

# CÁRTELES DE CRISIS

Julio COSTAS COMESAÑA  
Consejero, Comisión Nacional  
de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar que los cárteles son sustancialmente acuerdos de carácter defensivo, en el sentido de que las empresas se cartelizan para evitar competir entre sí y/o para evitar la competencia de terceros operadores ajenos al cártel. Acuerdos de naturaleza defensiva también porque no es infrecuente que el cártel tenga por objeto, no tanto un incremento del nivel de precios que existe en competencia, como evitar su disminución por efecto de una viva lucha competitiva entre ellos y/o por parte de terceros competidores respecto de los cuales el cártel busca defenderse<sup>1</sup>.

Así mismo, no en pocas ocasiones, las empresas parten de un acuerdo secreto de fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, de reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o de restricción de las importaciones<sup>2</sup>, suelen justificar ante las autoridades de competencia su conducta ilícita en la situación de crisis que padece el sector que, nacida de una sostenida reducción de la demanda, habría causado la existencia de

---

<sup>1</sup> Entre la reciente práctica de la CNC, el Expte. 648/08 *Hormigones Cántabros* (RCNC de 22 de julio de 2009) es un buen ejemplo de acuerdo cártel que las propias partes califican de defensivo y protector frente a la crisis.

<sup>2</sup> Este es el concepto de cártel que maneja la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

excesos de capacidad productiva de carácter estructural que, a su vez, podría conducir a las empresas a desarrollar una competencia «excesiva» y «ruinosa» en precios, lo que se suele considerar como una situación indeseable para las propias empresas (puede no conducir a la expulsión de las empresas menos eficientes sino a las de menor pulmón financiero), para los consumidores (precios altos a largo plazo derivados de una estructura no competitiva del mercado), y para el interés general (cierre de empresas, aumento del paro, desequilibrios territoriales).

No es infrecuente entre las autoridades de competencia y la doctrina utilizar la expresión «cártel de crisis» para referirse a este tipo de acuerdos entre competidores de un sector en situación de crisis. Una denominación o calificación del acuerdo que no tiene ninguna trascendencia en punto a su tipificación como infracción de la legislación antitrust; esto es, la existencia real de una situación de crisis no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de la conducta como ilícito antitrust (arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC). Como tenderemos ocasión de comprobar en las páginas que siguen, los cárteles de crisis, entendidos como acuerdos entre competidores que tienen por objeto la fijación de precios, cuotas de producción o de venta y el reparto de los mercados o clientes, en tanto que restricciones por objeto, están sometidos a una prohibición absoluta o *per se* al igual que cualquier otro acuerdo de cártel, y el contexto de crisis sólo se considera relevante, en su caso, por las autoridades de la competencia a efectos de graduar la sanción que corresponda por la realización de una infracción de la prohibición de acuerdos colusorios.

No cabe, pues, ningún análisis de eficiencias en los acuerdos de cártel concluidos en situaciones de crisis. No obstante, tal análisis sí ha sido aplicado por autoridades de competencia en acuerdos entre competidores de carácter sectorial o bilateral que, sin incluir las restricciones por objeto, restringen de forma temporal el grado de competencia existente en el mercado con el objetivo de hacer posible, de forma más eficiente en términos de tiempo, coste social y equilibrio interterritorial una reducción de los excedentes estructurales de capacidad de producción de las empresas, mediante el cierre definitivo de las instalaciones productivas más obsoletas e ineficientes, y la especialización de las empresas en aquellas actividades o sectores productivos en los que pueden ser más eficientes, de forma que al final del proceso de reestructuración/razionalización/especialización permanezcan en el mercado empresas saneadas y competitivas.

Esta segunda categoría de acuerdos no son técnicamente cárteles de crisis, ni probablemente tampoco acuerdos de limitación de la producción, en la medida en que la concertación se limite a eliminar de forma irre-

versible los excedentes estructurales de capacidad instalada<sup>3</sup>. Son, pues, acuerdos (sectoriales o bilaterales) que tienen una naturaleza y finalidad radicalmente distinta a los cárteles de crisis, que sí se integran en la categoría de las *hard core restrictions*. A diferencia de los cárteles, no son acuerdos ocultos y su objeto no es eliminar la competencia para apropiarse del excedente del consumidor con daño al bienestar global, sino ordenar de forma planificada una reducción eficiente de las sobrecapacidades estructurales que padecen las empresas concertadas debida a una caída sostenida de la demanda y que impide una normal lucha competitiva, para que una vez saneadas puedan competir plenamente sobre la base de sus propios méritos (*competition on the merits*).

## 2. LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ANTITRUST

Los medios de acción que atribuye el Tratado de la Comunidad Europea a la Comisión para hacer frente a las situaciones de crisis son escasos, sobre todo en contraste con el régimen que instrumentaba el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Y como es conocido, en materia de control de los acuerdos restrictivos de la competencia, no existe una norma específica para el análisis de los acuerdos entre empresas en crisis<sup>4</sup>, excepción hecha de las consideraciones que se puedan hacer sobre la plena aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios en los mercados agrarios en los que exista una organización común del mercado.

El carácter estratégico del sector del carbón y del acero, el que en la mente de los Estados fundadores estuviese la idea de que este sector fue

---

<sup>3</sup> Esta es la tesis esgrimida por la *Beef Industry Development Society Ltd* (BIDS) ante el TJ en la petición de decisión prejudicial planteada por la *Supreme Court* de Irlanda, en el asunto C-209/07 *Carne de Vacuno*: «...un acuerdo que verse sobre la reducción del exceso de capacidad sectorial no puede asimilarse a un acuerdo que pretenda “limitar la producción” en el sentido del art. 81 CE... este concepto debería interpretarse en el sentido de que persigue una limitación de la producción total del mercado, y no de la producción de determinados operadores que se retiran voluntariamente del mercado, sin provocar una disminución de la producción» (párrafo 22). Siguiendo las conclusiones de la Abogada General Sra. Trstenjak, el TJ no aceptó esta lectura del art. 81.1.b) TCE y afirma que un acuerdo como el alcanzado por la BIDS, que persigue como objetivos principales aumentar el grado de concentración del mercado reduciendo significativamente el número de empresas y, por otra parte, eliminar cerca del 75 por 100 de la capacidad excedentaria de producción, es un acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del art. 81.1 TCE, que «prohíbe cualquier forma de coordinación que sustituya conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre los empresarios» (párrafos 32-34). Para una crítica a esta «interpretación expansiva» del concepto de objeto anticompetitivo L. IDOT, «Le retour de l’objet anticoncurrentiel...», *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, núm. 4, 2009, pp. 1-2.

<sup>4</sup> Alguna doctrina ha criticado esta ausencia de normas en el TCE para tiempos de crisis, porque a su juicio es tanto como desconocer la consustancialidad de los ciclos económicos en toda economía de mercado: FOCSANEANU y ELSEN, «Le Droit de la concurrence face à la crise», *Revue du Marché Commun*, núm. 287, 1985, p. 271.

una de las causas económicas de la II Guerra Mundial, y el temor a que se produjeran nuevas perturbaciones económicas, condujo a la existencia de un Tratado específico para este sector, que establecía una política común, incluso para tiempos o industrias en crisis, controlada por una autoridad supranacional con amplios poderes regulatorios. Por el contrario, se ha dicho que la ausencia de un régimen específico para las industrias en crisis en el Tratado CE responde a la buena situación y perspectivas que mostraba la industria manufacturera europea al tiempo de firmarse este Tratado (1957). Pero lo cierto es que el Tratado CE ha sido objeto de varias reformas (la última, el Tratado de Lisboa todavía pendiente de entrar en vigor), y en ninguna de ellas se ha considerado necesario incluir reglas específicas para los acuerdos entre empresas de sectores en crisis, y eso que desde entonces se han sucedido crisis sectoriales y de carácter general. Este hecho podría ser interpretado en el sentido de que en sistemas de economía de mercado, la libre competencia; esto es, el esfuerzo en mejorar la oferta disponible al cliente o al consumidor es el mejor o más eficaz instrumento que tienen las empresas y los Estados para salir de las situaciones de crisis.

Frente a la omisión en el TCE de normas específicas para los acuerdos entre empresas en crisis, dentro de las legislaciones antitrust de los países de nuestro contorno, las legislaciones alemana y española fueron las únicas que disponían de normas específicas destinadas a autorizar determinados acuerdos alcanzados entre empresas en situación de crisis estructural.

La *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* de 1957 (GWB), tramitada de forma paralela al TCE, en su primigenia versión, disponía en el art. 4 la posibilidad de no aplicar la prohibición de cárteles formulada en su art. 1 a los denominados cárteles de crisis estructural, para los casos en que existiese una disminución de las ventas debida a una persistente alteración de la demanda, y el acuerdo restrictivo fuese necesario para la adaptación planificada de la capacidad de producción a la demanda, y siempre y cuando en la regulación pretendida por las empresas se tuviese en cuenta la economía general y el interés público<sup>5</sup>.

Inspirándose claramente en esta norma alemana, el art. 5.2.b) de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia (LPR) facultaba al TDC para autorizar «Los acuerdos y decisiones que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando sea manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico y siempre que en tales

---

<sup>5</sup> A partir de la sexta reforma de la GWB de 1998, los cárteles de crisis estructural estuvieron regulados en el art. 6, que además modificó los requisitos de autorización, pasando a ser las condiciones de competencia en los sectores económicos afectados por el cártel de crisis.

acuerdos y decisiones se tengan en cuenta la situación económica general y el interés público»<sup>6</sup>.

Esta norma pasó tal cual a la letra b) del art. 3.2 de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (LDC), con una diferencia sustancial. Si en la LPR de 1963 la autorización de los cárteles de crisis queda sujeta, además, al cumplimiento de los requisitos generales de autorización previstos en el art. 5.1 (que son los que recogía entonces el art. 85.1 y hoy el art. 81.1 TCE: contribución a la producción, distribución, al progreso técnico o económico; reservar a los usuarios una participación adecuada en las ventajas o eficiencias; no contener restricciones que no sean indispensables; y no eliminar la competencia)<sup>7</sup>, en la LDC se encuadra dentro de la cláusula general de autorización del art. 3.2 LDC, como una categoría particular de acuerdo restrictivo que el TDC podía autorizar «siempre y en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público»<sup>8</sup>.

La Ley 52/1999, de reforma de la Ley 16/1989, suprimió la citada previsión sobre autorización de cárteles de crisis<sup>9</sup>, aunque incomprensiblemente mantuvo el resto del texto del art. 3.2 LDC, que no pasó de ser un florero o norma superflua carente prácticamente de aplicación. Hubo que esperar a la vigente Ley 15/2007 para que también en materia de autorizaciones (hoy, exenciones) se produjera igualmente la deseable homologación con las normas comunitarias de competencia.

### 3. TRASCENDENCIA PRÁCTICA Y RAZÓN DE SER DE LA AUTORIZACIÓN DE ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN

La excepcionalidad de la medida (la autorización de un acuerdo entre competidores relativo a la capacidad de producción) y del supuesto

---

<sup>6</sup> Para una interpretación de los términos economía general e interés público como conceptos que justifican un cártel de crisis, *vid.* J. COSTAS COMESAÑA, «Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia», *Gaceta Jurídica*, núm. 207, 2000, pp. 82 s.

<sup>7</sup> La GWB no dispuso de una cláusula general de autorización de los acuerdos colusorios al estilo del art. 81.3 TCE hasta la última reforma de 2005, sino una enumeración de tipos de acuerdos prohibidos que la autoridad de competencia o el ministro federal de economía podía autorizar bajo ciertas condiciones, específicas para cada tipo de acuerdo autorizable, como eran, entre otros, los cárteles de crisis, los de especialización, o los de menor importancia. En la medida en que el art. 5.1 LPR 1963 contenía una cláusula general de autorización, la doctrina cuestionó la necesidad de enumerar determinados tipos de acuerdos autorizables.

<sup>8</sup> La existencia en el art. 3.1 LDC de otra cláusula general de autorización (idéntica a la del art. 81.3 TCE) planteó la relación que existía entre ambas cláusulas de autorización, y en particular si los cárteles de crisis podían autorizarse a pesar de no cumplir alguno o todos los presupuestos de autorización del art. 3.1 LDC.

<sup>9</sup> El art. 6 de la GWB, al que había pasado la autorización de los cárteles de crisis estructural, se derogó en la última modificación de 2005, como efecto de la introducción en la GWB de una cláusula general de exención de los acuerdos colusorios similar a la del art. 81.3 TCE.

de hecho sobre la que descansa la posible autorización de los cárteles de crisis; esto es, la existencia de una crisis industrial o económica que sitúe a las empresas del sector en una situación de sobrecapacidad estructural insostenible debida a una disminución persistente de la demanda, justifica o motiva que no exista una abundante práctica de las autoridades de competencia, ni de la Comisión, ni del *Bundeskartellamt*, ni del TDC.

A pesar de la gravedad de la crisis industrial y económica de los años setenta-ochenta del pasado siglo, la experiencia del TDC ha sido particularmente escasa<sup>10</sup>, probablemente porque la legislación especial de reconversión industrial excluyó de la prohibición de acuerdos colusorios, a excepción de los pactos de fijación de precios, las restricciones a la competencia que fuesen necesarias para alcanzar los objetivos fijados en el correspondiente plan de reconversión<sup>11</sup>. Pero alguna responsabilidad también cabe imputar al TDC, por cuanto en el asunto más relevante (desde la perspectiva de la economía general) que conoció sostuvo que este instrumento no era apto para llevar a cabo una política de defensa de la competencia en tiempos de crisis<sup>12</sup>.

Más abundante e interesante sin duda es la experiencia de la Comisión Europea en la aplicación del art. 81 TCE a los acuerdos entre empresas en crisis, que examinaremos en el epígrafe siguiente. Sin embargo, es posible anticipar que el análisis de la normativa alemana y española y también de las decisiones de la Comisión<sup>13</sup> sobre cárteles de crisis, autorizables y no autorizables, permite revelar cuál es la *ratio legis* o razón de ser de un mecanismo antitrust tan excepcional como, sin duda, es la facultad de autorizar determinados acuerdos entre competidores en situación de crisis estructural. En nuestra opinión, ese análisis normativo y de casos permite

<sup>10</sup> Vid. J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, 1997, pp. 298 y ss.

<sup>11</sup> El art. 14 del RDL 8/1983, luego Ley 27/1984, de Reconversión Industrial, disponía que quedaban excluidas de la prohibición del art. 1 de la LPR de 1963: «las prácticas que, sin dar a los partícipes la posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la reconversión que se proyecta, y su duración no exceda de la fijada para la ejecución de esta última», necesidad que era observada por el Ministerio de Economía.

<sup>12</sup> Expte. 184/82, *Electrodomésticos de línea blanca*, Resolución de 26 de enero de 1983. La sección 2.ª del TDC consideró que el acuerdo de reducción coordinada de los excedentes de capacidad de producción notificado no era autorizable como cártel de crisis (incluía acuerdo de cuotas de suministro y de fijación de precios mínimos y otras condiciones de venta), y decidió elevar al Pleno que propusiese al Gobierno la promulgación de medidas normativas coyunturales que permitiesen legitimar acuerdos como los notificados. Para un comentario a esta resolución, vid. M. BOTANA AGRA, «Crisis económica y derecho de la libre competencia», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 10, 1984-1985.

<sup>13</sup> A este respecto es de consulta obligada «las reglas de competencia y medidas de reducción de sobrecapacidades estructurales» publicadas por la Comisión en el *XII Informe sobre la política de competencia* (1982).

afirmar que este instrumento excepcional de política de competencia persigue tres concretos objetivos<sup>14</sup>.

En primer lugar, es un instrumento antitrust reservado para las situaciones de crisis de naturaleza estructural (lo que puede ser objeto de controversia)<sup>15</sup>, ya que el objetivo es reducir de forma concertada y planificada los excedentes de capacidad económicamente insoportables para las empresas. Si la crisis es coyuntural (por un descenso temporal de la demanda) no existe tal necesidad de reducir sobrecapacidades ineficientes<sup>16</sup>.

En segundo lugar, la autorización de acuerdos de reestructuración tiene por finalidad garantizar que, tras el proceso de reducción de las sobrecapacidades estructurales, permanecen en el mercado las empresas más eficientes. Este objetivo descubre la subsidiaridad de la autorización de cárteles de crisis frente a una reestructuración guiada por la libre competencia. Sólo cuando las fuerzas del mercado no permitan una reestructuración eficiente (no sólo en términos económicos sino también «sociales») cabe autorizar determinados acuerdos de reestructuración entre competidores en situación de crisis estructural<sup>17</sup>.

En tercer lugar, tras la utilización de este instrumento subyace también el objetivo quizá meta-antitrust de mantener una estructura empresarial saneada, competitiva y lo más amplia posible. Así en el caso *Betonstahlmatten* de 1983 el *Bundeskartellamt* tuvo en cuenta que el cártel de reducción planificada de las sobrecapacidades de producción de mallas electrosoldadas era la única alternativa que disponían la ma-

---

<sup>14</sup> Para el detalle de este análisis remitimos al lector a la obra de J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis...*, pp. 301 y ss. Y es de consulta obligada «las reglas de competencia y medidas de reducción de sobrecapacidades estructurales» publicadas por la Comisión en el *XII Informe sobre la política de competencia* (1982).

<sup>15</sup> Así lo consideró la Comisión en la Decisión *IFTRA Aluminium* de 15 de julio de 1975 y el TDC en la Sentencia de la Sección Primera de 20 de octubre de 1971, en el Expte. 87/71. La dificultad la ponen de relieve J. JIMÉNEZ LA IGLESIA y J. M. JIMÉNEZ LA IGLESIA, «Tipología de restricciones horizontales...», en J. MARTÍNEZ LAGE y PETITBÓ JUAN (dirs.) *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino, 2009, p. 180.

<sup>16</sup> *Vid.* los Exptes. 87/71 y 265/90 del TDC.

<sup>17</sup> En el *XXIII Informe sobre la política de competencia* (1993), dice la Comisión «cuando las empresas deben hacer frente a considerables reducciones de la demanda, de carácter estructural más que cíclico, recortan unilateralmente la capacidad de producción. En una economía de libre mercado, esta es la forma más habitual de enfrentarse a una importante reducción de porcentajes de utilización de capacidad... No obstante, en algunas industrias este mecanismo no siempre garantiza la eliminación de la capacidad menos productiva. La competencia no sólo se ha visto falseada por las ayudas estatales..., utilizadas para crear capacidad, sino que, cuando las industrias tienen unos costes fijos elevados y unos costes de funcionamiento relativamente bajos, una instalación vetusta e ineficiente, pero totalmente amortizada, puede continuar produciendo siempre que sus costes de funcionamiento estén cubiertos. Esto puede dar lugar a importantes disminuciones de precio que, a corto plazo, socavan la capacidad de la industria para invertir y participar en I+D. Por consiguiente, a largo plazo, son los consumidores los perjudicados».

yoría de las pequeñas y medianas empresas para mantenerse en el mercado frente al músculo financiero y a la diversificación de las grandes empresas<sup>18</sup>.

#### 4. LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN RELATIVA A LOS CÁRTELES DE CRISIS Y A LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN

##### A) De la dogmática a la admisión de la excepción de sector en crisis en el seno del art. 81.3 TCE

La dureza de los efectos de la crisis económica provocada por el cártel público de la OPEP, y el convencimiento de la Comisión respecto de la imposibilidad de que un cártel de crisis pueda cumplir los requisitos del art. 81.3 TCE<sup>19</sup>, le impulsó a realizar un anuncio formalmente insólito, nada menos que un proyecto normativo para no aplicar la prohibición de colusión a determinados cárteles de crisis estructural. En efecto, en 1978 los Comisarios de competencia e Industria, con el apoyo de varios Estados, propusieron la aprobación por el Consejo (sobre la base del art. 83.2.c TCE) de un Reglamento que permitiese a la Comisión declarar no aplicable temporalmente la prohibición del art. 81.1 TCE a los cárteles de crisis que fuesen aptos para garantizar la adaptación planificada de los excedentes de capacidad de producción debidos a un cambio duradero de la demanda<sup>20</sup>.

Fracasada esta iniciativa tan arriesgada, la Comisión se centró en el diseño de un concepto de cártel de crisis que pudiera cumplir con los requisitos de exención del art. 81.3 TCE, lo que hace en el año 1982 con la publicación de las Directrices relativas a la compatibilidad de los acuerdos de reducción de sobrecapacidad estructural con las condiciones de exención del art. 81.3 TCE, ampliamente inspiradas en aquél non nato proyecto de Reglamento de cárteles de crisis<sup>21</sup>.

Pero hasta llegar a estas reglas de competencia aplicables a los cárteles de crisis, la Comisión realizó una evolución considerable en su doctrina, pues durante los años setenta no se limitó a manifestar que el padecimiento de una crisis no era un factor relevante en el análisis de cumplimiento

---

<sup>18</sup> Se puede consultar el texto de la decisión en la revista *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 10, 1983, pp. 813-824. En el Expte. 312/92 *Vinateros de Guipúzcoa* el TDC cuestiona esta última finalidad.

<sup>19</sup> Vid. la Introducción al VII Informe sobre la política de competencia (1977).

<sup>20</sup> Vid. el VIII Informe sobre la política de competencia (1978), párrafos 38 a 41, y J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis...*, pp. 201-207.

<sup>21</sup> Publicadas en el XII Informe sobre la política de competencia (1982), párrafos 38-41.

de los requisitos del art. 81.3 TCE por acuerdos entre competidores de fijación de precios, limitación de la producción y reparto de mercados, sino que en diversas ocasiones negó la aptitud de los acuerdos de reducción coordinada de excedentes estructurales de capacidad para superar tales situaciones de crisis<sup>22</sup>. La evolución del pensamiento de la Comisión se produjo respecto de esta última valoración y en relación con los acuerdos entre competidores de limitación de la capacidad de producción (que se extiende a otras restricciones accesorias a ésta, como el control por las empresas de las inversiones y el establecimiento de intercambios de información sobre capacidades) al servicio de una reestructuración planificada de las empresas.

No obstante, es preciso señalar que, incluso en sectores sometidos a graves situaciones de crisis estructural, la Comisión siempre ha resuelto la imposibilidad de excepcionar la prohibición del art. 81.1 TCE en relación con acuerdos entre competidores de fijación de precios, de limitación o cupos de ventas, y de puro reparto de mercados<sup>23</sup>. En este tipo de cárteles de crisis duros, que no tienen por objeto la reducción de excesos estructurales de capacidad ni dotar de mayor eficiencia productiva a las empresas sino regular el mercado<sup>24</sup>, el padecimiento de una situación de crisis, la existencia de sobrecapacidades estructurales o de pérdidas económicamente insoportables, sólo se ha considerado con carácter general como atenuante de las multas<sup>25</sup>.

La excepción de sector en crisis también fue utilizada por las empresas en el marco de acuerdos entre no competidores, en particular para justificar la licitud antitrust de prohibiciones de exportar (de ventas pasivas) contenidas en acuerdos de distribución de exclusiva territorial, e igualmente rechazada por la Comisión<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Decisión *Vidrio moldeado italiano* de 17 de diciembre de 1980.

<sup>23</sup> Vid. la introducción del *XI Informe sobre la política de competencia* (1981) y el párrafo 39 del *XII Informe sobre la política de competencia* (1982). No obstante esta regla o prohibición absoluta conoce alguna excepción, como la *Decisión Scottish Nuclear* de 30 de abril de 1991, y en el sector servicios: Decisión *Eurocheques Uniformes* de 10 de diciembre de 1984, Decisión *Asociación belga de bancos* 11 de diciembre de 1986, Decisión *ABI* de 12 de diciembre de 1986, y Decisión *Nuevo Cegam* de 30 de marzo de 1984.

<sup>24</sup> En el Expte 265/90 *Productores de Pollos*, el TDC excluyó conceder una exención a un acuerdo de reducción de la oferta al considerar que el objeto del mismo no era reducir la capacidad de producción para ajustarla a la demanda, sino regular el mercado para mantener las posiciones que cada una de las empresas cartelizadas ostentaba en el mismo.

<sup>25</sup> Vid. J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis...*, pp. 195-197. En la Decisión *Ceruse* de 12 de diciembre de 1978, atendiendo a la excepcionalidad del caso, no se impusieron sanciones.

<sup>26</sup> Decisión *John Deere* de 14 de diciembre de 1984 y Decisión *Sperry New Holand* de 16 de diciembre de 1985.

## **B) La introducción de objetivos de política industrial y social en el art. 81.3 TCE**

En el año 1977, el Tribunal de Justicia señaló en la sentencia *Metro* que la existencia de una coyuntura desfavorable puede ser tenida en cuenta en la aplicación del art. 81.3 TCE<sup>27</sup>. Un año después la Comisión hace pública la opinión de que los acuerdos entre competidores dirigidos a reducir excedentes estructurales de capacidad se pueden excepcionar bajo ciertas condiciones<sup>28</sup>. Y en 1981 da un paso más formulando un concepto de acuerdo entre competidores en situación de crisis compatible con las condiciones del art. 81.3 TCE: *Acuerdo entre empresas dirigido a realizar una reducción ordenada de los excesos de capacidad cuando existe una irreversible disparidad entre la capacidad de producción y la demanda*<sup>29</sup>.

Al año siguiente, en 1982, la Comisión desarrolla ese concepto publicando *The competition rules and measures to reduce structural overcapacity*, en las que se contienen las Directrices para la compatibilidad de los acuerdos entre competidores que tienen por objeto la reducción de excedentes estructurales de capacidad con las condiciones de autorización del art. 81.3 TCE. Conforme a estas reglas, se puede entender que existe una mejora de la producción en el sentido del mencionado precepto del TCE cuando la reducción de las capacidades de producción permitan prever un aumento a largo plazo de la rentabilidad y, por tanto, un retorno a la competitividad y si la coordinación de los cierres ayuda a mitigar su impacto en el empleo. A este efecto, es necesario que, para cada centro de producción, el acuerdo contenga un programa detallado y vinculante de cierres que garantice, de una parte, que las sobrecapacidades serán efectiva e irreversiblemente desmanteladas y, de otra parte, que durante la aplicación del acuerdo no serán creadas nuevas capacidades, excepto si están previstas en el programa de reestructuración como capacidades de sustitución.

En cuanto al cumplimiento de la condición positiva de autorización, se podrá entender que el acuerdo de reestructuración reserva a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes, si al final de la vigencia del acuerdo existe una estructura de la oferta competitiva y económicamente sana, sin que durante la vigencia del acuerdo, pese a los efectos de las reducciones de capacidad en curso, los usuarios se hayan visto privados de su libertad de elegir y de los beneficios de la competencia que subsiste entre las empresas participantes.

---

<sup>27</sup> STJ de 25 de octubre de 1977, As. 26/76, párrafo 43.

<sup>28</sup> *VIII Rapport sur la politique de concurrente* (1978), p. 13.

<sup>29</sup> *XI Informe sobre la política de competencia* (1981), párrafo 43.

La condición negativa de la indispensabilidad de las restricciones a la competencia previstas en el acuerdo se cumplirá a condición de que, por comparación con el objetivo de saneamiento, sólo se establezcan reducciones de los excedentes de capacidad y el acuerdo se limite al período de tiempo necesario para la realización técnica del programa de reducción previsto. El establecimiento de un sistema de intercambio de información sensible, en tanto que instrumento necesario de control de la realización efectiva de las obligaciones de reducción de capacidad, es admisible en la medida en que tal restricción no pueda constituir de alguna manera un elemento de concertación de la política de utilización de las capacidades restantes o de las condiciones de venta<sup>30</sup>.

Y por lo que hace a la segunda condición negativa, la Comisión considera que de cumplirse las anteriores condiciones de autorización, los participantes en un cártel de crisis no adquirirán la posibilidad de eliminar la competencia: 1.º porque la reducción coordinada de las sobrecapacidades es sólo uno de los elementos, ciertamente importante, de la estrategia competitiva de las empresas, pero ellas no renuncian de forma absoluta a toda libertad de acción sobre el mercado, permaneciendo un cierto grado de competencia interna en materia de política de ventas (precios, garantías, etc.); 2.º la existencia de una competencia externa (y residual) al cártel está generalmente asegurada por la presencia sobre el mercado de empresas no participantes en el acuerdo y por competidores de terceros países, y 3.º porque al tener el acuerdo una vigencia temporal limitada desde su origen, la certidumbre en el retorno a una situación de plena competencia en un futuro próximo incita a las empresas cartelizadas a tener en cuenta, dentro de las medidas que ellas adopten durante la duración del cártel, el hecho de que volverán a ser por completo competidores.

En esas mismas Directrices la Comisión hace pública su disposición a valorar positivamente, como una alternativa menos restrictiva de la competencia que los acuerdos sectoriales de reestructuración, los acuerdos bilaterales entre competidores de racionalización/especialización recíproca que tengan por objeto reducir coordinadamente sobrecapacidades económicamente insoportables, siempre y cuando no contengan restricciones complementarias o de acompañamiento por objeto<sup>31</sup>. La especialización se puede materializar en la creación de una empresa en participación, como solución eficaz para reducir los excesos de capacidad que tienen

---

<sup>30</sup> Tal cosa sucedía en el caso comunitario de las *mallas electrosoldadas*, STPI de 6 de abril de 1995, As. T-152/89.

<sup>31</sup> *XII Informe sobre la política de competencia* (1982), párrafo 40. Ya en la Decisión *Paier Mince* de 26 de julio de 1972 la Comisión no autorizó un acuerdo de especialización entre los principales fabricantes franceses hasta que éstos suprimieron del acuerdo las obligaciones relativas a cuotas de producción.

las matrices<sup>32</sup>. Una idea que, años más tarde, la Comisión recoge en la Comunicación sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo de 16 de febrero de 1993, en la que se afirma que estos acuerdos pueden evitar la pervivencia o nacimiento de empresas con capacidades económicamente injustificadas, así como crear industrias de dimensiones óptimas desde el punto de vista del mercado<sup>33</sup>.

Un sector de la doctrina criticó estas Directrices de la Comisión sobre acuerdos de reestructuración, en la idea de que un acuerdo de esta naturaleza para alcanzar el objetivo buscado (reducir sobrecapacidades para obtener una industria más eficiente en un tiempo razonable y con un menor coste social) necesariamente debe reunir a la mayor parte de las empresas del sector en crisis e incluir restricciones sobre precios de venta (mantener un determinado nivel de precios), y siendo así resultaría del todo imposible que se cumplan las condiciones de autorización, en particular, que no consienta la eliminación de la competencia en el mercado relevante y reserve ventajas a los usuarios. Además, se dice que parece difícil sostener que un acuerdo de limitación de la producción y de las inversiones pueda contribuir a «mejorar la producción» como exige el art. 81.3 TCE, cuestionando que este precepto permita a la Comisión valorar como ventaja objetiva el impacto positivo del acuerdo sobre el mantenimiento del empleo<sup>34</sup>.

Sin embargo, no cabe desconocer que el propio TJ en la sentencia *Metro* ya había admitido que el criterio del mantenimiento del empleo pueda ser relevante en el análisis de compatibilidad de un acuerdo de suministro en un contexto de coyuntura desfavorable. Un criterio que reitera más tarde en la sentencia *Remia*, al afirmar que el mantenimiento del empleo entra, en cuanto a la mejora de las condiciones generales de producción, particularmente en las circunstancias de una coyuntura económica desfavorable, en el marco de los objetivos que el art. 81.3 TCE permite establecer<sup>35</sup>.

Es de todos conocido que la aplicación del art. 81.3 TCE (y del art. 1.3 LDC) exige realizar un balance entre las ventajas o eficiencias que puede producir el acuerdo por un lado, y las limitaciones a la competencia que pueden derivarse del mismo por otro. En los acuerdos de reestructuración entre competidores la Comisión ha contrapuesto a los perjuicios (especialmente en precios) derivados de una competencia disminuida a corto

---

<sup>32</sup> En 1983 la Comisión anunció la intención de autorizar la creación por Shell y Azko, dos de las más grandes empresas del sector petroquímico, de una empresa en participación (Rovin) que integrase determinadas actividades, en tanto que contribuía a una mejor adaptación de la oferta a la demanda y a una mejor tasa de utilización de las capacidades instaladas, DO C 295/7-11.

<sup>33</sup> DOCE C 43 de 1993, párrafo 55.

<sup>34</sup> Para una visión de esta doctrina, *vid.* J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis...*, pp. 210-213 y 224 s.

<sup>35</sup> STJ de 11 de julio de 1985, As. 42/84, párrafo 42.

o medio plazo, las ventajas que a largo plazo pueden derivarse para el consumidor y para el bienestar global, en la medida en que el saneamiento concertado de las empresas debe ser apto para una reestructuración eficaz del aparato productivo en condiciones sociales aceptables. En definitiva, este trueque entre menos competencia en precios a corto y medio plazo para obtener una mayor y más sana competencia a largo plazo, es en nuestra opinión una muestra de cómo es posible compatibilizar los objetivos de la política de competencia y de la política industrial en los tiempos en los que la crisis económica causa en la industria excedentes de capacidad de producción económicamente insoportables.

### **C) Cómo los acuerdos sectoriales y bilaterales de reestructuración pueden cumplir los requisitos de exención del art. 81.3 TCE (y del art. 1.3 LDC): Análisis de acuerdos autorizados por la Comisión**

Dos han sido los acuerdos de reestructuración sectorial autorizados por la Comisión. En 1984, en el asunto *Fibras Sintéticas* la Comisión autorizó un acuerdo entre los mayores productores comunitarios de fibras sintéticas, en el que se establecía el montante total de capacidad a reducir en la industria, que desde hace años se caracterizaba por una situación crónica de sobrecapacidad de producción (superior al 30 por 100), debida al rápido desarrollo de la tecnología y al descenso de la demanda, en un sector en el que una tasa de utilización inferior al 85 por 100 se considera no rentable<sup>36</sup>. También debido al desarrollo tecnológico y a la evolución desfavorable de la demanda, el sector de los ladrillos en los Países Bajos se caracterizaba a principios de los años noventa por la existencia de una capacidad excedentaria importante, autorizando la Comisión en 1994 en el asunto *Stichting Baksteen* un acuerdo entre los principales productores nacionales, que tenía por objeto la reducción de la capacidad instalada, como medio para alcanzar una mejor utilización de las capacidades conservadas, y para restablecer progresivamente y a medio plazo un equilibrio duradero entre la oferta y la demanda<sup>37</sup>.

Más abundante ha sido la praxis de la Comisión en la autorización de acuerdos bilaterales de reestructuración. Dentro del sector de la industria petroquímica comunitaria, en la Decisión *BPCL/ICI* la Comisión autorizó un acuerdo de especialización recíproca y un acuerdo de limita-

---

<sup>36</sup> Decisión de 4 de julio de 1984, *Journal Officiel*, L 207, pp. 15-27. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=384D0380](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=384D0380).

<sup>37</sup> Decisión de 29 de abril de 1994, *DOCE* L 131. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0296:ES:HTML>.

ción y cierre de capacidades de producción, en tanto que en la Decisión *ENI/Montedison* autorizó un acuerdo de cesión recíproca de determinados grupos de actividades que implicaba el cierre de fábricas y, *de facto*, la especialización<sup>38</sup>. En los casos *Rovin, PRB/Shell*<sup>39</sup> y *Enichem/ICI* la Comisión autoriza acuerdos de creación de empresas en participación entre competidores con el objeto de que éstas puedan acometer reducciones de capacidad<sup>40</sup>. En esta última, la Comisión afirma que «los acuerdos bilaterales en sectores que sufren un exceso de capacidad estructural, que dan lugar a una reducción radical y, en particular, a cierres de capacidad, son conformes con la política actual de la Comisión»<sup>41</sup>. Por último, en la Decisión *Bayer/BP Chemicals* la Comisión autorizó un acuerdo de reducción de sobrecapacidades mediante el cierre de instalaciones obsoletas, que implicaba la especialización de las partes en los sectores en los que podían ser más competitivos, a pesar del relevante poder de mercado de BP y de que el acuerdo suponía la desaparición a nivel de comercialización de un competidor directo (Bayer) en beneficio exclusivo y directo de otro (BP Chemicals, que se hace con su red de ventas), y además un aumento de la capacidad de producción para un producto nuevo y más competitivo, fruto de la cooperación entre las partes en materia de I+D<sup>42</sup>.

### ***¿Cómo contribuye un acuerdo de reestructuración a mejorar la producción o la distribución o a fomentar el progreso técnico y económico?***

En los casos *Fibras Sintéticas* y *Stichting Baksteen* la Comisión razonó que se cumplía el requisito de contribuir a mejorar la producción y a fomentar el progreso técnico y económico, porque la reducción de las sobrecapacidades: i) permitía a las empresas aligerarse de pesadas cargas financieras<sup>43</sup>, al tiempo que no se reduciría la producción mediante la mejo-

<sup>38</sup> Decisión de 19 de julio de 1984, *Journal Officiel* L 212. Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=384D0380](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=384D0380), y Decisión de 4 de diciembre de 1986, *DOCE* L 5 de 1987. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987D0003:ES:HTML>.

<sup>39</sup> Decisión de 2 de noviembre de 1983, *Journal Officiel* C 295, y Decisión de 17 de julio de 1984, *Journal Officiel* C 189 y *XVII Informe sobre la política de Competencia* (1987), párrafo 74.

<sup>40</sup> También cabe citar la Decisión *UIP* de 12 de julio de 1989, que tenía por objeto la reestructuración de la distribución y exhibición de películas en un contexto de reducción de la demanda, mediante la constitución por las principales productoras cinematográficas de una *Joint venture* a la que se ceden los derechos de distribución y de concesión de licencias para la proyección en salas de cine. *DOCE* L 226 y disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989D0467:ES:HTML>.

<sup>41</sup> Decisión de 22 de diciembre de 1987, *DOCE* L 50 de 1988, párrafo 35. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988D0087:ES:HTML>.

<sup>42</sup> Decisión de 5 de mayo de 1988, *DOCE* L 150. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988D0330:ES:HTML>.

<sup>43</sup> A este respecto se utiliza la expresión «sobrecapacidades claramente antieconómicas». En la Resolución *AFCO* de 14 de diciembre de 1978, el TDC comprobó que tal situación se pro-

ra en las tasas de utilización de las capacidades mantenidas; ii) al reducirse la capacidad excedentaria mediante el cierre de las instalaciones más obsoletas o menos eficientes disminuirían también los costes de producción, siendo previsible un aumento de la competitividad de las empresas, y con ello el retorno a una situación de competencia normal; iii) la coordinación de los cierres permitía realizar la reestructuración en condiciones sociales aceptables, facilitando el reciclaje y recolocación del personal afectado.

Los argumentos son similares en los acuerdos bilaterales de reestructuración. Así, en el caso *BPCL/ICI* la Comisión valoró que la obligación implícita y recíproca de no competir y la obligación de cerrar determinadas fábricas permitió: i) disminuir una actividad en la que las empresas registraban pérdidas, liberando de esta forma recursos para inversiones en beneficio del progreso técnico y económico; ii) concentrar la producción en las fábricas más modernas; iii) utilizar mejor sus capacidades para tener una producción más eficiente; iv) el cierre inmediato de unidades de producción, acelerando el retorno al equilibrio de la oferta a la demanda.

### ***¿Cómo un acuerdo de reestructuración permite reservar a los usuarios una parte equitativa en el beneficio resultante?***

El cumplimiento de este requisito positivo es factible porque dentro del término usuario o consumidor del art. 81.3 TCE se incluye además de al consumidor final, a la industria que utiliza en su proceso productivo el producto producido por las empresas concertadas. Así, en el caso *Fibras Sintéticas* se consideró usuario a los fabricantes de textiles, en el caso *Stichting Baksteen* a la industria de la construcción, y en el caso *Bayer/BP Chemicals* a los fabricantes de bolsas de plástico, cables, tuberías, juguetes, etc. El cumplimiento de este requisito también se ve favorecido por la práctica de la Comisión de considerar que la existencia de un nivel aceptable de competencia en el mercado durante el tiempo de vigencia del acuerdo de reestructuración permite presumir que se reserva a los usuarios una parte equitativa de las ventajas. Por ello, en sus Decisiones la Comisión insiste en la ilicitud *per se* de las restricciones relativas a precios y cuotas de mercado, porque no tendrían otro objeto que trasladar exclusivamente a los consumidores las cargas del proceso de saneamiento. Este análisis se observa tanto en las decisiones relativas a acuerdos sectoriales<sup>44</sup> como en las referidas a acuerdos bilaterales de reestructuración<sup>45</sup>.

---

ducía, mientras que no era así en el Expte. MC 9/95 *Desmotadoras de algodón* de 9 de octubre de 1995.

<sup>44</sup> Por ejemplo en el caso *Acuerdo de cierre en el sector del Zinc* la Comisión declara que después de los cierres de instalaciones previstos «los consumidores dispondrán todavía de capacidad para responder a sus necesidades y para elegir proveedores». *Journal Officiel* C 164 de 1983, p. 3.

<sup>45</sup> Por ejemplo, en el caso *ENI/Montedison* la Comisión afirma «... en condiciones que permitan mantener una competencia efectiva —como en este caso— los usuarios obtendrán a medio plazo

Los beneficios o ventajas que pueden obtener los usuarios o consumidores derivados de este tipo de acuerdos han sido identificados por la Comisión como beneficios de naturaleza no estrictamente económica (en particular, en la forma de precios más bajos)<sup>46</sup>, a medio y largo plazo, y que pueden alcanzar a todos o una parte de los usuarios o consumidores que intervienen en la cadena de producción y distribución hasta el consumidor final, pudiendo establecerse preferencias entre ellos o realizar un balance de efectos positivos y negativos. Sobre estas bases interpretativas, la Comisión ha considerado que los acuerdos de reestructuración, en la medida en que hacen posible una reducción de los costes financieros y de producción (cerrando fábricas obsoletas y concentrando la producción en las más modernas), la especialización de las empresas en los productos que son más competitivos, y destinar recursos a inversiones y a I+D en común, permiten a medio o largo plazo reservar a los usuarios ventajas relacionadas con la mejora de la oferta, tales como menores precios, mejores productos o una más amplia variedad de productos donde elegir<sup>47</sup>. La garantía de que tras la vigencia del acuerdo de reestructuración subsistirá una oferta competitiva, frente al riesgo de monopolio u oligopolio de una reestructuración guiada por las fuerzas del mercado, se ha identificado también como un beneficio para los consumidores<sup>48</sup>.

### ***¿Cómo un acuerdo de reestructuración puede alcanzar su objetivo sin incluir restricciones a la competencia no indispensables?***

La indispensabilidad de una restricción a la competencia se establece por relación al concreto objetivo del acuerdo, lo cual indica que debe haber un vínculo o nexo causal entre la restricción y las ventajas relevantes ex art. 81.3 TCE, y además que no pueden ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo de interés general. En consecuencia, el análisis de indispensabilidad de las restricciones complementarias al acuerdo de re-

---

los beneficios resultantes de los ahorros de costes gracias a la racionalización». *DOCE* L 5 de 1987, párrafo 34.

<sup>46</sup> De hecho, de la praxis de la Comisión se desprende la idea de que el aumento de precios, a corto o a largo plazo, es un efecto inevitable de cualquier proceso de reestructuración, ya sea guiado por las fuerzas del mercado o bajo el paraguas del art. 81.3 TCE.

<sup>47</sup> En el caso *Enichem/ICI* (párrafo 75) se valoró como un beneficio para los usuarios la concentración en un mismo vendedor de una gama más amplia de productos, «debido a la ventaja de un servicio técnico integrado y de una fuerte reducción en los costes administrativos para el usuario y para el abastecedor».

<sup>48</sup> En el caso *Stichting Baksteen* (párrafo 30) se puede leer «el número de productores miembros y no miembros del acuerdo que se mantiene deja a los usuarios una opción suficientemente amplia entre proveedores y les asegura los suministros al tiempo que previene el riesgo de una fuerte concentración de la oferta». En el Expte. 87/71 *Industria Azulejera*, resuelto por Sentencia de la Sección Primera de 20 de octubre de 1971, el TDC consideró que el objetivo de obtener una estructura empresarial saneada y competitiva redundará en beneficio de los consumidores y de los trabajadores.

ducción de excedentes estructurales de capacidad instalada se debe hacer (como casi todo en Derecho antitrust) caso por caso.

Sobre estas premisas, la Comisión ha considerado que en este tipo de acuerdos no son admisibles (indispensables) las restricciones relativas a fijación de precios, establecimiento de cupos de producción o de ventas y a reparto de mercados. Así mismo, se considera que la restricción principal (la coordinación del proceso de reducción de capacidad) no puede afectar más que a las capacidades excedentarias, y que las restricciones accesorias o complementarias no pueden extenderse más allá del tiempo necesario para dotar de eficacia el proceso de reestructuración; esto es, el programa de cierres y su financiación.

En los acuerdos sectoriales de reestructuración *Fibras Sintéticas* y *Stichting Baksteen* la Comisión subraya que los acuerdos se limitan a la reducción de las capacidades excedentarias, y no comprometen la libertad de las partes para determinar su política de producción y de ventas, como tampoco existe coordinación de las políticas comerciales<sup>49</sup>. En ambos casos la Comisión exigió la presentación de un plan de reestructuración, que permitiese garantizar el cierre definitivo de los excedentes de capacidad y que no serían creadas nuevas capacidades, y para ello permitió a las partes: i) la imposición de sanciones a las empresas que no respeten el calendario de cierres; ii) la transferencia automática de los compromisos de cierre a favor del adquirente; iii) la utilización de expertos independientes para verificar la veracidad e irreversibilidad de los cierres; iv) la implantación de un sistema o fondo de financiación de los cierres mediante aportaciones de las empresas y para compensar los costes sociales y laborales del cierre<sup>50</sup>.

En los acuerdos bilaterales de reestructuración y especialización recíproca, la Comisión consideró indispensables restricciones que estaban cubiertas por el Reglamento CE 417/85 de especialización<sup>51</sup>, como compromisos de no fabricar determinados productos, obligaciones de aprovisionamiento y abastecimiento recíprocos de los productos en los que se

---

<sup>49</sup> En el asunto *Fibras Sintéticas* las partes tuvieron que eliminar la obligación de transmitir al órgano fiduciario informaciones relativas a ventas, así como la prohibición de realizar inversiones con efecto sobre la capacidad de producción sin el consentimiento de los demás. En el caso *Stichting Baksteen* las partes tuvieron que eliminar las medidas relativas a cuotas de producción y el establecimiento de un sistema de adquisición de terceros competidores con el objeto de eliminar la capacidad adquirida.

<sup>50</sup> Este fondo estaba previsto en los casos *Acuerdo de cierre en el sector del zinc* de 23 de junio de 1983 y en el caso *Stichting Baksteen*. En este segundo caso, la Comisión justificó la indispensabilidad del fondo así: «La mitad de las empresas afectadas no tiene posibilidad de reducir capacidad, ya que no disponen más que de un solo horno de cocción; y el sistema de financiación se debe considerar como un incentivo para las demás empresas para reducir la capacidad excedentaria» (párrafo 6).

<sup>51</sup> Sustituido por el Reglamento CE 2658/2000.

especializan, y obligaciones recíprocas de confiar la distribución exclusiva de los productos a la otra parte. Además consideró indispensables determinadas obligaciones recíprocas de no competencia, las obligaciones de cierre de capacidad excedentaria, así como la obligación a cargo del vendedor de seguir explotando por un tiempo las instalaciones cedidas a la otra parte<sup>52</sup>. En los casos en los que se autorizó la constitución de una *joint venture* cooperativa como instrumento de reducción de las sobrecapacidades de las matrices, la Comisión consideró indispensables las obligaciones de las matrices de no competir con la empresa en participación y de reservarle a ésta también la distribución de los productos objeto del acuerdo, siempre que las matrices no estén en condiciones de reducir los excedentes de capacidad por su cuenta, o bien simplemente cuando la constitución de la *joint venture* permite una adaptación de la oferta a la demanda más intensa o más rápida<sup>53</sup>.

### ***¿Cómo un acuerdo de reestructuración puede alcanzar su objetivo sin eliminar la competencia?***

Este requisito de exención tiene por objeto garantizar la libertad de elección de los consumidores, y a primera vista su existencia se podría poner en cuestión en los acuerdos de reestructuración que agrupan a todas o la mayoría de las empresas del sector en crisis. No obstante, los conceptos de sector y mercado pueden no ser coincidentes, de modo que la delimitación del mercado relevante se revela clave para determinar el cumplimiento de este requisito. En las páginas precedentes hemos resaltado cómo los acuerdos sectoriales de reestructuración que han sido autorizados sólo afectaban a la capacidad (excedentaria) de producción de las partes, manteniendo éstas plena autonomía para fijar su política de precios, de distribución, de inversión, y en I+D<sup>54</sup>. Por tanto se mantiene una cierta competencia entre las empresas concertadas, y a ello habrá que sumar la que eventualmente pueda provenir de los operadores que producen o comercializan productos sustitutivos (mercado del producto) y de los productores situados fuera de las fronteras del acuerdo (mercado

<sup>52</sup> En el caso *ENI/Montedison* esta última obligación se consideró indispensable en la medida en que facilitaba el cierre de la instalación cedida desde la perspectiva laboral.

<sup>53</sup> La vista de esta doctrina de la Comisión, se podría criticar la Resolución de la Sección Segunda del TDC de 14 de junio de 1984 (Expte. 192/83 *Fabricantes de Bienes de Equipo*) en la medida en que no consideró autorizable un acuerdo bilateral de reestructuración entre General Eléctrica Española y Siemens, que sin incluir pactos de precios y cuotas de producción preveía compromisos relativos a: la cesión recíproca de líneas de producción, el desmantelamiento de instalaciones afectadas, la cesión de clientela, y colaboración en ciertos servicios postventa.

<sup>54</sup> Para garantizar esta libertad de competencia entre las empresas durante la vigencia del acuerdo, en los asuntos *Fibras Sintéticas* y *Stichting Baksteen* la Comisión condicionó la autorización a que las partes se abstuvieran de intercambiar entre sí o a través de un tercero todo tipo de información individualizada sobre la producción y la distribución de los productos objeto del acuerdo.

geográfico)<sup>55</sup>. Por último, la vigencia del acuerdo al tiempo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo de reestructuración también se consideró un factor a tener en cuenta en el análisis de cumplimiento de ese requisito, por cuanto la certidumbre que tienen las empresas de que tendrán que volver a competir, les incitará ya durante la vigencia del acuerdo a ser lo más autónomas posible con vistas a poder competir con éxito a su término<sup>56</sup>.

## 5. LA VIGENCIA DE LAS DIRECTRICES SOBRE ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN ENTRE EMPRESAS EN CRISIS

Desde la crisis económica desencadenada (no sólo) por el cártel de la OPEP en 1973, las economías industrializadas no han padecido en términos generales una situación semejante, razón por la que no existe práctica de la Comisión relativa a acuerdos de reestructuración en los últimos años. No obstante, la actual crisis económica y financiera está afectando de forma particularmente grave a diversos sectores productivos, que ya se encontraban con problemas de excedentes estructurales de capacidad de producción, y que la crisis no ha hecho más que agravar, como puede ser el caso de la industria del automóvil, de la construcción y de la banca comercial. Cabe pues plantearse la vigencia de las Directrices de 1982 relativas a los acuerdos de reestructuración entre empresas competidoras en crisis en el marco de la actual política de competencia de la Comisión y de la CNC.

Es de conocimiento general que la lucha contra los cárteles es una prioridad de la actual política de competencia de la Comisión y de la CNC, y que para lograr este objetivo éstas y otras autoridades de competencia han implantado programas efectivos de clemencia. En nuestra opinión, es en este marco de la lucha contra los cárteles en el que hay que insertar la opinión negativa de la Comisaria de competencia respecto de los cárteles de crisis: *«If I may quickly mention the issue of so-called “crisis cartels”... There may be many temptations in 2009 to cut corners, but encouraging cartelists and others would be guaranteeing disaster. It would drag down recovery, increase consumer harm and create more*

---

<sup>55</sup> En el asunto *Stichting Baksteen* se dijo que los productos que eran objeto del acuerdo competían con una amplia gama de materiales alternativos de construcción y acabado, con un grado de sustitución suficiente para que sean competidores (párrafo 41), y si bien el mercado de ladrillos se considera esencialmente local, la ubicación de Holanda induce a pensar que la Comisión tuvo un ámbito geográfico del mercado superior al territorio holandés.

<sup>56</sup> El acuerdo de *Fibras Sintéticas* se autorizó por tres años y el acuerdo *Stichting Baksteen* por cinco años (tiempo necesario para poder lograr los objetivos del plan de financiación de los cierres ya realizados y previstos), en tanto que los acuerdos bilaterales de reestructuración autorizados tuvieron vigencias superiores de hasta quince años.

*cartel and cartel cases into the future. No-one wins-today's softness is tomorrow's nightmare»<sup>57</sup>.*

Compartimos esta opinión, en el entendimiento de que del contexto en el que se produce se puede interpretar que se refiere a los cárteles de crisis duros, esto es, a los acuerdos secretos entre competidores que, lejos de perseguir la reestructuración eliminando sobrecapacidades estructurales mediante el cierre definitivo de instalaciones obsoletas, tienen por objeto dañar el bienestar del consumidor y de la economía general fijando precios artificialmente elevados, cuotas de producción y reparto de mercados. Coincidimos con la Comisión y con la CNC en que estas restricciones a la competencia son más perjudiciales para los consumidores y para la economía en tiempos de coyuntura desfavorable, y que por ello es preciso una política de tolerancia cero<sup>58</sup>. Esta parece que es la política correcta, pues la historia económica evidenciaría que la relajación en la aplicación del Derecho de la Competencia en tiempos de crisis, lejos de favorecer el empleo y la recuperación económica, contribuye a incrementar los costes sociales (en forma de mayor desempleo) y a ralentizar la recuperación de la economía favoreciendo tendencias inflacionistas y la falta de inversión en nuevos productos<sup>59</sup>.

Los últimos casos de la Comisión relativos a acuerdos entre competidores que incluían restricciones por objeto y celebrados en una coyuntura desfavorable muestran que la situación de crisis sólo se sigue teniendo en cuenta como atenuante de la sanción. En el asunto *Cemento* de 1994 la Comisión valoró como atenuante el hecho de que las empresas comunitarias integradas en el cártel se vieron abocadas a enfrentarse, durante el período considerado, a importaciones inesperadas y voluminosas de cemento en un momento en que la industria cementera tenía dificultades para superar la mala coyuntura económica<sup>60</sup>. En el caso *Carnes de vacuno*

<sup>57</sup> SPEECH/09/454. Conferencia de N. KROES pronunciada el 8 de octubre de 2009 en Brasilia, bajo el título «Tackling cartels —a never-endig task». Texto disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/454&type=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>58</sup> SPEECH/09/385. Conferencia de N. KROES pronunciada el 11 de septiembre de 2009 en la *13th Annual Competition Conference of the International Bar Association*, bajo el título «Competition law in economic crisis». Texto disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/385&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. En igual sentido, de tolerancia cero frente a los acuerdos de cártel, se ha pronunciado el Presidente de la CNC Luis BERENGUER; por ejemplo, en la conferencia «La política de competencia en tiempos de crisis» pronunciada en Madrid el 15 de octubre de 2009, y organizada por el Executive Fórum España.

<sup>59</sup> Ésta es la conclusión de H. L. COLE y L. E. OHANIAN, «New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis», en *Journal of Political Economy*, vol. 112, núm. 4, 2004, pp. 779-816, en relación con los efectos de las «vacaciones antitrust» concedidas por la *National Industrial Recovery Act* a los códigos de «competencia justa» elaborados por la industria. Un *working paper* del artículo, fechado en mayo de 2001, está disponible en <http://www.minneapolisfed.org/research/wp/wp597.pdf>.

<sup>60</sup> 94/815/CE: Decisión de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994, Asuntos IV/33.126 y 33.322-Cemento, párrafo 65.6.

*francesas* de 2003 la Comisión redujo sustancialmente el importe de las multas impuestas por un cártel que incluía el compromiso de suspender temporalmente la importación de carnes de vacuno y fijar unos precios de compra mínimos para determinadas categorías de vacuno, atendiendo al contexto de depresión de los precios de la carne de vacuno debido a la crisis de las «vacas locas»<sup>61</sup>.

Igual conclusión se extrae de las últimas resoluciones del TDC y de la CNC<sup>62</sup>. Más aún en el caso *Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Vinos de Jerez* de 2009, ante una situación de excedentes de capacidad de producción derivada de una reducción sostenida de la demanda, la CNC no tuvo en cuenta esta circunstancia ni como atenuante de la sanción impuesta al Consejo Regulador, por la realización de un acuerdo de limitación de la distribución basado en cupos sobre ventas históricas de cada bodega<sup>63</sup>. Como tampoco se valoró como atenuante en los asuntos fallados en 2009 relativos a la subida de alimentos producida en el año 2007, en los que la CNC consideró probado que diversas asociaciones habían realizado una recomendación colectiva de trasladar el incremento de las materias primas al precio de los productos comercializados por sus asociados<sup>64</sup>.

Pero dicho esto, consideramos que las Directrices de 1982 sobre los acuerdos de reestructuración de empresas en crisis, puestas en práctica en los casos autorizados a caballo de los años ochenta y noventa del pasado siglo, es plenamente coherente con el objetivo que inspira la actual política de competencia: «Mantener la igualdad de condiciones de competencia y aumentar el bienestar del consumidor»<sup>65</sup>.

En el actual contexto de crisis económica y financiera, la Comisión se ha visto forzada a relajar los procedimientos de control de las ayudas públicas, y tampoco se puede desconocer que si bien la Comisión se ha

---

<sup>61</sup> Asunto COMP/F-3/38.279, *DO L* 209, de 19 de agosto de 2003.

<sup>62</sup> En el Expte. 648/08 *Hormigones Cántabros*, a la alegación de que en el acuerdo (de reparto de mercado que incluía intercambio de información sobre contrato tipo y clientes morosos, unificación de conducta comercial frente a estos clientes, y fijación de precios) concurría como atenuante el que en sus orígenes fuese un acuerdo cártel de crisis, en la Resolución se afirma que «este argumento no puede ser tenido en cuenta por el Consejo como un atenuante e, incluso aunque pudiera serlo, no se ha justificado suficientemente por quienes lo alegan y no explica la duración del cártel durante más de diez años, en épocas de auge del sector».

<sup>63</sup> Expte. 2779/07, RCNC de 4 de enero de 2009.

<sup>64</sup> Expte. S/0046/08 *Pan de Asturias* de 24 de septiembre de 2009; Expte. S/0055/08 *Inprovo* de 28 de septiembre de 2009; Expte. S/0044/08 *Propollo* de 29 de septiembre de 2009; y Expte. S/0053/08 *Fiab y Asociados y Ceopan* de 14 de octubre de 2009.

<sup>65</sup> SPEECH/09/420. Conferencia de N. KROES pronunciada el 29 de septiembre de 2009 ante el Comité de Asuntos económicos y monetarios del Parlamento Europeo, bajo el título «Lessons learned from the economic crisis». Texto disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/420&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

cuidado de señalar que tal flexibilización no alcanza a los principios; esto es, a la compatibilidad de las ayudas públicas de efectos distorsionadores, no es menos cierto que las ayudas públicas generan distorsiones a la competencia, y que pueden estar beneficiando a empresas ineficientes. Pues, bien, hemos visto que los acuerdos de reestructuración autorizados producían la eliminación de las instalaciones más obsoletas, y a través de la especialización se buscaba alcanzar una estructura de mercado competitiva cuando el libre juego de la competencia no permite garantizarla.

Este objetivo no es sustancialmente distinto del que la Comisión sigue estableciendo para las ayudas públicas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis de 2004<sup>66</sup>. De acuerdo con la Comunicación una empresa está en crisis cuando se compruebe su incapacidad para reestructurarse con sus propios recursos o con fondos obtenidos del mercado. Las ayudas de salvamento tienen por objeto proporcionar un alivio financiero temporal, para el tiempo necesario para determinar las causas de su situación y elaborar un plan de reestructuración o de liquidación, que por lo general conducirá a que reorganice y racionalice sus actividades, desprendiéndose de las deficitarias y centrándose o especializándose en aquellas en las que puede ser competitiva una vez saneada. La potencialidad distorsionadora de la competencia justifica que la compatibilidad con el Tratado de las ayudas de reestructuración quede condicionada a que los efectos restrictivos queden compensados con las ventajas que implica el mantenimiento de la empresa saneada en el mercado, citando entre otras ventajas que se valoran i) la grave repercusión que el cierre tendría sobre el empleo, ii) y el riesgo de que la desaparición de la empresa conlleve una situación de monopolio u oligopolio restringido.

---

<sup>66</sup> Comunicación de la Comisión-Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, *DO* C 244, de 1 de octubre de 2004. Su vigencia ha sido prorrogada por motivo de la actual crisis hasta el 9 de octubre de 2012, *DO* C 156, de 9 de julio de 1999. El párrafo 9 de la Comunicación contiene un concepto de empresa en crisis.