

**ANÁLISIS DE UN CAPÍTULO DE COMPETENCIA EN ACUERDOS
DE LIBRE COMERCIO**

**EN EL CONTEXTO DE LA NEGOCIACIÓN DE UN ACUERDO
COMERCIAL CON LA UNIÓN EUROPEA**

DNP-DDE¹

¹ Documento elaborado a partir de consultoría contratada por el Departamento Nacional de Planeación con Guillermo Jiménez.

TABLA DE CONTENIDO

1	Las Partes del Acuerdo de Asociación.....	3
1.1	Definición del modelo de negociación.....	3
1.2	Definición de las Partes.....	4
1.3	Otras implicaciones de la definición de las Partes.....	6
2	Concentraciones empresariales.....	9
3	Agentes Económicos.....	10
4	Ayudas Estatales.....	11
5	Cooperación y Trato Especial y Diferenciado.....	12
6	Monopolios designados y empresas del Estado.....	14
6.1	Las Normas del Tratado de la Unión Europea.....	14
6.2	Normas Colombianas.....	19
6.3	Las empresas públicas y las empresas a las cuales se concedan derechos especiales o exclusivos.....	26
6.4	Los monopolios del Estado de carácter comercial.....	37
7	Principales diferencias del régimen sustancial de competencia aplicable en los sistemas legales de las dos Partes.....	38
7.1	Contenido del régimen legal de competencia.....	38
7.2	Acuerdos restrictivos de la competencia.....	39
7.3	Actos de abuso de posición dominante.....	45
7.4	Concentraciones empresariales.....	51
	ANEXOS SOBRE MONOPOLIOS DESIGNADOS Y EMPRESAS DEL ESTADO.....	56
8	Servicios de Interés General en Europa.....	56
9	TLC entre Colombia y Estados Unidos.....	62
	ANEXOS RÉGIMEN SUSTANCIAL DE COMPETENCIA.....	65
10	Normas sobre competencia contenidas en Tratado de la UE.....	65
11	Normas de la UE sobre Concentraciones Empresariales contenidas en el Reglamento CE139/2004.....	69
12	Normas sobre competencia en el derecho Colombiano.....	72
12.1	Ley 155 de 1959.....	72
12.2	Decreto 2153 de 1992.....	73
13	Reglamento sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas en la UE.....	75
14	Reglamento sobre acuerdos de investigación y desarrollo en la UE.....	78
15	Reglamento de acuerdos de transferencia tecnológica.....	81
16	Reglamento de acuerdos de especialización en la UE.....	85

ANÁLISIS DE UN CAPÍTULO DE COMPETENCIA EN ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

EN EL CONTEXTO DE LA NEGOCIACIÓN DE UN ACUERDO COMERCIAL CON LA UNIÓN EUROPEA

DNP-DDE
Versión preliminar para discusión

Este documento presenta algunas ideas derivadas del análisis de diferentes textos relacionados con la negociación de un capítulo de Competencia en tratados de libre comercio, con énfasis en el tratamiento de los monopolios designados, las empresas del Estado y las empresas a las cuales se concedan derechos especiales o exclusivos, así como las diferencias entre el régimen sustancial de competencia en la UE y en Colombia. El análisis está orientado a facilitar la definición de una posición negociadora de Colombia en el contexto de la negociación de un acuerdo comercial con la Unión Europea.

1 Las Partes del Acuerdo de Asociación

1.1 Definición del modelo de negociación

Bajo el formato de negociación bloque a bloque y en el contexto de un cambio en la voluntad de los países andinos de negociar un acuerdo de región a región, a la luz de las dificultades para armonizar algunas de las políticas e intereses entre estos países, en las negociaciones se manifestó que la Unión Europea (UE) negociaba como una única Parte, representada por las comisiones europeas, y ellos querían enfrentarse a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) de la misma forma (bloque-bloque).

Sin embargo, la posición de la CAN al respecto no se definió completamente puesto que no se ha acordó: i) si hay necesidad de definir las partes, y ii) si hay necesidad de definir partes, determinar que es más conveniente y que se puede hacer, es decir, bloque a bloque o bloque (UE) a países miembros. Debe definirse entonces que le conviene a Colombia. En ese momento, la Secretaría General (SG) de la CAN propuso que la autoridad estuviera conformada tanto por la CAN como por las autoridades internas de los países miembros.

Se observa en este capítulo que el artículo sobre objetivos y principios parte del supuesto de que el beneficio que las partes buscan alcanzar mediante el Acuerdo de Asociación consiste en incrementar el intercambio comercial entre la UE y la CAN. Pero, según ese mismo artículo, las partes reconocen expresamente que ese beneficio puede ser distorsionado por prácticas anticompetitivas que afecten el funcionamiento de los mercados. Por esa razón el Acuerdo busca exigir a las partes aplicar sus políticas y

legislaciones de competencia. Esto es, que investiguen su existencia y en caso de ameritarlo, que les pongan fin a esas prácticas, que se sancione a los infractores si hay merito para ello y que se neutralicen los efectos económicos que producen.

En consecuencia, para presentar una respuesta a la dificultad planteada, corresponde examinar si el país puede lograr tales objetivos de forma más eficaz y eficiente, participando directamente como Parte del Acuerdo de Asociación o como miembro de la CAN, si esta es la estructura con que se negocia con la UE.

1.2 Definición de las Partes

Las discusiones que se han dado en el país y entre los países de la CAN parecen asumir que los objetivos del Acuerdo de Asociación pueden lograrse a través de la negociación entre la UE y la CAN como bloques o entre la UE y los países miembros de la CAN o algunos de ellos.

Sin embargo, el logro de los objetivos del Acuerdo de Asociación está sujeto al cumplimiento de las obligaciones que imponen los demás artículos del capítulo de competencia. Debe notarse en tal sentido que el artículo que se refiere a las Leyes, Políticas y Autoridades de Competencia de las Partes, exige tener una autoridad y una ley de competencia que tal autoridad debe aplicar. A su vez, los artículos subsiguientes simplemente desarrollan las obligaciones de cooperación y coordinación pactadas anteriormente en relación con la aplicación de la ley de competencia. Lo sustancial en el Acuerdo, entonces, son los objetivos previstos en el capítulo, es decir, el incremento del flujo comercial con la UE.

Pero ello no puede lograrse si se permite que las empresas creen barreras artificiales en los mercados europeos o andinos, que sustituyan las barreras eliminadas por los Estados puesto que frustrarían ese objetivo. En consecuencia, tal como está estructurado el capítulo de competencia, el incremento del flujo comercial con la UE exige a las partes del Acuerdo cumplir los procedimientos de cooperación que él contempla cuando ocurran prácticas anticompetitivas con el fin de aplicar la ley de competencia.

Ahora bien, Ecuador y Bolivia carecen de una autoridad de competencia y de una ley sobre tal materia, aunque es cierto que el artículo sobre Leyes, Políticas y Autoridades de Competencia de las Partes concede un plazo a la Parte que carezca de ley o autoridad de competencia para ponerlos en vigor; y es cierto también que desde el año 2005 se puso en vigencia la decisión 608 para proteger y promover la libre competencia en los mercados de la CAN.

No obstante, la aplicación de esa Decisión supone cooperación entre la Secretaria General en nombre de la CAN y las Autoridades de Competencia de los países miembros en donde tengan origen o efecto las conductas anticompetitivas. Así lo establecen los artículos 15° a 19° de la Decisión 608. En todo caso, la ejecución de las medidas cautelares o definitivas dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia en los mercados de la CAN, según el artículo 35° de esa Decisión, es competencia privativa de los

gobiernos de los países miembros en donde las empresas objeto de la medida tengan su centro de negocios o donde produzca efectos la conducta investigada.

Por consiguiente, en cualquier caso en el cual esté en manos de los Gobiernos de Ecuador y Bolivia la ejecución de medidas cautelares o definitivas contra empresas de esos países que incurran en prácticas anticompetitivas, la resistencia que ha existido en esos países de tiempo atrás y que aún existe para adoptar una ley de competencia, puede llegar a limitar la aplicación efectiva de la Decisión 608. Es decir, puede impedir la cooperación que exige el Acuerdo de Asociación con la UE. Ello implica que la CAN incumpliría ese Acuerdo con efectos negativos sobre Colombia, sin que el país pueda hacer nada al respecto.

Lo anterior sugiere que sería preferible para los intereses de Colombia ser directamente parte del Acuerdo de Asociación con la UE puesto que está en condiciones de cumplir directamente los compromisos de cooperación que ese Acuerdo le impone para obtener los beneficios de un flujo comercial creciente con la UE.

Como lo ha indicado el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia:

“Una de las aspiraciones de la política comercial de Colombia, ha sido la búsqueda de la profundización de nuestro relacionamiento comercial con la Unión Europea: un mercado conformado hoy por 27 países, con 500 millones de habitantes, un poder adquisitivo promedio de 24 mil euros, que después de Estados Unidos es nuestro segundo socio comercial.

La Unión Europea manifestó su interés de negociar un acuerdo de asociación con la Comunidad Andina con tres pilares: diálogo político, cooperación y comercio...

El objetivo fundamental en esta negociación es consolidar y profundizar las preferencias que la Unión Europea ofrece mediante el SGP plus y generar adecuadas condiciones para el desarrollo de actividades que favorezcan nuestra transformación productiva.

Se han celebrado tres rondas de negociación y en este momento los países de la CAN se encuentran adelantando un ejercicio de evaluación del curso de las mismas y de reflexión para intentar conciliar visiones sobre algunos aspectos y áreas temáticas que permitan definir posiciones conjuntas de bloque.

Si ello no es posible, cualquiera sea el marco negociador que resulte de esta fase de reflexión, seguiremos buscando formulas que permitan la conclusión de esta importante negociación comercial en el primer semestre de 2009.

Con este recuento quiero significar que Colombia necesita crecer y para ello debe lograr abrir los mercados para los productos y servicios que estamos en capacidad de producir y que el mundo demanda.”

(Artículo publicado por el Ministro en Portafolio el 4 de septiembre de 2008 página 29.)

Si la apertura de los mercados de la UE depende de ejecutar conductas que impliquen cooperación efectiva, la autoridad en Colombia está en mejores condiciones legales y e institucionales para hacerlo que Bolivia y Ecuador.

1.3 Otras implicaciones de la definición de las Partes

En las negociaciones se dieron los siguientes planteamientos:

- a) Las posibles implicaciones de tomar una figura de partes tipo bloque (UE) a países miembros, son por ejemplo, que si hay una práctica anticompetitiva en nuestro país únicamente, ya la UE podría protestar, pero es posible que si la restricción a la competencia se produce en un país de la Comunidad Europea, que no afecte en sí la competencia en las Comunidades Europeas, Colombia no podría protestar por este tipo de prácticas.
- b) A nivel de Comunidad Andina la definición de las Partes debe ser independiente del mecanismo para denunciar prácticas y solicitar investigaciones, el cual será dirigido a la autoridad nacional siempre que los efectos de las prácticas no trasciendan las fronteras, y sea la Secretaria General de la CAN la que controle las prácticas cuando sus efectos trasciendan las fronteras.
- c) En el caso europeo, lo que establecen las normativas es que tales prácticas anticompetitivas se investigarán sólo si las prácticas afectan a la Comunidad Europea sustancialmente. El hecho de hablar de afectación sustancial de la competencia es delicado, puesto que puede que una práctica anticompetitiva afecte a las empresas Colombianas sustancialmente sin que eso sea significativo en la competencia de las Comunidades Europeas, caso en el cual eso no sería investigado.
- d) En este sentido, algo importante a incluir en el capítulo sería una cortesía positiva leve que implique una colaboración que vaya más allá del simple intercambio de información. Debe entonces facilitar los mecanismos para que la autoridad de una parte pueda hacer que la otra investigue esta conducta.

Debe señalarse, en primer lugar, que el Acuerdo no busca obligar a las Partes (quien quiera que ellas finalmente sean) a modificar su legislación de competencia. El artículo sobre Leyes, Política y Autoridades simplemente exige que cada una de las Partes tenga una legislación de competencia. Ese mismo artículo reconoce que la autoridad de competencia de cada Parte puede aplicar su legislación autónomamente. En segundo lugar, el Acuerdo no busca crear unas reglas de competencia supranacionales. En tercer lugar, según el artículo sobre solución de controversias, ninguna Parte puede recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el Acuerdo, para resolver asuntos derivados de prácticas incompatibles con el Acuerdo. Es decir, no existe un juez supranacional para resolver las controversias entre las Partes por la aplicación o la falta de aplicación de las leyes de competencia en relación con prácticas realizadas desde un país o bloque de países con efecto en el otro país o bloque. En cuarto lugar, las conductas empresariales (acuerdos, abuso de posición de dominio y concentraciones que

obstaculicen significativamente la competencia) y las conductas estatales (ayudas estatales) que se consideran incompatibles con el funcionamiento del Acuerdo, son contrarias a este en la medida en la cual puedan afectar el comercio entre la UE y la CAN.

En desarrollo de esos principios centrales pueden resolverse las dificultades que se plantearon durante la suspensión de las negociaciones:

- a) Si en un país de la UE se produce una práctica que no afecte la competencia en el conjunto de la UE, esa práctica en principio es irrelevante para Colombia o para la CAN puesto que no parece que pueda afectar el comercio entre la UE y la CAN. Para los fines del Acuerdo de Asociación solo son relevantes las prácticas restrictivas de la competencia que afecten el comercio entre la UE y la CAN o entre la UE y Colombia. Las demás prácticas son un problema interno de cada bloque o país. Por esa razón, las prácticas que se realicen y tengan efecto en un solo país de la UE, no parecen en principio el tipo de conducta que exija la cooperación de autoridades de competencia, según el Acuerdo.
- b) En términos de los propósitos que se buscan con el Acuerdo, no es posible separar el objetivo de lograr un flujo creciente de comercio y la obligación de cooperar. Como antes se vio, la cooperación en denunciar, intercambiar información, participar en consultas, apoyar las actividades de aplicación de la ley de competencia de la otra Parte, constituyen uno de los objetivos fundamentales del Acuerdo. Más específicamente, la cooperación es la condición que hace posible el logro del fin sustancial que es obtener el beneficio de un flujo creciente de comercio. Sin cooperación permanente con el fin de reprimir prácticas anticompetitivas, el comercio resultaría obstaculizado por esas barreras. Ello afectaría el comercio transfronterizo porque la Parte afectada, ante la inacción de la otra Parte para poner remedio a esa situación, estando en capacidad de hacerlo, se sentiría legitimada para adoptar retaliaciones comerciales. Al hacerlo, se produciría una acción de política comercial no deseable en desarrollo del Acuerdo para responder a un conflicto por inaplicación de las normas de competencia por una Parte. Ello implicaría pérdida de beneficios para la parte incumplida. Si esa situación se reproduce constantemente por las dos Partes o por una de ellas, se alteraría el flujo comercial entre las Partes y los conflictos comerciales pueden llegar hasta producir la terminación del Acuerdo.

No existe un árbitro que pueda resolver con carácter vinculante los conflictos en la aplicación de las leyes de competencia de las dos Partes frente a prácticas dirigidas desde el territorio de una Parte contra los consumidores o la competencia en el territorio de la otra Parte. Por consiguiente, la definición de las Partes del Acuerdo es determinante para establecer si es a las autoridades de competencia de la CAN o de Colombia o de otro país andino, a quien la UE le puede exigir que coopere en la investigación y en la represión de prácticas incompatibles con el Acuerdo.

- c) La cooperación no impedirá a las Partes tomar decisiones autónomas para aplicar su propia ley de competencia. Por esa razón, una parte puede tener razones válidas bajo su ley para abstenerse de aplicar la ley de competencia en un caso determinado. Así, bajo los artículos 81 y 82 del Tratado que rige la UE, una

condición para que exista una práctica anticompetitiva consiste en que tenga un efecto sustancial en el mercado de la UE. Por esa razón, Colombia o la CAN no pueden exigir en tales circunstancias que se aplique la ley de competencia, a menos que esa práctica tenga un efecto anticompetitivo sustancialmente adverso en el territorio de Colombia o de la CAN o en las relaciones comerciales entre las Partes.

Aún en tales circunstancias es posible que no se produzca una actividad de aplicación de la ley de competencia de la Parte requerida. Pero esa misma facultad la tiene la otra Parte en otro caso en cual considere que una conducta llevada a cabo en el territorio de la otra Parte tiene un efecto anticompetitivo sustancialmente adverso en su territorio o en las relaciones comerciales entre las Partes. Además, en casos como esos puede aplicar su propia ley de competencia contra el presunto infractor puesto que la práctica tiene efectos en su territorio. La cooperación, entonces, no implica que siempre que una Parte requiera a la otra Parte, esta tenga que actuar pero la inacción debe tener respaldo en la legislación de la Parte requerida y esa legislación debe ser conocida por la otra Parte.

La autonomía en la aplicación de las leyes de competencia de cada Parte se reconoce en varios tratados internacionales de libre comercio celebrados por otros países. Por ejemplo en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, o el TLC entre Singapur y los Estados Unidos. En otros como el TLC entre Colombia y los Estados Unidos se prevé la creación de un grupo de trabajo integrado por representantes de cada Parte, encargado de procurar y promover el mayor entendimiento, comunicación y cooperación en materia de competencia. Pero ese grupo no está en capacidad de exigir a una de las dos Partes que aplique su ley de competencia. Por lo tanto, el grupo de trabajo simplemente constituye otra instancia de cooperación.

- d) Las prácticas incompatibles con el Acuerdo son fundamentalmente aquellas que tengan lugar en el territorio de una Parte y que afecten los intereses de la otra Parte, cuando tales conductas son contrarias o no autorizadas bajo la ley de competencia de la Parte en cuyo territorio se realizan. En ese contexto, es evidente que si una empresa de capital colombiano se instala en Europa y allí realiza prácticas anticompetitivas, quedará sujeta a la legislación del país europeo donde la ejecute o tenga efectos, o estará sujeta a la legislación de competencia de la UE si la práctica tiene efectos sustanciales en el mercado de la UE.

De modo similar, si una empresa europea se establece en Colombia y realiza una práctica considerada restrictiva de la competencia bajo la ley colombiana, quedará sujeta a esta. Ese no es el tipo de prácticas a las que se refiere el Acuerdo. Este exige cooperación precisamente porque la práctica proviene de fuera de la jurisdicción de un país o de un bloque de países. La Parte afectada espera que esa práctica se investigue y si es del caso se le ponga fin y se sancione, por parte de la autoridad de competencia donde se inició. Esto es parte del sentido de la cooperación.

- e) El proyecto de Acuerdo de Asociación contempla un conjunto de acciones de cooperación que son similares a las previstas en otros acuerdos de una naturaleza

similar, como los que antes se citaron. Además, la obligación de transparencia está prevista en el artículo de Leyes, Autoridad y Política en el sentido en que cualquier exclusión o excepción de la cobertura de las normas de competencia debe ser transparente y debe ser comunicada al órgano del Acuerdo que se designe para tal efecto.

- f) La sugerencia de la conveniencia de la definición de bloque y no de países miembros puesto que la Secretaría General podría aplicar la Decisión 608 como un primer filtro es incomprensible. En primer lugar, porque no es claro que la UE esté dispuesta a celebrar el Acuerdo de Asociación con la CAN y además con los países miembros. En segundo lugar, porque Ecuador y Bolivia pueden bloquear la aplicación de la Decisión 608 con base en la facultad que les otorga el artículo 35 de esa Decisión cuando les corresponda ejecutar medidas cautelares o definitivas contra empresas que tengan el asiento principal en esos países o cuando en ellos ocurran los efectos de las prácticas. Si se abstienen de ejecutar las medidas impuestas por la Secretaría General de la CAN contra empresas que han incurrido en prácticas anticompetitivas con efectos en la UE, se incumpliría los deberes de cooperación que exige el Acuerdo de Asociación.
- g) El objetivo central del Acuerdo de Asociación es comprometer a cada una de las Partes (cualquiera sea su conformación) a investigar y, si existe mérito, reprimir prácticas anticompetitivas que pueden afectar el comercio entre ellas. Con tal fin, el Acuerdo crea incentivos para que las Partes cooperen. El incentivo consiste precisamente en mantener un flujo creciente de comercio transfronterizo.

Si todos los que suscriban el Acuerdo de Asociación quedan sujetos a la misma obligación de cooperar, como condición para lograr el objetivo de un flujo comercial creciente, el incentivo que crea ese objetivo sería mayor en caso de que el Acuerdo lo suscriban la UE y la CAN junto con sus respectivos países miembros o algunos de ellos. En efecto, si uno de los Estados miembros no investigara y reprimiera una práctica anticompetitiva que ocurra en su territorio pero que afectara el comercio entre las Partes, la omisión de tal Estado miembro provocaría el incumplimiento de toda la Parte a la cual pertenece. En tal caso los otros Estados que conforman esa Parte pueden presionarlo para que cumpla con el fin de evitar que se afecte el comercio. Ello es precisamente lo que busca el Acuerdo.

Lo anterior sugiere que puede ser deseable la negociación bajo la modalidad de una Parte conformada por la UE más sus países miembros y otra Parte integrada por la CAN junto con sus países miembros o algunos de ellos. Sin embargo, en el caso de la CAN ello solo sería factible siempre y cuando exista voluntad política de todos los países Andinos de adoptar una ley de competencia y de aplicarla cuando ocurran prácticas originadas en su territorio que afecten los intereses de la UE y sus países miembros. En caso contrario, una modalidad de negociación como esa puede afectar los intereses de Colombia, como antes se indicó.

2 Concentraciones empresariales

En cuanto al control previo de integraciones y concentraciones empresariales, la UE propuso incluir un artículo en el Acuerdo. Sin embargo, a diferencia de la UE, en la CAN no existe tal regulación, aunque en Colombia sí. Estas diferencias requieren definir si es conveniente o no incluirlo, sabiendo que los otros países no lo tienen, en un contexto multilateral; o si es realmente práctico en el caso eventual en que haya un acuerdo bilateral.

Debe notarse que en los otros acuerdos firmados por Colombia, no se ha incluido este tema. Además, debe aclararse si tenemos interés en proteger a los europeos contra las integraciones en Colombia, cuando en algunos mercados, la inclusión de tal tema puede ser conveniente para fortalecer productos colombianos con demanda externa.

Sobre el particular corresponde señalar:

- a) Las concentraciones empresariales no han sido objeto de una reglamentación a nivel de la CAN. En el caso Colombiano están sujetas a la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

El artículo de objetivos y principios no exige que las integraciones sean objeto de una regulación específica a nivel de la CAN. Lo que ese artículo establece es que las concentraciones entre empresas, que obstaculicen significativamente la competencia, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante en el territorio de la UE o de la CAN, son incompatibles con el correcto funcionamiento del Acuerdo en la medida que puedan afectar el comercio entre la UE y la CAN.

- b) Es pertinente aclarar que el control previo de integraciones empresariales en Colombia y en otros países no está diseñado principalmente para proteger a los inversionistas de un país contra los inversionistas de otros países. En realidad, existen otros propósitos que incluye evitar la concentración de poder de mercado carente de razones de eficiencia o de beneficios para los consumidores.

3 Agentes Económicos

Inicialmente, el texto propuesto por la CAN incluía el término agentes económicos como aquellos susceptibles de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, ajustándose a la Decisión 608. Sin embargo, esto originó una discusión, por cuanto tal definición podría ser muy amplia.

El problema que esto puede significar, por la amplia definición de agentes económicos, es que puede incluir las asociaciones de exportación que pueden ser una herramienta útil para los Andinos en el mediano o largo plazo, en que la CAN este más integrada, para entrar más fuertemente en el mercado Europeo. Sin embargo, esto debe ser evaluado a la luz de la posibilidad de que estas herramientas puedan implicar un posible efecto anticompetitivo, lo cual solo podría suceder en algunas industrias muy particulares como el banano.

4 Ayudas Estatales

Las ayudas internas o Estatales es otro de los tópicos que suelen introducirse en un acuerdo comercial, en materia de competencia. La UE busca que las ayudas internas (subsidios, fondos de estabilización) a ciertas partes del sector industrial constituyan una restricción al derecho de la competencia. Sin embargo, también se excluyen cierto tipo de ayudas establecidas en el artículo 87 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este artículo establece que:

- 1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.*
- 2. Serán compatibles con el mercado común:*
 - a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*
 - b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*
 - c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal de tal división.*
- 3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:*
 - a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;*
 - b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*
 - c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*
 - d) las ayudas destinadas a promover a cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;*
 - e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión."*

Aunque este es un tema relativamente nuevo, Colombia podría no querer incluir este tema, por cuanto esta política europea podría generar significativas diferencias en la posición competitiva de las empresas en toda la zona de libre comercio. Por ejemplo, Colombia no podría hacer uso de algunos programas de crédito, programas como el plan Vallejo, las exenciones tributarias, entre otras ayudas.

Con respecto a lo anterior, debe recordarse que el Acuerdo de Asociación no obliga a las Partes a modificar su legislación de competencia. En el caso de la UE, el Tratado que la rige, autoriza de tiempo atrás las ayudas estatales bajo determinadas condiciones. A su vez, en el caso Colombiano existen programas de ayuda estatal especialmente para el sector agropecuario y fondos de estabilización para varios sectores agroindustriales como el aceite de palma y el azúcar. También suele existir ayuda estatal para otras finalidades como desastres naturales que afectan la producción en determinadas áreas.

La legislación interna tanto en la UE como en Colombia, entonces, hace que las ayudas dadas no se consideren como una práctica anticompetitiva. Ello parece ser así, sea que se incorpore o no una disposición como la que se analiza. Por virtud de tal Acuerdo, la UE no renuncia ni parece dispuesta a renunciar a conceder ayudas estatales. La misma actitud parece prevalecer del lado Colombiano.

El efecto de ese artículo del Acuerdo, entonces, no parece ser el de legalizar esas ayudas porque éstas ya están autorizadas por la legislación de cada una de las Partes. Lo que establece el proyecto de artículo de Ayudas Estatales, en primer lugar, es la obligación de asegurar la transparencia de las ayudas que cada una otorgue. En segundo lugar, busca dejar a salvo las medidas de defensa comercial y los mecanismos de solución de controversias u otras medidas que autorice la OMC, en caso de que la cantidad, tipo o distribución de la ayuda estatal pueda afectar el comercio entre las Partes.

5 Cooperación y Trato Especial y Diferenciado

En las primeras rondas de negociación, Bolivia y Ecuador propusieron la inclusión de un artículo sobre trato especial y diferenciado, para reconocer su desventaja en el desarrollo de la regulación de la competencia. Sin embargo, Colombia y Perú no estuvieron de acuerdo con que exista tal discriminación intra-Parte en materia de cumplimiento frente a la cooperación de la UE.

Sin embargo, debe aclararse que la cooperación en la aplicación de las normas de competencia por las Partes, no está subordinada al alcance o suministro de asistencia técnica. Cuando se utiliza el término “cooperación” no se refiere a la conducta de cada una de las Partes relacionada con la aplicación de la ley de competencia. En realidad, se refiere a las actividades que involucran la asistencia técnica, especialmente en el sentido de apoyar la adopción de normas de competencia, el fortalecimiento institucional y la capacitación de funcionarios.

Cabe señalar que el artículo propuesto no excluía a Colombia como beneficiario de asistencia técnica pero sí reconocía que Bolivia y Ecuador tienen una mayor necesidad de asistencia en ese campo. Esa asistencia parece deseable especialmente para esos dos países. De hecho, si el enorme desarrollo que ha logrado la UE en materia de aplicación efectiva del derecho de la competencia puede contribuir a capacitar a Ecuador y Bolivia y con ello logran que en esos países se modifique su resistencia en esa materia, adopten y apliquen una legislación de competencia y creen una cultura de competencia en las empresas de esos países y en sus dirigentes, francamente el tratamiento preferencial que pueda darle la UE en materia de asistencia técnica parece positivo para Colombia.

Es evidente que la UE no está dispuesta a brindar asistencia técnica para promover prácticas anticompetitivas puesto que estas son contrarias al objetivo de procurar un flujo creciente de comercio entre las Partes. En consecuencia, cualquiera sea la mesa de negociación en que se discuta este tema, lo que puede esperarse de la UE en materia de asistencia técnica, es apoyo para suprimir todo tipo de prácticas anticompetitivas, de pequeñas o grandes empresas.

En todo caso, cabe señalar que en principio las prácticas anticompetitivas que están en capacidad de afectar de manera significativa la competencia en un mercado son las que realizan empresas con poder de mercado. Esto es, empresas grandes. Sin embargo, las pequeñas empresas también pueden producir ese efecto a través de acuerdos y en particular mediante acuerdos de estabilización en el cual participan toda clase de empresas.

Sin embargo, observando la redacción propuesta, en primer lugar, no es claro de qué manera la aplicación de la normativa sobre competencia “debe” contribuir a reducir las asimetrías que se mencionan. Las leyes de competencia de cada Parte deben aplicarse para evitar que mediante prácticas anticompetitivas, las empresas que operan en la UE o en la CAN creen barreras artificiales que impidan un flujo creciente de comercio entre los países que suscriben el Acuerdo. Pero las leyes de competencia no existen ni se aplican nacional o internacionalmente para reducir la asimetría en capacidad de producción, fortaleza económica, tecnológica o de conocimiento. De hecho, la libre competencia puede conducir a esas asimetrías.

En segundo lugar, no es claro cómo debe aplicarse el capítulo de competencia de una manera especial y diferenciada. Lo que exige el Acuerdo es que cada Parte aplique su ley de competencia. Si se admitiera una aplicación especial y diferenciada de esas leyes, se llegaría a una situación en la cual Ecuador y Bolivia estarían en capacidad de aplicarla o no, con lo cual se incumpliría el deber de cooperación que exige el Acuerdo a las dos Partes. Ello puede afectar a la Parte conformada por la CAN y los países miembros de esta.

El propósito que al parecer busca este artículo es permitir que los países que carecen de legislación de competencia tengan un plazo para adoptarla y que ese régimen de competencia sea menos elaborado del que existe en Europa. Sin embargo, el texto dice otra cosa que no es claro cómo aplicar. Por esa razón, parece necesario aclarar primero cuál es el propósito y en qué consiste la flexibilidad y progresividad que propone la CAN. Solo así parece posible tener claridad sobre el texto y sobre la conveniencia de este para Colombia.

En cualquier caso, parece razonable considerar que esa norma plantea una discriminación contra Colombia. Por consiguiente, esto constituye una razón más para considerar que puede ser en beneficio del país negociar directamente con la UE. Es evidente que Ecuador y Bolivia tienen un nivel de desarrollo económico y legal inferior al de Colombia y Perú. Sin embargo, si la CAN es parte del Acuerdo, no sería consistente que la UE exija a la CAN cooperación en materia de represión de prácticas anticompetitivas, mientras algunos de sus países miembros reciben un tratamiento especial y diferenciado que no se sabe exactamente en qué consiste pero que al parecer conduciría a dejar de aplicar la ley de

competencia a algunas empresas. En consecuencia, como antes se indicó, esa parece otra razón para que el país negocie directamente con la UE.

6 Monopolios designados y empresas del Estado

De acuerdo con los debates que se dieron luego de las tres primeras rondas de negociación, se requiere ver cómo se va a plantear un artículo sobre los monopolios designados y las empresas del Estado, puesto que aún no se ha discutido. Además, se quiere evaluar las flexibilidades a incluir en ese tema, en cuanto podría la UE podría querer el desmonte de los monopolios designados.

Por su parte, Bolivia y Ecuador buscaron una exclusión total de monopolios designados y empresas del Estado, dada su inclinación de estatización, mientras Colombia y Perú plantearon que las empresas comerciales del Estado deben someterse a la ley de competencia como cualquier privado, con mayor radicalización por parte de Perú.

Sobre el particular cabe señalar que el Acuerdo establece que nada impide designar o mantener monopolios públicos o privados de acuerdo con las respectivas legislaciones de las Partes, e incluso, ese texto autoriza mantener o crear monopolios, y de ninguna manera ordena desmontarlos.

El resto de ese artículo ordena que las empresas a las cuales se les confieran derechos especiales o exclusivos, no adopten medidas que perturben el comercio entre las Partes. También establece que esas empresas quedan sujetas a las leyes de competencia en cuanto la aplicación de estas no les impida cumplir las tareas asignadas a ellas.

Esas dos reglas parecen enteramente congruentes con los objetivos del Acuerdo. Sin embargo, parece pertinente examinar qué monopolios públicos o privados o empresas con derechos especiales o exclusivos que operen en Colombia pueden ser afectados por esas reglas. Solo así parece posible establecer una posición sobre el contenido de ese artículo.

El artículo propuesto sobre este aspecto se refiere a los siguientes tipos de empresas:

- a) monopolios públicos o privados,
- b) las empresas públicas y las empresas a las cuales se conceda derechos especiales o exclusivos y
- c) los monopolios del Estado de carácter comercial.

6.1 Las Normas del Tratado de la Unión Europea

1.1) El artículo 86 (antiguo artículo 90) del Tratado de la Unión Europea establece:

"1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos (DEE), ninguna medida contraria a las normas del

presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado en especial, a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas."

Cabe señalar que:

1.2) El artículo 12 del Tratado establece que salvo que el mismo disponga otra cosa, queda prohibida cualquier forma de discriminación por razón de nacionalidad.

A su vez, los artículos 81 a 89 del Tratado se refieren a las siguientes materias:

- a) El artículo 81 prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia.
- b) El artículo 82 prohíbe el abuso de posición dominante.
- c) El artículo 83 faculta las autoridades para hacer efectivos los principios establecidos en los artículos 81 y 82.
- d) El artículo 84 faculta a las autoridades de los Estados miembros para establecer qué prácticas son admisibles bajo los artículos 81 y 82.
- e) El artículo 85 faculta la Comisión Europea para investigar conductas que puedan infringir los artículos 81 y 82.
- f) El artículo 86, antes transcrito, se ocupa de las empresas públicas y de las empresas a las cuales se les confiera derechos especiales o exclusivos.
- g) Los artículos 87 a 89 autorizan ayudas estatales bajo determinadas condiciones y procedimientos.

1.3) El Tratado que organiza la UE carece de una definición de lo que significa las empresas a que se refiere el artículo 86.

1.3.1) Obsérvese que el artículo 86 numeral 1º no define los conceptos de empresas públicas y empresas con derechos especiales y exclusivos. Lo que establece es que a esas empresas les son aplicables las normas de competencia contenidas en los artículos 81 y 82 y las demás que se han citado.

A su vez, el numeral 2º del artículo 86 no define que son empresas encargadas de la operación de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal. Esa norma establece simplemente que tales empresas estarán sujetas a las reglas de competencia en la medida en la cual la aplicación de tales reglas no obstruya

la ejecución de las tareas que les han sido confiadas. También establece que el comercio no debe ser afectado en una medida que resulte contraria a los intereses de la UE.

1.3.2) A pesar de que el Tratado que organiza la UE no contiene una definición del concepto de empresas públicas y empresas encargadas de ejercer derechos especiales y exclusivos, la Comisión Europea ha divulgado algunas Comunicaciones que permiten fijar el alcance de esos conceptos. Una de tales Comunicaciones es la 2001/C 17/04. En esa Comunicación se pone de presente que la concesión de derechos especiales o exclusivos tiene que ver con la prestación de servicios de interés económico general en Europa.

En el Anexo número 1 de este documento se incorporan algunos apartes centrales de la citada Comunicación que muestran la complejidad de tales conceptos en el derecho Europeo. Esa Comunicación pone de presente que el Tratado de la Unión Europea reconoce que cada uno de sus Estados miembros cumple diferentes funciones en el ámbito de la economía como operador directo, organizador, regulador y controlador. A muchas de esas funciones se les califica de servicios de interés económico general. Pero las actividades que están calificadas como tales han variado con el transcurso del tiempo dados los programas de liberalización que se han realizado en Europa desde la década de los ochenta. Los derechos especiales y exclusivos son instrumentos para el logro de las finalidades que se persiguen al suministrar tales servicios.

1.3.3) La citada Comunicación y varios casos resueltos por el Tribunal de Justicia Europeo ponen de presente, entre otros aspectos, los siguientes:

a) La concesión de derechos especiales o exclusivos busca asegurar el cumplimiento de obligaciones de servicio de interés general, cuando el mercado no puede prestarlos satisfactoriamente.

b) Para garantizar la prestación de servicios de interés general, los Estados Miembros de la UE pueden abrir un mercado a la competencia, imponer obligaciones de servicio público o conceder derechos especiales o exclusivos a un solo operador o varios, con o sin aporte de financiación.

c) Esos derechos especiales o exclusivos pueden otorgarse a empresas privadas. La concesión de tales derechos no las convierte en empresas públicas.

d) La concesión de derechos especiales o exclusivos a una o a varias empresas, no implica necesariamente la exclusión de la competencia de otros operadores activos en el mercado. Estos pueden prestar tales servicios sin tener derechos especiales o exclusivos.

e) La concesión misma de derechos especiales y exclusivos puede efectuarse mediante un proceso de licitación competitivo. El encargo de ejercer esa función puede realizarse mediante un contrato. Pero la misión de servicio público también puede encomendarse a una empresa mediante otra clase de acto de poder como puede ser una ley.

f) Las empresas que prestan esos servicios pueden ser públicas o privadas. La forma legal de esas empresas no es relevante. Esa consideración es fundamental cuando se examina cuáles son las empresas desde el punto de vista del derecho Colombiano a las cuales se

aplicaría el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado del Acuerdo de Asociación.

g) Esos servicios comprenden actividades económicas. Las actividades no económicas en principio no califican como tales. Estas últimas se refieren al ejercicio de una función pública administrativa que implica el desarrollo de una prerrogativa del Estado o el ejercicio de un poder público, que no tiene carácter económico.

h) Cada Estado miembro de la Unión Europea es autónomo para definir lo que considera servicios de interés económico general. Además, en las áreas que no están sujetas a legislación comunitaria, los Estados miembros son autónomos para definir sus políticas en relación con esos servicios. En tal sentido pueden conceder derechos especiales o exclusivos necesarios para que las empresas presten esos servicios, pueden regular sus actividades y si es del caso financiarlas.

En todo caso, la Comisión Europea tiene la facultad de verificar que los medios usados por los Estados miembros para cumplir la misión de interés general no creen distorsiones innecesarias del comercio y restricciones indebidas de la competencia.

i) Los servicios de interés general abarcan todos aquellos que las autoridades consideran que deben prestarse en todos los casos, aún si existen condiciones para que empresas privadas los suministren. La excepción que prevé el artículo 86(2) del Tratado de la UE solo es aplicable a los servicios a los cuales se aplican las normas de competencia, esto es, a los de carácter económico, no a las actividades que implican el ejercicio de una función pública administrativa.

Sin embargo, cabe señalar que según el Tribunal de Justicia Europeo los servicios de naturaleza económica pueden abarcar actividades en el campo social, de la salud pública, la cultura o la educación, si su propósito es obtener un beneficio económico. (Caso C-109/92 Wirth v Landeshauptstadt Hannover [1993] ECR I- 6447).

j) Para que esas empresas queden exceptuadas de la aplicación de las normas de competencia es necesario que su aplicación les impida prestar el servicio de interés económico general. En tal sentido, según el Tribunal de Justicia Europeo debe tenerse en cuenta las condiciones económicas en que opera y las restricciones que se imponen. (Caso C-32/92 Municipality of Almelo and Others v NV Enegrgiebedrijf Ijsselmij [1994] ECR I- 1477). También ha señalado que esa excepción es aplicable cuando la restricción sobre la competencia es necesaria para que la empresa ejecute el servicio de interés económico general en condiciones económicas aceptables (Caso C-157/94 Commission v Netherlands, Case C-158/94 Commission v Italy [1997] y Caso C-159 Commission v France [1997] ECR I-5815, ECR I-5699, 5789, 5815).

1.4) Cabe señalar que mediante la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se expedieron normas sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales.

1.5) El numeral 1° del artículo 86 del Tratado de la Unión Europea parece significar, entonces, que los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida que implique discriminación, o que restrinja o impida la competencia, o conceder ayudas no autorizadas que produzcan tales efectos.

1.6) El numeral 2° del artículo 86 del Tratado de la Unión Europea parece significar que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, quedan sujetas a las normas sobre competencia pero solo en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, la ejecución de las tareas encomendadas a ellas. Esas empresas no deben afectar el intercambio comercial en forma tal que sea contrario al interés de la Unión Europea.

1.7) Según lo anterior, en el contexto de las acciones que pueden afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea como consecuencia de acciones unilaterales de los Estados directamente o a través de las empresas que controlan o a las cuales pueden conferir derechos para excluir a otras, el artículo 86 del Tratado que organiza la UE hace referencia a cuatro conceptos: empresas públicas, empresas a las que se conceden derechos especiales y exclusivos, empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y empresas que tengan el carácter de monopolio fiscal.

A su vez, el borrador de Acuerdo de Asociación hace referencia a los siguientes conceptos: monopolios públicos o privados, empresas públicas, empresas a las cuales se conceda derechos especiales o exclusivos y monopolios del Estado de carácter comercial.

Nótese que el Acuerdo no hace referencia a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Sin embargo, en el contexto antes descrito, en el derecho de la UE es a esas empresas a las que se conceden derechos especiales y exclusivos por parte de los Estados miembros y son ellas las que pueden plantear obstáculos al libre comercio entre tales Estados para efectos de crear un mercado común.

Además, el Tratado de la UE hace referencia a las empresas que tengan el carácter de monopolio fiscal, al paso que el borrador de Acuerdo en el capítulo de competencia no incorpora ese concepto pero sí hace referencia a monopolios del Estado de carácter comercial. Como se examinará más adelante los monopolios del Estado en el derecho colombiano pueden no necesariamente cumplir funciones comerciales.

Por todo lo anterior parece necesario que el capítulo de competencia del Acuerdo de Asociación defina cada uno de los cinco conceptos que usa el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado como se hace en otros tratados de libre comercio. Lo anterior contribuiría a la certeza que debe tener un Acuerdo internacional dado que las obligaciones que las Partes adquieren en relación con tales empresas no son iguales en relación con el conjunto de ellas. En todo caso esas definiciones parecen necesarias para establecer con claridad respecto de qué tipo de empresas las Partes adquieren tales obligaciones.

6.2 Normas Colombianas

2.1) El artículo 336 de la Constitución establece:

“Artículo 336: Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.”

2.2) A su vez, el artículo 223 de la Constitución establece:

“Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.”

En relación con las empresas privadas, el artículo 333 de la Constitución establece:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitara y controlará cualquier abuso que empresas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

2.3) Nótese que la Constitución no prohíbe los monopolios públicos o privados. Lo que la Constitución ordena es impedir que se obstruya la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante. Además, garantiza la libre competencia económica.

Pero la Constitución autoriza al Estado para crear monopolios como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de una ley.

Además, señala la destinación que deben tener dos monopolios. En primer lugar, el de la actividad de suerte y azar que deben destinarse exclusivamente a servicios de salud. En segundo lugar, los ingresos de monopolio de licores deben destinarse preferentemente a los servicios de salud y educación.

De otra parte, la Constitución crea dos monopolios públicos. En primer lugar, sobre la importación y fabricación de armas, municiones de guerra y explosivos. En segundo lugar, sobre la emisión de moneda legal el cual radica en el Banco de la República, según el artículo 371 de la Constitución. En desarrollo de esa norma el artículo 7° de la ley 31 de 1992 establece: “Ejercicio del atributo de emisión. El Banco de la República ejerce en forma exclusiva e indelegable el atributo estatal de emitir la moneda legal constituida por billetes y moneda metálica”.

2.4) Según el numeral 4° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado del borrador de Acuerdo de Asociación las Partes adquieren dos obligaciones en relación con los monopolios del Estado de carácter comercial. En primer lugar, ajustar progresivamente su operación con el fin de asegurar, al cabo de un periodo que está por definir, que no discriminen con respecto a las condiciones en que los bienes y servicios se compran y se venden entre los nacionales de la otra Parte.

En segundo lugar, que se informe al Consejo de Asociación sobre las medidas que adopten para cumplir ese objetivo de manera progresiva.

En relación con los monopolios privados, el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado numeral 1° simplemente admite que las Partes pueden designarlos o mantenerlos de acuerdo a sus legislaciones. Las obligaciones contenidas en los numerales 2°, 3° y 4° no abarcan tales monopolios. Sin embargo, los objetivos y principios del artículo sobre objetivos y principios³ del Acuerdo sugieren que es obligación de las Partes velar porque esos monopolios no afecten el comercio entre ellas.

2.5) Tal como está redactado el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado, contiene una obligación de no discriminar. En el derecho Colombiano esa

obligación abarcaría las actividades relacionadas con los licores, los juegos de suerte y azar y la importación y fabricación de armas municiones de guerra y explosivos.

Sin embargo, esas no son las únicas actividades en las cuales el Acuerdo de Asociación le puede imponer obligaciones a Colombia. Antes se vio que el artículo 336 de la Constitución autoriza crear por ley otros monopolios como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social. En consecuencia, en cualquier caso en el cual el Estado Colombiano cree nuevos monopolios con fines de generar renta, quedaría obligado a evitar la discriminación de parte de las empresas que los exploten.

La investigación realizada hasta ahora muestra que no existen otros monopolios rentísticos diferentes a los de licores y juegos de suerte y azar.

2.6) El monopolio de licores.

2.6.1) Los artículos 61 a 63 de la ley 14 de 1983 establecen:

“Artículo 61°. Reglamentado por el Decreto Nacional 4692 de 2005. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Las Intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta Ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros.

Artículo 62°. Los vinos, los vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales serán de libre producción y distribución, pero tanto éstos como los importados causarán el impuesto nacional de consumo que señala esta Ley.

Artículo 63°. Reglamentado por el Decreto Nacional 4692 de 2005. En desarrollo del monopolio sobre producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos.

Para la introducción o venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos en esta Ley.”

Normas similares contienen los artículos 121 a 123 del Código de Régimen Departamental expedido mediante el decreto 1222 de 1986.

2.6.2) El artículo 2° de la ley 693 de 2001 establece:

“Artículo 2°. La producción, distribución y comercialización de los alcoholes no potables estarán sometidas a la libre competencia, y como tal, podrán participar en ellas las personas naturales y jurídicas de carácter público o privado, en igualdad de condiciones, quedando derogada la autorización conferida por el artículo 11 de la Ley 83 de 1925.

Parágrafo 1°. Exceptúanse la producción, distribución y comercialización del alcohol etílico potable con destino a la fabricación de licores, actividades estas que constituyen el monopolio rentístico de los entes departamentales.”

2.6.3) Varios aspectos centrales surgen de las normas que regulan el monopolio de licores:

a) El monopolio rentístico a favor de los Departamentos abarca la producción, distribución y venta de alcohol etílico potable. La producción, distribución y comercialización de los alcoholes no potables está sometida a la libre competencia.

b) El monopolio no implica que los Departamentos deban crear empresas para desarrollar esa actividad. Implica que las Asambleas Departamentales pueden regular esa actividad o gravar esas industrias, si la explotación directa del monopolio no conviene. El monopolio implica una participación porcentual del Departamento en el precio de venta del producto.

c) Para la introducción de licores en los Departamentos, sobre los cuales se ejerza el monopolio, sean nacionales o importados, debe obtenerse permiso previo del Departamento. Ese permiso está sujeto a un contrato con los productores o importadores.

d) No es claro qué obligaciones adquiriría el Estado por virtud de Acuerdo de Asociación en relación con tales monopolios. El Acuerdo como tal no contiene una regla específica para los monopolios de carácter rentístico. No es claro si estos se encuentran incluidos dentro del numeral 2° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado que se refiere a empresas públicas o empresas a las cuales se les concede derechos especiales o exclusivos. Según el numeral 3° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado las Partes deben someter esas empresas a las leyes de competencia en la medida en que la aplicación de estas no impida la generación de las rentas. Para que la actividad de esas empresas quede exceptuada de la aplicación de la ley de competencia, el Estado tendría la carga de probar que su aplicación impide producir y vender licores para poder obtener la renta.

Tampoco es claro si tales monopolios están comprendidos dentro de los monopolios del Estado de carácter comercial a que se refiere el numeral 4o del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado en relación con los cuales el Estado quedaría sujeto a asegurar que no discriminen.

2.7) El monopolio de juegos de suerte y azar.

2.7.1) La ley 643 de 2001 establece:

“Artículo 1°. Definición. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación.

Artículo 2°. Titularidad. Los Departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación.

El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país, cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador. La vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud.

Parágrafo. Los distritos especiales se regirán en materia de juegos de suerte y azar, por las normas previstas para los municipios y tendrán los mismos derechos.

Artículo 3°. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Finalidad social prevalente. Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;

b) Transparencia. El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

c) Racionalidad económica en la operación. La operación de juegos de suerte y azar se realizará por las entidades estatales competentes, o por los particulares legalmente autorizados o por intermedio de sociedades organizadas como empresas especializadas, con arreglo a criterios de racionalidad económica y eficiencia administrativa que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio. Los Departamentos, el Distrito Capital

de Bogotá y los municipios explotarán el monopolio por intermedio de la dependencia o entidad establecida para tal fin;

d) Vinculación de la renta a los servicios de salud. Toda la actividad que se realice en ejercicio del monopolio, debe tener en cuenta que con ella se financian los servicios de salud y esa es la razón del monopolio. Dentro del concepto de Servicios de Salud se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional y, los demás gastos vinculados a la investigación en áreas de la salud. Los recursos obtenidos por los departamentos, Distrito Capital de Bogotá y los municipios como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, se deberán transferir directamente a los servicios de salud en la forma establecida en la presente ley y emplearse para contratar directamente con las empresas sociales del Estado o entidades públicas o privadas la prestación de los servicios de salud a la población vinculada, o para la afiliación de dicha población al régimen subsidiado."

2.7.2) Varios aspectos centrales surgen de las normas que regulan el monopolio de juegos de suerte y azar:

a) Ese monopolio abarca las actividades de explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juego de suerte y azar. También incluye la facultad de establecer las condiciones en las cuales las empresas privadas pueden operar esos juegos.

b) Los titulares de la renta del monopolio son los departamentos, el Distrito Capital y los municipios. Estos pueden desarrollar esas actividades por medio de empresas públicas o por empresas privadas.

2.8) El monopolio de importación y fabricación de armas, municiones de guerra y explosivos.

2.8.1) El decreto 2069 de 1984 modificó el artículo 3º del decreto 2346 de 1971 así:

"Son funciones de la Industria Militar:

b. Producir, importar y abastecer de armas, municiones, explosivos, equipos y elementos complementarios a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y a otros organismos estatales.

c. Fabricar, importar y comercializar armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para éstos.

d. Producir, importar y comercializar materias primas para utilización industrial con las cuales puedan formarse mezclas explosivas.

e. Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación."

2.8.2) El decreto 2346 de 1971 establece:

“ARTICULO 1°.- La industria militar creada y organizada por los Decretos Números 3135 Bis de 1954 y 0574 de 1955, continuará funcionando como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al ministerio de defensa nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente encargada de desarrollar la política general del gobierno en materia de importación, fabricación y comercio de armas, municiones y explosivos y elementos complementarios, así como la explotación de los ramos industriales acordes con su especialidad.”

2.8.3) Varios aspectos centrales surgen de las normas que regulan el monopolio de armas, municiones de guerra y explosivos:

a) Abarca la producción, importación y abastecimiento de armas, municiones y explosivos. No se trata de un monopolio rentístico puesto que no busca generar ingresos para el Estado. Ese monopolio parece explicarse por razones de seguridad nacional, defensa y orden público. Se trata, entonces, de un monopolio para el ejercicio de funciones públicas inherentes al Estado, no para ejercer actividades industriales o comerciales.

b) Sin embargo, esa empresa desarrolla por ley otras actividades que no están comprendidas dentro del monopolio autorizado por la Constitución. Estas incluyen por ejemplo la producción, importación y abastecimiento de materias primas para la producción de las armas, municiones y explosivos, o de equipos y elementos complementarios para las fuerzas militares. Respecto de esas actividades las normas de Indumil, antes citadas, no parecen significar que el Estado busque ejercer un monopolio de carácter comercial. Aparentemente pueden ser ejercidas por otros competidores o el Estado puede importarlas.

c) Respecto de las actividades no comprendidas en el monopolio, Indumil parecería quedar sujeta a los numerales 2° y 3° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado del Acuerdo, como empresa pública. Ello implicaría que Indumil no puede incurrir en prácticas que puedan considerarse como abuso de su posición monopolista y que pueda impedir el comercio entre las Partes. En ese caso el Estado Colombiano no estaría en condiciones de invocar la condición de que las normas de competencia solo le son aplicables a Indumil en la medida en que no impidan la ejecución de las tareas asignadas a esa empresa puesto que las actividades que se comentan al parecer pueden legalmente ser ejecutadas por competidores de Indumil.

d) Respecto de las actividades comprendidas en el monopolio, no es claro si Indumil queda sujeta al numeral 1° que se refiere a monopolios públicos y al numeral 4° que contienen la obligación de las Partes frente a monopolios. El borrador de Acuerdo no contiene una definición sobre lo que significa un monopolio del Estado. El numeral 4° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado se refiere a monopolios del Estado de carácter comercial, sin definirlo. Parece relevante que exista claridad sobre tales conceptos porque si Indumil se considera simplemente una empresa pública, quedaría sujeta a los numerales 2° y 3° del artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado. No es claro que pueda considerarse un monopolio de carácter comercial en cuanto a la fabricación y comercialización de armas, municiones de guerra y explosivos porque

respecto a esas actividades Indumil ejerce una función pública del Estado Colombiano, no una actividad dirigida a comercializar esos bienes.

6.3 Las empresas públicas y las empresas a las cuales se concedan derechos especiales o exclusivos

3.1) El Tratado constitutivo de la UE no contiene una definición de empresas públicas. La definición de ese concepto está contenida en normas derivadas.

Según la Directiva 2004/17/CE se entiende por empresas públicas:

“Aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa; o*
- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o*
- puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.”*

Igualmente, la legislación derivada de la UE, no directamente el Tratado de la UE, contiene una definición de derechos especiales o exclusivos. En efecto, la Directiva 2004/17/ CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos, a escala europea, en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en el artículo 2º numeral 3º establece:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por derechos especiales o exclusivos los concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad.”

Los artículos 3 a 7 que menciona ese artículo se refieren a las actividades de:

- a) poner a disposición o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución o el suministro de:
 - gas o calefacción,
 - electricidad,
 - agua potable,
- b) ejecutar proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje relacionados con la evacuación o tratamiento de aguas residuales,

- c) poner a disposición o explotar redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable,
- d) prestar servicios postales,
- e) realizar actividades de explotación de una zona geográfica determinada para:
 - la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos, o
 - la puesta a disposición de los transportadores aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte.

3.2) El artículo 2º de esa Directiva establece a qué entidades se le aplica:

“Entidades adjudicadoras

1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) poderes adjudicadores: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará organismo de Derecho público cualquier organismo:

— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica propia; y

— cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público;

b) empresas públicas: aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

— tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa; o

— dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o

— puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

2. La presente Directiva se aplicará a las entidades adjudicadoras que:

a) sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7;

b) sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 3 a 7 o varias de estas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por derechos especiales o exclusivos los concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7 y que afecte

sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad.”

3.3) Según el artículo 2º numeral 2º de esa Directiva 2004/17/CE, ella es aplicable a las entidades adjudicadoras que:

a) sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen algunas de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7;

b) sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan entre sus actividades algunas de las contempladas en los artículos 3 a 7 o varias de esas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

3.4) Según los considerandos de tal Directiva su propósito es coordinar los procedimientos de adjudicación de contratos relacionados con servicios de interés económico general en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Esa coordinación es necesaria por varias razones. En primer lugar, por la diversidad de modalidades a través de las cuales las autoridades de los Estados miembros pueden influir en el comportamiento de las entidades que adjudican tales contratos. En segundo lugar, por el carácter cerrado de los mercados en que actúan, como efecto de la concesión por parte de los Estados miembros, de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación de tales servicios.

Para garantizar la apertura a la competencia de los contratos públicos adjudicados por entidades que operan en tales sectores, consideraron necesario que se asegure un trato igualitario entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado en condiciones de competencia efectiva cuando los contratos excedan de cierta cuantía.

En particular, la Directiva busca que la adjudicación de contratos en tales sectores a escala europea se realice sobre la base de criterios objetivos que garanticen transparencia, no discriminación, igualdad de trato y evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Para logro de ese fin considera admisible únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación: el de precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.

La Directiva deja en manos de los entes adjudicadores la libre elección de los procedimientos de adjudicación entre los varios que ella reconoce: abiertos, restringidos y negociados.

3.5) Lo anterior evidencia que para la creación de un mercado común entre los Estados miembros de la UE ha sido necesario que la contratación pública que realice cada Estado o las empresas controladas por este, así como la que realicen las empresas privadas a las cuales las autoridades confieran derechos especiales o exclusivos, cuando esa contratación se refiera a determinados servicios de interés económico general, se efectúe mediante procedimientos de selección de ofertas que estén abiertos a la competencia de los potenciales proveedores del conjunto de los países que integran la UE y que la adjudicación se efectúe con base en criterios objetivos.

Esos servicios, a diferencia de otros contratos públicos como los de compras públicas, no están dirigidos a los Estados miembros en calidad de usuarios como ocurre con las compras de Estado. En realidad, los contratos en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales se adjudican para hacer posible que los usuarios y las empresas puedan acceder a tales servicios.

3.6) La Constitución Colombiana no contiene una definición de tales conceptos. A su vez, en las leyes existen algunos conceptos de servicio público. Pero hasta donde llega mi conocimiento actualmente no existe una definición de derechos especiales o exclusivos.

Una exclusividad conocida en el derecho colombiano tiene que ver con los derechos de autor según la ley 23 de 1982 y con las patentes y demás derechos de propiedad industrial garantizados por la Decisión 486 de 2000 la CAN. Sin embargo, esas exclusividades no parecen tener relación alguna con los derechos especiales o exclusivos a los que se refiere el Acuerdo de Asociación.

Para focalizar la identificación en el derecho colombiano de las empresas con derechos especiales o exclusivos, a que se refiere el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado del capítulo de competencia del Acuerdo parece pertinente, entonces, examinar si la prestación de servicios tales como la puesta a disposición o la explotación de redes fijas o el suministro de servicios al público, como los mencionados en los artículos 3° a 7° de la Directiva 2004/17/CE expedida por la UE, están sujetos a la adjudicación por parte del Estado, o de empresas públicas, o de empresas privadas a las cuales las autoridades confieran derechos especiales o exclusivos.

3.6.1) El suministro de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, a los usuarios finales residenciales, industriales y comerciales, están sometidos a la ley 142 de 1994.

Según los artículos 28 y 25 de esa ley:

“Artículo 28. Redes. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta ley.

Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas.

Las comisiones de regulación pueden exigir que haya posibilidad de interconexión y homologación técnicas de las redes, cuando sea indispensable para proteger a los usuarios, para garantizar la calidad del servicio o para promover la competencia. Pero en ningún caso exigirán características específicas de redes o sistemas más allá de las que sean necesarias para garantizar la interconectabilidad de servicios análogos o el uso coordinado de

recursos. Las comisiones podrán exigir, igualmente, que la construcción y operación de redes y medios de transporte para prestar los servicios públicos no sea objeto de las mismas empresas que tienen a su cargo la distribución y, además, conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. La construcción y operación de redes para el transporte y distribución de agua, residuos, electricidad, gas, telefonía pública básica conmutada, y telefonía local móvil en sector rural, así como el señalamiento de las tarifas por su uso, se registrarán exclusivamente por esta ley y por las normas ambientales, sanitarias y municipales a las que alude en los artículos 25 y 26 de esta ley.

Artículo 25. Concesiones y permisos ambientales y sanitarios.

Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión.

Deberán además obtener los permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarios, de acuerdo con las normas comunes.

Asimismo, es obligación de quienes presten servicios públicos, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos de concesión.

Si se trata de la prestación de los servicios de agua potable o saneamiento básico, de conformidad con la distribución de competencias dispuestas por la ley, las autoridades competentes verificarán la idoneidad técnica y solvencia financiera del solicitante para efectos de los procedimientos correspondientes.”

La primera de esas normas garantiza la libertad de construcción de redes para todos los servicios públicos domiciliarios a los que se refiere esa ley. A su vez, el artículo 25 establece cuáles de esos servicios requieren concesión o licencia del Estado.

Es cierto que las normas citadas reconocen algunas facultades para construir u operar redes. Sin embargo, esas dos normas no establecen derechos especiales o exclusivos en el sentido que se usa por ejemplo en la Directiva 2004/17/CE. Esto es, en el sentido de que una autoridad confiera a una empresa privada la facultad de ser la única que pueda construir redes e impida que otras lo hagan.

Dada la libertad de redes que garantiza la ley 142 de 1994 para la construcción y operación de redes destinadas a prestar servicios públicos domiciliarios, no existe en principio el poder de adjudicar por parte del Estado o de empresas controladas por este.

La ley 142 de 1994 tampoco reconoce por regla general derechos especiales o exclusivos para acceder a recursos como las aguas o el espectro electromagnético, necesarios para el suministro de aquellos.

Cabe señalar en tal sentido que la Directiva 2004/17/CE (considerando número 25) señala precisamente que los derechos especiales o exclusivos no se refieren a la facultad de un

operador de un servicio público para expropiar, o para utilizar el suelo, el subsuelo o las vías públicas con el fin de instalar las redes.

3.6.2) En cuanto al suministro mismo de los servicios públicos domiciliarios, la regla general bajo la ley 142 de 1994 es la libertad de competencia en su prestación. Así lo establece el numeral 2.6 y en el artículo 10 de la ley 142 de 1994 que establece:

“Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.”

3.6.3) Sin embargo, la ley 142 de 1994 contempla varios casos en los cuales existe adjudicación:

a) El artículo 40 de la ley 142 de 1994 autoriza la conformación de áreas de servicio exclusivo en los siguientes términos:

“Áreas de servicio exclusivo. Por motivos de interés social, y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se puede extender a personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos puede ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestara el servicio, los niveles de calidad que puede asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, como se verificara la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

b) Las entidades oficiales están autorizadas para celebrar contratos con el fin de transferir la propiedad y el uso y goce de los bienes que destina a prestar los servicios públicos, concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas han realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades públicas estén prestando, según el numeral 3º del artículo 39.

c) El numeral 1º del artículo 39 autoriza celebrar otro contrato especial para la prestación de servicios públicos:

“Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que les corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, pero sin que se aplique el artículo 19 de la ley 80 de 1993 de bienes distintos de los estatales.

La remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresara al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto.

Cuando las autoridades competentes consideren que es preciso realizar un proyecto de interés nacional para aprovechamiento de aguas o para proyectos de saneamiento, podrán tomar la iniciativa de invitar públicamente a las empresas de servicios públicos para adjudicar la concesión respectiva.

Las concesiones de agua caducaran a los tres años de entregadas, si en ese lapso no se hubieren hecho inversiones capaces de permitir su aprovechamiento económico dentro del año siguiente, o del periodo que determine de modo general, según el tipo de proyecto, la comisión reguladora.

Los contratos de concesión a los que se refiere este numeral se regirán por las normas especiales sobre las materias respectivas.”

d) Nótese que tales contratos se refieren principalmente al acceso a determinados recursos necesarios para la prestación de los servicios públicos; no a al suministro mismo del servicio, ni a la puesta a disposición de las redes físicas para suministrarlos.

e) El artículo 174 de la ley 142 de 1994 establece:

“Áreas de servicio exclusivo para gas domiciliario. Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de menores recursos, por un termino de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta ley.

Parágrafo 1. Es obligación del ministerio de Minas y Energía, al estudiar y otorgar los contratos de que trata el presente artículo, contemplar de que en dichas áreas se incluyan programas de masificación y extensión del servicio público de gas combustible en aquellos sectores cuyos inmuebles residenciales pertenezcan a la categoría I, II o III de la estratificación socioeconómica vigente al momento de hacerse la instalación. En los contratos existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, el Ministerio de Minas y Energía propenderá porque las empresas contratistas alcancen los niveles de masificación deseables en cumplimiento del presente artículo.

Parágrafo 2. Para la consecución de los objetivos establecidos en el presente artículo, se aplicaran los criterios establecidos en los artículos 97 y 99 de la presente ley."

3.6.4) En esos casos excepcionales la ley 142 de 1994 parece autorizar derechos similares a los que se reconocen en el derecho europeo como derechos especiales o exclusivos en relación con servicios de interés económico general.

3.6.5) La ley 80 de 1993 sobre contratación administrativa se ocupa de las concesiones en materia de servicios públicos. Esos servicios parecen ser diferentes de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, esa ley no contempla una facultad expresa para otorgar concesiones exclusivas.

El artículo 32 numeral 4º de esa ley establece:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

Según el artículo 2º numeral 3º de esa ley:

"Se denominan servicios públicos: Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Parágrafo. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades."

A su vez, de acuerdo con el artículo 3º de la ley 80 de 1993:

"De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses

de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

Según esas normas, mediante los contratos estatales en general y el contrato de concesión en particular, se busca el cumplimiento de fines estatales. Esas normas no autorizan al contratista o concesionario a desarrollar de manera exclusiva las actividades objeto del contrato.

3.6.6) En materia de hidrocarburos, el decreto 1760 de 2003 que escindió Ecopetrol y creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), autoriza a esa agencia para asignar áreas hidrocarburíferas de la nación y celebrar contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. Esos contratos implican un derecho exclusivo a explorar y explotar en un área geográfica determinada.

La ANH adjudica áreas para desarrollar actividades de exploración y explotación mediante contratación directa o mediante un proceso competitivo, según la reglamentación que ha expedido mediante el Acuerdo 08 del 3 de mayo 2004.

3.6.7) En materia de actividades de transporte público, la regla general consiste en la libertad de competencia. Esta se encuentra garantizada mediante las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. Los artículos 19 y 21 de esta última ley establecen:

“Artículo 19. El permiso para la prestación del servicio público de transporte se otorgará mediante concurso en el que se garanticen la libre concurrencia y la iniciativa privada sobre creación de nuevas empresas, según lo determine la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Cuando el servicio a prestar no esté sujeto a rutas y horarios predeterminados el permiso se podrá otorgar directamente junto con la habilitación para operar como empresa de transporte.

Artículo 21. La prestación del servicio público de transporte en los distintos niveles y modalidades podrá convenirse mediante la celebración de contratos de concesión adjudicados en Licitación Pública, cumpliendo para ello los procedimientos y las condiciones señaladas en el Estatuto General de Concentración de la Administración Pública. No podrá ordenarse la apertura de la Licitación Pública sin que previamente se haya comprobado la existencia de una demanda insatisfecha de movilización.

En todo caso el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, deberá incluir como criterio de adjudicación, normas que garanticen la competencia y eviten el monopolio.

Lo dispuesto en el primer inciso también se aplicará cuando la iniciativa particular proponga conjuntamente la construcción de la infraestructura del transporte y la prestación del servicio, o la implantación de un sistema de transporte masivo.

En todo caso, al usuario se le garantizarán formas alternativas de transporte para su movilización.”

En consecuencia, en el sector de transportes en principio no existen derechos especiales o exclusivos. La prestación de servicios en esos sectores está abierta a la competencia. Existen las concesiones portuarias pero estas se adjudican mediante un proceso competitivo. La exclusividad en tales casos puede consistir en que la concesión se otorga sobre un activo y unos servicios asociados que tiende a constituir un monopolio natural. Igual ocurre con los aeropuertos.

3.6.8) A diferencia del sector de transportes, en materia de servicios postales y alumbrado público la titularidad del servicio corresponde al Estado. Sin embargo, este puede otorgar en concesión su prestación para lo cual debe realizar procesos públicos de convocatoria abiertos a la competencia. Así lo establece el decreto 229 de 1995 artículo 12 y 13 para el sector de servicios postales. Sin embargo, ese decreto autoriza contratación directa con Adpostal sin que al parecer ello implique un derecho especial o exclusivo sobre ese servicio.

El artículo 29 de la ley 1150 de 2007 en relación con el alumbrado público, establece que los Distritos y municipios son los titulares de la infraestructura para suministrarlo y los responsables del servicio pero pueden entregarlo en concesión. De nuevo la exclusividad de la concesión se encuentra asociada con el hecho de que se trata de un monopolio natural.

3.7) En síntesis:

3.7.1) La ley 489 de 1998, que organiza el ejercicio de la función administrativa y determina la estructura y funcionamiento de las entidades que integran la administración pública en el orden nacional, hace referencia a entidades descentralizadas.

Esa categoría incluye los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas, sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

El concepto de empresa pública a que se refiere el artículo sobre consultas numeral 2° del Acuerdo aparentemente se refiere solo a aquellas entidades que desarrollen actividades económicas. Por lo tanto, el concepto de empresas públicas abarcaría las empresas industriales y comerciales del Estado pero también las sociedades públicas, las empresas oficiales de servicios públicos y las otras que realicen actividades industriales y comerciales. Sin embargo, no es claro el alcance del citado numeral.

Se requiere, entonces, que el Acuerdo adopte una definición de lo que significa una empresa pública. Así se pactó en el TLC entre Colombia y los Estados Unidos de América, según se indica en el anexo 2 de este documento.

3.7.2) En el derecho colombiano, no existe una definición de derechos especiales o exclusivos. En consecuencia, no es posible identificar con precisión qué tipo de empresas en Colombia se consideran titulares de esos derechos. Por lo tanto, no es claro frente a qué tipo de empresas el Estado asumiría las obligaciones previstas en los numerales 2º y 3º del artículo sobre consultas del Acuerdo.

3.7.3) En el derecho colombiano existe en algunos sectores la exclusividad para desarrollar una actividad. Esa exclusividad está autorizada por la ley pero se concreta mediante un contrato. Teniendo en cuenta el concepto de derechos especiales o exclusivos existente en el derecho europeo, la exclusividad a que se refiere el derecho colombiano parecería quedar incluida en el numeral 2º del artículo sobre consultas del Acuerdo.

Sin embargo, no es claro si ese numeral abarca por ejemplo las empresas privadas que reciben por concesión la facultad para desarrollar la actividad de juegos de suerte y azar de acuerdo con la ley 643 de 2001.

En otros casos la exclusividad está asociada con una concesión pero realmente surge de la condición de monopolio natural que tiene el activo y los servicios asociados a este como en puertos, aeropuertos y alumbrado público.

3.7.4) El artículo sobre consultas numeral 2º exige a las Partes asegurar que ninguna "medida" adoptada o mantenida perturbe el comercio entre las Partes.

Aparentemente esa medida se refiere tanto a actos del Estado como de las empresas públicas y de las empresas a las que se ha concedido derechos especiales o exclusivos. Sin embargo, en el derecho colombiano las empresas privadas titulares de una exclusividad concedida por el Estado no están habilitadas para ceder las facultades entregadas a ellas. La adjudicación de los derechos de exclusividad solo la hace el Estado. Por esa razón, de nuevo, parece necesario aclarar a qué tipo de empresas con derechos especiales o exclusivos hace referencia exactamente el numeral 2º del artículo sobre consultas.

3.7.5) En el derecho europeo los derechos especiales o exclusivos suelen otorgarse a empresas que prestan determinado tipo de servicios públicos como son el agua, el gas, la electricidad y el transporte público.

Por su parte, en el derecho colombiano existe la facultad para las entidades territoriales de establecer áreas de servicio exclusivas en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica. En esos servicios las entidades territoriales pueden establecer, mediante invitación pública, que ninguna otra empresa de servicios públicos puede ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.

Sin embargo, en el derecho colombiano la adjudicación de derechos de exclusividad por parte de cualquier entidad del Estado exige un proceso de selección competitivo. Esos procesos por regla general están sometidos a las reglas de contratación pública previstas en la ley 80 de 1993. A esas mismas reglas se encuentra sujeto el acceso a determinados bienes escasos de propiedad del Estado, necesarios para prestar servicios públicos domiciliarios, como el acceso al espectro electromagnético.

No obstante lo anterior, la selección del adjudicatario de áreas de servicio exclusivo a que se refiere la ley 142 de 1994 está sometida a esa ley.

A su vez, la asignación de áreas hidrocarburíferas está sometida al decreto 1760 de 2003 cuando se trata de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

3.7.6) Por todo lo anterior, no es claro si el artículo sobre Monopolios Designados y Empresas del Estado del Acuerdo de Asociación se ocupa de la libre competencia en actividades como las que antes se han indicado o de la apertura a la competencia de la contratación pública en esas actividades, o de las dos cosas.

Cabe señalar que no he tenido acceso al texto completo del borrador de Acuerdo de Asociación para establecer si el tema de la contratación pública queda sujeto a las reglas de otros capítulos del Acuerdo de Asociación.

En el TLC entre Colombia y EFTA, por ejemplo, las obligaciones acordadas por las Partes en relación con empresas del Estado y monopolios designados no se aplican a la contratación pública.

6.4 Los monopolios del Estado de carácter comercial.

4.1) No existe una definición de ese tipo de monopolios en el derecho Colombiano. Sin embargo, sí existe en el TLC con USA como se cita más abajo en el anexo número 2.

4.2) En el derecho colombiano existen empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas, sociedades de economía mixta, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

4.3) Una empresa que en el pasado parecía tener la condición de monopolio del Estado de carácter comercial era Ecopetrol. Sin embargo, desde el 2003 ya no lo es porque esa empresa no tiene un monopolio en hidrocarburos.

4.4) Según el artículo 167 de la ley 142 de 1994, ISA tiene por objeto atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión y prestar servicios técnicos en actividades relacionadas con su objeto principal. Sin embargo, esa empresa no constituye un monopolio. De hecho, otras

empresas del sector operan activos que forman parte del sistema nacional de interconexión. Además, cuando se busca la expansión de ese sistema la CREG abre convocatorias para promover la participación de otros operadores.

4.5) Los monopolios que reconoce la Constitución son los de carácter fiscal (que incluye el de licores y el de juegos de azar), el de atributo de misión de moneda que ejerce el Banco de la República y el de fabricación y abastecimiento de armas, municiones de guerra y explosivos.

Sin embargo, no es claro si son esos a los que se refiere el Acuerdo. Claramente no parece que este se refiera al Banco de la República.

7 Principales diferencias del régimen sustancial de competencia aplicable en los sistemas legales de las dos Partes

Teniendo en cuenta el Acuerdo de Asociación que Colombia desea negociar con la Unión Europea (EU), a continuación se presenta el análisis de las principales diferencias del régimen sustancial de competencia aplicable en los sistemas legales de esas dos partes.

7.1 Contenido del régimen legal de competencia.

1.1) El régimen sustancial de competencia económica de la UE y el de Colombia abarca dos grandes temas:

1.1.1) Prácticas restrictivas de la competencia: en los dos sistemas el régimen relacionado con esas prácticas es de carácter represivo y comprende:

- a) Acuerdos restrictivos de la competencia.
- b) Actos de abuso de posición dominante.

1.1.2) Concentraciones empresariales: en los dos sistemas el régimen en esa materia es de carácter preventivo. Se ejerce mediante un control previo de tales operaciones.

1.2) La solicitud que usted me ha hecho consiste en que examine las principales diferencias del régimen sustancial en los sistemas legales de la UE y Colombia. En consecuencia, el análisis solo tangencialmente abarcará diferencias en materia procedimental, probatoria o metodológica.

En los anexos 1 y 2 de este documento se transcribe el texto de las normas fundamentales de la UE y Colombia sobre acuerdos y abuso de posición dominante. Además, se transcribe las normas Colombianas sobre integraciones empresariales. Dado lo extenso del Reglamento de la UE número 139 del 20 de enero de 2004 sobre concentraciones empresariales, solo se citarán los apartes de este que resulten pertinentes para realizar el análisis solicitado.

1.3) Tanto en el derecho de la UE como en el derecho colombiano las prácticas restrictivas de competencia producen consecuencias similares. En primer lugar, cuando se trata de acuerdos, estos son nulos. En segundo lugar, las autoridades tienen poderes para ordenar que cesen las conductas y para multar a las empresas que las realizan. También pueden aceptar compromisos como medio para terminar la investigación por una de tales conductas, sin que exista pronunciamiento de fondo sobre la conducta investigada. Esos poderes se comparan enseguida.

1.4) En relación con las prácticas restrictivas de la competencia, las autoridades cuentan con varios poderes. En primer lugar, según los artículos 5º y 9º del Reglamento CE 1/2003 la Comisión Europea puede ordenar la cesación de la infracción, al igual que ocurre en el derecho colombiano. Sin embargo, a diferencia del derecho colombiano, la Comisión puede imponer remedios no solo de comportamiento sino estructurales, en cuanto sean necesarios para que cese efectivamente la conducta, según el artículo 7º del citado Reglamento.

En segundo lugar, las empresas que incurren en tal conducta pueden ser sancionadas con multas. Sin embargo, el nivel de las multas difiere sustancialmente en los dos sistemas. En el derecho colombiano el máximo de las multas es de 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al paso que en el derecho de la UE, según el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003, pueden ascender hasta el 10% del volumen de negocios por cada empresa o asociación de empresas.

En tercer lugar, en los dos sistemas las autoridades pueden de oficio imponer medidas cautelares. Esto es, medidas que implican suspender una conducta antes de que se concluya con carácter definitivo si es legal o no.

En cuarto lugar, en los dos sistemas legales las autoridades pueden aceptar la terminación de la investigación por aceptación de compromisos de parte de los investigados.

En quinto lugar, el plazo de prescripción para imponer sanciones por la realización de conductas prohibidas es de 5 años en el derecho de la UE, mientras que en el derecho colombiano es de 3 años.

1.5) Los terceros perjudicados con una práctica restrictiva de la competencia pueden reclamar indemnización de perjuicios ante los jueces. También pueden ejercer una acción de grupo según la ley 472 de 1998. En el caso de la UE no es claro si esa función es privativa de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

1.6) En el derecho de la UE están autorizados los programas de indulgencia en caso de delación. Es decir, es posible exonerar de sanción a las empresas que colaboren con el suministro de pruebas que faciliten la represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, esa posibilidad aún no se encuentra autorizada en el derecho colombiano.

7.2 Acuerdos restrictivos de la competencia.

2.1) El régimen de la UE prohíbe los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas.

Por el contrario, según el artículo 4º numeral 10º del decreto 2153 de 1992 el régimen de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia es aplicable a “todo aquel que ejerza una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”. A su vez, según el numeral 1º del artículo 45 del citado decreto se entiende por acuerdo “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (se subraya). A pesar de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha llevado a cabo investigaciones contra asociaciones de empresas.

En todo caso, si la comparación se hace sobre la base de los textos legales, el régimen Europeo parece más amplio que el colombiano porque abarca decisiones de asociaciones de empresas, al paso que el régimen colombiano es aplicable únicamente a acuerdos entre empresas (artículo 45 numeral 1).

2.2) Tanto el derecho de la UE como el colombiano incluyen entre los acuerdos prohibidos, las prácticas concertadas. Ese tipo de prácticas hace referencia a formas de cooperación que surgen de contactos entre empresas que tienen el objeto o el efecto de modificar su comportamiento en el mercado de manera que el resultado en este no proviene de la libre interacción entre la oferta y la demanda.

Sin embargo, el derecho colombiano incluye también las conductas conscientemente paralelas como una forma de acuerdo diferente de la práctica concertada.

2.3) Bajo el régimen de la UE, un acuerdo es ilegal cuando cumple dos condiciones: restringe la competencia y puede afectar el comercio entre los Estados miembros. La segunda condición se explica dado que ese régimen busca la creación de un mercado común libre de barreras artificiales entre los países Europeos que conforman la UE.

Por esa razón en el caso colombiano esa segunda condición no existe.

2.4) El régimen de la UE prohíbe por regla general los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

En el derecho colombiano la regla general es similar.

2.5) Tanto en el régimen de la UE como en el derecho colombiano existe una lista de acuerdos prohibidos que en ninguno de los dos sistemas legales es taxativa, como se muestra a continuación:

2.5.1) Los acuerdos mencionados expresamente en el artículo 81(1) del Tratado de la UE son:

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedaran prohibidos todos los Acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados

miembros y que tengan por objeto y efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

2.5.2) A su vez, el decreto 2153 de 1992, artículo 47, prohíbe expresamente los siguientes acuerdos:

"Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
- 10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."*

Sin embargo, el artículo 1º de la ley 155 de 1959 establece una prohibición general en materia de acuerdos anticompetitivos, en los siguientes términos:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

Esa regla general es similar a la que contiene el primer párrafo del numeral 1º del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, en el caso colombiano la prohibición del artículo 46 del decreto 2153 de 1992 la complementa el artículo 47 de ese decreto. Este último relaciona diez conductas que esa norma considera contrarias a la libre competencia. Ello implica una presunción del carácter anticompetitivo de tales conductas. Por lo tanto, si dentro de una investigación las empresas investigadas por una de tales conductas, sostienen que con su ejecución no restringen la competencia, tienen la carga de probarlo. Si se trata de una conducta no cubierta por el artículo 47 del decreto 2153 de 1992 pero prohibida por el artículo 1º de la ley 155 de 1959, correspondería a la Autoridad de Competencia probar el efecto anticompetitivo.

En el derecho de la UE la carga de la prueba está regulada de la siguiente manera:

“En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.”

Ahora bien, en el derecho de la UE algunos tipos de acuerdo como los de fijación de precios o de repartición de mercados han sido considerados ilegales per se. Por el contrario, en otro tipo de acuerdos, según la sentencia en el caso *European Night Services*, se requiere análisis del contexto económico dentro del cual se produce un acuerdo y su efecto, para poder establecer si un acuerdo contiene conductas que restrinjan la competencia. La sentencia de la Corte Europea de Justicia en el caso *Gottrup-Klim* muestra que los jueces consideran necesario evaluar las ventajas económicas de un acuerdo frente a las restricciones que contiene, antes de concluir sobre su carácter competitivo.

2.6) El artículo 81(3) del Tratado de la UE admite que cierto tipo de acuerdos pueden quedar exceptuados de la prohibición que contempla el artículo 81(1), si cumplen determinados criterios.

Tales criterios son:

“3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

*- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”

Con anterioridad al Reglamento CE 1/2003, existía la posibilidad de obtener exenciones individuales mediante las cuales se establecía que un determinado acuerdo cumplía los criterios del artículo 81(3) del Tratado. Esa posibilidad fue suprimida por el Reglamento CE 1/2003 cuyo artículo 2º establece:

“Aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado.

1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa a tal efecto.”

Sin embargo, la Comisión Europea expide reglamentos mediante los cuales establece que determinadas categorías de acuerdos verticales y horizontales cumplen los criterios señalados en el artículo 81(3) del Tratado de la UE, como se indica más adelante.

En el derecho colombiano no existe una regla con criterios como esos. Solo están exceptuados de la prohibición del artículo 1º de la ley 155 de 1959 los tres tipos de conducta indicados en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992 y los acuerdos de estabilización a que se refiere el parágrafo del artículo 1º de la ley 155 de 1959. Pero únicamente esos acuerdos de estabilización requieren una decisión de autoridad que evalúe su efecto anticompetitivo. Por el contrario, las excepciones mencionadas en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992 son aplicables sin que se requiera previamente una decisión de autoridad.

2.7) La prohibición del artículo 81 del Tratado de la UE es aplicable cuando el objeto o el efecto del acuerdo es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del

mercado común. Esa condición, como antes se indicó, se explica porque el derecho de la UE busca la integración de los mercados de los países miembros.

En el caso colombiano no existe una condición como esa. Para que se aplique la ley colombiana basta que el acuerdo tenga por objeto o efecto impedir o restringir la competencia en los mercados del país.

2.8) El Tribunal Europeo de Justicia en el caso 5/69 Volk v Vervake [1969] ECR 295 consideró que el artículo 81 del Tratado de la UE solo es aplicable si es probable que un acuerdo tenga un efecto apreciable sobre la competencia o sobre el comercio entre los Estados miembros. Ese principio es conocido como de minimis.

El efecto apreciable de un acuerdo sobre la competencia depende del poder de mercado de las partes. A su vez, el efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros depende del contexto económico y legal del acuerdo. En uno y otro caso, entonces, resulta crucial establecer la participación de las partes en el mercado, evaluar la estructura y otras condiciones competitivas en este, como las condiciones de entrada y las características de los compradores. Por esa razón esa evaluación solo puede hacerse en el contexto del mercado relevante en el cual se realiza o produce efectos el acuerdo.

Por su parte, en el derecho colombiano el artículo 2º numeral 1º del decreto 2153 de 1992 establece que es función de la SIC “atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas.”

El alcance del concepto de significatividad carece de una definición legal. Sin embargo, para darle aplicación parece necesario establecer previamente el mercado relevante en el cual compiten las empresas investigadas en relación con un producto específico puesto que según el citado numeral la significatividad tiene que ver con los efectos de una conducta sobre uno o varios mercados. Definido el mercado relevante en su dimensión geográfica y de producto, corresponde establecer el poder de mercado de las empresas que son parte del presunto acuerdo. Sobre esas bases resulta posible examinar la significatividad del efecto de la conducta.

2.9) Bajo el derecho de la UE existen exenciones por categorías para determinado tipo de acuerdos. Estas implican que un acuerdo que puede estar comprendido dentro de la prohibición del artículo 81(1) del Tratado de la UE, puede ser considerado por fuera de tal prohibición si cumple los criterios establecidos en el artículo 81(3).

Esas exenciones se han impartido por vía general para determinadas categorías de acuerdo verticales y horizontales. En tal sentido la UE expidió:

a) el Reglamento CE2790 de 1999 sobre determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. En el anexo número 3 se incluye los considerandos de ese Reglamento que explican su contenido y alcance.

b) el Reglamento 772/2004 en relación con determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. En el anexo número 5 se incluyen los considerandos de ese reglamento que explican su contenido y alcance;

c) el Reglamento 2659/2000 sobre determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. En el anexo número 4 se incluyen los considerandos de ese reglamento que explican su contenido y alcance;

d) el Reglamento 2658/2000 sobre determinadas categorías de acuerdo de especialización. En el anexo número 6 se incluyen los considerandos de ese reglamento que explican su contenido y alcance.

2.10) El artículo 29 del Reglamento CE 1/2003 autoriza a la Comisión Europea para retirar la cobertura de un Reglamento de exención en un caso concreto si considera que el acuerdo o práctica específica, al que se aplique el reglamento de exención, tiene determinados efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

7.3 Actos de abuso de posición dominante

3.1) Según el artículo 82 del Tratado de la UE *“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.”*

Cinco son las condiciones que exige esa norma para que se aplique la prohibición que contiene:

- a) que exista una o más empresas,
- b) que la empresa o empresas tenga posición de dominio,
- c) que esa posición se tenga en el mercado común o en una parte sustancial de él,
- d) que se abuse de tal posición, y
- e) que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

Como se indicó en relación con los acuerdos prohibidos, el derecho de la UE fue concebido para lograr la integración de los mercados de los Estados miembros. Por esa razón, la quinta condición no existe en el derecho colombiano. En este basta que exista una posición de dominio y que se abuse de ella.

3.2) No existe un criterio único acerca del objetivo u objetivos que se han buscado alcanzar con la aplicación de tal regla. Lo anterior parece reflejarse en las diferentes concepciones sobre lo que constituye una posición de dominio.

En el caso Michelin, por ejemplo, la Corte Europea de Justicia sostuvo:

“El artículo 82 cubre prácticas que pueden afectar la estructura de un mercado donde, como resultado directo de la presencia de la empresa en cuestión, la competencia ya ha sido debilitada y que, a través de métodos diferentes de

aquellos que gobiernan la competencia normal en productos o servicios similares a los que se examinan, tienen el efecto de limitar el mantenimiento o desarrollo del nivel de competencia aún existente en el mercado.”

Una concepción como esta parece dejar por fuera determinado tipo de conductas que también han sido reconocidas como prohibidas por el artículo 82 del Tratado. Por ejemplo el establecimiento de un precio por encima del que prevalecería en un mercado competitivo.

A su vez, en Continental Can [1972] JO L7/25, [1972] CMLR D11, la Comisión sostuvo:

“Las empresas están en posición de dominio cuando ellas tienen el poder de actuar independientemente, lo cual las coloca en una posición para actuar sin tomar en cuenta sus competidores, compradores o proveedores. Esa es la posición cuando, debido a su participación de mercado, o esta combinada con su disponibilidad de conocimiento técnico, materias primas o capital, tienen el poder de determinar precios o controlar la producción o distribución para una parte significativa de los productos en cuestión. Este poder no necesariamente tiene que derivarse de una dominación absoluta que permita a las empresas que mantienen tal posición eliminar toda voluntad de parte de otros agentes económicos, pero basta que tales factores sean suficientemente fuertes en conjunto para asegurar a aquellas empresas una independencia de comportamiento, aún si existen diferencias en intensidad en su influencia sobre diferentes mercados.”

Por su parte, en Hoffmann- La Roche la Corte Europea de Justicia sostuvo:

“38. La posición dominante así mencionada hace relación a una posición de fortaleza económica detentada por una empresa, que la pone en capacidad para impedir que se mantenga la competencia efectiva en el mercado relevante confiriéndole el poder de actuar en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y en últimas de sus consumidores.

39. Tal posición no impide alguna competencia, la cual es inexistente cuando existe un monopolio o cuasi-monopolio, pero capacita a la empresa que se beneficia de ella si no para determinar, al menos para tener una influencia apreciable sobre las condiciones bajo las cuales la competencia se desarrollará, y en cualquier caso para actuar sin considerar tal competencia en la medida en que tal conducta no opere en detrimento de tal competencia.”

Comentaristas en el derecho europeo han cuestionado si el criterio para establecer la existencia de una posición de dominio es, entonces, la capacidad de una empresa para impedir la competencia efectiva o la capacidad para actuar independientemente de otros competidores, de los clientes o consumidores.

A las dificultades anteriores, se suman otras propias relacionadas con la definición del mercado relevante dentro de una investigación contra una empresa respecto de la cual se

afirme que tiene posición dominante. Esas dificultades tienen que ver con identificar barreras de entrada (legales, económicas, estratégicas), la existencia de competencia actual y potencial, entre otras.

La Corte Europea de Justicia ha sostenido que en determinadas circunstancias el abuso puede ser en un mercado diferente de aquel en el cual se tiene posición de dominio. Así lo afirmó en el caso Tetra Pak International v Comisión [1996] ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662.

Tal Corte también sostuvo en el caso Michelin que:

“La conclusión de que una empresa tiene una posición de dominio no es en sí misma una recriminación sino que simplemente significa que, independientemente de las razones por las cuales tiene tal posición dominante, la empresa en cuestión tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta limite la competencia libre y genuina en el mercado común.”

En otros casos como Compagnie Maritime Belge Transports v Comisión [2000] 4 CMLR 1076, la Corte Europea de Justicia sostuvo que la empresa en posición de dominio tiene una responsabilidad especial determinada por las circunstancias del caso y por el nivel de competencia prevaleciente en el mercado. Sobre esas bases sostuvo que puede ser más probable que se considere abusiva la conducta de una empresa con una alta participación de mercado y un solo competidor, que la conducta de una empresa con menor poder de mercado.

Todo lo anterior muestra que la noción de posición de dominio es compleja. Esa noción es el paso previo necesario para poder evaluar si existe un abuso de tal posición, que es una noción separada pero vinculada con la primera. Las dos nociones parecen estar determinadas en una medida importante por los hechos y circunstancias de la conducta específica de que se trate, así como por los objetivos de política de competencia que busque alcanzar la Comisión y la Corte en tales circunstancias.

3.3) En relación con la condición de poseer una posición de dominio en el mercado común o una parte sustancial del mismo, la Corte Europea de Justicia en el caso Suiker Unie [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295, sostuvo:

“ Para el propósito de determinar si un territorio específico es suficientemente amplio para constituir una parte sustancial del mercado común dentro del significado del artículo [82] del Tratado, debe tenerse en cuenta el patrón y volumen de producción y consumo del mencionado producto, así como los hábitos y oportunidades económicas de vendedores y compradores.”

3.4) En el Tratado de la UE no existe una definición de posición dominante. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia en el caso Michelin v Comisión [1983] ECR 3461, consideró que tal posición consiste en *“la fortaleza económica ejercida por una empresa que la pone en capacidad para restringir el mantenimiento de una competencia*

efectiva en el mercado relevante al permitirle comportarse en una medida significativa en forma independiente de sus competidores, clientes y en últimas de los consumidores.”

Por su parte, el artículo 45 numeral 5º del decreto 2153 de 1992 define posición dominante como *“La posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado.”*

En principio, no parecen existir diferencias conceptuales sustanciales entre las dos nociones de posición dominante en el derecho de la UE y en el Colombiano. De hecho, si la fortaleza económica de una empresa la pone en capacidad de actuar independientemente de la presión competitiva de sus competidores, clientes y consumidores en un determinado mercado relevante, es porque está en posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de tal mercado. Nótese que tales condiciones no incluye solo el precio. La calidad es otro factor entre muchos otros que forman parte de las condiciones de un mercado. En consecuencia, la capacidad de actuar independientemente abarca el conjunto de las condiciones competitivas relevantes en un mercado.

Sin embargo, como antes se vio, la noción de posición de dominio en el derecho de la UE no es única.

3.5) Según el artículo 82 del Tratado de la UE, la posición dominante puede ser ejercida por dos o más empresas.

En el derecho colombiano, en cambio, no existe una mención expresa de la posibilidad de ejercicio de una posición colectiva de dominio por parte de dos o más empresas.

3.6) El artículo 82 del Tratado de la UE indica una lista de conductas que considera abusivas de posición dominante:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones e transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”*

Por su parte, el artículo 50 del decreto 2153 de 1992 establece:

“Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

- 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;*
- 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;*
- 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
- 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*
- 6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

En el derecho de la UE la lista de conductas constitutivas de abuso de posición dominante no es taxativa. Constituyen simplemente ilustraciones de conductas abusivas de posición de dominio. En tal sentido se consideran conductas abusivas de posición de dominio en el derecho de la UE conductas tales como precio excesivo, precios predatorios, discriminación de precios, negativa de suministro, abuso de derechos de propiedad industrial, ventas atadas, limitar la producción los mercados o el desarrollo técnico, entre otras conductas.

Por el contrario, en el derecho colombiano no es claro si la relación de conductas que hace el artículo 50 constituye una lista taxativa. En principio, la redacción del encabezamiento del texto sugiere que la lista tiene tal carácter. Además, la tradición jurídica del país ha sido que una conducta solo es ilegal cuando está expresamente prohibida por una norma.

Los artículos 29 y 333 de la Constitución son un reflejo de tal tradición. La segunda de tales normas señala que:

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”.

Según la Constitución, la delimitación del alcance de la libertad económica corresponde a la ley. Esta puede delimitar ese alcance relacionando las conductas concretas que busca prohibir. Alternativamente puede señalar los criterios que hagan posible establecer las conductas prohibidas.

Sin embargo, el decreto 2153 de 1992 no establece unos criterios concretos para identificar las conductas que pueden constituir abuso de posición de dominio. Esa norma simplemente relaciona unas conductas que considera abusivas.

Sobre esas bases, la conclusión parecería ser que las conductas constitutivas de abuso de posición dominante son las expresamente indicadas en el artículo 50 del decreto 2153 de 1992, sin perjuicio de lo dispuesto por otras normas legales para algunos sectores específicos, como la ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

3.7) En el derecho colombiano algunas conductas se encuentran exceptuadas de las prohibiciones contenidas en el artículo 44. Si una conducta específica no se encuentra cubierta por una de tales excepciones, la legalidad de la conducta debe ser examinada a la luz del artículo 50. Si se prueba que una conducta tiene efectos significativos en un mercado relevante, que la realizó una empresa que tiene posición de dominio en ese mercado y la conducta reúne los supuestos de hecho a que se refiere uno o varios de los numerales del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, en principio esa conducta se considera como un abuso de posición de dominio. En consecuencia, esa conducta da lugar a una sanción.

Sin embargo, en el derecho de la UE existe el principio de proporcionalidad para evaluar si una conducta constituye abuso de posición de dominio. En ese sistema legal se reconoce que la proporcionalidad de la conducta en relación con los intereses legítimos comprobables que busque una empresa con posición de dominio, puede justificar tal conducta. Por ende, tal justificación puede hacer que la conducta no sea considerada abusiva. Esa justificación tiene que ser objetivamente necesaria. Por ejemplo, un productor dominante puede en determinados mercados cortar el suministro a un deudor que no paga o puede ofrecer descuentos a clientes cuando ellos reflejan ahorros en costos.

En el caso *United Brands v Comisión* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 la Corte Europea de Justicia sostuvo:

“189. Aunque es cierto, como lo puntualiza el solicitante, que el hecho que una empresa esté en posición dominante no puede desautorizarla de proteger sus propios intereses comerciales si ellos son atacados y que debe ser reconocido a tal empresa el derecho de tomar las medidas razonables que considere apropiadas para proteger los mencionados intereses, tal conducta no puede ser aprobada si su propósito real es fortalecer tal posición dominante y abusar de ella.

190. Aún si la posibilidad de un contra ataque es aceptable, ese ataque debe ser proporcional a la amenaza tomando en cuenta la fortaleza económica de las empresas que se enfrentan.”

En el derecho colombiano, en cambio, no se ha desarrollado un concepto como el de la justificación y la proporcionalidad a pesar de que el artículo 2º numeral 1º del decreto 2153 de 1992 establece que es función de la SIC:

“Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.”

3.8) La quinta condición para la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 82 del Tratado de la UE consiste en que la conducta de la empresa o empresas con posición dominante pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

Según la posición adoptada por la Corte Europea de Justicia en el caso Hugin v Comisión [1979] ECR 1869 [1979] 3 CMLR 345:

“La interpretación y aplicación de la condición relacionada con los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros contenida en los artículos [81] y [82] del Tratado debe estar basada sobre el propósito de esa condición que es definir, en el contexto de la ley que gobierna la competencia, el límite entre las áreas cubiertas respectivamente por el derecho de la Comunidad Europea y el derecho de los Estados miembros. Así, el derecho comunitario cubre cualquier acuerdo o cualquier práctica que está en capacidad de constituir una amenaza a la libertad de comercio entre los Estados miembros de una manera que puede perjudicar el logro de los objetivos de un mercado único entre los Estados miembros, específicamente por la división de los mercados nacionales o por la afectación de la estructura de la competencia dentro del mercado común. De otra parte la conducta cuyos efectos están confinados al territorio de un solo Estado miembro está gobernada por el orden legal de ese Estado.”

7.4 Concentraciones empresariales

4.1) Tanto en el derecho de la UE como en el derecho colombiano existe control previo sobre concentraciones empresariales.

Sin embargo, a diferencia del derecho colombiano en el cual no existe una definición sobre qué clase de operaciones producen una concentración, en el derecho de la UE sí existe una definición sobre tal materia.

Bajo el derecho de la UE, artículo 3º del Reglamento 139/2004, existe una concentración no solo como resultado de la fusión o adquisición de empresas. También existe una concentración como efecto de derechos, contratos u otros medios que confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. Las empresas en participación también pueden dar lugar a una concentración empresarial.

Es explícito el propósito de tal Reglamento de abarcar todas las operaciones que implican un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y en consecuencia en la estructura del mercado.

A pesar que en el derecho colombiano no existe una definición de concentración, el artículo 4º de la ley 155 de 1959 establece que están sujetas a control “las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración”.

Esa norma, tal como ha sido aplicada, ha conducido a controlar operaciones como las definidas por el reglamento Europeo de concentraciones empresariales. Sin embargo, la falta de una definición legal expresa y clara, introduce un amplio margen de incertidumbre para los participantes en los mercados sobre las operaciones que deben informar a la autoridad de competencia. Ello implica un alto poder de discrecionalidad de la autoridad de competencia.

En el Reglamento europeo de concentraciones también existe una regla que establece cuándo no se produce una concentración. Una regla como esa no existe en el derecho colombiano.

4.2) Las concentraciones sujetas a evaluación por parte de la Comisión Europea son únicamente aquellas de dimensión comunitaria. Ello implica que ese control es aplicable “a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro” como lo dice el Reglamento. Las concentraciones que carecen de esa dimensión, corresponde conocerlas a las autoridades de los Estados miembros y están sujetas a las normativas de cada uno de esos Estados. Así lo indica el considerando 8º del Reglamento de la UE.

Según tal Reglamento, “se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado, con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma.”

El régimen de la UE es aplicable únicamente a concentraciones con esa dimensión porque busca garantizar la competencia libre en el mercado común. Ese régimen busca contribuir a la reducción de las barreras internacionales al comercio y a la inversión entre los Estados miembros. Como lo dicen los considerandos del Reglamento europeo de concentraciones:

“(3) La realización del mercado interior y de la unión económica y monetaria, la ampliación de la Unión Europea y la reducción de las barreras internacionales al comercio y a la inversión seguirán dando lugar a

importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente en forma de concentraciones.

(4) Estas reorganizaciones deben valorarse de forma positiva en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad.

(5) No obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

(6) Por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones. El Reglamento (CEE) n° 4064/89 ha permitido desarrollar una política comunitaria en este ámbito. No obstante, a la luz de la experiencia adquirida, en estos momentos resulta oportuno refundir dicho Reglamento en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea. Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del Tratado, el presente Reglamento no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar que no se distorsione la competencia en el mercado común, conforme al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.

(23) Es preciso determinar si las concentraciones de dimensión comunitaria son compatibles con el mercado común desde el punto de vista de la necesidad de mantener y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común. Al hacerlo, la Comisión debe inscribir su evaluación en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales establecidos en el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea."

El fin del control previo de concentraciones en el derecho colombiano no está asociado con la creación de un mercado común. El fin no es explícito en la ley 155 de 1959 o en el decreto 2153 de 1992. Sin embargo, a la luz del artículo 333 de la Constitución el fin de ese control es impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En todo caso, bajo la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, tal como han sido desarrollados por la SIC, solo existe deber de informar a la autoridad de competencia, antes de efectuar una operación de integración, cuando las empresas que participan en ella tienen ingresos operacionales conjuntos o activos totales en conjunto superiores a 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.3) Debe ponerse de presente cuales son los criterios sustanciales que debe aplicar la Comisión Europea para evaluar una concentración de dimensión comunitaria.

Es pertinente en tal sentido citar los considerandos del Reglamento de concentraciones de la UE:

“(24) Para garantizar un régimen de competencia no distorsionada en el mercado común en desarrollo de una política guiada por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, el presente Reglamento debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la competencia en la Comunidad. En consonancia, el Reglamento (CEE) n° 4064/89 estableció el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que crease o reforzase una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debía declararse incompatible con el mercado común.

(25) Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) n° 4064/89 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante.

(26) Los obstáculos significativos a la competencia efectiva se derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante. A fin de preservar la orientación que cabe extraer de pasadas sentencias de los Tribunales europeos y de decisiones de la Comisión en relación con el Reglamento (CEE) n° 4064/89 y mantener a la vez la coherencia con los estándares de perjuicio para la competencia aplicados por la Comisión y los Tribunales comunitarios

en relación con la compatibilidad de las concentraciones en el mercado común, el presente Reglamento debe en consecuencia consagrar el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, ha de ser declarada incompatible con el mercado común.”

Nótese que el criterio de evaluación de las concentraciones bajo el régimen de la UE incluye la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva. Ese criterio amplio exige analizar en particular, pero no exclusivamente, si una concentración crea o refuerza una posición dominante.

Ese criterio sustancial es similar al previsto en el derecho colombiano. Como antes se indicó, el artículo 333 de la Constitución ordena al Estado no solo evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante. Esa norma también ordena impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica. Ese mandato constitucional condiciona el criterio de evaluación establecido por el parágrafo 1º del artículo 4º de la ley 155 de 1959 según el cual la autoridad debe objetar la operación de integración “si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia”.

Aunque el régimen de la UE es aplicable a concentraciones que pueden implicar una modificación estructural en el mercado común, el criterio sustancial para su evaluación es, entonces, similar al previsto en el derecho colombiano.

4.4) Según el artículo 7º del Reglamento de la UE, una concentración sujeta a esa normativa no puede ejecutarse antes de ser notificada o antes de que haya sido declarada compatible con el mercado común. La Comisión puede conceder una dispensa de tal obligación. Pero tal decisión debe ir acompañada de condiciones y obligaciones con el fin de garantizar las condiciones de una competencia efectiva.

Por su parte, la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 no contemplan una posibilidad como la citada dispensa.

En todo caso, tanto bajo el derecho de la UE como en el derecho colombiano la validez de una concentración puede afectarse si se ejecuta antes de informar a la autoridad o de que esta se pronuncie. Así lo establecen los artículos 7 y 8 del Reglamento de la UE y el artículo 19 de la ley 155 de 1959.

4.5) El propio Reglamento de la UE reconoce que las concentraciones empresariales puede estar sujetas no solo al Reglamento de concentraciones. En efecto, el considerando 7º de tal Reglamento afirma que:

“(7) Los artículos 81 y 82, aunque aplicables a determinadas concentraciones según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no distorsionada previsto en el Tratado. Por tanto, el presente Reglamento deberá basarse no sólo en el artículo 83 sino

principalmente en el artículo 308 del Tratado, en virtud del cual la Comunidad puede dotarse de los poderes de acción adicionales necesarios para lograr sus objetivos, también por lo que se refiere a las concentraciones en los mercados de productos agrícolas enumerados en el anexo I del Tratado.”

Un reconocimiento similar a ese no existe en forma expresa en la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

4.6) La Comisión Europea está autorizada por el Reglamento para publicar unas guías que brinden certeza en los mercados sobre el marco económico que usa para la evaluación de las concentraciones empresariales. La Comisión ha ejercido esa facultad.

En el derecho colombiano no existe una facultad expresa como esa. Sin embargo, la facultad del numeral 21 del artículo 2º del decreto 2153 de 1992 parece facultar a la SIC para hacerlo.

4.7) En el Reglamento de la UE está prevista expresamente la facultad de establecer compromisos que hagan posible compatibilizar una concentración con el mercado común. En el decreto 2153 de 1992 no existe una facultad expresa como esa. Sin embargo, se ha ejercido en desarrollo del artículo 4º de la ley 155 de 1959 y del numeral 14 del artículo 4º del decreto 2153 de 1992.

4.8) Los artículos 6º y 8º del Reglamento de la UE facultan a la Comisión para ordenar la disolución de una concentración cuando no se cumpla alguna de las obligaciones impuestas mediante la decisión que declare que una concentración es compatible con el mercado común.

La ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992 no contienen una facultad expresa como esa.

ANEXOS SOBRE MONOPOLIOS DESIGNADOS Y EMPRESAS DEL ESTADO

8 Servicios de Interés General en Europa

Apartes de la Comunicación de la Comisión Europea sobre los Servicios de Interés General en Europa. Tomado de la Comunicación de la Comisión Europea número 2001/C 17/04.

14) Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. Esto no quiere decir que en muchos casos el mercado no sea el mejor mecanismo para prestar tales servicios. Muchas necesidades básicas, por ejemplo comida, ropa o alojamiento, son cubiertas exclusiva o mayoritariamente por el mercado. Sin embargo, si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicios de interés general varias prestaciones de servicio concretas con objeto de satisfacer estas necesidades. El cumplimiento de estas obligaciones puede implicar, aunque no necesariamente, la concesión de derechos especiales o exclusivos, o la instauración de mecanismos específicos de financiación. La definición de una misión específica de interés general y del consiguiente servicio necesario para cumplir dicha misión no implica necesariamente un método específico de prestación de servicios. El caso clásico es la obligación de servicio universal, es decir, la obligación de prestar cierto servicio en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad, con independencia de la rentabilidad de las operaciones individuales.

15) Los poderes públicos pueden decidir imponer obligaciones de interés general a todos los operadores de un mercado o, en algunos casos, designar un operador o un número limitado de éstos con obligaciones específicas, sin concederle es derechos especiales o exclusivos. De esta manera, se facilita la mayor competencia y los usuarios mantienen una libertad máxima por lo que se refiere a la elección del prestador de servicios. En los casos en que solamente se encarga de las obligaciones de servicio público un operador o un número limitado de operadores que compiten en cierto mercado mientras que los demás no, puede ser preciso implicar a todos los operadores activos en ese mercado en la financiación de los costes adicionales netos del servicio de interés general mediante un sistema de cargas adicionales o a través de un fondo de servicio público. En este caso, es importante que la carga soportada por cada empresa sea proporcional a su actividad en el mercado y este claramente diferenciada de otras cargas que deba soportar en el ejercicio normal de sus actividades.

16) Por ejemplo, actualmente el servicio de telefonía vocal pública se presta en la Comunidad bajo una obligación de servicio universal definida en la legislación comunitaria, a pesar de que en 1998 se liberalizó totalmente el sector de las telecomunicaciones. Efectivamente, las propias decisiones tomadas a principios de los años noventa en pro de liberación gradual eran un reflejo del desarrollo del mercado y de la tecnología, que hacía que el mantener derechos especiales y exclusivos en el sector ya no constituía un medio efectivo y proporcionado de garantizar los ingresos que los operadores necesitaban para prestar un servicio universal. En un mercado competitivo, el marco comunitario permitía a los Estados miembros establecer mecanismos de reparto de los costes de prestación del servicio universal según lo definido a nivel comunitario. Sin embargo, la mayor parte de los Estados miembros no han considerado necesario poner en marcha dichos sistemas, dado que los costes implicados son relativamente bajos.

17) No obstante, ciertos servicios de interés general no se prestan a que exista una pluralidad de prestadores, por ejemplo cuando solamente puede ser económicamente viable un único proveedor. En estas circunstancias, los poderes públicos suelen atribuir

generalmente derechos exclusivos y especiales de prestación del servicio de interés general otorgando concesiones por periodos limitados mediante procedimientos de licitación. La competencia en el momento de la adjudicación de la licitación garantiza que las misiones asignadas a un servicio de interés general se cumplen al menor coste público.

18) Cuando ninguna de las primeras dos opciones permite el cumplimiento satisfactorio de la misión de interés general, puede ser necesario combinar la atribución a un solo operador o a un número limitado de operadores de una misión concreta de servicio público, con la concesión o el mantenimiento de derechos especiales o exclusivos a favor de ese operador o grupo de operadores. En este caso, así como en la situación antes descrita de concesión de derechos exclusivos mediante un procedimiento de licitación, los poderes públicos pueden garantizar la financiación apropiada permitiendo que los operadores concesionarios realicen la misión particular de servicio público que se les ha encomendado.

19) La observancia de las disposiciones del Tratado CE y, en especial, de las de competencia y mercado interior es completamente compatible con la garantía de la prestación de servicios de interés general. El artículo 86 del Tratado, y en particular su apartado 2, constituye la disposición fundamental para compaginar los objetivos comunitarios, incluidos los de las libertades de competencia y de mercado interior, por una parte, con el cumplimiento efectivo de la misión de interés económico general encomendada por poderes públicos, por otra parte. Este artículo dice así:

“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.”

20) Para comprender la forma en que estas disposiciones afectan a las medidas a las medidas tomadas por los poderes públicos para garantizar la prestación de ciertos servicios al público, conviene formular tres principios que constituyen la base de la aplicación del artículo 86. Estos principios son: neutralidad, libertad para definir, y proporcionalidad.

21) La neutralidad de la propiedad pública o privada de las empresas está garantizada en el artículo 295 del Tratado CE. Por una parte, la Comisión no se cuestiona si las empresas responsables de prestar servicios de interés general deben ser públicas o privadas. Por lo

tanto, no impone la privatización de las empresas públicas. Por otra parte, las normas del Tratado y, en especial, las de competencia y mercado interior se aplican independientemente del propietario (público o privado) de una empresa.

22) La libertad de los estados miembros para definir significa que los Estados miembros son ante todo responsables para definir lo que consideran servicios de interés económico general basándose en las características específicas de las actividades. Esta definición solo puede estar sujeta al control de los errores manifiestos. Pueden conceder los derechos especiales o exclusivos necesarios a las empresas encargadas de su prestación, regular sus actividades y, llegado el caso, financiarlas. En las áreas que no están cubiertas específicamente por una normativa comunitaria, los Estados miembros gozan de un amplio margen para definir sus políticas, que solamente pueden estar sujetas al control de los errores manifiestos. Si un servicio es o no es de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que solo se deciden sobre todo a nivel local. El papel de la Comisión es velar por que los medios empleados sean compatibles y coherentes con el derecho comunitario. Sin embargo, en todos los casos, para aplicar la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 86, se debe definir claramente la misión de servicio público y este debe encomendarse explícitamente a través de un acto del poder público (incluso un contrato). Esta obligación es necesaria para garantizar la seguridad jurídica así como la transparencia respecto a los ciudadanos y es imprescindible para que la Comisión evalúe su proporcionalidad.

23) La proporcionalidad de conformidad con el apartado 2 del artículo 86 implica que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no crearan distorsiones innecesarias del comercio. Concretamente, hay que asegurar que ninguna restricción a las normas del Tratado CE y, en especial, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado interior excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión. La prestación del servicio de interés económico general debe estar garantizada y las empresas responsables deben poder soportar la carga específica y los costes adicionales netos de la misión particular que se les asigna. La Comisión efectúa ese control de la proporcionalidad, sujeto a revisión judicial por parte del Tribunal de Justicia, de manera razonable y realista, como queda ilustrado por el uso que realmente hace de los poderes decisorios que le confiere el apartado 3 del artículo 86.

24) Los principios formulados en el artículo 86 permiten un equilibrio flexible y en función del contexto que tiene en cuenta las diversas circunstancias y objetivos de los Estados miembros así como los requisitos técnicos que pueden variar según el sector.

25) La experiencia proporciona una tipología suficientemente amplia, referente a las formas concretas de compaginar los requisitos de interés general con los de competencia y mercado interior (7). Según lo descrito arriba, los Estados miembros tienen varias posibilidades de garantizar la prestación de servicios de interés general, que van desde la apertura del mercado a la competencia, pasando por la imposición de obligaciones de servicio público, hasta la concesión de derechos exclusivos o especiales a un solo operador o a un número limitado de operadores, con o sin aportación de financiación.

26) Con respecto al problema específico de la financiación, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas decidió recientemente que la compensación concedida por el Estado a una empresa por la realización de deberes de interés general

constituye ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 87 Tratado CE (8). Aunque no se le apliquen las excepciones contempladas en los artículos 73 u 87, puede, sin embargo, ser compatible con el Tratado CE con arreglo al apartado 2 del artículo 86. Tal es el caso cuando se cumplen todas las condiciones de esta disposición y, en especial, cuando la compensación no supera los costes adicionales netos de la misión particular asignada a la empresa. La Comisión considera que siempre que la compensación se fije por un período adecuado de resultados de un procedimiento de licitación abierto, transparente y no discriminatorio, se presume que tal ayuda es compatible con las normas del Tratado sobre ayudas estatales (9).

27) Incluso antes de delimitar el grado de la excepción a las normas de competencia y mercado interior permitido por el artículo 86, vale la pena evaluar si se aplican verdaderamente tales normas comunitarias. Para hacer esta evaluación, se deberían tener en cuenta tres consideraciones: la distinción entre actividades económicas y no económicas, el efecto sobre el comercio entre Estados miembros y la política comunitaria ante casos de menor importancia.

28) Las condiciones del artículo 86 hacen referencia a servicios de interés económico general. Generalmente las normas de competencia y mercado interior no se aplican a las actividades no económicas y, por lo tanto, no tienen ningún impacto sobre los servicios de interés general en la medida en que estos servicios constituyen actividades no económicas.

Esto significa en primer lugar que los asuntos que son intrínsecamente prerrogativas del Estado (tales como garantizar la seguridad interior y exterior, la administración de la justicia, la política de asuntos exteriores y otros ejercicios del poder público) están excluidos de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior. Por lo tanto, el artículo 86 y sus condiciones no entran en juego. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado, por ejemplo, que un organismo que controla y supervisa el espacio aéreo y que cobra un importe por usar su sistema de navegación aérea o un organismo de Derecho privado que lleva a cabo la vigilancia de la contaminación en un puerto de mar ejercen poderes que corresponden típicamente a una autoridad pública y que no tienen carácter económico.

29) En segundo lugar, los servicios tales como la educación nacional y los regímenes básicos obligatorios de seguridad social también están excluidos de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior. Por lo que se refiere al primero de estos servicios, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que el Estado, al establecer y mantener tal sistema, no pretende dedicarse a una actividad lucrativa sino que cumple su deber para con su propia población en los campos social, cultural y educativo. Por lo que se refiere al segundo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que las organizaciones encargadas de gestionar regímenes de seguridad social impuestos por el Estado, tales como el seguro obligatorio de enfermedad, que se basan en el principio de solidaridad, sin ánimo de lucro y cuyas prestaciones no son proporcionales al importe de las cotizaciones obligatorias, cumplen una función exclusivamente social y no ejercen una actividad económica.

30) De forma más general, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muchas actividades llevadas a cabo por organizaciones que desempeñan en gran medida funciones sociales, que no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y mercado interior. Esto abarca varias actividades no económicas de organizaciones tales como sindicatos, partidos políticos, iglesias y sociedades religiosas, asociaciones de consumidores, asociaciones culturales, organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda. Sin embargo, siempre que una de estas organizaciones, al realizar una tarea de interés general, se dedique a actividades económicas, la aplicación de las normas comunitarias a estas actividades económicas se regirá por los principios establecidos en la presente Comunicación respetando en especial el entorno social y cultural en el que tienen lugar las actividades pertinentes. Por otra parte, cuando el Derecho comunitario se aplique a estas actividades, la Comisión examinará también, a la luz de una reflexión más genérica sobre sus poderes discrecionales, si, según los intereses de la Comunidad, es necesario incoar un procedimiento en estos casos, a tenor de sus obligaciones legales establecidas en el Tratado CE.

31) Cabe también señalar que la normativa comunitaria de competencia solamente se aplica cuando la conducta en cuestión puede afectar al comercio entre Estados miembros. Asimismo, las normas del Tratado por las que se establece la libre prestación de servicios no se aplican cuando todas las facetas de estas actividades se limitan a un único Estado miembro.

32) Con respecto a las normas sobre competencia (artículos 81 y 82 del Tratado CE), normalmente una actividad que sólo afecta al mercado de forma insignificante -como puede ser el caso de varios servicios de interés general de carácter local- no afectará al comercio entre Estados miembros y, por lo tanto, no estará sujeta a las normas comunitarias. Asimismo cabe citar la política de no aplicar las reglas comunitarias de competencia a los asuntos de menor importancia, política que la Comisión ha explicado detalladamente. También en estos casos es probable que muchos servicios locales se consideren asuntos de menor importancia y, por lo tanto, la Comisión no tendrá que proceder contra este tipo de presuntas infracciones de las normas de competencia.

33) En cuanto a la evaluación con arreglo a las normas del Tratado CE sobre ayudas estatales, es verdad que el importe relativamente pequeño de la ayuda o el tamaño relativamente pequeño de la empresa que la recibe no excluye la posibilidad de que se pueda ver afectado el comercio intracomunitario. Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, el criterio de afectar al comercio sólo se cumple cuando el beneficiario de la ayuda desarrolla una actividad económica que concierne al comercio entre Estados miembros. La Comisión también fija unos umbrales por debajo de los cuales no se aplican las normas sobre ayudas estatales. Fruto de ello, es probable que muchos servicios locales no entren en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales.

34) Por otra parte, la financiación pública de servicios de interés económico general que pueden afectar al comercio debe examinarse habida cuenta de las disposiciones específicas sobre ayudas estatales recogidas en el Tratado para examinar si está permitida a pesar de todo. Además de la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 86 antes

citada, existen varias excepciones concretas a la prohibición de conceder ayuda estatal. Especial interés presentan, por ejemplo, las excepciones previstas en el artículo 73 para las ayudas al transporte y en la letra d) del apartado 3 del artículo 87 para las ayudas que promuevan la cultura y la conservación del patrimonio. Las condiciones para la compatibilidad de conformidad con el apartado 3 del artículo 87 se establecen en marcos o directrices tales como los referentes a las ayudas estatales para pequeñas y medianas empresas, para empresas en zonas urbanas desfavorecidas, ayudas al empleo y la formación, las ayudas de finalidad regional, ayudas para la protección del medio ambiente y para la investigación y el desarrollo.

35) Los principios fijados en la presente Comunicación se aplican a todos los sectores económicos. Por ejemplo, a raíz de una petición del Consejo Europeo, la Comisión adoptó en 1998 un Informe al Consejo de Ministros sobre los servicios de interés económico general en el sector bancario, basado en un cuestionario dirigido a todos los Estados miembros. De la investigación de la Comisión se desprende que varios Estados miembros consideran que ciertas entidades de crédito cumplen tareas específicas que constituyen servicios de interés económico general. Estas tareas comprenden principalmente el fomento de la pequeña y mediana empresa, la concesión o garantía de créditos a la exportación, los préstamos para viviendas sociales, la financiación municipal, la financiación de proyectos de infraestructura y el desarrollo regional. Dos Estados miembros consideran que el suministro de una infraestructura financiera básica por cierto grupo de entidades de crédito que ofrezca una cobertura como la descrita en el punto 10 constituye un servicio de interés económico general. El informe concluye que hay que examinar la compatibilidad de cada uno de estos regímenes y tareas con el apartado 2 del artículo 86 del Tratado CE de forma individual.

36) Finalmente, a medida que se desarrollan las tecnologías y los mercados, las autoridades públicas y los operadores se enfrentan progresivamente con nuevas incertidumbres en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario a sus actividades. Así pues, la Comisión continuará reflexionando sobre la mejor forma de utilizar los instrumentos de que dispone con objeto de aumentar la seguridad jurídica. Con la experiencia obtenida de las nuevas situaciones en el campo de los servicios de interés general, la Comisión se esforzará por clarificar aún más el ámbito de aplicación y los criterios de compatibilidad con la normativa comunitaria. Esto se hará, según es práctica habitual, en estrecha consulta con los Estados miembros. Entre los instrumentos empleados a este efecto figuran las comunicaciones, directrices y reglamentos.

9 TLC entre Colombia y Estados Unidos

Artículos 13.5, 13.6 y 13.11 del TLC entre Colombia y los Estados Unidos de América.

Artículo 13.5: Monopolios Designados

1. Reconociendo que los monopolios designados no deben operar de manera tal que creen obstáculo al comercio y la inversión, cada Parte garantizará que cualquier monopolio de

propiedad privada que designe después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo y que cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado:

(a) actué de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con este Acuerdo, en los casos en que dicho monopolio ejerza cualquier facultad regulatoria, administrativa u otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado en conexión con la mercancía o servicio monopólico, como por ejemplo el poder de otorgar licencias de importación o exportación, aprobar transacciones comerciales, o imponer cuotas, derechos u otros cargos;

(b) actué exclusivamente con consideraciones comerciales en sus adquisiciones o ventas de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante, incluso en lo relativo al precio, la calidad, la disponibilidad, la comercialización, el transporte y demás términos y condiciones de adquisición o venta, salvo en lo referente al cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los subpárrafos (c) o (d);

(c) otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de otra Parte a los proveedores de servicio de otra Parte en su adquisición o venta de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante; y

(d) no utilice su posición monopólica para incurrir, ya sea directa o indirectamente, incluso a través de transacciones con su casa matriz, subsidiarias u otras empresas de propiedad común, en prácticas anticompetitivas en un mercado no monopolizado en su territorio, que afecten negativamente a las inversiones cubiertas.

2. Nada en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una de las Partes designar un monopolio.

3. Este artículo no se aplica a la contratación pública, tal como está definida en el artículo 1.3 (Definiciones de Aplicación General).

Artículo 13.6: Empresas del Estado

1. Las Partes reconocen que las empresas del Estado no deben operar de tal forma que creen obstáculos a la inversión y el comercio. En ese sentido, cada Parte garantizará que cualquier empresa del Estado que establezca o mantenga:

(a) actué de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte bajo este Acuerdo, cuando tales empresas ejerzan cualquier facultad administrativa, regulatoria u otra facultad gubernamental que la Parte haya delegado, tales como el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos; y

(b) otorgue trato no discriminatorio en la venta de bienes o servicios o inversiones cubiertas.

2. Nada en este capítulo se interpretará en sentido de impedir que una Parte establezca o mantenga una empresa del Estado.

Artículo 13.11: Definiciones

Para efectos de este capítulo:

De acuerdo con consideraciones comerciales significa que sea consistente con las prácticas normales de negocios de empresas privadas en el negocio o industria relevante;

Delegación incluye un otorgamiento legislativo y una orden, instrucción u otro acto gubernamental, mediante el cual se transfiere al monopolio o a la empresa del Estado, o se autoriza al monopolio o a la empresa del Estado, el ejercicio de una facultad gubernamental;

Designar significa establecer, designar o autorizar a un monopolio, o extender el ámbito de un monopolio para cubrir una mercancía o servicio adicional, ya sea formalmente o de hecho;

Mercado significa el mercado geográfico y comercial para una mercancía o servicio;

Monopolio significa una entidad, incluida un consorcio o una agencia de gobierno, que en cualquier mercado relevante en territorio de una Parte sea designado como el proveedor o comprador único de una mercancía o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual únicamente en virtud de tal otorgamiento;

Monopolio gubernamental significa un monopolio que es de propiedad, o se encuentra controlado a través de intereses de dominio, por el gobierno central de una Parte o por otro monopolio gubernamental; y

Trato no discriminatorio significa el mejor entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida, según lo establecido en las disposiciones pertinentes de este Acuerdo.

ANEXOS RÉGIMEN SUSTANCIAL DE COMPETENCIA

10 Normas sobre competencia contenidas en Tratado de la UE

Artículo 81.

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedaran prohibidos todos los Acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto y efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;*
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 82:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones e transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Artículo 83.

1. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptara los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82;

2. Las disposiciones a que se refiere e apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

- a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 81 apartado 1 y 82, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas;*
- b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 81, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo;*
- c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82;*
- d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado;*
- e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra.*

Artículo 84.

Hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 83, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del artículo 81, en particular las de su apartado 3, y las del artículo 82.

Artículo 85.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestaran su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella.

2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación.

Artículo 86.

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

Artículo 87:

1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;*
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;*
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión."*

Artículo 88:

1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia, no obstante lo dispuesto en los artículos 226 y 227.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 87 o en los reglamentos previstos en el artículo 89, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el primer párrafo del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 87, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

Artículo 89:

El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 87 y 88 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 88 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento.

11 Normas de la UE sobre Concentraciones Empresariales contenidas en el Reglamento CE139/2004

Artículo 2. Evaluación de las concentraciones.

1. Las concentraciones contempladas en el presente reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) La necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

4. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3º tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado, con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.

5. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular:

- Si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado

relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a este,
- si la coordinación directamente derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate.

Artículo 3°. Definición de concentración.

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o

b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o e conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

3. Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas:

a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios d dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

4. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración e el sentido de la letra b) del apartado 1.

5. Se entenderá que no se produce una concentración:

a) cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o solo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de una año desde la fecha de la adquisición; la Comisión podrá prorrogar este plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido;

b) cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a una normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo;

c) cuando las operaciones mencionadas en la letra b) del apartado 1 sean realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (6), con la restricción, no obstante, de que los derechos de voto inherentes a las participaciones solo serán ejercidos, en particular en relación con el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia en las empresas en las que posean participaciones, para mantener el pleno valor de tales inversiones no para determinar directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dichas empresas.

Artículo 3

Definición de concentración

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o

b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

3. Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas:

a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

4. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1.

5. Se entenderá que no se produce una concentración:

a) cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se

ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición; la Comisión podrá prorrogar este plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido;

b) cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo;

c) cuando las operaciones mencionadas en la letra b) del apartado 1 sean realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad(6), con la restricción, no obstante, de que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo serán ejercidos, en particular en relación con el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia de las empresas en las que posean participaciones, para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dichas empresas

12 Normas sobre competencia en el derecho Colombiano

12.1 Ley 155 de 1959

Artículo 1º. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para economía general.

Artículo 4º. Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

Parágrafo 1°. El gobierno nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Concejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Parágrafo 2°. Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.

Parágrafo 3°. El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados, y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal.

Artículo 19. Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito.

12.2 Decreto 2153 de 1992

ARTICULO 44. Ámbito funcional.- La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

ARTICULO 45. Definiciones.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

- 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*
- 2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.*
- 3. Conducta: Todo acto o acuerdo.*
- 4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.*
- 5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*
- 6. Producto: Todo bien o servicio.*

ARTICULO 46. Prohibición.- En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

ARTICULO 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*

2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
4. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
6. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
7. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;*
8. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;*
9. *Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
10. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."*

ARTICULO 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

1. *Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.*
2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.*
3. *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.*

ARTICULO 49. Excepciones.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. *Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.*
2. *Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado;*
3. *Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.*

ARTICULO 50. Abuso de Posición Dominante.- "Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. *La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;*

2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;*
3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;*
4. *La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
5. *Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*
6. *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."*

ARTICULO 51. Integración de Empresas.- El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4o. de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras singnificativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

13 Reglamento sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas en la UE

*REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN
de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*

*LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,
Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,
Visto el Reglamento n° 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas(1), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1215/1999(2), y, en particular, su artículo 1,
Previa publicación del proyecto del presente Reglamento(3),
Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,
Considerando lo siguiente:*

(1) El Reglamento n° 19/65/CEE habilita a la Comisión para aplicar mediante reglamento el apartado 3 del artículo 81 del Tratado (antiguo apartado 3 del artículo 85) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas

concertadas que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.

(2) La experiencia adquirida hasta la fecha permite definir una categoría de acuerdos verticales que puede considerarse que, en principio, cumple las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81.

(3) Esta categoría incluye los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando estos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual. A los efectos del presente Reglamento, el término acuerdos verticales incluirá las correspondientes prácticas concertadas.

(4) A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 mediante reglamento, no es necesario determinar qué acuerdos verticales pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81 es necesario tener en cuenta varios factores, particularmente la estructura de mercado de las partes proveedora y compradora.

(5) El beneficio de la exención por categorías debe limitarse a los acuerdos verticales con respecto a los cuales se pueda asegurar con un grado suficiente de seguridad que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

(6) Los acuerdos verticales de la categoría, definidos en el presente Reglamento, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de las transacciones y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión.

(7) La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia derivados de las restricciones contenidas en los acuerdos verticales depende del grado de poder de mercado de las empresas implicadas y, por tanto, de la medida en que dichas empresas estén expuestas a la competencia de otros proveedores de bienes o servicios que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto.

(8) Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30 %, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes. En el caso de los acuerdos verticales que contienen obligaciones de suministro exclusivo, la cuota de mercado del comprador es el factor decisivo para determinar los efectos globales de tales acuerdos verticales sobre el mercado.

(9) Por encima del límite de la cuota de mercado del 30 %, no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia.

(10) No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones que no sean imprescindibles para alcanzar los efectos positivos anteriormente mencionados. En particular, los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas.

(11) Con objeto de garantizar el acceso o impedir colusión en el mercado de referencia, la exención por categorías ha de quedar sujeta a determinadas condiciones. A tal fin, la exención de las cláusulas de no competencia debe limitarse a aquellas cláusulas que no sobrepasen una determinada duración. Por las mismas razones, cualquier obligación directa o indirecta que provoque que los miembros de un sistema de distribución selectiva no vendan las marcas de determinados proveedores competidores debe ser excluida del beneficio del presente Reglamento.

(12) La limitación de la cuota de mercado, la no exención de determinados acuerdos verticales y las condiciones fijadas en el presente Reglamento deben asegurar en general que los acuerdos a los que se aplique la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

(13) En casos específicos, en los cuales un acuerdo cumpla las condiciones del presente Reglamento pero surta, sin embargo, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, la Comisión podrá retirar el beneficio de la exención por categorías. Esto podrá en particular suceder si el comprador tiene un poder de mercado significativo en el mercado de referencia en el que revende los bienes o suministra los servicios, o si redes paralelas de acuerdos verticales tienen efectos similares que restringen de manera significativa el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado. Tales efectos cumulativos pueden por ejemplo surgir en el caso de acuerdos de distribución selectiva o de obligaciones de no competir.

(14) El Reglamento n° 19/65/CEE confiere a las autoridades competentes de los Estados miembros la facultad de retirar el beneficio de la exención por categorías a los acuerdos verticales que surtan efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81, cuando tales efectos tengan lugar en su respectivo territorio o en una parte de él, y cuando dicho territorio reúna las características propias de un mercado geográfico separado. Los Estados miembros deben garantizar que el ejercicio de esta facultad de retirada de la exención se entienda sin perjuicio de la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas de competencia comunitarias o del pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas.

(15) Con objeto de reforzar la supervisión de redes paralelas de acuerdos verticales que tengan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50 % de un mercado determinado, la Comisión podrá declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos verticales que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restaurando así la plena aplicación del artículo 81 respecto de dichos acuerdos.

(16) El presente Reglamento debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del artículo 82.

(17) De conformidad con el principio de primacía del Derecho comunitario, ninguna medida adoptada en la aplicación de las leyes nacionales sobre competencia debe perjudicar la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas de competencia comunitarias o el pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas, incluido el presente Reglamento,

14 Reglamento sobre acuerdos de investigación y desarrollo en la UE

Reglamento (CE) no 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento (CEE) n° 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas(1), cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia, y, en particular, la letra b) del apartado 1 de su artículo 1,

Previa publicación del proyecto del presente Reglamento(2),

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

(1) El Reglamento (CEE) n° 2821/71 habilita a la Comisión para aplicar, mediante Reglamento, el apartado 3 del artículo 81 (antiguo apartado 3 del artículo 85) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sometidas al apartado 1 del artículo 81 que tengan como objeto la investigación y el desarrollo de productos o procedimientos hasta la fase de aplicación industrial, así como la explotación de los resultados, incluyendo las disposiciones relativas a los derechos de propiedad intelectual.

(2) El apartado 2 del artículo 163 del Tratado insta a la Comunidad a estimular a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad, y a apoyar sus esfuerzos de cooperación. De conformidad con la Decisión 1999/65/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, relativa a las normas de participación de empresas, centros de investigación y universidades, y a las normas de difusión de los resultados de la investigación para la ejecución del quinto programa marco de la Comunidad Europea (1998-2002)(3) y el Reglamento (CE) n° 996/1999 de la Comisión(4) por el que se adoptan las modalidades de aplicación de la Decisión 1999/65/CE, las acciones indirectas de investigación y desarrollo tecnológico (IDT) financiadas por el quinto programa marco de la Comunidad deben llevarse a cabo en cooperación.

(3) Los acuerdos suscritos con el fin de emprender una investigación en común o de desarrollar en común los resultados de una investigación hasta la

fase de aplicación industrial exclusiva no son objeto de la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 81. No obstante, en determinadas circunstancias, estos acuerdos pueden estar comprendidos en dicha prohibición, en particular cuando las partes se prohíben las actividades autónomas de investigación y desarrollo en un mismo campo, renunciando así a la posibilidad de obtener ventajas competitivas frente a las demás partes, dichos acuerdos pueden caer en el apartado 1 del artículo 81, por lo que procede incluirlos en el ámbito del presente Reglamento.

(4) Con arreglo al Reglamento (CEE) n° 2821/71, la Comisión adoptó, en particular, el Reglamento (CEE) n° 418/85, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo(5), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 2236/97(6). El Reglamento (CEE) n° 418/85 expira el 31 de diciembre de 2000.

(5) El nuevo Reglamento debe cumplir dos requisitos: garantizar la protección efectiva de la competencia y ofrecer la seguridad jurídica adecuada a las empresas. La persecución de dichos objetivos debería tomar en consideración la necesidad de simplificar la supervisión administrativa y el marco legislativo en la mayor medida posible. Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado puede presumirse, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, que los efectos positivos de los acuerdos de investigación y desarrollo generalmente excederán los eventuales efectos negativos sobre la competencia.

(6) El Reglamento (CEE) n° 2821/71 requiere que el Reglamento de exención de la Comisión defina las categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a las que se aplica, especifique las restricciones o cláusulas que pueden, o no, figurar en los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, y especifique las cláusulas que deben contenerse en los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y los demás requisitos que deban cumplirse.

(7) Procede apartarse de la práctica de enumerar las cláusulas exentas e insistir más en definir las categorías de acuerdos que están exentas hasta un cierto nivel de poder de mercado, así como en especificar las restricciones o cláusulas que no deben figurar en dichos acuerdos. Esto es coherente con un enfoque económico que evalúa el efecto de los acuerdos en el mercado de referencia.

(8) A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 mediante reglamento, no es necesario determinar qué acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81 es necesario tener en cuenta diversos factores, particularmente la estructura de mercado del mercado de referencia.

(9) El beneficio de exención por categorías debe limitarse a los acuerdos con respecto a los cuales se pueda asegurar con un grado suficiente de seguridad que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

(10) La cooperación en materia de investigación y desarrollo y de explotación en común de los resultados contribuye en general a promocionar el progreso técnico y económico difundiendo más ampliamente los conocimientos técnicos entre las partes, evitando las duplicidades en los trabajos de investigación y

desarrollo, estimulando los nuevos progresos gracias al intercambio de conocimientos técnicos complementarios y permitiendo una mejor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los procedimientos derivados de la investigación y desarrollo.

(11) La explotación en común de resultados puede considerarse la consecuencia natural de la investigación y desarrollo realizados en común. Puede adoptar diversas formas como la fabricación, la explotación de derechos de propiedad intelectual que contribuya sustancialmente al progreso técnico y económico, o la comercialización de nuevos productos.

(12) Cabe esperar que, en general, los consumidores saldrán beneficiados del crecimiento en volumen y eficacia de la investigación y desarrollo a través de la introducción de productos o servicios nuevos o mejorados o la reducción de precios resultante de los procedimientos nuevos o mejorados.

(13) A fin de lograr los beneficios y los objetivos de la investigación y desarrollo en común procede extender el alcance del presente Reglamento igualmente a las disposiciones contenidas en acuerdos de investigación y desarrollo que no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos, pero estén directamente relacionadas con ellos y sean necesarias para su aplicación.

(14) A fin de justificar la exención, la explotación en común debe referirse a productos o procedimientos para los que sea decisivo utilizar los resultados de la investigación y desarrollo, y cada parte debe tener la oportunidad de explotar los resultados que le interesen. Sin embargo, cuando participen en la investigación y desarrollo establecimientos académicos, institutos de investigación o empresas que realicen actividades de investigación y desarrollo como un servicio comercial que normalmente no intervengan en la explotación industrial de los resultados, podrán acordar utilizar los resultados de la investigación y desarrollo exclusivamente con el objeto de proseguir la investigación. De igual modo, los no competidores podrán acordar limitar su derecho a explotarlos a uno o más ámbitos técnicos de aplicación para facilitar la cooperación entre las partes con conocimientos complementarios.

(15) La exención concedida con arreglo al presente Reglamento debe limitarse a los acuerdos de investigación y desarrollo que no ofrecen a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate. Es necesario excluir de la exención por categorías los acuerdos entre los competidores cuya cuota combinada de mercado de productos o servicios susceptibles de ser mejorados o sustituidos por los resultados de la investigación y desarrollo exceda de un determinado nivel en el momento de la celebración del acuerdo.

(16) A fin de garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva durante la explotación en común de los resultados, hay que prever que la exención por categorías deje de aplicarse si la cuota de mercado combinada de las partes de los productos resultantes de la investigación y desarrollo en común llega a ser demasiado grande. La exención debe continuar aplicándose, con independencia de las cuotas de mercado de las partes, durante un determinado periodo tras el comienzo de la explotación en común, a fin de aguardar la estabilización de sus cuotas de mercado, particularmente después

de la introducción de un producto enteramente nuevo, y garantizar un periodo mínimo para rentabilizar las inversiones efectuadas.

(17) El presente Reglamento no debe eximir aquellos acuerdos que contengan restricciones que no sean indispensables para alcanzar los efectos positivos anteriormente mencionados. En principio, determinadas restricciones graves de la competencia, como las limitaciones de la libertad de las partes para llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en un ámbito sin relación con el acuerdo, la fijación de precios que se cobran a terceros, las limitaciones de la producción o ventas, el reparto de mercados o clientes y las limitaciones de ventas pasivas de los productos considerados en el contrato en territorios reservados a las demás partes deben quedar excluida de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas.

(18) La limitación de la cuota de mercado, la no exención de determinados acuerdos y las condiciones previstas en el presente Reglamento deben asegurar en general que los acuerdos a los que se aplique la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión.

(19) En casos específicos, en los cuales, acuerdos que entren dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento surtan, no obstante, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, la Comisión podrá suspender la exención por categorías.

(20) Los acuerdos entre empresas que no sean fabricantes competidores de productos susceptibles de ser mejorados o sustituidos por los resultados de la investigación y desarrollo solamente eliminará la competencia efectiva en la investigación y desarrollo en circunstancias excepcionales. Por tanto, procede permitir que tales acuerdos se acojan a la exención por categorías con independencia de su cuota de mercado y resolver tales casos excepcionales mediante la suspensión de su aplicación.

(21) Dado que los acuerdos de investigación y desarrollo a menudo son a largo plazo, especialmente cuando la cooperación se extiende a la explotación de los resultados, deberá fijarse el período de vigencia del Reglamento en diez años.

(22) El presente Reglamento debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del artículo 82 del Tratado.

(23) De conformidad con el principio de la primacía del Derecho comunitario, ninguna medida adoptada con arreglo a las leyes nacionales sobre competencia debe perjudicar la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas de competencia comunitarias o el pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas, incluido el presente Reglamento.

15 Reglamento de acuerdos de transferencia tecnológica

Reglamento (CE) no 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento n° 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas(1) y, en particular, su artículo 1,

Previa publicación de un proyecto del presente Reglamento(2),

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

(1) El Reglamento n° 19/65/CEE faculta a la Comisión para aplicar mediante reglamento el apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología y a las correspondientes prácticas concertadas que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando solamente participen dos empresas en dichos acuerdos o prácticas.

(2) Con arreglo al Reglamento n° 19/65/CEE, la Comisión adoptó, en particular, el Reglamento (CE) n° 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología(3).

(3) El 20 de diciembre de 2001, la Comisión publicó un Informe de evaluación de la Comisión sobre el reglamento de exención por categorías de los acuerdos de transferencia de tecnología (CE) n° 240/96(4). Se iniciaba así un debate público sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 240/96 y sobre la aplicación en general de los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de transferencia de tecnología. La respuesta al Informe de evaluación por parte de los Estados miembros y de terceros ha sido en general favorable a la reforma de la política comunitaria de competencia en materia de acuerdos de transferencia de tecnología. Por consiguiente, conviene sustituir el Reglamento (CE) n° 240/96.

(4) El presente Reglamento debe cumplir dos requisitos: garantizar la protección efectiva de la competencia y ofrecer a las empresas la seguridad jurídica adecuada. La persecución de estos objetivos debería tener en cuenta la necesidad de simplificar el marco regulador y su aplicación. Conviene apartarse de la práctica consistente en enumerar las cláusulas exentas e insistir en mayor medida en definir las categorías de acuerdos que están exentas hasta un cierto nivel de poder de mercado y especificar las restricciones o cláusulas que no deben figurar en dichos acuerdos. Esto es coherente con un enfoque económico que estriba en evaluar el impacto de los acuerdos en el mercado de referencia. La distinción entre acuerdos entre competidores y no competidores también es coherente con dicho enfoque.

(5) Los acuerdos de transferencia de tecnología consisten en la concesión de licencias de tecnología. Este tipo de acuerdos mejora por lo general la eficiencia económica y favorece la competencia ya que pueden reducir la duplicación de la investigación y desarrollo, reforzar el incentivo para la investigación y desarrollo iniciales, fomentar más la innovación, facilitar la difusión y generar competencia en el mercado de productos.

(6) La probabilidad de que estos efectos que mejoran la eficiencia y son beneficiosos para la competencia sobrepasen cualquier efecto contrario a la competencia debido a las restricciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología depende del grado de poder de mercado de las empresas interesadas y, por consiguiente, de hasta qué punto esas empresas se enfrentan a la competencia de otras que poseen tecnologías sustitutivas o que fabrican productos sustitutivos.

(7) El presente Reglamento solamente debería aplicarse a los acuerdos por los que el licenciante permite al licenciataro explotar la tecnología autorizada, posiblemente tras la ulterior investigación y desarrollo por parte de este último, para la producción de bienes o servicios. No debería aplicarse a los acuerdos de licencia con fines de subcontratación de la investigación y desarrollo. Tampoco debería aplicarse a los acuerdos de licencia para crear consorcios tecnológicos, es decir, acuerdos de creación de consorcios de tecnologías con objeto de conceder a terceros licencias sobre el paquete de derechos de propiedad intelectual creado.

(8) A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 mediante reglamento, no es necesario determinar los acuerdos de transferencia de tecnología que pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81 es necesario tener en cuenta diversos factores, particularmente la estructura y la dinámica del mercado tecnológico y de productos de referencia.

(9) La cobertura de la exención por categorías establecida por este Reglamento deberá limitarse a aquellos acuerdos de los que puede asumirse con suficiente certeza que cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 81. Para lograr los beneficios y objetivos de la transferencia de tecnología, el beneficio del presente Reglamento también debe aplicarse a las disposiciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología que no constituyan el objeto primario de tales acuerdos, pero que estén directamente relacionadas con la aplicación de la tecnología licenciada.

(10) En los acuerdos de transferencia de tecnología entre competidores cabe presumir que, cuando la cuota conjunta en los mercados de referencia correspondiente a las partes no sea superior al 20 % y los acuerdos no contengan ciertas restricciones seriamente contrarias a la competencia, suelen dar lugar a mejorar la producción o la distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

(11) En los acuerdos de transferencia de tecnología entre no competidores cabe presumir que, cuando la cuota de cada una de las partes en los mercados de referencia no sea superior al 30 % y los acuerdos no contengan ciertas restricciones especialmente contrarias a la competencia, suelen mejorar la producción o la distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

(12) Por encima de estos umbrales de cuota de mercado no cabe presumir que los acuerdos de transferencia de tecnología entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, a menudo un acuerdo de licencia exclusiva entre empresas no competidoras no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. No cabe presumir que, por encima de

estos umbrales de cuota de mercado, los acuerdos de transferencia de tecnología que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 no cumplen las condiciones de exención. Pero tampoco cabe presumir que den lugar normalmente a ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan para la competencia.

(13) No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones que no sean imprescindibles para mejorar la producción o la distribución. Concretamente, los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinados tipos de restricciones especialmente contrarias a la competencia tales como la fijación de los precios aplicados a los terceros, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de las cuotas de mercado de las empresas implicadas. Cuando existan estas restricciones especialmente graves, todo el acuerdo debe quedar excluido del beneficio de la exención por categorías.

(14) Para proteger los incentivos a la innovación y la aplicación adecuada de los derechos de propiedad intelectual, se deben excluir ciertas restricciones de la exención por categorías. Concretamente, deberían quedar excluidas las obligaciones exclusivas de cederse los derechos sobre perfeccionamientos disociables. Cuando se incluya semejante restricción en un acuerdo de licencia solamente debe excluirse del beneficio de la exención por categorías la restricción en cuestión.

(15) Los umbrales de cuota de mercado, la no exención de los acuerdos de transferencia de tecnología que contienen restricciones especialmente contrarias a la competencia y las restricciones excluidas por el presente Reglamento garantizarán en general que los acuerdos a los que se aplica la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

(16) En determinados casos en los que un acuerdo incluido en el ámbito de aplicación del presente Reglamento surta, sin embargo, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, la Comisión debe tener la posibilidad de retirar el beneficio de la exención por categorías. Esto puede ocurrir concretamente cuando se recorten los incentivos a la innovación o se obstaculice el acceso a los mercados.

(17) El Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado(5) autoriza a las autoridades competentes de los Estados miembros a retirar el beneficio de la exención por categorías a los acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81, cuando estos efectos se produzcan en su territorio respectivo, o en una parte del mismo que presente todas las características de un mercado geográfico distinto. Los Estados miembros deben garantizar que el ejercicio de esta facultad de retirada de la exención se entienda sin perjuicio de la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas comunitarias de competencia o del pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas.

(18) Con objeto de reforzar el control de las redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50 % de un mercado determinado, la Comisión debe tener la posibilidad de declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restableciendo así la plena aplicación del artículo 81 a dichos acuerdos.

(19) El presente Reglamento solamente debe abarcar los acuerdos de transferencia de tecnología entre un licenciante y un licenciario. Debe abarcar estos acuerdos aun cuando estipulen condiciones para más de un nivel comercial, por ejemplo obligando al licenciario a crear un determinado sistema de distribución y especificando las obligaciones que el licenciario debe o puede imponer a los revendedores de los productos producidos al amparo de la licencia. Sin embargo, tales condiciones y obligaciones deben atenerse a las normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y distribución. Los acuerdos de suministro y distribución concluidos entre un licenciario y sus compradores no deben estar exentos en virtud del presente Reglamento.

(20) El presente Reglamento no afectará a la aplicación del artículo 82 del Tratado.

16 Reglamento de acuerdos de especialización en la UE

*Reglamento (CE) no 2658/2000 de la Comisión
de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo
81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización*

*LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,
Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,
Visto el Reglamento (CEE) n° 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre de
1971, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a
ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas(1), cuya
última modificación la constituye el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y
de Suecia y, en particular, la letra c) del apartado 1 de su artículo 1,
Previa publicación del proyecto del presente Reglamento(2),
Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de
posiciones dominantes,
Considerando lo siguiente:*

*(1) El Reglamento (CEE) no 2821/71 habilita a la Comisión para aplicar
mediante Reglamento el apartado 3 del artículo 81 (antiguo apartado 3 del
artículo 85) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y
prácticas concertadas sujetas al apartado 1 del artículo 81, que tengan por
objeto la especialización, incluyendo los acuerdos necesarios para su
realización.*

*(2) Con arreglo al Reglamento (CEE) no 2821/71, la Comisión adoptó, en
particular, el Reglamento (CEE) no 417/85, de 19 de diciembre de 1984,*

relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización(3), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) no 2236/97(4). El Reglamento (CEE) n° 417/85 expira el 31 de diciembre de 2000.

(3) El nuevo Reglamento debe cumplir dos requisitos: garantizar la protección efectiva de la competencia y ofrecer la seguridad jurídica adecuada a las empresas. La persecución de dichos objetivos debe tomar en consideración la necesidad de simplificar la supervisión administrativa y el marco legislativo en la mayor medida posible. Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, puede presumirse, en general, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización excederán los eventuales efectos negativos sobre la competencia.

(4) El Reglamento (CEE) no 2821/71 requiere que el Reglamento de exención de la Comisión defina las categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a las que se aplica; especifique las restricciones o cláusulas que pueden, o no, figurar en los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, y especifique las cláusulas que deben contenerse en los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y los demás requisitos que deban cumplirse.

(5) Procede apartarse de la práctica de enumerar las cláusulas exentas e insistir más en definir las categorías de acuerdos que están exentas hasta un cierto nivel de poder de mercado, así como en especificar las restricciones o cláusulas que no deben figurar en dichos acuerdos. Ello es coherente con un enfoque económico que evalúa el efecto de los acuerdos en el mercado de referencia.

(6) A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81 mediante reglamento, no es necesario determinar qué acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. En la evaluación individual de los acuerdos con arreglo al apartado 1 del artículo 81 es necesario tener en cuenta diversos factores, particularmente la estructura de mercado de referencia.

(7) El beneficio de la exención por categorías debe limitarse a los acuerdos con respecto a los cuales se pueda asegurar con un grado suficiente de seguridad que cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81.

(8) Los acuerdos de especialización de la producción contribuyen en general a mejorar la producción o distribución de los bienes, dado que las empresas afectadas pueden concentrar sus actividades en la fabricación de determinados productos, trabajar así de forma más eficiente y ofrecer los productos a precios más ventajosos. Los acuerdos de especialización en la prestación de servicios producen en general mejoras similares. Cabe esperar, en el supuesto de que exista competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes.

(9) Tales ventajas se derivan tanto de los acuerdos de especialización en virtud de los cuales uno de los participantes renuncia en favor de otro a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios ("especialización unilateral"), como de los acuerdos en virtud de los cuales cada uno de los participantes renuncia en favor de otro a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios ("especialización

recíproca") o de los acuerdos en virtud de los cuales los participantes se comprometen a fabricar determinados productos o prestar determinados servicios en común ("producción en común").

(10) Dado que los acuerdos de especialización entre no competidores pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento (CE) no 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas(5), la aplicación del presente Reglamento a acuerdos de especialización unilateral debería limitarse a los acuerdos entre competidores.

(11) Todos los demás acuerdos celebrados entre empresas relativos a las condiciones en que se especializan en la producción de bienes o la prestación de servicios deben incluirse en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. La exención por categorías debe aplicarse igualmente a las disposiciones de los acuerdos de especialización que no constituyan el objeto principal de los mismos, pero que estén directamente relacionados con ellos y sean necesarios para su aplicación, y a determinados acuerdos conexos de compra y de comercialización.

(12) A fin de asegurar que las ventajas de la especialización se materializarán sin que ninguna parte abandone el mercado en la fase posterior de la producción, los acuerdos de especialización unilateral o recíproca sólo estarán regulados por el presente Reglamento cuando establezcan obligaciones de suministro y de compra. Estas obligaciones podrán ser de naturaleza exclusiva, aunque no necesariamente.

(13) Puede asumirse que, cuando la cuota de la empresa participante en el mercado de referencia no exceda del 20 %, los acuerdos de especialización definidos en el presente Reglamento producirán generalmente ventajas económicas en forma de economías de escala o alcance o mejores tecnologías de producción, permitiendo a los usuarios beneficiarse equitativamente de las ventajas resultantes.

(14) El presente Reglamento no debe eximir aquellos acuerdos que contengan restricciones que no sean indispensables para alcanzar los efectos positivos anteriormente mencionados. En principio, determinadas restricciones graves de la competencia relativas a la fijación de precios a terceros, la limitación de la producción o de las ventas y el reparto de mercados o clientes deben quedar excluidas de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas.

(15) La limitación de la cuota de mercado, la no exención de determinados acuerdos y las condiciones previstas en el presente Reglamento deben asegurar en general que los acuerdos a los que se aplique la exención por categorías no permitan a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión.

(16) En casos específicos, en los cuales un acuerdo, que entre dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento, surta, no obstante, efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado, la Comisión podrá suspender la exención por categorías.

(17) Con el fin de facilitar la celebración de acuerdos de especialización que puedan tener consecuencias de orden estructural para las empresas afectadas, el período de vigencia de este Reglamento debe fijarse en diez años.

(18) El presente Reglamento debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del artículo 82 del Tratado.

(19) De conformidad con el principio de primacía del Derecho comunitario, ninguna medida adoptada con arreglo a las leyes nacionales sobre competencia debe perjudicar la aplicación uniforme en todo el mercado común de las normas de competencia comunitarias o el pleno efecto de las medidas adoptadas en aplicación de las mismas, incluido el presente Reglamento.