apertura de un nuevo mercado y no es suficiente permitir las durante un año o durante tres?

2. La inaplicación del art. 81.1 a los pactos restrictivos incluidos en contratos con causa legítima

9. Las autoridades de competencia han venido reduciendo el ámbito de aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos a través de diversas doctrinas y regulaciones. La primera vía consiste en afirmar que acuerdos de cooperación entre empresas no competidoras (pero que limitan la libertad de actuación en el mercado de cada una de ellas) no son restrictivos de la competencia y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 1 LDC y 81.1 TCE. La segunda reducción proviene de las normas legales que *autorizan* u *obligan* a los competidores a no competir (art. 2 LDC). La tercera reducción es la que proviene de los *reglamentos de exención por categorías*, consecuencia de lo previsto en el art. 81.3 del Tratado (artículos 3º a 5º LDC). La cuarta es la exención de los acuerdos de menor importancia, exención que debería admitirse aunque no fuera mas que porque no restringe la competencia quien quiere, sino quien puede. Estas doctrinas no necesitan ser analizadas ahora.

10. Pero la doctrina que mayor importancia teórica tiene para la construcción del concepto de acuerdo restrictivo es la que se ha calificado como *rule of reason* europea y que ha sido desarrollada por el TJCE para dejar fuera del art. 81.1 del Tratado algunos tipos de acuerdos cuyo

²⁰ Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, párrafo 12b. Véanse las sentencias *Nungesser* y *Coditel II* que se citan más adelante.

²¹ Con lo que lo definido entra en la definición (no son restrictivas las restricciones de la competencia objetivamente necesarias para un acuerdo que sean objetivamente necesarias para que un licenciataria entre en un mercado nuevo). Véase también el párrafo 119 de las Directrices sobre restricciones verticales que permite la prohibición de ventas pasivas excepcionalmente por un período de dos años cuando la restricción está vinculada a la apertura de un mercado geográfico o de producto nuevo.

contenido restrictivo de la competencia es indudable²² pero que tienen, simultáneamente efectos procompetitivos o, en general, reducen los costes de transacción o resuelven problemas contractuales (generar incentivos a las partes para cumplir, asignar riesgos a la parte que puede asumirlos a menor coste, incentivar a las partes a revelar información a la contraparte, inducir a una de las partes a desplegar el nivel óptimo de esfuerzo en el cumplimiento o a proporcionar el nivel de calidad óptimo...). La doctrina alemana denomina a estos acuerdos como *restricciones inmanentes a un tipo contractual* y en el Derecho norteamericano se conocen como *ancillary restraints*. Mostraremos que el valor de esta reducción del ámbito de aplicación de la prohibición del art. 1 y del art. 81 es cualitativamente distinto a las otras doctrinas expuestas hasta aquí. No se limita a ser un grupo de casos. Es mucho más porque permite establecer una *summa divisio* entre acuerdos que, aunque tengan efectos restrictivos de la competencia no deben considerarse prohibidos y los cárteles (acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia) a los que va dirigida primariamente la prohibición y a los que, consecuentemente, va dirigida también la posibilidad *excepcional* de autorización a través del correspondiente reglamento. El examen que sigue a continuación demuestra que las autoridades comunitarias han excluido del ámbito de aplicación del art. 81.1 numerosos acuerdos que entran en el tenor literal de dicho precepto y que sólo pueden considerarse razonablemente excluidos si se acepta que hay una reducción práctica del tenor literal del precepto para incluir sólo los acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia.

11. El Derecho norteamericano formuló muy tempranamente este límite a la aplicación del artículo 1 de la *Sherman Act* en el caso *Addyston Pipe* diciendo que “*no conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party*”²³. Los que se han ocupado de analizar el significado de esta doctrina señalan que son *ancillary restraints* las restricciones de la competencia necesarias para poder organizar la producción conjunta de bienes o servicios o la integración económica que, como señalamos más arriba, es vital para la eficiencia productiva si la escala óptima de producción va más allá de la empresa individual. La cooperación se articula entonces a través de una gran variedad de contratos que tienen efectos restrictivos de la competencia pero que se consideran fuera de la prohibición del art. 1 de la *Sherman Act*, tales como “*sociedades, relaciones laborales, fusiones, franquicias, acuerdos de distribución, acuerdos de producción o distribución conjunta... la creación conjunta de instalaciones o infraestructuras necesarias para que pueda desarrollarse una actividad económica como los mercados o las bolsas*”²⁴. Además, -se afirma- “*los intercambios voluntarios no se limitan a la venta de una empresa o de un activo* (que son los ejemplos que utilizó el Tribunal Supremo americano en la sentencia *Addyston Pipe*).

²² Véase, para lo que sigue, VEROUDEN, *Antitrust Law Journal* n° 71, 2004, págs. 553 y ss.

²³ *United States v. Addyston Pipe and Steel Co.*, 175 U.S. 211 (1899). Véase VEROUDEN, *Antitrust Law Journal* n° 71 2004, págs. 528 y ss, p. 541 y nota siguiente.

²⁴ Th. C. ARTHUR, “A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts”, *Antitrust Law Journal*, n° 68, 2000, págs. 337 y ss, 340; A. J. MEESE, “Price Theory, Competition and the Rule of Reason”, *University of Illinois Law Review*, 2003, págs. 77 y ss, págs. 83 y ss con un repaso de la doctrina jurisprudencial norteamericana de principios de siglo donde se elaboró la relación entre libertad contractual y prohibición de cárteles.

*Todos los intercambios voluntarios crean riqueza y las restricciones que facilitan o eliminan obstáculos a la realización de intercambios voluntarios deben considerarse como ancillary restraints*²⁵.

12. El ejemplo norteamericano pone de manifiesto cómo la jurisprudencia ha tratado de *cohonestar* la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia – igualmente general en la *Sect. 1* de la *Sherman Act* – con el Derecho privado y la libertad de los particulares para ordenar sus relaciones en la forma que les permita maximizar las ganancias derivadas de los intercambios²⁶ y lo ha hecho porque los jueces que deciden sobre la *Sect. 1* de la *Sherman Act* también han de aplicar el Derecho contractual que garantiza la protección y el carácter vinculante de los acuerdos a los que llegan los particulares en la persecución de sus propios fines. El Derecho europeo no ha llegado a formular una regla semejante, a nuestro juicio, porque el Derecho de la competencia europeo no forma parte de un ordenamiento jurídico privado como el que rodea a las normas antimonopolio de cualquier Estado. Pero como sería impensable que el Derecho de la competencia europeo sirviera para limitar indebida y desproporcionadamente la libertad contractual, el TJCE y la Comisión Europea han ensayado diversos caminos para lograr un equilibrio semejante al del Derecho norteamericano. No es seguro que se haya conseguido, precisamente porque, ante la ausencia de un Derecho contractual europeo, las autoridades de competencia han utilizado *exclusivamente* valoraciones extraídas del Derecho de la competencia para justificar la validez de acuerdos que tenían efectos restrictivos lo que ha conducido a un acervo doctrinal no demasiado coherente sistemáticamente.

13. El primer caso relevante en la jurisprudencia europea es el *STM v. Maschinenbau Ulm*²⁷ donde se trataba de decidir sobre el carácter anticompetitivo de un contrato de suministro exclusivo por el cual *STM* disfrutaba de los derechos exclusivos para revender en Francia la maquinaria fabricada por *Maschinenbau*, una empresa alemana. El contrato permitía a *STM* vender fuera de Francia y no impedía las importaciones paralelas (las realizadas por otros distribuidores hacia Francia). El TJCE afirmó que la naturaleza jurídica del contrato no era decisiva para determinar si caía bajo el artículo 81.1; partió de la distinción entre acuerdos cuyo *objeto* es restringir la competencia y acuerdos con *efectos* restrictivos y afirmó que si el objeto del acuerdo es restringir la competencia, “*entonces, el propio acuerdo o, al menos, cualquier cláusula anticompetitiva que el mismo contenga, constituye una restricción de la competencia por su propia naturaleza*” sin que sea necesario examinar los efectos concretos del acuerdo²⁸. Si el objetivo del contrato no es anticompetitivo, el TJCE dice que hay que examinar si “*el acuerdo (restrictivo)... es realmente necesario para la penetración del fabricante (que concede la distribución exclusiva) en un nuevo mercado*”. A continuación, enumera un conjunto de criterios relevantes en este análisis (la severidad de las cláusulas que garantizan la exclusiva, la naturaleza y cantidad de los productos cubiertos por el acuerdo, la

²⁵ *Ibidem*, págs. 376-377.

²⁶ Sobre esta función del Derecho Privado contractual véase J. ALFARO, “Los costes de transacción”, *Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1995, págs. 131-162.

²⁷ Caso 56/65 de 1966, Rec. p. 235.

²⁸ VEROUDEN, *Antitrust Law Journal*, nº 71, 2003, págs. 541-542, citando los casos C-306/96, *Javico Int'l and Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA*, 1998 E.C.R. I-1983; C-19/77, *Miller Int'l Schallplatten GmbH v. Commission*, 1978 E.C.R. 131; Joined cases 56/64 and 58/64, *Consten and Grundig v. Commission* 1966 E.C.R. 299.

posición del que otorga la exclusiva en el mercado de productos en cuestión y el número de partes...).

Esta sentencia puede interpretarse en el sentido de la jurisprudencia norteamericana aunque con limitaciones²⁹. A nuestro juicio, una vez constatado que el acuerdo no tenía por objeto restringir la competencia y que su finalidad era legítima, la restricción de la competencia debe admitirse aun en el caso de que no sea imprescindible para asegurar la penetración del fabricante en el nuevo mercado, aunque sólo sea porque un juez no está en condiciones de decidir una cuestión planteada en esos términos (“*realmente necesaria*”). Es el mercado el que debe decidirla. Si la cláusula que garantiza la exclusiva es eficiente para lograr tal fin, prevalecerá en el mercado. En caso contrario, desaparecerá al ser sustituida por otra menos restrictiva pero igualmente eficiente. También las cláusulas contractuales están sometidas a la competencia y no parece sensato exigir a las partes del acuerdo que adopten la cláusula que reproduciría la que adoptarían las partes que se movieran en un mercado en competencia perfecta y sin costes de transacción (que no adoptarían ninguna). En el mismo sentido, los “criterios relevantes” sólo deberían serlo para prohibir un acuerdo de este tipo cuando el contrato se celebra entre partes con capacidad para cerrar el mercado del producto correspondiente. También es irrelevante que los precios al consumidor de los productos vendidos a través de este sistema de distribución (las máquinas de *Maschinenbau*) sean ahora más elevados que los anteriores. Por la sencilla razón de que dicho aumento de precios no indica que el precio previo a la introducción de las restricciones verticales fuera el precio “competitivo”, de forma que si la restricción vertical resuelve un problema contractual (incentivar al distribuidor a realizar esfuerzos promocionales) su validez no debería ponerse en duda³⁰.

14. Lamentablemente, la doctrina incipiente del caso *Maschinenbau* no se asentó en la jurisprudencia europea y en el caso *Consten/Grundig* el Tribunal consideró que un acuerdo de distribución que incluía una protección territorial absoluta para el distribuidor era un acuerdo cuyo objeto era restringir la competencia y, por tanto, que caía indefectiblemente bajo el art. 81.1. Se trataba de un acuerdo de distribución exclusiva entre *Grundig* y *Consten*, que era un distribuidor mayorista francés. El primero se obligaba a vender sus electrodomésticos en Francia sólo a *Consten* y, el segundo, a no vender productos de los competidores de *Grundig* y a no realizar ventas de los productos *Grundig* fuera del territorio que le había asignado (Francia), siendo así que *Grundig* había impuesto semejantes restricciones a los distribuidores que tenía en otros países europeos. La Comisión consideró el acuerdo como restrictivo de la competencia en el sentido del art. 81.1 señalando que protegía a *Consten* de la competencia que podían hacerle otros distribuidores de *Grundig*³¹. El caso es importante porque el Gobierno alemán alegó que la Decisión de la Comisión estaba basada en un “concepto erróneo de competencia” y que la competencia relevante es la que existiera entre fabricantes de electrodomésticos, competencia

²⁹ No pretendemos afirmar que la jurisprudencia norteamericana haya sido coherente con el planteamiento que aquí se expone. Al contrario, hasta muy recientemente, la comprensión de lo que constituye una restricción de la competencia que debe prohibirse ha sido tributaria, también en los EEUU, de teorías que no tenían en cuenta los avances de la economía de los costes de transacción.

³⁰ Véase MEESE, *University of Illinois Law Review*, 2003, págs. 162 y ss.

³¹ *Ibidem*, págs. 543-544.

intermarcas que es la que quedó plasmada en el artículo 81.1. También el abogado general *Roemer* criticó la Decisión de la Comisión pero el TJCE la confirmó señalando que también los acuerdos verticales quedan incluidos en el artículo 81.1 y que el hecho de que se reforzase la competencia intermarcas gracias a estos acuerdos no hacía desaparecer la reducción de la competencia intramarca que el acuerdo vertical provocaba³². De esta forma, acogió el concepto de competencia que se ha criticado anteriormente (limitación de la libertad de las empresas en sus relaciones con terceros no parte del acuerdo).

El fundamento de la sentencia no es, sin embargo, competitivo, sino de integración de mercados. En esta sentencia se sienta la doctrina según la cual todos los acuerdos entre particulares que tiendan a compartimentar nacionalmente el Mercado común han de considerarse prohibidos por el art. 81.1³³. Obsérvese que el acuerdo (el contrato de distribución) es un acuerdo con causa legítima cuyo objeto es que el distribuidor promueva las ventas del fabricante en un determinado territorio. Por tanto, se trata de un acuerdo con un objeto (causa) legítimo que tiene *efectos restrictivos* derivados de las cláusulas del contrato que otorgan protección al distribuidor. Un análisis a la *Addyston Pipe* debería haber llevado al TJCE a examinar si esas cláusulas cumplen alguna función contractual legítima y, en tal caso, y a salvo de que el fabricante o el distribuidor tuvieran posición de dominio en el mercado *de los electrodomésticos*, considerarlas legítimas, sin más, también desde el punto de vista del Derecho de la competencia³⁴.

15. En el caso *Metro I* de 1977, el TJCE afirmó que un sistema de distribución selectiva (“distribuidores autorizados”) de la marca de televisores *SABA* no era un acuerdo restrictivo de la competencia en contra de lo que había afirmado la Comisión la cual, a la vista de que en virtud de los contratos entre *SABA* y los distribuidores autorizados éstos se comprometían a no revender los productos mas que a consumidores finales o a otros distribuidores autorizados y que *SABA* se comprometía a no convertir en distribuidores autorizados mas que a distribuidores que cumplieran determinados requisitos, afirmó que el acuerdo caía bajo el art. 81.1 del Tratado aunque concedió una autorización singular *ex art.* 81.3. Como se ha dicho acertadamente, el TJCE no tiene razón si manejamos el concepto de restricción de la competencia aquí criticado pero que sigue utilizando el

³² En todas partes cocían habas en los años sesenta/setenta. Véase MEESE, *University of Illinois Law Review*, 2003, págs. 77 y ss, p. 125: donde se recoge una afirmación semejante a la del TJCE del TS norteamericano en el caso *United States v. Topco Assocs., Inc*, 405 U.S. 596 (1972). Dice MEESE que en esta sentencia se estableció que “*agreements limiting rivalry between joint venturers were unlawful per se, even if such arrangements were ancillary to an otherwise legitimate venture that enhanced rivalry with nonventurers and thus appeared to produce benefits for consumers*”. Sin embargo, a partir de la sentencia *Sylvania*, el TS americano cambió el modelo de análisis véase MEESE, págs. 141 y ss. En 1988, “*The Court narrowed the definition of minimum resale price maintenance, excluding agreements between a dealer and manufacturer to terminate another dealer that was cutting prices*”.

³³ Dijo el TJCE que “*an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the most fundamental (objetivos) of the Community. The Treaty, whose preamble and content aim at abolishing the barriers between states, and which in several provisions gives evidence of a stern attitude with regard to their reappearance, could not allow undertakings to reconstruct such barriers. Article 85.1 is designed to pursue this aim...*”. Para la crítica de esta doctrina véase ALFARO, *Gaceta Jurídica*, nº 229, 2004, págs. 51-67 (empresas sin posición de dominio en el mercado de producto no pueden, aunque tal fuera el objetivo de sus contratos con restricciones verticales, lograr tal objetivo de modo que sólo si se considera el mercado de los productos de *ese fabricante* –los coches Volkswagen, por ejemplo- puede hablarse seriamente de que se produce una compartimentación de mercados).

³⁴ Véase el análisis de la jurisprudencia norteamericana de la época –en una línea muy semejante a la europea– en MEESE, *University of Illinois Law Review*, 2003, págs. 124 y ss.

Derecho comunitario (restricción de la libertad de actuación económica de las partes del contrato). Pero el TJCE, ante quien apeló un *cash-and-carry* alemán –Metro–, afirmó que si la selección de los distribuidores no era arbitraria ni discriminatoria, estábamos ante “restricciones objetivas que son necesarias” para que el sistema funcione y que, como tales, no son restricciones de la competencia en el sentido del art. 81.1. Obsérvese que, libre de presiones procedentes del objetivo de integración de los mercados, el TJCE vuelve a *Maschinenbau* y excluye del art. 81.1 acuerdos causalmente legítimos (contratos de distribución) con efectos restrictivos (prohibiciones de reventa a distribuidores no autorizados). La “eficiencia” o “ineficiencia” de un sistema de distribución selectiva, nuevamente, no deberían llevar a los jueces a autorizarlo o no. Y tampoco debería ser necesario ponderar los efectos procompetitivos y los anticompetitivos del acuerdo (sobre todo, si la competencia que se considera relevante es la competencia intramarca). Sólo hay que comprobar que las cláusulas con efectos restrictivos son coherentes con la finalidad (causa) legítima del contrato³⁵. El TJCE formula (algo menos que) esta idea cuando afirma que las cláusulas restrictivas de la competencia contenidas en los acuerdos se consideraban no incluidas en el artículo 81.1 en la medida en que fueran “objetivamente necesarias para asegurar la ejecución y puesta en práctica del acuerdo y proporcionadas para tales objetivos”, por lo que, se ha afirmado, que la construcción jurisprudencial europea “es comparable a la doctrina de las ancillary restraints americana”³⁶.

El requisito de la necesidad de la restricción para alcanzar objetivos legítimos debe criticarse severamente. Sólo es coherente con un modelo de competencia “gestionada” por las autoridades de competencia. Las autoridades de competencia no disponen de la información para saber qué cláusulas contractuales consiguen el efecto (eficientista) perseguido por el contrato con la menor restricción posible de la libertad de actuación de las partes (requisito de necesidad), por lo que este tipo de juicios oculta las verdaderas razones de la decisión como, en el caso *Maschinenbau*, la escasa cuota de mercado del fabricante alemán. Además, no es un requisito que discipline la actuación de las autoridades de competencia y sirva de guía a los particulares. No disciplina a las autoridades de

³⁵ Véase *Caso 75/84, Metro SB Grossmarket GmbH & Co KG v. Commission*, Rec 1986, p. 3021, párrafo 45. Y los casos de la comisión *Villeroy & Boch* Caso IV/30665, DOCE L 376/15 de 1985; y *Distillers/Victuallers* DOCE L 233/43 C-IV/26528, de 1980 aunque se trataba de casos puramente nacionales; véase también, para lo que sigue, J. FRITZSCHE, “*Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach art V. 85 EGV*”, *Zentrum für Hochleistungsrechnen* n° 160, 1996, págs. 31-58; S. SCHMITZ, “*Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?*”, *WuW*, 2002, págs. 6 y ss.

³⁶ VEROUDEN, *Antitrust Law Journal*, n° 71, 2003, p. 555. Nuestra crítica se extiende al *balancing* de efectos procompetitivos y anticompetitivos del acuerdo, idea que está presente en el Derecho Comunitario. Por ejemplo, en el Reglamento de Exención por Categorías para Acuerdos de Transferencia de Tecnología se afirma en los considerandos 5 y 6 que “en aquellos supuestos en los que los acuerdos de transferencia de tecnología producen algún efecto restrictivo para la competencia y siempre que las empresas partícipes no ostenten un poder de mercado relevante, sus efectos positivos para la competencia compensan los efectos restrictivos que de ellos puedan derivarse por lo que pueden quedar cubiertos de modo automático por la exención prevista en el art. 81.3”. A nuestro juicio, no hay que ponderar efectos restrictivos y efectos procompetitivos del acuerdo. Al margen de que los jueces y las autoridades de competencia no hacen tal cosa (no evalúan de qué modo el acuerdo provoca un aumento de la competencia o una reducción de los precios o un aumento de la variedad de los productos), lo que tienen que hacer es, simplemente, comprobar que la cláusula correspondiente encaja en el acuerdo, es coherente con la finalidad –legítima– del mismo o, en términos de restricciones accesorias de una operación de concentración “está relacionada directamente” con el contrato. Véase, por ejemplo, la Sentencia *Coditel II* TJCE 6-X-1982, Asunto C-262/81 Rec. p. 3381 referida a una licencia exclusiva que otorgaba al licenciataria *protección territorial absoluta* y que se considera que no infringe el art. 81.1 si resulta indispensable para que el titular del derecho de propiedad intelectual y el licenciataria puedan obtener una compensación adecuada por el riesgo y la inversión asociadas al desarrollo y a la comercialización del producto, es decir, si la cláusula que otorga la protección territorial encaja con la finalidad –legítima– del acuerdo de licencia.

competencia porque *siempre es posible imaginar una cláusula o arreglo contractual que consiga el mismo resultado* que la cláusula discutida *con una menor restricción* de la libertad de actuación de las partes y no sirve de guía a las partes porque éstas sólo pueden prever que las autoridades de competencia aceptarán las restricciones “razonables”. Como veremos, sin embargo, si este requisito se transforma en la exigencia de que la cláusula restrictiva sea coherente con la finalidad –legítima– perseguida por las partes al celebrar el contrato, la objeción desaparece.

16. Razonamientos parecidos se contienen en la sentencia *Nungesser* de 1982 referida a un contrato de *licencia exclusiva* para un territorio determinado (Alemania, en el caso)³⁷. Nuevamente, el contrato de licencia de un derecho de propiedad industrial y su carácter exclusivo tienen una lógica económica aceptable: atribuir el uso de la tecnología a quien puede extraer mayor valor de ella induciéndole a realizar inversiones en la comercialización y distribución del producto licenciado en la seguridad de que retendrá para sí los beneficios de tales inversiones. El TJCE declaró que estos acuerdos no están incluidos en el art. 81.1 aunque no cabe duda de que la cláusula de exclusividad tiene efectos restrictivos importantes ya que ningún otro (ni siquiera el titular de la tecnología) podría fabricar lícitamente en el territorio concedido utilizando la tecnología. Y en la Sentencia *Coditel II*³⁸, ha aplicado idéntico razonamiento a las cláusulas que otorgaban al licenciataria una protección territorial absoluta, es decir, le ponían al abrigo de la competencia por parte de otros licenciataria de otros territorios. Algo parecido afirmó el tribunal en el caso *Pronuptia* en relación con un contrato de franquicia (lo que incluía una licencia exclusiva de la marca para el país, una promesa de no competencia por parte del franquiciador, una cláusula de suministro exclusivo a la entidad franquiciataria, una prohibición de competencia para la franquiciataria, etc.).

17. También es interesante señalar que el TJCE, para determinar si las cláusulas restrictivas eran “necesarias” “se fijó en consideraciones internas al sistema de distribución del fabricante”, es decir, se fijó en si eran necesarias para que el fabricante pudiera lograr los objetivos –legítimos– perseguidos con el sistema de distribución (resolver el problema del *free rider* entre distribuidores o a las consecuencias negativas para el *service* en el caso de que exista competencia feroz respecto del precio entre los distribuidores o a la protección de la imagen de marca). De esta forma, el TJCE no necesitaba realizar un análisis del mercado en su conjunto (ni de si existía o no competencia suficiente *intermarcas*) para decidir sobre si el acuerdo entraba o no en el art. 81.1³⁹. En el caso *Göttrup-Klim* la Comisión consideró que una cláusula que prohibía a los miembros de una cooperativa serlo simultáneamente de otra semejante no tenía un efecto “apreciable” sobre la competencia y el TJCE confirmó la decisión de la Comisión –la inaplicabilidad a la misma del art. 81.1– pero sobre la base de que la cláusula era *necesaria* para el funcionamiento de la cooperativa y para el logro de sus objetivos (servir de contrapeso al poder de los grandes productores de productos agrícolas ya que se trataba de una cooperativa de compra). En la Sentencia *Metropole*, (STJCE 18-IX-2001), el Tribunal de Justicia afirma expresamente que no hace falta admitir que cualquier “acuerdo que restrinja la libertad de actuación de una o más partes cae necesariamente bajo la prohibición del artículo 81.1 del Tratado” (párrafo 76). Y, en relación con los acuerdos por los que todos los empresarios de un sector adoptan condiciones contractuales comunes, el TJCE ha afirmado que no caen bajo el artículo 81.1 del Tratado si las

³⁷ C-258/78, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission*, Rec. 1982, p. 2015.

³⁸ STJCE 6-X-1982, C-262/81, Rec. p. 3381.

³⁹ VEROUDEN, *Antitrust Law Journal*, nº 71, 2003, p. 559.

condiciones se corresponden con la “naturaleza” o el “tipo” de contrato celebrado (en el caso, adaptación del tipo de interés en préstamos a interés variable, STJCE 21-I-1999, *Asunto Bagnasco*, C 215/96 y 216/96).

3. Incoherencias sistemáticas del modelo comunitario de determinación de la existencia de un acuerdo restrictivo

18. Una referencia al régimen comunitario de las cláusulas restrictivas incluidas en operaciones de concentración pondrá de manifiesto la incoherencia sistemática del planteamiento comunitario. La definición de operación de concentración (cambio estable en la estructura de control de una empresa)⁴⁰, hace que los vehículos jurídico-privados para articular el cambio de control sean, normalmente, el contrato de compraventa (de activos o de acciones o participaciones) o la fusión de sociedades. Tratándose de un contrato con un fin legítimo (transferir los activos allí donde tienen mayor valor), la Comisión y el TJCE no han dudado en declarar no incluidas en el art. 81.1 las llamadas “restricciones accesorias” a la operación de concentración. En concreto, el art. 6.1 b II del Reglamento Comunitario de Concentraciones extiende la declaración de compatibilidad de una operación de concentración a las restricciones accesorias a la misma. La Comisión pretende que ni siquiera necesita analizarlas y autorizarlas individualmente⁴¹. Dice la Comisión que están autorizadas “por ministerio de la ley”⁴². El TPI, en el caso *Canal+/Lagardère* no ha aceptado esta interpretación de la Comisión y ha señalado que las empresas tienen derecho a que la Comisión se pronuncie al respecto porque el sentido del control de concentraciones es, precisamente, que una sola instancia – la Comisión – se pronuncie sobre todos los aspectos competitivos de una operación de concentración⁴³.

19. En lo que aquí interesa, lo importante es que se declaran válidas cláusulas que tienen efectos restrictivos de la competencia y su validez deriva de que están vinculadas directamente y son necesarias para lograr la finalidad perseguida por las partes de un contrato. Resulta interesante examinar, en este contexto, el patrón de enjuiciamiento de la validez de estas cláusulas que utiliza la Comisión y compararlo con el que se utiliza normalmente en el marco de las autorizaciones ex art. 81.3 del Tratado. Aparentemente hay homogeneidad entre los requisitos de accesoriedad en un caso

⁴⁰ Art. 3.1 Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), DOCE 29-I-2004.

⁴¹ Reglamento del Consejo 139/2004 de 20-I, art. 6.1 b) II: “se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin”).

⁴² Sobre la *Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración* DOCE 2001, C 188/3, véase E. NAVARRO, “La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración”, *Gaceta Jurídica*, nº 215, 2001, págs. 43 y ss. El Tribunal de 1ª Instancia ha señalado, en la sentencia *Canal+/Lagardère* que “the characterisation of restraints as ancillary or otherwise forms an intrinsic part of the merger decision itself”, lo que significa que la Comisión tiene que pronunciarse sobre el carácter accesorio o no de las restricciones.

⁴³ Si hay problemas en el funcionamiento competitivo del mercado que no son debidos a la operación de concentración, sino que preexisten a ésta, la declaración de compatibilidad no prejuzga la calificación jurídica de la conducta de las partes previa a la fusión. Sobre esta sentencia del TPI véase D. SINCLAIR, “Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commission’s Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance”, *European Competition Law Review*, 2003, págs. 315 y ss, págs. 317-318.

y de autorización en otro. En ambos casos la cláusula debe estar incluida en un contrato que persiga un fin legítimo. Pero en el caso del artículo 81.3 o el art. 3 LDC es necesario que el contrato contribuya al progreso económico etc., mientras que tal contribución se presume en el caso de una operación de concentración ya que – suponemos – se considera que un intercambio que tiene por objeto activos es –si voluntario– eficiente en cuanto que hay que suponer que el comprador valora en más los activos que el vendedor ya que de otro modo no los vendería. El segundo requisito parece igualmente presente en ambas evaluaciones. En el art. 81.3 se habla del carácter “indispensable” de la cláusula mientras que en el control de concentraciones, la cláusula ha de ser “necesaria” para la realización de la operación. En cuanto al requisito de que no se elimine la competencia, tal es el objetivo del control de concentraciones por lo que también puede considerarse que el requisito está presente en ambos procedimientos.

20. Ahora bien, si examinamos en detalle qué se entiende por necesaria, se comprende inmediatamente que el enjuiciamiento de la Comisión es mucho menos severo en el ámbito del control de concentraciones. En efecto, si la operación no genera o refuerza una posición de dominio ni reduce significativamente la competencia en el mercado de producto, las restricciones accesorias se consideran autorizadas *si son útiles* para el fin contractual. En eso queda el requisito de la necesidad porque la Comisión considera suficiente para calificar como accesoria una restricción que sin ellas no pueda realizarse la operación⁴⁴ o se realizaría *con mayor inseguridad o dificultad, o con mayores costes, o en un plazo mucho más largo o cuando sirven a la finalidad de proteger el valor total de los activos objeto de la operación o permiten mantener el nivel de abastecimiento determinado tras la operación o posibilita la consolidación de la entidad resultante de la operación en el mercado en el que desarrolle sus actividades*⁴⁵.

21. Como se ve, basta con que la restricción sea útil para el fin contractual para que se considere accesoria. Y el fin contractual es la finalidad económico-social típica de una compraventa de empresas: asignar el control de los activos a quien los valora más. Puede concluirse, pues, que *se incurriría en una contradicción de valoración si una cláusula con efectos restrictivos de la competencia se considerara válida porque es útil para lograr el fin perseguido por el contrato en el marco del control de concentraciones (reasignación del control sobre unos activos en el marco de una operación de concentración) pero se considerara prohibida (en principio) si el tipo contractual fuera cualquier otro con finalidad legítima*, en cuyo caso, los requisitos para aceptar su validez serían más estrictos. El TJCE dijo en una ocasión que es irrelevante el *tipo* contractual en el que se incluya la restricción de la competencia. Siendo coherentes, no pueden resultar mejor tratados los contratos de compraventa de activos o de fusión que los contratos de franquicia, distribución o los de sociedad.

22. Veámoslo a través de un ejemplo. La “estrella” de las restricciones accesorias es la obligación de no competencia que asume el “vendedor” de la empresa (la “inhibición de competencia”). Un pacto de no competencia en los contratos de compraventa de empresas actúa en beneficio de ambas partes, no sólo del comprador. Si los compradores de empresas han de temer que el vendedor les haga la competencia, estarán dispuestos a pagar mucho menos por las empresas y, por tanto, los vendedores

⁴⁴ Aquí habría que decir que la restricción es indispensable, como en el art. 81.3.

⁴⁵ Véase indicaciones en NAVARRO, *Gaceta Jurídica*, nº 215, 2001, p. 46.

están interesados en “convencer” a los compradores que no le harán competencia incluyendo la correspondiente cláusula en el contrato. Es más, estas cláusulas pueden ser procompetitivas. En efecto, como ha señalado David Friedman, el número de empresas que entraría en el mercado sería inferior si no se impusiera la obligación de no competencia porque *“la posibilidad de incluir pactos de no competencia para aumentar el precio al que pueden venderse las empresas aumenta la rentabilidad de las empresas que comienzan (porque saben que podrán venderla a mayor precio) y, por tanto, el número de empresas en ese sector del mercado”*⁴⁶

Nuevamente cabría considerar que, aunque la compraventa de empresa no está regulada en nuestro Derecho-, un pacto de no competencia integra el contrato *ex art.* 1258 CC. De esta forma, el comprador tiene la garantía de que el vendedor no abrirá inmediatamente otra empresa como la vendida y, por tanto, le incentiva para ofrecer un mayor precio por la empresa y se ahorra a las partes el coste de pactar la prohibición. Si este tipo de pactos estuviera prohibido, por restrictivo de la competencia, el resultado no sería su eliminación, sino simplemente su sustitución por otro tipo de acuerdo más caro. Por ejemplo, aplazar el pago del precio de la empresa haciéndolo depender de los rendimientos o contratar como consultor al vendedor al que se le paga por este trabajo en tanto no lleve a cabo la actividad por su cuenta o por cuenta de un tercero⁴⁷.

Cuando las prohibiciones de competencia incluidas en este tipo de operaciones son excesivas a la vista del objetivo razonable que persiguen teniendo en cuenta la finalidad de la operación, la prohibición deja de ser un pacto contractual con efectos restrictivos para convertirse en un pacto *que tiene por objeto* restringir la competencia. Es decir, un exceso cuantitativo en la duración o extensión de la cláusula implica un cambio cualitativo porque es indicio de que la finalidad de la cláusula no es asegurar el cumplimiento del contrato sino otro distinto, evitar la competencia del vendedor⁴⁸.

Pues bien, no se entiende por qué ha de valorarse de forma diferente el pacto de inhibición de competencia cuando se incluye en un contrato de compraventa de una empresa y cuando se incluye

⁴⁶ Esto no es, probablemente, una excepción. Como hemos señalado más arriba, dada la estrecha relación entre libertad contractual y sistema competitivo es razonable pensar que las cláusulas restrictivas razonablemente necesarias para conseguir el fin perseguido por las partes al celebrar un contrato dotado de causa legítima acaban contribuyendo, igualmente, al mejor funcionamiento del sistema competitivo.

⁴⁷ Véase la SAP Badajoz 11-III-1991 (AC 1992\408): *“de no ser por tal pacto en realidad la transmisión de la empresa quedaría en una entelequia sin contenido real, al no transmitirse la clientela que es uno de los elementos característicos de la empresa... (con el pacto de no competencia) se aseguran los legítimos intereses del adquirente... (y) de no establecerse, habrá de suponerse implícito en la compraventa... (Lógicamente, dicho pacto) ha de limitarse al período de tiempo necesario para que el comprador consolide para sí la clientela”*; en el mismo sentido, SAP Barcelona, 28-VI-1989, *Revista General de Derecho*, 1989, p. 8302; SAP Barcelona 22-VI-1989, *Revista General de Derecho*, 1989, p. 8303: *“El pacto por el que varios socios de una sociedad anónima cuasifamiliar venden sus acciones a los otros socios y se comprometen a no fabricar ni comercializar los productos realizados por la sociedad durante un determinado plazo no vulnera los artículos 35 y 38 de la Constitución ni el art. 81 del Tratado de Roma ni tampoco los artículos 1 y 2 de la ley sobre prácticas restrictivas de la competencia”*. Véase también la resolución del TDC 2-III-1993 ICI Paints.

⁴⁸ Sobre los límites temporales de estas cláusulas véanse los puntos 18 y ss de la Comunicación. Tiene interés el supuesto recogido en el punto 20 de la Comunicación. No se considera accesoria la restricción consistente en prohibir al vendedor que adquiera participaciones financieras (no de control) en empresas competidoras de la vendida. Obsérvese la exacta coincidencia con el análisis contractual de la cuestión. Si las partes de un contrato de compraventa de empresa han pactado una inhibición de competencia por parte de los vendedores, es obvio que éstos habrían incumplido el pacto si constituyen una sociedad a través de la cual compiten (levantamiento del velo si se quiere), pero no habrían incumplido la cláusula si compran cien acciones de una sociedad cotizada que se dedica al mismo objeto social que la vendida.

en un contrato de franquicia o en un contrato de distribución. No estamos diciendo sólo que la valoración *ex art. 81.3 del Tratado* deba conducir a idéntica conclusión. Lo que estamos diciendo es que no hay justificación alguna para *privilegiar determinadas finalidades económicas sociales* en relación con otras. Nos referimos a la finalidad de reasignar el control sobre activos determinados que es el concepto de concentración en el Reglamento europeo de concentraciones respecto a cualquier otro tipo de cooperación entre empresas.

23. Otro ejemplo de la incoherencia sistemática del Derecho comunitario en esta materia nos lo proporciona la doctrina del TJCE respecto de los convenios colectivos laborales, a los que ha considerado inaplicable el art. 81.1 del Tratado⁴⁹. Estos acuerdos son restrictivos de la competencia en la medida en que limitan la libertad de trabajadores y empresarios sometidos al convenio para establecer el contenido de los contratos de trabajo que tengan por conveniente y, en esa medida, limitan también la competencia entre trabajadores y entre empresarios⁵⁰. Sin embargo, sería absurdo declararlos contrarios al Derecho de la competencia porque implicaría derogar todas las constituciones europeas que reconocen el derecho a la negociación colectiva. No obstante, tiene interés recordar los requisitos que el Tribunal ha exigido para que estos acuerdos no caigan bajo la prohibición del art. 81 I del Tratado. Es necesario que el convenio se haya firmado en el marco de la negociación colectiva; con la finalidad de regular las relaciones colectivas de trabajo; y que no se incurra en abuso de derecho. Con estas restricciones se trata de evitar que empresarios y trabajadores impongan restricciones a la competencia a terceros o en mercados distintos del objeto del convenio a través de éste⁵¹. Pues bien, el caso de los convenios colectivos demuestra que el Derecho de la competencia comunitario también está sometido a las libertades y finalidades de la Unión Europea y muchos autores han afirmado, probablemente con razón que se puede fundar, también en el derecho europeo, una reducción del ámbito de aplicación de la prohibición del art. 81.1 del Tratado y extraer del mismo todos los acuerdos celebrados con una finalidad legítima aunque contengan pactos restrictivos de la competencia que sean razonablemente coherentes con los objetivos perseguidos por las partes al celebrarlos sobre la base de los fines de la Comunidad Europea expuestos en los primeros artículos del Tratado (art. 2) que incluyen el desarrollo de la vida económica en la Unión y la referencia contenida en varios artículos del Tratado a la competitividad de la economía europea⁵².

⁴⁹ Véase, para lo que sigue, W. BERG, "Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit", *Europäische Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht*, 2000, págs. 170 y ss.

⁵⁰ Sentencia *Albany International* Asunto C-67/96; la sentencia *Maatschappij*, Asunto C-219/97 y la sentencia *Brentjens* Asuntos C-115/97 a C-117/97, Sentencia de 21-IX-1999.

⁵¹ De acuerdo con dichos criterios, por ejemplo, no cae bajo el art. 81.1 la cláusula de un convenio colectivo en la que se establece el salario mínimo en el sector "por el contrario, plazos de denuncia especialmente largos, la exclusión de la denuncia ordinaria o condiciones particulares para el ejercicio de la denuncia como la devolución de los costes de formación... no debería considerarse excluidos del ámbito de aplicación de las normas de competencia" BERG, *Europäische Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht*, 2000, p. 171; EMMERICH, *Kartellrecht*, p. 38.

⁵² FRITSCHZE, *Zentrum für Hochleistungsrechnen*, nº 160, 1996, p. 54.

4. Conclusión: acuerdos con efectos restrictivos y acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia

24. Este repaso por la jurisprudencia comunitaria y la crítica que hemos realizado a la misma nos permite concluir provisionalmente que si el acuerdo (que articula la transacción) no tiene por objeto restringir la competencia y responde a una finalidad económica legítima, las cláusulas incluidas en el mismo que tengan *efectos restrictivos de la competencia* no caen bajo el art. 81.1 si son necesarias para la efectiva consecución de los fines que se hayan propuesto (o quepa imputar a) las partes del contrato⁵³. En esta medida, puede afirmarse que la doctrina de las *ancillary restraints* está también vigente en Europa aunque *su eficacia protectora de la libertad contractual frente al Derecho de la competencia es muy inferior a la que tiene en los Estados Unidos*. La razón se encuentra en que el Derecho europeo limita (en exceso sobre el norteamericano) la libertad contractual sobre la base de valoraciones procedentes, no del propio Derecho de la competencia, sino del (pretendido) objetivo de integración de mercados, lo que le lleva a considerar como restricciones de la competencia (y por tanto, prohibidas) todas las cláusulas que permitan a un fabricante compartimentar mercados con independencia de que sean coherentes con la finalidad del contrato en el que se insertan, con independencia de que generen poder de mercado o perjudiquen de cualquier otra forma a los consumidores⁵⁴. Este objetivo obliga a las autoridades de competencia europeas a deformar el contenido del art. 81.1 y la distinción, contenida en el mismo, entre acuerdos que tengan por objeto y acuerdos que tienen efectos restrictivos. De forma que no hay nacionalidad en la aplicación de la distinción.

25. Parece obvio que un acuerdo tiene *por objeto* restringir la competencia cuando la finalidad perseguida por las partes al celebrar ese contrato es limitar la competencia entre ellas, esto es, eliminar la rivalidad. Pero no es tal la interpretación de las autoridades de la competencia. Estas definen las restricciones de la competencia "*por objeto*" como "*aquellas que por su propia naturaleza (?) restringen la competencia. Son restricciones que, a la luz de los objetivos de la normativa comunitaria de competencia, tienen un potencial tan grande de efectos negativos sobre la competencia que no es necesario probar su efectos sobre el mercado para aplicar el apartado 1 del artículo 81*". Y –continúa la Comisión– "*para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia se tienen en cuenta varios factores, especialmente el contenido del acuerdo y los fines objetivos del mismo... el contexto en que se aplica... el comportamiento real de las partes en el mercado...*"⁵⁵. Se estará de acuerdo que semejante definición de lo que es un acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia es, cuando menos, escasamente clarificadora. Sobre todo, cuando, tras semejante descripción, se concluye por la Comisión que las restricciones enumeradas en la lista de *restricciones especialmente graves* son restrictivas por su objeto y

⁵³ Excepcionalmente, estos acuerdos caerán bajo el artículo 81.1 cuando "*la existencia de un cierto número de tales sistemas de distribución no deja espacio para otras formas de distribución... o resulta en una rigidez en la estructura de precios que no queda compensada por otros aspectos competitivos entre productos de las mismas marcas y por la existencia de competencia efectiva entre diferentes marcas*", VERouden, *Antitrust Law Journal*, nº 71, 2003, p. 555.

⁵⁴ A esto se refieren las autoridades europeas cuando afirman que hay que examinar qué competencia se habría desarrollado en ausencia del acuerdo lo que es impreciso porque conduce a resultados muy distintos en función de qué entendamos por competencia relevante (intramarca o intermarcas) Véase P. LUGARD y L. HANCHER, "Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81.3 of the EC Treaty", *European Competition Law Review*, 2004, págs. 410 y ss, p. 411.

⁵⁵ Apartado 14 de la Comunicación de la Comisión de Directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología.

en dicha lista figuran las sospechosas habituales, esto es, las cláusulas que fijan el precio de reventa de los productos y las cláusulas de protección territorial absoluta.

26. A nuestro juicio, un análisis del art. 81.1 coherente con el Derecho privado en su conjunto llevaría a examinar, en primer lugar, el contrato celebrado. Si se trata de un *tipo* de contrato con causa legítima y se celebran entre sujetos *que no son competidores* entre sí, en principio, no puede decirse que el contrato tenga *por objeto* restringir la competencia. Su objeto es intercambiar el uso de una tecnología por un precio (licencia) o promover la venta de los productos fabricados por alguien (distribución), reproducir un modelo de empresa (franquicia), cooperar en la consecución de un fin común (sociedad). Estos contratos contendrán, normalmente, pactos o cláusulas que tienen *efectos restrictivos* de la competencia, entendida en ese sentido tan formal de limitación a la libertad de las partes para actuar dentro o fuera del acuerdo como tengan por conveniente, pero ni siquiera tienen tales efectos si se entiende la restricción de la competencia en el sentido de colusión o daño (efectivo o potencial) a los terceros.

(i) Los contratos que tienen *por objeto* restringir la competencia son aquéllos en los que la finalidad *principalmente* perseguida por las partes al celebrarlo es eliminar o reducir la rivalidad que existiría, en otro caso, entre ellos. Por tanto, carece de sentido afirmar que un contrato de licencia o un contrato de distribución⁵⁶ tienen por objeto restringir la competencia y, en la generalidad de los casos, ninguna de las cláusulas contenidas en ellos tendrá *por objeto* restringir la competencia, porque no lo tiene el contrato en su conjunto.

(ii) Excepcionalmente, sin embargo, las partes pueden utilizar un contrato legítimo para encubrir un cártel o un acuerdo colusorio. Las cláusulas que sirvan a tal finalidad serán acuerdos cuyo objeto es restrictivo de la competencia. El principal indicio de que ésa es la finalidad perseguida por las partes (en sentido objetivo) será el de que –aceptado que la cláusula es idónea para articular el cártel– no existen justificaciones razonables para la presencia de tal cláusula en el contrato a la luz de la finalidad del mismo. Por ejemplo, las cláusulas de parte más favorecida, incluidas en contratos de distribución, que facilitan la colusión entre los fabricantes cuando, a la vista de la estructura del mercado en cuestión, no hay riesgo significativo de *hold-up* por parte del distribuidor⁵⁷.

(iii) Por último, también excepcionalmente hay acuerdos que tienen *efectos restrictivos* en el sentido más razonable de limitar la rivalidad de los competidores en el mercado cuando, aunque no se celebran entre competidores, permiten a uno de ellos excluir a sus rivales, elevar sus costes o dificultar su acceso al mercado. Como tales efectos sólo puede lograrlos quien dispone de poder de mercado, su persecución debería quedar encargada a la prohibición de abuso de posición de dominio.

27. Porque, en efecto, un juez que aplica el Derecho español de la competencia puede descartar la aplicación del art. 1 LDC a cualquier cláusula contenida en un contrato con causa (finalidad económico-social típica) legítima si la cláusula “encaja” razonablemente en el contrato, es decir, si

⁵⁶ En el caso normal en el que licenciante y licenciatario o fabricante y distribuidor no son competidores.

⁵⁷ Véase J. BAKER, “Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of <<most favored-customer>> clauses”, *Antitrust Law Journal*, 1996, págs. 517 y ss.

sirve a los fines perseguidos por las partes con el contrato. No necesita ponderar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la cláusula y del acuerdo⁵⁸. Puede ahorrarse ese trabajo (para el que, por lo demás, no está especialmente preparado) porque se trata de un negocio con un “fundamento socialmente razonable...” que no es “visiblemente contrario a los principios del ordenamiento jurídico”⁵⁹. Sólo cuando el objeto del contrato es restringir la competencia (causa ilícita) o cuando la cláusula que tiene efectos restrictivos no encaja razonablemente en el contrato (lo que la priva de la protección que merece el propio contrato) deberá el juez calificar al contrato o a la cláusula como contrarios al art. 1 LDC.

28. La conclusión que se acaba de formular se podría fundar igualmente en una interpretación amplia del artículo 2º LDC. En efecto, si se ha señalado que las cláusulas que tienen efectos restrictivos de la competencia son coherentes con el contrato que, en sí persigue un fin legítimo, podríamos decir igualmente que si el legislador regulara detallada y supletoriamente el tipo contractual de que se trate establecería en la propia ley la cláusula restrictiva o autorizaría expresamente a las partes para que lo hicieran. Por tanto, las cláusulas correspondientes habrían de calificarse como *impuestas o autorizadas por la ley*⁶⁰. Si el legislador no ha regulado el tipo contractual (*contratos atípicos*) y el juez se ve obligado a integrar el contrato, la solución es idéntica: el juez integraría el contrato incluyendo tales cláusulas en aplicación del art. 1258 CC y se trataría igualmente de restricciones a la competencia legitimadas por la Ley⁶¹. En definitiva, como afirma la doctrina, “lo que está prescrito por la normativa jurídico-privada no puede estar proscrito por la normativa concurrencial”. Aunque, se ha afirmado en sentido contrario que “lo que prohíbe el Derecho de la competencia no puede estar ni permitido ni prescrito por el Derecho civil”⁶², tal prevalencia del Derecho de la competencia no puede afirmarse en Derecho español, donde el artículo 2 LDC

⁵⁸ Cfr. “the common thread in these decisions (las que recogen la doctrina de las *ancillary restraints* en Europa y que hemos repasado en el texto) is a balancing of potentially anticompetitive elements against the pro-competitive nature of the transaction or agreement” SINCLAIR, *European Competition Law Review*, 2003, págs. 315 y ss. Esto no es más que una metáfora. No pueden ponderarse los efectos procompetitivos (sobre la competencia intermarcas) y los anticompetitivos (sobre la competencia intramarca) de un acuerdo: “No one can sensibly weigh inter- and intrabrand competition against one another; they are not commensurable. The reduction in “intrabrand competition” is the source of the competitive benefit that helps one product compete against another. Intrabrand competition as such is worthless; one might as well complain when a corporation does not have internal competition to make the product most cheaply... No manufacturer wants to have less competition among its dealers for the sake of less competition. The reduction in dealers’ rivalry in the price dimension is just the tool the manufacturer uses to induce greater competition in the service dimension... restricted dealing alters the product’s attributes. There is no “less” in one column to “balance against a gain” in the other, any more than the manufacturer’s sole prerogative to decide what physical product to make creates a “reduction in intrabrand competition”. F. H. EASTERBROOK, “Vertical Arrangements and the Rule of Reason”, *Antitrust Law Journal*, nº 53, 1984, p. 156 citado por MEESE, *University of Illinois Law Review*, 2003, p. 163, nota 473. Obsérvese que, a través de la restricción vertical, el fabricante crea un “nuevo producto”. Compárese con las repetidas afirmaciones respecto a que el sentido del art. 81.3 es realizar una ponderación de los efectos restrictivos (descubiertos en el acuerdo cuando se analiza bajo el art. 81.1) y los efectos procompetitivos que se analizan en el marco del art. 81.3 en KJOLBYE, *European Competition Law Review*, 2004, págs. 573 y ss.

⁵⁹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 191.

⁶⁰ Véase, como ejemplo de cláusula impuesta, el art. 136 Código de comercio que prohíbe a los socios colectivos competir con la sociedad y como ejemplo de cláusula autorizada el art. 7 de la Ley del Contrato de Agencia que permite el pacto de no competencia por el cual el agente se compromete a no prestar sus servicios de promoción de negocios a ningún otro principal.

⁶¹ Lo anterior no es incoherente con la aplicación del art. 6 sobre el abuso de posición dominante porque a un operador económico dominante se le pueden imponer *limitaciones a su libertad contractual* que no están justificadas cuando los operadores carecen de poder de mercado. Precisamente porque la libertad contractual sólo es real en un entorno competitivo, entorno inexistente o debilitado en mercados en los que hay un operador dominante.

⁶² K. SCHMIDT citado por F. MARTÍNEZ SANZ, “Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 219, 1996, p. 44.

deja claro el sometimiento del Derecho de la competencia a los demás sectores del ordenamiento. Y, probablemente, tampoco en el Derecho europeo. Se concluye de cuanto se ha expuesto que la licitud de las restricciones inmanentes a un tipo contractual (*ancillary restraints*) deriva del reconocimiento de la licitud del propio tipo contractual y el necesario respeto, por parte del Derecho de la competencia, de las decisiones del legislador en el Derecho contractual y, en particular, del carácter central de la libertad contractual, central no sólo en lo que a las cláusulas económicas de la Constitución se refiere (arts. 10 y 38 CE) sino también en relación con los objetivos del Derecho de la competencia. Si se trata de garantizar el funcionamiento eficiente del mercado ha de tenerse muy presente que limitar la libertad contractual implicará normalmente reducciones de la eficiencia asignativa y productiva. En este sentido, el derecho de la competencia tiene que aceptar la validez de los acuerdos que persiguen un fin legítimo aunque tengan efectos restrictivos de la competencia en el amplísimo sentido en el que entiende este concepto el Derecho comunitario⁶³.

5. El sentido de la autorización de acuerdos ex art. 81.3 del Tratado y 3 LDC

29. Este planteamiento permite, igualmente, reducir a sus justos términos el sentido de la autorización de acuerdos restrictivos. ¿Qué acuerdos deben ser objeto de autorización ex art. 81.3? La amplísima interpretación del art. 1 LDC (u 81.1 del Tratado) provoca, según hemos visto que muchos acuerdos que razonablemente deberían considerarse lícitos, entran en su tenor literal, por lo que las autoridades de competencia se ven obligadas, a su vez, a interpretar amplísimamente los requisitos establecidos en el art. 3 LDC - art. 81.3 del Tratado para poder autorizar o considerar autorizado un acuerdo restrictivo. Lógicamente, pues, si reducimos el tenor literal del artículo 1/81.1 el ámbito de aplicación del art. 81.3 del Tratado (artículos 3 a 5 LDC) se reduce igualmente: todos los acuerdos que tienen efectos restrictivos pero que persiguen un fin legítimo dejan de estar prohibidos por el art. 1/81.1 por lo que no necesitan ser considerados autorizados⁶⁴.

Si, como procede, a nuestro juicio, debe reducirse el ámbito del artículo 1 LDC a los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia, la distinción entre acuerdos no restrictivos y acuerdos restrictivos pero que se consideran autorizados no desaparece pero queda mucho más estrechamente definida. En el art. 81.3 (o en los arts. 3-5 LDC) quedarían los acuerdos que *tienen por objeto restringir la competencia* y que, no obstante, por razones muy particulares, han de ser autorizados. Básicamente, pues, cárteles que merecen no ser declarados ilegales.

⁶³ P. ULMER y M. HABERSACK, "Zur Beurteilung des Handelsvertreters- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs 1 EGV", *Zentrum für Hochleistungsrechnen*, nº 159, 1995, págs. 109-134, págs. 124-125: "la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia tiene su razón de ser en garantizar el funcionamiento de la libertad contractual y por tanto, está sometida a límites inmanentes al Derecho privado". También está bien resumida la cuestión por SCHMITZ, *WuW*, 2002, p. 7: es absurdo prohibir por restrictivo de la competencia un acuerdo que, en sus efectos conjuntos, es procompetitivo.

⁶⁴ Compárese con KJOLBYE, *European Competition Law Review*, 2004, p. 571: "the aim of the Guidelines is to maintain a balance between the prohibition rule and the exception rule. This is achieved by combining the fairly narrow scope of Art. 81 (1) with a similarly fairly narrow and realistic scope of art. 81(3).

Los casos excepcionales en los que un acuerdo que tiene *por objeto* restringir la competencia puede ser autorizado es aquel en el que las partes del acuerdo puedan alegar convincentemente que existe un fallo de mercado importante que justifica reducir la rivalidad entre los competidores en un sector⁶⁵. Por ejemplo, que la eliminación de la competencia respecto de los tamaños de los envases de los productos sea la única forma de evitar el engaño a los consumidores; que la competencia en precios conduce a poner en peligro la salud o la seguridad de las personas o que la rivalidad incontrolada genera un derroche de recursos perfectamente evitable. Este tipo de argumentación, sin embargo, rara vez será convincente. Normalmente, si está en peligro la salud o la seguridad de los consumidores, será el legislador el que introduzca normas de producción o distribución que conjuren tales peligros por lo que será muy raro que el fallo de mercado deba resolverse a través de un acuerdo entre competidores. Y, en general, si –como decía HAYEK– recurrimos a la competencia cuando no sabemos qué resultado es el mejor dejando que sea la rivalidad la que decida el resultado, será muy raro que resulte convincente la argumentación de unos cuantos empresarios diciendo que han dado con el resultado óptimo a través del acuerdo⁶⁶.

Naturalmente, en el juicio acerca de si se debe autorizar o no el acuerdo, no es necesario examinar el poder de mercado de las partes ya que podemos presumir que si unos particulares se fuerzan en llegar a un acuerdo con sus competidores es porque entre todos consiguen lo que no pueden conseguir individualmente: poder para influir sobre las condiciones de mercado.

30. Con un planteamiento semejante se entiende lo estricto de los requisitos de autorización del artículo 3 LDC (81.3 del Tratado). En efecto, *si se trata de permitir a los rivales que formen un cártel, ha de haber muy buenas razones para ello* y está justificado que se aplique un estricto control de las restricciones sobre la base de su proporcionalidad en sentido amplio (letra b del art. 3 LDC -necesidad de la restricción-) y en sentido estricto (letra c del art. 3 LDC –que no se sacrifique completamente el valor competencia-). Pero cuando –como hace la Comisión Europea en relación con los acuerdos verticales– se consideran incluidos en el art. 1 LDC (art. 81.1 del Tratado) acuerdos que responden a finalidades legítimas y a través de los cuales las partes limitan su libertad de decidir su conducta en el mercado, cualquier cosa debería ser suficiente para considerarlos autorizados pero como se aplican los mismos criterios que en el caso de autorización de cárteles, *se desfigurán los requisitos que tales preceptos imponen a las autoridades para que puedan autorizar dichos acuerdos*.

31. Esta concepción del art. 81.3 del Tratado reduce notablemente las objeciones que se han planteado a la reforma culminada en 2004. La evaluación de si la restricción de la competencia es legítima se hará, normalmente, en el marco del art. 81.1 y sólo excepcionalmente en el art. 81.3. Por tanto, las objeciones que se han planteado respecto a la aplicabilidad directa del art. 81.3 y a la

⁶⁵ Véase, para lo que sigue, T. MURIS, “The New Rule of Reason”, *Antitrust Law Journal*, nº 57, 1989, págs. 859 y ss.

⁶⁶ El caso norteamericano *National Society of Professional Engineers* [435 US 679 (1978)] refleja bien esta valoración. Una asociación profesional de ingenieros prohibió a sus miembros acudir a los concursos convocados por empresas o autoridades y competir a la baja en el precio. “*Defendants sought to justify the ban by asserting that competitive pressure to offer services at the lowest price would undermine the quality of services that members would ultimately provide. The Court rejected this argument, holding that the District Court properly refused to consider evidence supporting it. According to the Court, the very description of the argument confirmed that the defendants’ agreement had an <<anticompetitive purpose and effect>>. The Court concluded that defendants’ argument was premised on the assumption that the agreement would maintain or increase the price level. Recognition of such a justification, then, would be inconsistent with the Sherman Act’s <<legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services>>. MESSE, University of Illinois Law Review, 2003, págs. 109-110.*

competencia de las autoridades nacionales, administrativas y judiciales, ven, en buena medida, reducida su capacidad de convicción: los acuerdos son válidos porque no caen bajo el art. 81.1, no porque merezcan una autorización.

Es más, una concepción como la aquí expuesta dota de racionalidad a la opción por un régimen de autorización. Un régimen de autorización sólo es racional si los casos en los que hay que autorizar en particular un acuerdo son *excepcionales* porque la regla general sea que los acuerdos entre particulares no son restrictivos de la competencia de modo que, cuando lo son, sólo excepcionalmente pueden ser autorizados. Es completamente irracional un sistema que prohíbe *masivamente* para autorizar *masivamente* después.

Este planteamiento proporciona una claridad muy superior a la que ha logrado la reforma del Derecho comunitario. Al no querer/poder modificar el Tratado, las autoridades comunitarias siguen obligadas a mantener la distinción entre el artículo 81.1 y el art. 81.3 pero, al mismo tiempo, al eliminar las autorizaciones individuales y considerar directamente aplicable el art. 81.3, *han reducido significativamente la distinción entre ambos preceptos*. Pero la relevancia de la distinción no ha desaparecido. En efecto, si se examinan las consecuencias jurídicas, sigue siendo relevante la distinción entre afirmar que un acuerdo *no es restrictivo de la competencia* y, por tanto, no cae bajo el artículo 81.1 o que *es restrictivo pero cumple las condiciones para ser considerado lícito* por aplicación del art. 81.3. Estas diferencias son las siguientes: (i) De acuerdo con el art. 2 del Reglamento 1/2003, “... la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”. En el caso de que el acuerdo cumpla con los requisitos de un reglamento de exención por categorías, la empresa deberá probar, únicamente, que su acuerdo está incluido en la exención contenida en dicho reglamento; (ii) Si el acuerdo no es restrictivo de la competencia, *ni puede retirarse la exención* (porque no se le habrá concedido en primer lugar), *ni es relevante la existencia de una red paralela de acuerdos semejantes*.

No se nos ocurren más diferencias y, nos parece, que el reparto de la carga de la prueba del art. 2 del Reglamento 1/2003 es artificiosa. Es, en realidad, una distribución de la carga de la argumentación pero, la exigencia de motivación de cualquier intervención administrativa restrictiva de derechos debería obligar a la resolución administrativa por la que se declara no autorizable un acuerdo entre particulares a exponer las razones por las que considera que el acuerdo no encaja en el art. 81.3. Para el Derecho español, por lo tanto, debería prescindirse de la distinción en lo que a la carga de la argumentación se refiere.

En cuanto a la segunda diferencia, el problema de la extensión en el mercado de determinadas cláusulas que provoca que exista competencia escasa o débil en un sector, la utilización de la retirada de las exenciones no es la “herramienta” adecuada. Porque en muchos casos, las prácticas comunes no serán producto de un acuerdo sino de las decisiones individuales de las empresas presentes en el sector. En otros términos, si existen acuerdos, éstos serían restrictivos de la competencia y no serían autorizables en ningún caso porque se trataría de cárteles *horizontales* cuya prohibición no se realiza por la imposibilidad para las autoridades de competencia de probar la existencia de un acuerdo.

Piénsese, por ejemplo, en la extensión de la prohibición de entrar en un cine con palomitas compradas fuera de dicho establecimiento o en el reparto en porcentajes determinados entre quien aporta *know-how* y quien aporta la producción en relación con un producto determinado. Es frecuente que todos los contratos al respecto acaben recogiendo idéntico reparto de porcentajes.

6. Conclusiones

32. (i) Un sistema de autorización individual es incompatible con un ordenamiento jurídico, como el español, basado en la primacía de la libertad contractual y de empresa salvo que la necesidad de autorización sea excepcional; (ii) procede, por tanto, una delimitación estricta del ámbito de aplicación de la prohibición de cárteles del art. 1 LDC que incluya exclusivamente los acuerdos que tienen *por objeto* restringir la competencia. (iii) Para determinar cuáles son tales acuerdos ha de recurrirse, una vez examinados los demás requisitos, a la doctrina de las *restricciones inmanentes a un tipo contractual (ancillary restrictions)* que conduce a afirmar la validez de todos los pactos restrictivos de la competencia que se incluyen en acuerdos con causa legítima cuando dichos pactos “encajen” razonablemente en el contrato celebrado y a declarar la nulidad de aquellos acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia y de las cláusulas contenidas en acuerdos legítimos que, por carecer de conexión suficiente con las finalidades legítimas perseguidas por las partes al celebrar el contrato, no hay más remedio que calificarlas como pactos que tienen *por objeto* restringir la competencia. (iv) De este modo, la aplicación del mecanismo de la autorización de los acuerdos restrictivos por vía de reglamentos o por vía de “autoevaluación” de los interesados debe reducirse a los casos excepcionales en que la existencia de un fallo de mercado justifica autorizar un cártel. (v) Esto reduce el grado de homogeneidad entre el Derecho español y el Derecho europeo de la competencia pero, en la medida en que el Derecho español sería “más liberal”, no se reduciría la seguridad jurídica para las empresas españolas en la medida en que no sea costoso decidir acerca de si el Derecho europeo es el aplicable al acuerdo restrictivo.

7. Tablas de sentencias y resoluciones citadas

Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
30.6.1966	C-56/65	Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm
13.7.1966	C-56/64 a 58/64	Consten and Grundig v. Comisión
16.12.1975	C-40/73 a 48/73	Suiker Unie v. Comisión
10.1.1978	C-19/77	Miller International Schallplatten GmbH v. Comisión
22.7.1980	C-IV/26528	Distillers/Victuallers
6.10.1982	C-262/81	Coditel II
8.6.1982	C-258/78	L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Comisión
16.12.1985	C-85/616	Villeroy & Boch
22.10.1986	C-75/84	Metro SB Grossmarket GmbH & Co KG v. Comisión

28.4.1998	C-306/96	Javico International y Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA
8.7.1999	C-49/92P	Comisión v. Anic Partecipazioni
21.9.1999	C-67/96	Albany Internacional BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie
21.9.1999	C-219/97	Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven
21.9.1999	C-115/97 a C-117/97	Brentjens' Handelonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen

Sentencias de Audiencias Provinciales

<i>Fecha</i>	<i>Referencia.</i>
Badajoz, 11.3.1991	AC 1992\408
Barcelona, 28.6.1989	Revista General de Derecho, 1989, p. 8302
Barcelona, 22.6.1989	Revista General de Derecho, 1989, p. 8303

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia

<i>Fecha</i>	<i>Número de expediente</i>	<i>Partes</i>
2.3.1993	40/92	ICI Paints España, S.A.

8. Bibliografía

Jesús ALFARO (2004), "Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 228, págs. 51-67.

-- (1996), "Los costes de transacción", en *Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, vol. I, págs. 131-162.

Thomas C. ARTHUR (2000), "A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts", *Antitrust Law Journal*, nº 68, págs. 337 y ss.

Jonathan BAKER (1996), "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of <<most favored-customer>> clauses", *Antitrust Law Journal*, págs. 517 y ss.

Yoram BARZEL (1989), *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge.

José María BENEYTO (1999), "Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 202, págs. 9 y ss.

Werner BERG (2000), "Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, págs. 170 y ss.

Simon BISHOP y Dereck RIDYART (2002), "E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy", *European Competition Law Review*, págs. 35-38.

Robert H. BORK (1978), "The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself", Basic Books, Nueva York.

George M. COHEN (2000), "The Collusion Problem in Agency Law", www.ssrn.com.

Federico DE CASTRO (1971), "El negocio jurídico", *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, Madrid

Arved DERINGER (2000), "Stellungnahme zum Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der art. 85 und 86 EG-Vertrag (art. 81 und 82 EG)", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, págs. 5 y ss.

Fernando DíEZ-ESTELLA (2003), "Los objetivos del Derecho Antitrust", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 224, págs. 32 y ss.

Frank H. EASTERBROOK (1999), "Does Antitrust Have a Comparative Advantage?", *Harvard Journal Law & Public Policy*, nº 23, págs. 5-10.

Horst EIDENMÜLLER (1999), *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, Colonia.

Volker EMMERICH (2001), *Kartellrecht*, Beck, München.

Jörg FRITZSCHE (1996), "Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach art V. 85 EGV", *Zentrum für Hochleistungsrechnen*, nº 160, págs. 31-58.

Andreas GEIGER (2000), "Das Weissbuch der EG-Kommission zu Art. 81,82 EG-eine Reform, besser als ihr Ruf", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, págs. 165-169.

Richard GILBERT (2004), "Converging Doctrines? US and EU Antitrust Policy for the Licensing of Intellectual Property" *Working Paper*, *Competition Policy Center*, U. California, nº CPC04-44 (www.ssrn.com).

L. IDOT Y BERNARD VAN DE WALLE (2000), "Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions", *Cahiers de Droit Européen*, págs. 160 y ss.

Lars KJOLBYE (2004), "The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81", *European Competition Law Review*, págs. 566 y ss.

William E. KOVACIC y Carl SHAPIRO (2000), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *The Journal of Economic Perspectives*, nº 14, págs. 43-60.

Karl LARENZ y Claus-Wilhelm CANARIS (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 3ª edición.

Paul LUGARD y Leigh HANCHER (2004), "Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81.3 of the EC Treaty", *European Competition Law Review*, págs. 410 y ss.

Giuliano MARENCO (2000), "Le régime de l'exception légale et sa compatibilité avec le Traité", *Cahiers de Droit Européen*, págs.135 y ss.

Fernando MARTÍNEZ SANZ (1996), "Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 219.

Alan J. MEESE (2003), "Price theory, competition, and the rule of reason", *University of Illinois Law Review*, págs. 77-105.

Ernst-Joachim MESTMÄCKER (1999), "Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, p. 524.

Wernhard MÖSCHEL (2000), "Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht?", *Juristenzeitung*, p. 61 y ss.

Timothy MURIS (1989), "The New Rule of Reason", *Antitrust Law Journal*, nº 57, p. 859 y ss.

Eduarne NAVARRO (2001), "La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 215, p.43 y ss.

Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO (2003), "Ensayo sobre la libertad de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, tomo IV, págs. 5971-6040.

Stefan SCHMITZ (2002), "Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?", *WuW*, p. 6 y ss.

D. SINCLAIR (2003), "Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance", *European Competition Law Review*, p. 315 y ss.

Peter ULMER y Mathias HABERSACK (1995), "Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs 1 EGV", *Zentrum für Hochleistungsrechnen*, n° 159, págs. 109-134.

Vincent VEROUDEN (2004), "Vertical agreements and article 81 (1) ec: the evolving role of economic analysis", *Antitrust Law Journal*, n° 71, p. 553 y ss.