

**LA REVISIÓN JUDICIAL  
DE LAS RESOLUCIONES SOBRE  
CONDUCTAS PROHIBIDAS**



# LA REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE ACUERDOS PROHIBIDOS

CANI FERNÁNDEZ VICIÉN<sup>1</sup>

Abogado. Cuatrecasas

La prohibición de prácticas colusorias es uno de los pilares esenciales en la defensa de la competencia a nivel comunitario y de los Estados miembros. La finalidad principal de dicha prohibición es evitar que las empresas, al restringir la competencia existente entre ellas o con terceros, incidan desfavorablemente en el bienestar del consumidor de los productos de que se trate<sup>2</sup>.

En este contexto, y puesto que la legislación no responde por sí sola a la extensa casuística relativa a estas prácticas ni a todas las cuestiones nuevas que se suscitan en un área en permanente evolución, la revisión judicial de las actuaciones de las autoridades administrativas relativas a conductas prohibidas desempeña un papel fundamental en el desarrollo e incluso en la propia configuración tanto del Derecho comunitario como del Derecho nacional de competencia.

---

<sup>1</sup> Esta ponencia es resultado del trabajo de un equipo formado por P. CARMONA, I. MORENO-TAPIA y la autora, todas ellas abogadas de Cuatrecasas Abogados.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 1978, asunto C-28/77 *Tepea/Comisión*, Rec. p. 1391, apartado 56. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, asunto T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, pendiente de publicación, apartado 118.

## 1. AUTORIDADES COMPETENTES

A nivel comunitario, la revisión judicial compete al Tribunal de Primera Instancia (en adelante, «TPI») y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, «TJ»). Las sentencias del TPI en materia de acuerdos prohibidos pueden ser objeto de recurso de casación ante el TJ.

A nivel nacional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es competente para conocer, en única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante «TDC»)<sup>3</sup>. Las sentencias de la Audiencia Nacional sobre resoluciones en materia de acuerdos prohibidos son recurribles, excepcionalmente, ante el Tribunal Supremo. Asimismo, de acuerdo con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de Defensa de la Competencia<sup>4</sup>, cada Comunidad Autónoma está facultada para crear órganos administrativos y/o judiciales encargados de conocer de aquellos acuerdos que puedan restringir la competencia en el ámbito geográfico de dicha Comunidad. Las resoluciones de los órganos autonómicos que pongan fin a la vía administrativa son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del respectivo Tribunal Superior de Justicia.

En este contexto, la competencia tanto de los tribunales comunitarios como de los nacionales no se limita a la revisión de las resoluciones en materia de acuerdos sino que se extiende al análisis crítico de los elementos de los arts. 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante «TCE») y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC») para determinar si una conducta sujeta a examen encaja en cada tipo infractor.

## 2. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES SOBRE CONDUCTAS PROHIBIDAS: JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y NACIONAL: ART. 81.1 TCE Y ART. 1 LDC

Como se expone a lo largo del presente escrito, la variedad de prácticas colusorias que han sido sometidas a análisis por parte de los tri-

---

<sup>3</sup> De acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos definitivos del Servicio de Defensa de la Competencia («SDC») son recurribles ante el TDC, órgano de carácter administrativo.

<sup>4</sup> BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

bunales comunitarios y nacionales a lo largo de estas últimas décadas es notable. En este sentido, la interpretación judicial ha permitido cubrir aspectos no previstos y/o no desarrollados por la legislación, dotando al mismo tiempo de un necesario dinamismo a un área del Derecho intrínsecamente ligada a la economía.

La entrada en vigor en mayo de 2004 de un sistema de excepción legal en el ordenamiento jurídico comunitario con la adopción del Reglamento 1/2003<sup>5</sup> hace más necesario el recurso al citado acervo jurisprudencial. En ausencia de un régimen de autorización previa (*notificación*), las empresas tenderán a ampararse en la interpretación judicial de los arts. 81 TCE y 1 LDC durante el ejercicio de autoevaluación de sus acuerdos. Solamente podrán solicitar orientaciones informales (*guidance letters*) a la Comisión cuando el supuesto de hecho contemple cuestiones nuevas o no solucionadas ya por ella o por los tribunales. Por su parte, el sistema de autorización previa que aún se mantiene a nivel nacional será revocado en breve, cuando entre en vigor la nueva Ley de Defensa de la Competencia que incorpora el sistema de exención legal, en línea con el ordenamiento jurídico comunitario.

En este contexto, la presente sección expone los rasgos más relevantes de la revisión judicial sobre prácticas colusorias prohibidas tanto a nivel comunitario como nacional. Dicha revisión judicial se ha centrado tradicionalmente en los tres criterios que definen el ámbito de aplicación del art. 81 TCE y del art. 1 LDC: 1) la existencia de acuerdos y/o prácticas concertadas entre empresas así como decisiones o recomendaciones colectivas; 2) la existencia de restricción de competencia (mediante objeto y/o efecto), y 3) la afectación en el comercio entre los Estados miembros (art. 81 TCE) o en todo o parte del mercado nacional (art. 1 LDC). Ambas disposiciones establecen una lista no exhaustiva muy similar de conductas que generalmente serán sancionadas.

El presente escrito sigue esta línea de análisis.

### 3. EXISTENCIA DE PRÁCTICAS COLUSORIAS

#### A) Concepto de acuerdo y/o práctica concertada

Los arts. 81 TCE y 1 LDC exigen que exista un acuerdo de voluntades entre empresas para su aplicación, con independencia de que dichas empresas actúen en la misma o distinta etapa del proceso de producción

---

<sup>5</sup> Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 TCE, *Diario Oficial L* núm. 1, de 4 de enero de 2003.

o distribución. La forma de manifestación de dicho acuerdo carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades. Así, en la sentencia *Bayer* de 26 de octubre de 2000 —confirmada mediante sentencia del TJ de 6 de enero de 2004—, el TPI declaró que bastaba «con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos [...] sin que sea necesario que constituya un contrato obligatorio y válido conforme al Derecho nacional»<sup>6</sup>.

Si bien es imperativo que se demuestre la existencia de dicha voluntad común de comportarse en el mercado de una manera determinada, no se exige que se pruebe que concurre una voluntad común de alcanzar un resultado contrario a la competencia<sup>7</sup>. En efecto, para determinar la aplicabilidad del art. 81 TCE no es necesario que las partes tengan la intención de alcanzar un objetivo ilegítimo<sup>8</sup>.

En la misma sentencia —*Bayer*—, el TPI indica que un comportamiento aparentemente unilateral —por ejemplo, por parte de un fabricante en el marco de las relaciones contractuales que mantiene con sus distribuidores— no puede considerarse sancionable en el sentido del art. 81 TCE si no se demuestra la existencia de una aquiescencia, expresa o tácita, por parte de todos los agentes económicos implicados<sup>9</sup>. En este caso, el TPI anuló la decisión impugnada basándose principalmente en que la Comisión había cometido un error en su valoración jurídica al considerar probada la existencia de una concordancia de voluntades entre Bayer y sus mayoristas, que permitía afirmar la existencia de un acuerdo en el sentido del art. 81.1 TCE. Este acuerdo —limitación por Bayer de los pedidos suministrados a sus mayoristas— estaría destinado, en opinión de la Comisión, a impedir o a limitar las exportaciones de Adalat de Francia y España al Reino Unido. El TPI concluyó que la Comisión no había demostrado que Bayer Francia y Bayer España hubieran impuesto una prohibición de exportación a sus mayoristas respectivos, ni que los mayoristas hubiesen deseado alcanzar los objetivos de Bayer mostrando su aquiescencia a la política de ésta destinada a obstaculizar las importaciones paralelas. De hecho, resultaba de las pruebas obrantes en el expediente que muchos mayoristas habían reaccionado contra las condiciones comerciales de Bayer intentando obte-

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000, asunto T-41/96 *Bayer/Comisión*, Rec. p. II-381, apartado 68.

<sup>7</sup> Sentencia *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ya citada, apartado 77.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV*, Rec. p. I-00023, apartado 97.

<sup>9</sup> Ver sentencia *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV*, ya citada, que confirma la sentencia del TPV. Ver también sentencia *Bayer/Comisión*, ya citada, apartados 71-72.

ner por vías indirectas suministros adicionales, lo cual demostraba la firme intención de aquéllos de seguir practicando exportaciones paralelas de Adalat<sup>10</sup>.

Por contraposición a *Bayer*, en la sentencia *Sandoz*, también relativa a la limitación de importaciones paralelas de medicamentos, el TJ consideró probada la existencia de un acuerdo basándose en que el fabricante había incluido de forma expresa en todas sus facturas una cláusula restrictiva de la competencia («exportaciones prohibidas») que, al aparecer, reiteradamente en los documentos relativos a todas las transacciones, formaba parte de las relaciones contractuales entre Sandoz y sus mayoristas. En segundo lugar, el comportamiento real de éstos respecto a la cláusula, que habían respetado *de facto* y sin discutirla, demostraba su aquiescencia tácita a dicha cláusula y al tipo de relaciones comerciales subyacentes. Por tanto, el TJ pudo declarar la existencia de un acuerdo prohibido por dicha disposición, sin tener que buscar la prueba de ello en la existencia de un sistema de control *a posteriori*<sup>11</sup>. El asunto *Volkswagen* se sentenció en base a similares consideraciones<sup>12</sup>.

Por otra parte, en la sentencia *Viho Europe BV*, el TPI analizó el archivo por parte de la Comisión de la denuncia planteada por Viho en la que imputaba a Parker, entre otros, el prohibir a sus filiales la exportación de sus productos. El TPI consideró que la Comisión había actuado correctamente al calificar al grupo Parker como «unidad económica» y no aplicar el art. 81 TCE a la conducta de dicho grupo. El TPI recordó que el art. 81.1 TCE sólo contempla los acuerdos entre entidades económicas que puedan competir entre sí y excluye los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo que formen una unidad económica. En efecto, en tal caso, las empresas responden a directrices comerciales únicas, sin que exista, por tanto, la concurrencia de dos voluntades distintas<sup>13</sup>.

En otro orden de ideas, la jurisprudencia comunitaria fue esencial para dotar de contenido a la figura de «práctica concertada» recogida en el art. 81, configurándola, por ejemplo en el asunto *Suiker Unie*, como una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye cons-

---

<sup>10</sup> Ver apartados 154-156 de la sentencia.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici*, asunto C-277/87, Rec. p. I-45, apartado 85.

<sup>12</sup> Ver sentencia de TPI de 6 de julio de 2000, *Volkswagen/Comisión*, asunto T-62/98, Rec. p. II-2707, y sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-338/00P, Rec. p. I-9189.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de enero de 1995, asunto T-102/92 *Viho Europe BV*, Rec. p. II-00017, apartado 51.

cientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.

En esta y otras sentencias, como *Hüls* o *HFB Holding*, los tribunales comunitarios establecieron que los criterios de coordinación y cooperación debían interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. Así, si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento de sus competidores, se opone sin embargo a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se producirían en condiciones normales de mercado<sup>14</sup>.

Finalmente, los tribunales comunitarios han interpretado —en sentencias como *Ladbroke* o *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*— que el art. 81 TCE se refiere a comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia que han sido adoptados por las empresas por iniciativa propia: si una normativa comunitaria o nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o elimina cualquier atisbo de un marco de competencia, no puede aplicarse el art. 81 TCE. Sin embargo, la interpretación que debe realizarse de esta jurisprudencia es restrictiva —como lo demuestran otras sentencias posteriores, por ejemplo *Atlantic Container Line*— en la medida en que, si la normativa nacional en cuestión deja que subsista cierta competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas y éstas tienen un margen de actuación, sigue siendo de aplicación el art. 81.1 TCE<sup>15</sup>.

Por su parte, los tribunales nacionales, reflejando la primacía del ordenamiento jurídico comunitario, han venido confirmando la juris-

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros *Suiker Unie* y otros, Rec. p. 1663, apartados 26, 173-174. Sentencia *HFB Holding*, ya citada, apartados 211-212. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 158-160.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Comisión y Francia/Ladbroke Racing*, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33-34. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98 y otros *Atlantic Container Line*, Rec. p. II-3275, apartado 1130. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de marzo de 2000, asunto T-513/93, *CNSD c. Comisión*, apartados 58-60. Esta cuestión está íntimamente ligada a la noción de «empresa» sujeto de los acuerdos o prácticas colusorias (sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, *Höfner et Fritz Elser/Macrotron*, asunto C-41/90, Rec. p. I-1979), aspecto que no se desarrollará en este escrito por exceder su ámbito específico.



prudencia comunitaria por lo que respecta al concepto de práctica colusoria según el art. 81 TCE, al interpretar el art. 1 LDC, por cuanto éste es un reflejo del anterior en el ordenamiento nacional de competencia.

Una muestra de ello es la sentencia de 4 de octubre de 2004, en la cual la Audiencia Nacional estimó un recurso contra la resolución de 10 de septiembre de 2001 del TDC *IMT/Repsol*, que consideró que Repsol y varias empresas consignatarias de buques habían infringido el art. 1 LDC al haber suscrito acuerdos respecto a la homologación de éstas y a los precios y condiciones comerciales necesarios para que las empresas pudiesen operar en las terminales de carga y descarga de varios puertos de las que Repsol era titular en virtud de concesión administrativa. En líneas generales, la Audiencia consideró que la conducta sujeta a examen era una conducta de Repsol mediante la cual esta compañía exigía determinadas condiciones para que las empresas interesadas pudiesen contratar con ella. Siendo Repsol la única encargada de elegir consignatario, dicha conducta había de analizarse en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que si bien pudiera afectar, en su caso, a los principios de buena fe en la contratación o incluso a la libre competencia según lo establecido en el art. 2 LDC, no entraba en el ámbito de aplicación del art. 1 LDC. En efecto, el art. 1 LDC «contempla el supuesto de acciones concertadas o que tiendan a la concertación para restringir la libre competencia» y en este caso faltaba el «elemento de concertación colectiva realizada conscientemente»<sup>16</sup>.

## B) Imputabilidad

A lo largo de los años, los tribunales han analizado una gran variedad de infracciones que pueden subsumirse en el art. 81 TCE que afectaban a múltiples empresas. La situación de cada empresa y su participación individual en las infracciones difería en muchas ocasiones de

---

<sup>16</sup> Sentencia relativa al Expediente 499/00, *IMT/Repsol*. El asunto está actualmente pendiente de casación ante el Tribunal Supremo. A nivel administrativo, el TDC ha analizado en muchas ocasiones si concurrían los criterios claves para considerar la existencia de una infracción tanto del art. 81 TCE como del art. 1 LDC. Por ejemplo, en su Resolución de 17 de enero de 2002 relativa a una denuncia formulada por la entidad Safex'80, S. L., contra la entidad Fujifilm España por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al art. 81 TCE y al art. 1 LDC, consistentes en la realización de diversas actividades tendentes a limitar las exportaciones paralelas de los productos de Fuji. En dicha resolución el TDC, recordando que la aplicación del art. 81 necesita de la concordancia de dos o más voluntades, dedujo que el Servicio no había probado la aceptación por parte de Safex'80, S. L., de la política comercial que pretendía imponer el grupo Fuji. Por tanto, dicha actuación no era sancionable por el art. 81 TCE. La resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien confirmó la postura del TDC mediante sentencia de 23 de mayo de 2005, destacando que la conducta sujeta a examen era una conducta unilateral que no entraba en el ámbito de aplicación del art. 81 TCE.

otras empresas participantes en la misma infracción. La necesidad de establecer una línea clara de enfoque al respecto llevó a los tribunales comunitarios a señalar en sentencias relevantes, como *Anic Partecipazioni* y *Basf*, que una empresa puede ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción, cuando se demuestre que la empresa de que se trata conocía los comportamientos ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo<sup>17</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha señalado —por ejemplo, en *Stora Kopparbergs*<sup>18</sup>— que, si una empresa no determinó de manera autónoma su comportamiento en el mercado (una filial) sino que aplicó las instrucciones que le dirigió, directa o indirectamente, otra empresa (la sociedad matriz), ésta ha de responder por la infracción.

#### 4. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA: OBJETO O EFECTO

La jurisprudencia comunitaria ha señalado desde sus inicios en *Consten* y *Grundig* que para la calificación de una restricción de la competencia al amparo del art. 81.1 TCE debe tenerse en cuenta el marco real y, por tanto, el contexto jurídico y económico en el que despliega sus efectos el acuerdo al que se atribuye la restricción. Con esta obligación se exige que se determine tanto el objeto como el efecto del acuerdo<sup>19</sup>. Sin embargo, tanto los acuerdos entre empresas como las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas están prohibidas, con independencia de sus efectos, cuando tienen un objeto contrario a la competencia. Cuando del propio examen de las cláusulas de un acuerdo, habida cuenta de su contexto jurídico y económico, se desprenda que la competencia ha resultado alterada, puede presumirse que el acuerdo tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia sin que sea ya

<sup>17</sup> Las decisiones impugnadas en sendos recursos sancionaron a varias empresas por participar en conductas colusorias múltiples que afectaban a los mercados del polipropileno y las vitaminas respectivamente. No todas las empresas afectadas habían participado en el mismo grado en dichas prácticas. Sentencia *Comisión/Anic Partecipazioni*, ya citada, apartados 113 y 203. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02 *Basf AG*, Rec. p. II-213.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, asunto T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, Rec. p. II-2111, apartados 79-83.

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente pp. 429, 496-497; y de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 491. Sentencia *GlaxoSmith-Kline Services Unlimited*, ya citada, apartados 110-111.

necesario examinar su efecto<sup>20</sup>. En caso contrario, ha de analizarse el efecto de dicho acuerdo en el mercado y demostrar de modo suficiente que éste impide, restringe o falsea, actual o potencialmente, la competencia<sup>21</sup>. En este sentido, sentencias como *John Deere* o *New Holland Ford* han establecido el principio de que, para demostrar la existencia de efectos, habrá que examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo discutido<sup>22</sup>.

En su sentencia de 13 de enero de 2004, el TPI consideró que el hecho de que unas cláusulas sobre restricciones de suministro de los distribuidores de la compañía JCB Services que operaba en Francia e Italia no fueran aplicadas de forma rigurosa carecía de pertinencia a efectos de demostrar la existencia de la infracción. Según el TPI, la ausencia en la decisión de la Comisión de todo análisis de los efectos del acuerdo no era relevante, puesto que el objeto u efecto anticompetitivo de un acuerdo debía tomarse en consideración de forma alternativa y no cumulativa<sup>23</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria más reciente parece diluir la separación entre restricción por «objeto» y por «efecto» en el sentido de que es necesario que del acuerdo resulten ciertos efectos para que el art. 81.1 TCE resulte de aplicación. En particular, en la sentencia de 27 de septiembre de 2006 *GlaxoSmithKline*, el TPI ha considerado que el art. 81.1 TCE requiere (al menos en el caso sujeto a su examen, relativo a un acuerdo que pretendía limitar el comercio paralelo de medicamentos) además de la afectación del intercambio entre los Estados miembros «que se efectúe un análisis para determinar si dicho acuerdo tiene por objeto o por efecto obstaculizar, restringir o falsear la competencia en el mercado en cuestión, *en perjuicio del consumidor final*».

Para ello, aun cuando debía considerarse en principio que un acuerdo celebrado para limitar el comercio paralelo tiene por objeto restringir la competencia, «sólo será efectivamente así si puede presumirse que priva

---

<sup>20</sup> Sentencia *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ya citada, apartado 111.

<sup>21</sup> Sentencia *Hüls AG*, ya citada, apartados 163-165, 178. Sentencia *Comisión/Anic Partecipazioni*, ya citada, apartados 122 a 124. Ver también sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici*, asunto C-277/87, Rec. p. I-45, apartado 14. Sentencia *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ya citada, apartados 111-112. Sentencia *HFB Holding*, ya citada, apartado 217.

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartados 75-77, y *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 90.

<sup>23</sup> La sentencia en casación del TJ de 21 de septiembre de 2006 no se ha pronunciado en relación con este aspecto del art. 81.1 TCE al considerar que las estimaciones realizadas por JCB en este sentido eran nuevas y, por tanto, inadmisibles. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, asunto C-167/04 P, *JCB Services*, pendiente de publicación, apartados 150-156. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004, asunto T-67/01, *JCB Services*, Rec. p. II-49, apartados 115-118.

a los consumidores finales de tales ventajas», entendiéndose por «tales ventajas» aquellas derivadas de una competencia eficaz en términos (principalmente) de abastecimiento o de precios, que es la finalidad principal que justifica la existencia de la prohibición del art. 81 TCE. Lo cual necesariamente comporta un análisis de los efectos que el acuerdo sujeto a examen produce en el mercado. Ahora bien, mientras dicho análisis puede «aligerarse» cuando las propias cláusulas del acuerdo demuestren que la competencia ha resultado alterada —éste es el caso de las restricciones por «objeto»—, debe sin embargo profundizarse cuando no sea así<sup>24</sup>. En el caso de autos, si bien el TPI consideró que la Comisión había errado al estimar que, a la luz del contexto jurídico y económico en el que se inscribe el acuerdo en cuestión, éste tenía un objeto anti-competitivo, apreció que sus efectos sí tenían tal naturaleza<sup>25</sup>.

En la misma línea de lo establecido a nivel comunitario hasta la sentencia *Glaxo*, la Audiencia Nacional dictó, entre 2003 y 2005, una serie de sentencias desestimando los recursos interpuestos por varios bancos y cajas de ahorros contra una resolución del TDC de 3 de abril de 2002<sup>26</sup>. Según estas sentencias, los bancos y cajas habían incurrido en una práctica prohibida por el art. 1 LDC, por haber realizado, *inter alia*, acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con las tarjetas de los medios de pago. Es interesante destacar cómo la Audiencia refleja la jurisprudencia comunitaria respecto al elemento de la restricción de competencia y considera que «[n]o sólo los Acuerdos de contenido estrictamente económico son prohibidos por el art. 1 LDC, que tampoco exige que los Acuerdos que se reputen contrarios a la competencia produzcan efectos reales, ya que el mencionado precepto hace referencia a que “tengan por objeto, produzcan o puedan producir como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia”». En el caso concreto, la Audiencia llegó a la conclusión de que un acuerdo como el contemplado, en cuanto determinaba una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones, tenía un objeto restrictivo para la competencia, de manera que un establecimiento «castigado» no podía acceder a otra entidad de crédito. Las sentencias están recurridas ante el Tribunal Supremo. Por otro lado, otras sentencias de la Audiencia han confirmado que, si bien la infracción del art. 1 LDC se produce desde que existe un acuerdo entre competidores restrictivo de competencia, las consecuencias sancionadoras pueden variar según el diferente perjuicio —esto es, el efecto— que los acuerdos producen sobre la competencia.

<sup>24</sup> Sentencia *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, ya citada, apartados 119-121.

<sup>25</sup> Véase igualmente la sentencia del TPI de 27 de septiembre de 2006, *Haladjian Frères SA/Comisión*, asunto T-204/03, pendiente de publicación, apartados 57-63.

<sup>26</sup> Expediente 515/01, Bancos.

## 5. LA AFECTACIÓN DEL COMERCIO

La jurisprudencia comunitaria ha recordado, desde sus inicios —por ejemplo, *Société technique minière*—, que un acuerdo sujeto al art. 81 TCE ha de ser susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. A este respecto, para que se cumpla este criterio, debe poderse vislumbrar con cierto grado de probabilidad y en base a factores objetivos de hecho o de derecho que el acuerdo en cuestión sea capaz de influir, directa o indirectamente, real o potencialmente, en el curso del comercio entre los Estados miembros<sup>27</sup>. Ya en 1970 en la sentencia *Brauerei A. Bilger Söhne GmbH*, el TJ destacó que un acuerdo entre empresas que no se refiera a las exportaciones ni a las importaciones puede afectar al mercado entre los Estados miembros<sup>28</sup>.

A nivel nacional, la jurisprudencia ha insistido también en la importancia del criterio de afectación real de la competencia como elemento de aplicación del tipo infractor del art. 1 LDC, siendo el grado de dicha afectación una cuestión ligada a la gravedad de tal infracción. Así, en la sentencia de 15 de febrero de 2000<sup>29</sup>, la Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por varias empresas contra la resolución del TDC de 31 de julio de 1996, que las consideró responsables de una práctica de recomendación de precios y distribución exclusiva en farmacias prohibida por el art. 1 LDC. Respecto de la fijación de precios, la Audiencia Nacional señaló que no existía infracción por cuanto no se cumplía uno de los criterios claves para la aplicación del art. 1 LDC: que la conducta tuviese la «aptitud para producir el falseamiento de la competencia, y lo cierto es que en el supuesto de autos la actuación de las actoras no podía provocar distorsiones ni en todo ni en parte del mercado nacional». Para llegar a dicha conclusión la Audiencia tuvo en cuenta tanto la escasez de productos cosméticos comercializados a través de los acuerdos como el escaso volumen de ventas, lo que dio lugar a la imposición de una sanción limitada por parte del TDC<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia 30 de junio de 1966, *Société technique minière/Maschinenbau Ullm*, C 56/65, Rec. p. 00337, apartado 249.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1970, *Brauerei A. Bilger Söhne GmbH v Heinrich Jehle and Marta Jehle*, asunto 43/69, Rec. p. 00127. La Comunicación de la Comisión sobre el concepto de afectación del comercio intracomunitario da buena cuenta de la jurisprudencia habida hasta la fecha de su adopción (Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO C101, de 27 de abril de 2004, pp. 81-96).

<sup>29</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2000, Fundamento de Derecho 4, relativa al expediente 363/95, *Cosméticos Farmacia* (Resolución de 31 de julio de 1996).

<sup>30</sup> La cuestión de la existencia de afectación como elemento del tipo, y su grado como elemento de determinación de la gravedad, se confirma en esta sentencia, puesto que, aun cuando la sanción fue anulada, la Audiencia confirmó la intimación realizada por el TDC respecto al cese de la conducta por entender que ésta era claramente antijurídica.

Varios años después, la sentencia de 14 de septiembre de 2004 examinó un recurso contra una resolución del TDC, que si bien había declarado que unos acuerdos relacionados con la adquisición de una empresa radiofónica y con la inversión en medios de comunicación y gestión de publicidad habían infringido el art. 1 LDC, no impuso sanción. La Audiencia Nacional, en línea con la jurisprudencia comunitaria, consideró que no existía infracción del art. 81 TCE al no afectar tal conducta al comercio entre los Estados miembros. En efecto, la Audiencia recordó que la posibilidad de afectación del comercio entre los Estados miembros exigía, en todo caso, la concurrencia de tres elementos: i) un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho; ii) una influencia en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, y iii) una influencia directa o indirecta real o potencial en las corrientes comerciales. De la lectura de los escritos de la demandante (no expuestos en la sentencia) la Audiencia concluyó que no se había probado la concurrencia de estos elementos y, por tanto, no existía una infracción del art. 81 TCE<sup>31</sup>.

## 6. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES SOBRE CONDUCTAS PROHIBIDAS. ¿HACIA UNA *RULE OF REASON* EN EUROPA?

La sección 1 de la Sherman Act prohíbe cualquier obstáculo a la competencia y no prevé la posibilidad de que las autoridades declaren exenta una concertación. Ante la severidad del texto, los órganos jurisdiccionales americanos necesitaron interpretar la Sherman Act de manera más «razonable»<sup>32</sup>. Finalmente el Tribunal Supremo adoptó el denominado «método del balance competitivo», también conocido como la *rule of reason* según la cual las empresas deben realizar un análisis del acuerdo, situando en su contexto real un balance de sus efectos contrarios y favorables a la competencia. Si el balance conduce a un saldo positivo, puesto que el convenio estimula más la competencia de lo que la restringe, la sección 1 de la Sherman Act no es aplicable<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Sin embargo, la Audiencia consideró que la imposición de la sanción era necesaria en base a la LDC, puesto que todos los razonamientos de la resolución del TDC demostraban la existencia de una infracción grave del art. 1 LDC. Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2004, Fundamento de Derecho 5, relativa al expediente 487/00, *Radio Fórmula* (Resolución de 18 de abril de 2001). La sentencia está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

<sup>32</sup> El Tribunal ya enunció en su sentencia de 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, el principio de que la sección 1 de la Sherman Act debía aplicarse únicamente a las restricciones «no razonables» del comercio.

<sup>33</sup> Ver, en particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 1918, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, en la cual el juez BRANDEIS dictaminó lo siguiente (texto original):

La existencia de una regla equivalente a la *rule of reason* no ha sido confirmada por los órganos jurisdiccionales comunitarios, al menos no de manera expresa. En efecto, si bien existe una corriente de sentencias como *Société Technique Minière, Nungesser, Coditel* o *European Night Services* que abogan por una lectura más flexible de la prohibición establecida por el art. 81.1 TCE<sup>34</sup>, también existe la corriente de carácter más restrictivo en sentencias tales como *Tréfilunion, Montedipe* o *Montecatini*, en las cuales se señala el carácter dudoso de la existencia de una regla de este tipo en Derecho comunitario de la competencia<sup>35</sup>.

Las sentencias *Métropole (M6)*, *Van den Bergh Foods* o *Brasserie Nationale* dictadas en los últimos cinco años han venido a matizar ambas corrientes en un intento de alcanzar una uniformidad de criterio<sup>36</sup>, pero siempre del lado de las tesis contrarias a reconocer una *rule of reason* comunitaria.

En particular, según *Métropole (M6)*<sup>37</sup>, las sentencias inscritas en la corriente más flexible «no pueden ser interpretadas en el sentido de que consagran la existencia de una *rule of reason* en Derecho comunitario de la competencia. Más bien se insertan en una corriente jurisprudencial más amplia según la cual no se debe considerar, de manera completamente abstracta e indistinta, que todo acuerdo que restrinja la liber-

---

«the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts». El abogado general LÉGER se ha hecho eco del uso de la *rule of reason* en sus conclusiones de 10 de julio de 2001, *J.C.J. Wouters*, asunto C-309/99 (Rec. p. I-1577), apartado 101.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto 262/81 *Coditel*, Rec. p. 3381; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1982, asunto 258/78 *Nungesser y Eisele/Comisión*, Rec. p. 2015; sentencia *Société technique minière/Maschinenbau Ullm*, ya citada; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94 *European Night Services* y otros/*Comisión*, Rec. p. II-3141.

<sup>35</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, asunto C-235/92 P *Montecatini/Comisión*, Rec. p. I-4539, apartado 133; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, asunto T-148/89 *Tréfilunion/Comisión*, Rec. p. II-1063, apartado 109, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, asunto T-14/89 *Montedipe/Comisión*, Rec. p. II-1155, apartado 265.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de julio de 2005, asunto T-49/02 *Brasserie nationale/Comisión*, pendiente de publicación, apartado 85; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2003, asunto T-65/98, *Van den Bergh Foods/Comisión*, Rec. p. II-04653, apartados 83-84.

<sup>37</sup> Ver, en particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99, *Métropole télévision (M6)*, Rec. p. II-2459, apartados 72-79.

tad de acción de las partes o de una de ellas se ve afectado necesariamente por la prohibición del art. [81.1] del Tratado. Para examinar la aplicabilidad de dicha disposición a un acuerdo se debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos y/o servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado [...] Al tiempo que respeta la estructura normativa del art. [81] del Tratado y, en particular, el efecto útil de su apartado 3, esta interpretación permite evitar que la prohibición prevista en el apartado 1 de dicha disposición se extienda, de manera completamente abstracta e indistinta, a todos los acuerdos que tengan por efecto restringir la libertad de acción de las partes o de una de ellas. Sin embargo, es preciso destacar que este enfoque *no implica de ningún modo una ponderación de los efectos positivos y negativos* para la competencia de un acuerdo a efectos de determinar la aplicabilidad de la prohibición del art. [81.1] del Tratado».

Los recientes pronunciamientos del TPI en los asuntos *Glaxo* y *Haladjian Frères* parecen desmarcarse de esta línea jurisprudencial. Como hemos indicado con anterioridad, en su sentencia *Glaxo*, el TPI indica expresamente que esta disposición no cubre cualquier acuerdo que simplemente restrinja, falsee o distorsione la competencia, sino solamente aquel que lo haga en perjuicio del consumidor. Por su parte, en *Haladjian Frères*, el TPI coincide con la Comisión en que el sistema de comercialización de piezas de recambio de Caterpillar por zonas geográficas no es contrario al art. 81.1 TCE en la medida en que fue concebido en interés de los distribuidores de aquella empresa —para evitar el impacto de los *free riders*— y de los compradores de las piezas —al salvaguardar la calidad de la red de distribución—, dejando además subsistir una competencia residual.

De esta manera, el TPI integra en el apartado 1 del art. 81 elementos de análisis de su apartado 3, esto es, que el acuerdo reserve a los usuarios una parte del beneficio resultante, reduciendo, por tanto, el ámbito de aplicación de aquél y el efecto útil de este último. Estos dos casos constituyen, así, un punto de inflexión en la visión restrictiva de los tribunales comunitarios, antes analizada, al orientarse hacia la aplicación de una *rule of reason* adaptada a las particularidades del acervo comunitario, esto es, hacia una aplicación más «razonable» del art. 81.1 TCE.

El razonamiento que subyace en las dos sentencias mencionadas resulta coherente con el mundo tal y como hoy lo conocemos, es decir postmodernización, en el que las empresas no notifican sus acuerdos y



deben confiar en su propia capacidad de análisis de los acuerdos que ponen en práctica; un mundo en el que la frontera formal entre los apartados 1 y 3 del art. 81 se halla cada vez más diluida. Sin embargo, es de esperar que se alcen voces críticas que invoquen la letra del Tratado y la arraigada línea jurisprudencial que aboga por una lectura estricta de aquél —es decir, el sistema de excepción legal que conforman los apartados 1 y 3 del art. 81.

En cualquier hipótesis, queda por ver si el Tribunal de Justicia tendrá la oportunidad de pronunciarse sobre las mismas y, en caso afirmativo, si mantendrá la visión dinámica e innovadora del TPI. Es pronto para extraer conclusiones.

Por su parte, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo no se han pronunciado expresamente al respecto de esta regla y continúan aplicando la corriente jurisprudencial mayoritaria en Luxemburgo.