

DERECHO DE LA POLITICA COMERCIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU INTERACCION EN EL AMBITO COMUNITARIO

Por FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE

I. INTRODUCCIÓN

Tema de debate desde hace años en la doctrina norteamericana, la relación entre la política comercial y la política de competencia sólo ha captado la atención en el ámbito comunitario recientemente (1). Desde un plano teórico, tanto la política de competencia como la liberalización del comercio internacional tienen como objetivo económico central la conservación y promoción del proceso competitivo, proceso que produciría una mayor eficiencia, una creciente innovación y unos precios más bajos, de lo cual resultará a su vez una óptima asignación de recursos y unos niveles de vida crecientes. La reglamentación de las restricciones de la competencia de origen privado sirve para asegurar la efectividad de la desregulación de las medidas de origen público, eli-

(1) El tema ha comenzado a tratarse en Europa tras un estudio de la OCDE, *Competition Policy and Trade Policy: Their Interaction* (París, 1984), que dio como resultado una recomendación del Consejo OCDE, «Recomendación del Consejo relativa a la Cooperación entre Estados Miembros en áreas de conflicto potencial entre políticas de competencia y comercial», de 23 de octubre de 1986 (Acts of the Organization, 1986, vol. 26, pág. 397). En la doctrina norteamericana vid. volumen 56 (1987) del *Antitrust Law Journal*, que incluye estudios reunidos bajo el título común «The interface of trade/competition law and policy» (págs. 397-460) u «Appendix-Task Force on the Interface Between International Trade Law and Policy and Competition Law and Policy» (págs. 463-599).

minando las prácticas privadas que tienden a contrarrestar sus efectos. Es precisamente la conciencia de este hecho lo que ha motivado los intentos de una regulación sustantiva multilateral, que se cuentan en general por fracasos (2).

La interacción entre ambas políticas se vuelve un problema tanto más acuciante cuanto más integradas están las economías. El mercado comunitario es el más abierto del mundo, medido en términos de comercio exterior como parte del PNB (3). Las tendencias hacia la creación de un «mercado mundial», así como la intensidad de las alianzas internacionales entre empresas han hecho resquebrajarse la hasta cierto punto artificial diferenciación entre ambas políticas. El derecho de la competencia actúa en un medio internacional al que afecta y modifica: las decisiones en materia de competencia afectan a la competitividad de la industria comunitaria en el mercado internacional. La relación se dificulta, sin embargo, en tanto que no siempre comparten fines y filosofías: la política comercial se ha relacionado tradicionalmente con el grado de protección a otorgar a determinados sectores.

II. EL MARCO DEL TRATADO DE ROMA

El artículo 3.f) del Tratado de Roma prevé entre las actividades de la Comunidad, «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no es falseada en el mercado común». El artículo 85 en su párrafo primero prohíbe,

«los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociación entre

(2) Sólo se pueden encontrar algunos instrumentos internacionales de «soft law», como por ejemplo el Conjunto de Principio equitativos multilateralmente adoptados para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1980 (Res. 35/63). La *non nata* Carta de La Habana, tratado constitutivo de la Organización para el Comercio Internacional, firmada en 1948 en el marco de los esfuerzos por la recuperación económica mundial, recogía en su capítulo V una reglamentación de la materia. Aunque la Carta nunca entró en vigor, las prácticas privadas restrictivas de la competencia han sido tratadas por las Partes Contratantes del GATT en diversas ocasiones. Vid. JACKSON: *The World Trading System*, MIT Press, 1989; MARQUES: *Anti-trust in a World of Interrelated Economies*, Bruselas, 1992, págs. 33-36.

(3) Mecanismo de control de la política comercial de la Comunidad Europea, informe de la secretaria, Doc. C/RM/S/10A, de 18 de marzo de 1991.

empresas o las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común».

El artículo 86 prohíbe los abusos de posición dominante. De la posibilidad de otorgar exenciones se deduce, sin embargo, que el Tratado admite que sus objetivos pueden conseguirse a través de prácticas no siempre totalmente respetuosas con el proceso competencial (4). Las normas de competencia se aplican como tal a las empresas y también, con matizaciones, a los Estados, pero no a la Comisión o al Consejo: las instituciones comunitarias han de conciliar diferentes imperativos y políticas incluidas en el propio Tratado. Esto no significa que puedan ignorarlas, pues están sometidas al imperativo del artículo 3.f) (5).

Por otro lado, el Tratado concede a la Comunidad, en los artículos 3.b) y 113, el poder de establecer y dirigir una política comercial común en relación a terceros países. Desde un ámbito material, comprende, pues, tanto la regulación de la competencia en el mercado internacional, como la competencia proveniente desde tal mercado, en tanto tiene como fin el regular el flujo de exportaciones e importaciones.

El artículo 110 describe los objetivos de la política comercial:

«... los Estados miembros se proponen contribuir, conforme al interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones, a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias.

La política comercial común tendrá en cuenta la incidencia favorable que la supresión de los derechos de aduana entre los Estados miembros pueda tener en el aumento de la capacidad competitiva de las empresas de dichos Estados».

El Tratado calla, sin embargo, sobre principio sustantivo alguno que deba regirla y lo más que se puede deducir es que la Comunidad

(4) Apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE.

(5) Sobre las reglas de competencia como «política» vid. KOVAR: «Marché intérieur et politique de concurrence», *DPCI*, 230 (1989); HORNSBY: «Competition Policy in the 80's: More Policy Less Competition?», *ELR*, 79 (1987). Vid. *Procureur de la République c. ADBHV*, 1985, ECR 3393; *Valsabbia c. Comisión*, 1980, ECR 907.

ha de seguir una política comercial liberal (6). El TJCE ha declarado a este respecto que:

«... las disposiciones del Tratado sobre política comercial, en los artículos 110 y seq., no establecen ninguna obligación por parte de los Estados miembros de extender a terceros países los principios obligatorios que regulan el libre movimiento de mercancías entre los Estados miembros...» (7).

En relación al comercio internacional, ni las disposiciones del Tratado sobre política comercial ni sobre política de competencia ordenan a la Comunidad establecer una competencia internacional no falseada. En tanto en cuanto una fuente de competencia es sometida a la política comercial, no será sometida a los mismos principios que la competencia en el mercado común. Esto estaría justificado por las imperfecciones que ofrece actualmente la regulación internacional del comercio, en la que se reconoce que las condiciones en que las empresas compiten no son necesariamente las mismas, y que principalmente trata de establecer una forma de «workable competition» entre políticas gubernamentales (8).

III. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y COMERCIO INTERNACIONAL

1. *Ambito de aplicación*

a) *Localización de la restricción en la Comunidad*

En general, hay una correlación entre los problemas jurisdiccionales y los intereses nacionales a la hora de aplicar el derecho de la compe-

(6) Parece difícil traducir esta disposición en una limitación jurídica concreta. Para las diferentes posturas vid. BOURGEOIS: «Comentario a los artículos 110 a 116», en GROEBEN, THIESING y EHLERMANN: *Kommentar EWG-Vertrag*, vol. III, Munich, 1991, págs. 3144-45.

(7) *Inter alia*, sentencia de 15 de junio de 1976, *EMI Records v. CBS United Kingdom*, 1976, ECR 811.

(8) BOURGEOIS: «Antitrust and Trade Policy: A Peaceful Coexistence? European Community Perspective II», *Int'l Bus. Lawyer*, 115 (1989), pág. 120.

tencia al comercio internacional (9). Del texto de los artículos 3.f), 85.1 y 86 se deduce que su ámbito material se refiere al «juego de la competencia dentro del mercado común». Los acuerdos que son directamente relacionados con exportaciones o importaciones sólo caen en el ámbito del artículo 85 si indirectamente afectan al comercio intracomunitario (10). La CEE define las conductas que son permitidas en el mercado comunitario sin tener en cuenta la nacionalidad o localización territorial de la compañía, por lo que su aplicación puede tener un impacto en el comercio exterior. El alcance de la aplicación del derecho de la competencia a personas y actividades situadas fuera de la Comunidad plantea problemas jurídicos (11). Por otro lado, no hay que olvidar la importancia de esta materia para la afirmación de la Comunidad como actor en el comercio internacional (12).

Si bien el Tribunal de Justicia había abordado marginalmente el problema en un par de ocasiones (13), no es hasta la sentencia *Pasta de papel* cuando parece precisar más su posición. El Tribunal eludió pronunciarse sobre la «doctrina de los efectos» y su procedencia en derecho comunitario, que con ciertas condiciones el Abogado general Darmon defendía (14). El Tribunal distinguió en una infracción del artículo 85 dos elementos de conducta: la formación de la entente, y su ejecución. Lo determinante sería, señaló el Tribunal, el lugar en que se ejecuta la entente, prescindiendo

(9) FIDLER: «Competition Law and International Relations», *ICLQ*, 563 (1992).

(10) Al contrario que la Sherman Act norteamericana, el Tratado no contiene una «foreign commerce clause».

(11) Vid. en general, la conclusiones del Abogado general Darmon en el asunto *Pasta de papel* (*cit. supra*) y la bibliografía en las mismas contenida.

(12) Como afirma Fidler, «la aplicación extraterritorial del derecho comunitario de la competencia es probablemente muy importante en la mente de la Comunidad, ya que se trata de una clara manera de dar la impresión a las empresas y gobiernos extranjeros de que la CEE tiene poder económico en el sistema internacional», FIDLER: *op. cit.*, pág. 575.

(13) En *materias colorantes* resolvió el problema de jurisdicción basándose en que la conducta de la filial en la Comunidad podía ser imputada a la «madre». Asuntos 48/69, *ICI*, Rec. 1972, pág. 619; Asunto 52/69, *Geigy AG*, Rec. 1972, pág. 787; Asunto 53/69, *Sandoz AG*, Rec. 1972, pág. 845. Véase también *Beguelin Import c. GL Import Export*, Rec. 1971, p. 949, en la pág. 959; *Aluminios de Europa del Este*, OJ, 1985, L92/1.

(14) Darmon propone el criterio ya presentado por el Abogado general Mayras en *materias colorantes*: el criterio del efecto directo e inmediato, razonablemente previsible y sustancial. Rechaza además que exista regla alguna de derecho internacional susceptible de ser invocada contra este criterio. Vid. sus conclusiones, párrafos 47 a 59.

de si se hace o no a través de filiales, sucursales o agentes. Tal aplicación se basaría en el principio de territorialidad, universalmente reconocido en el Derecho internacional público. La interpretación de esta sentencia no es unánime. De un lado, no excluye la aplicación de criterios más tenues; de otro, algunos autores afirman que lo que el Tribunal admite es algo muy parecido, si no idéntico, a la «doctrina de los efectos» (15).

Similares problemas plantea la aplicación del reglamento de control de concentraciones. Los altos umbrales que determinan la competencia comunitaria pueden dar lugar a decisiones contradictorias sobre la misma operación. Para tener en cuenta los intereses de terceros países, la Comisión debe basarse en alguna norma de Derecho internacional público (16). En todo caso, los mismos términos del reglamento en cuanto que combinan un alto volumen de negocios con la existencia de una posición dominante hacen difícil que la existencia de un efecto «sustancial» y «directo» no se cumpla (17).

(15) Sobre esta sentencia vid. a favor de que el Tribunal acepta la doctrina de los «efectos», LANGE Y SANDAGE: «The *Woodpulp* Decision and Its implications for the Scope of EC Competition Law», *CMLR*, 137 (1989); BECK: «Extraterritoriale Anwendung des EG-Katellrechts. Rechtsvergleichende Anmerkungen zum "Zellstoff"-Urteil des Europäischen Gerichtshofs», *RIW*, 91 (1990). En contra, CHRISTOFOROU Y ROCKWELL: «European Community Law The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law», *Harvard Int'l L J*, 195 (1989); W. VAN GERVEN: «EC Jurisdiction in Antitrust Matters: the *Woodpulp* Judgment», en B. Hawk (ed.), *1989 Fordham Corporate Law Institute*, Mathew Bender 1990, pág. 451.

(16) La CEE se adhiere a la recomendación, adoptada por el Consejo de la OCDE el 21 de mayo de 1986, «Recomendación modificada del Consejo relativa a la cooperación entre países miembros sobre políticas empresariales restrictivas que afectan al comercio internacional», según la cual los Estados miembros han de mostrar moderación y autolimitación en la aplicación «extraterritorial» de su derecho de competencia.

Además ha concluido un acuerdo de cooperación en materia de defensa de la competencia con los Estados Unidos, que incluye disposiciones sobre intercambios de información, consultas, notificaciones y otros aspectos de procedimiento, y disposiciones sobre cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia de ambas partes, cuando apliquen sus normas de competencia a situaciones análogas. Las partes deben tomar en consideración los principales intereses de la otra parte. Francia ha interpuesto una acción de anulación ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-327/91, DOCE C 28/4, 1992) (el texto del mismo puede consultarse en *Rev. Aff. Eur.*, 1991/4, pág. 69). Para un estudio de conjunto vid. MAZET: *Internationale Zusammenarbeit der Kartell-behörden*, Heidelberg, 1991.

(17) «En el reglamento hay un claro, si bien implícito, requisito de que la conducta de la hipotética empresa extranjera que se fusiona con una empresa comunitaria o dos

Un supuesto especial es el transporte con terceros países. En los dos casos sobre transportes marítimos internacionales, la Comisión determinó que los acuerdos para el control del comercio entre ciertos puertos comunitarios y de terceros países falseaba la competencia entre puertos de la Comunidad. La Comisión llegó a sugerir que los acuerdos afectaban el comercio entre Estados miembros porque falseaban la competencia entre las empresas de transporte marítimo comunitarias en terceros Estados (18).

b) *Comercio a la Comunidad desde países terceros*

En general, cualquier acuerdo que impida o afecte al suministro a la Comunidad puede caer en el ámbito del artículo 85. Estos acuerdos pueden adoptar muy distintas formas: un acuerdo restrictivo entre empresas situadas en la Comunidad y sus competidores en países terceros para reducir el suministro en la Comunidad de productos originarios de estos países (19); un cartel de exportación concluido entre productores extranjeros (20); un acuerdo de distribución a países terceros con cláusulas de prohibición de exportaciones a la Comunidad (21); un acuerdo vertical

hipotéticas empresas extranjeras que se fusionan tenga un efecto «directo» en la estructura competitiva de la Comunidad: estas fusiones deben crear o reforzar una posición dominante que impida de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común», vid. BOURGEOIS: «ECC Control Over International Mergers», *YEL*, 103 (1990), pág. 125.

(18) *Comité de armadores Francia-Africa occidental*, DO 1992, L 134/1; *Cewac, Cowac y Ukwat*, DO 1993, L 34/20.

(19) *Importaciones de Aluminio de Europa del Este*, DOCE, 1985, L92/1.

(20) Como confirmó la sentencia *Pasta de papel* en relación a un acuerdo de fijación de precios y otros actos por parte de empresas norteamericanas y escandinavas; asuntos 89, 102, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión*, 1988, Rec. 5193.

(21) La valoración de estos acuerdos de distribución depende mucho de las circunstancias de hecho. Sólo se consideran que caen en el campo de aplicación del artículo 85.1 si las importaciones a la Comunidad en ausencia de tales acuerdos fueran importantes. Por tanto en *Raymond* (DOCE, 1972, L143/39) y *Campari* (DOCE, 1978, L70/69) dedujo la Comisión de los hechos en causa que no era probable que se restringiera la competencia dentro del Mercado Común ya que por razones técnicas o económicas era difícil que las empresas situadas en los países terceros exportaran dicha mercancía a la Comunidad. Vid. también BELLIS: «International Trade and the Competition Law of the European Economic Community», *CMLR*, 647 (1979), esp. págs. 669-77.

que cubre la Comunidad entera y la aísla de otros canales de distribución internacionales (22).

Si bien la Comunidad concluye acuerdos de autolimitación y toma medidas de defensa comercial, las empresas no pueden reclamar la inaplicación del derecho de competencia alegando que un acuerdo evita a la Comunidad el tomar tales medidas (23). Las medidas públicas tienen en cuenta otros intereses aparte de los de las partes. La regulación de las corrientes comerciales extracomunitarias es un problema público que debe regularse por las autoridades públicas, y no por las empresas mismas (24).

c) *Comercio de la Comunidad a países terceros*

En la Comunidad Europea, como regla general no entran dentro del artículo 85 los acuerdos o las cláusulas de acuerdos relativos exclusivamente al comercio fuera de la Comunidad. Este punto de vista ha sido adoptado por la Comisión en relación a acuerdos de distribución exclusiva, patentes, en los que se contiene una prohibición de exportar a países terceros, o carteles de exportación a mercados situados fuera de la Comunidad. Es importante, sin embargo, ver las circunstancias individuales de cada caso, pues el acuerdo puede aún tener por propósito o efecto reducir o alterar la competencia en relación a suministros en o hacia la Comunidad.

Un factor importante en esta valoración es la probabilidad de que la mercancía sea reimportada a la Comunidad. En la mayoría de las decisiones publicadas, la Comisión ha considerado tal reimportación como poco probable, debido esencialmente a los dobles derechos de

(22) Asunto 51/75 *EMI/CBS* (1976) ECR 811. Vid. también *BBC Brown Boveri/NGK Insulators*, DOCE L 301/68 (1988); *Siemens/Fanuc*, DOCE L 376/29 (1985).

(23) La Comisión ya afirmó tal principio en *Acuerdo franco-japonés sobre cojinetes a bola* (DOCE L 343/19 (1974), para repetirlo posteriormente en *Setas en conserva* (DOCE L 29 (1975); *Grupo de Productores de Zinc* (DOCE L 220/27 (1984); *Poli-propileno* (DOCE L 230/1 (1986).

(24) Vid. *Aluminio de Europa del Este*, en donde la Comisión declara que: «Una autoridad pública debe tener en cuenta los derechos e intereses de las terceras partes, así como el interés público general. Un cartel suele formarse en beneficio de los participantes y no tiene en cuenta ninguno de estos factores.»

aduana (25), y sólo ha perseguido casos en relación a los países EFTA, con los que existen acuerdos bilaterales de libre cambio (26).

En relación a los *carteles de exportación*, el desconocimiento de los efectos que estos acuerdos puedan tener fuera de las fronteras de la Comunidad es también un elemento de la política de exportación. Casi todos los sistemas de competencia contienen un reconocimiento implícito o explícito de que un comportamiento económico que sería intolerable dentro de la jurisdicción del Estado es aceptable más allá de la misma (27). El que los carteles de exportación no estén sometidos, a nivel comunitario, a control alguno, es sorprendente (28), pues el artículo 113 TCEE establece que la política de exportación ha de basarse en «principios uniformes». No se puede excluir que tales acuerdos supongan un intercambio de información entre las empresas que produzca un peligro potencial a la competencia en cuanto pueden eli-

(25) Por ejemplo, en 1970 la Comisión estimó que una prohibición de exportaciones a países no comunitarios no era susceptible de afectar el comercio intracomunitario porque los márgenes comerciales adicionales y los costes de transporte hacían tales reimportaciones poco probables, vid. *Kodak*, DOCE L 147/24 (1970). Véase también *Iqbal*, *Vigesimoprimer Informe sobre la política de la competencia*, pág. 364.

(26) Vid., por ejemplo, *Junghans*, DOCE L 30/10 (1977). Bellis piensa que se trata de una interpretación un tanto forzada del artículo 85: «Es verdad, afirma Bellis, como fue indicado en *Campari*, que una prohibición de exportaciones fuera de la CEE impide a un comprador en un país no miembro el comprar tal producto fuera de la Comunidad para venderlo en la misma. ¿Pero puede seriamente mantenerse que por tal razón una prohibición de exportaciones fuera de la CEE tiene el efecto de limitar *sustancialmente* la competencia en la CEE? Después de todo, la existencia de tal prohibición de exportar en nada impide la libertad de las empresas de comprar tales productos en la CEE. La restricción de la competencia que resulta de una prohibición de exportaciones parece estar esencialmente localizada en el tercer país», vid. BELLIS: *op. cit.*, pág. 665.

(27) FIDLER: *op. cit.*, pág. 572.

(28) La ley española de Defensa de la Competencia determina que los acuerdos que tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con las obligaciones que derivan de los convenios internacionales ratificados por España podrán ser autorizados (art. 3.2.2) (*BOE* núm. 170 de 17-7-89). Sólo en Alemania están obligados a una notificación obligatoria a la Oficina Federal de Carteles. Estos acuerdos pueden ser prohibidos por el Ministerio Federal de Economía en ciertas circunstancias, si bien esta disposición no ha sido nunca invocada. El Schedule 3.6 del British Restrictive Trade Practices Act de 1976 exención a estos acuerdos de todo registro.

minar la incertidumbre del mercado (29). Además, pueden ser fuente de conflictos con los países afectados por tales prácticas (30).

d) *Medidas públicas como límite*

La Comisión es de la opinión de que los acuerdos y prácticas forzadas por gobiernos de terceros países o en cumplimiento de un acuerdo suscrito por la Comunidad caen fuera de los artículos 85 y 86. La «ratio» es que estos artículos se refieren a prácticas privadas y no públicas. Estas deben ser tratadas a través de medidas de política comercial (31). En su decisión sobre el *Acuerdo franco-japonés sobre cojinetes a bola* (32), la Comisión añadió que aquellas prácticas simplemente autorizadas por un gobierno de un tercer país, en aquel caso Japón, no caen necesariamente fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario de la competencia (33). Los límites a la importación de coches japoneses en ciertos países miembros de la Comunidad está

(29) La idea de que es posible establecer una distinción clara entre prácticas que restringen la competencia en terceros países y aquellas que lo hacen en la CEE no es unánimemente aceptada. Se ha señalado que los carteles de exportación pueden falsear las condiciones competitivas en la Comunidad por sus posibles efectos en los beneficios y los costes de producción de los participantes. Vid. por ejemplo el estudio de la Comisión sobre el efecto de las ayudas a la exportación en el comercio intracomunitario, *The Effects on Intra-Community Competition of Export Subsidies to Third Countries*, Luxemburgo, 1990.

(30) Como por ejemplo se puede observar en el caso *Pasta de papel* en relación a las prácticas restrictivas para las cuales una asociación, la KEA, basada en la Webb-Pomerane Act, servía de marco. La Webb-Pomerane Act (15 USC, ss 61-66), autoriza las asociaciones de exportación, por derogación a la legislación antitrust. Vid. también, la Foreign Trade Antitrust Improvements Act de 1982 (15 USC ss. 6.a), 45.a).3).

(31) En su tercer informe sobre política de competencia la Comisión señala que: «El artículo 85 no se aplica a acuerdos de exportación impuestos a las empresas en terceros países por sus gobiernos, a no ser que exista un acuerdo o práctica concertada entre las empresas. *La Comunidad debería intentar resolver esta situación por medio de la política comercial oficial.*»

(32) DOCE L 343/19 (1974).

(33) Sobre las dificultades de aplicación de estos criterios vid. BELLIS: *op. cit.*, págs. 677-81. Un análisis de este tema desde el punto de vista del derecho internacional se encuentra en KOVAR: «Droit communautaire de la concurrence et droit international», *CDE*, 127 (1986). Conflictos de este tipo son frecuentes en aplicación de las normas de competencia al transporte marítimo, por lo que el reglamento que extiende las normas

dando lugar a un importante contencioso sobre la aplicación de normas de competencia a los carteles en cumplimiento de los acuerdos de autolimitación, aunque el Tribunal de Justicia no ha entrado, por el momento, a tratar el fondo de estos asuntos (34).

2. *Impacto de las medidas comerciales en aspectos sustantivos del derecho de la competencia*

a) Las medidas comerciales de la Comunidad son importantes a la hora de apreciar la *restricción de la competencia*. Esta puede haber resultado ya disminuida, como analizaremos en su momento, por ciertas medidas de defensa comercial o por acuerdos comerciales. ¿Puede el acuerdo restrictivo tener un efecto apreciable en tales circunstancias? ¿Hasta qué punto es aceptable una restricción mayor? (35). Por otro lado, las medidas de política comercial tomadas con posterioridad a una decisión en materia de competencia pueden impedir que un acuerdo sea considerado en el futuro como exento (36). En varios procedimientos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE —relativos a acuerdos de división de mercados y abuso de posición dominante— la Comisión determinó, entre otros factores, que las medidas antidumping habían reforzado el poder de mercado de las empresas comunitarias afectadas (37).

b) Las autoridades comunitarias han de valorar también la *competencia real* o *potencial de empresas no-comunitarias*. Se trata de un pro-

de competencia este sector prevé un procedimiento especial de consultas con terceros estados (Reglamento 4056/86, DOCE L 378/1, 1986), artículos 9 y 7.2.c.i.). Vid. decisión de 1 de abril de 1992, contra una serie de navieras que limitaban la competencia en el tráfico marítimo entre Francia y África occidental y central (DOCE L 134/1, 1992), par. 34 a 36.

(34) Sentencia de 18 de septiembre de 1992, asunto T-28/90, *Asia Motor France y otros c. Comisión*; Auto de 12 de junio de 1992, asunto C-29/92, *Asia Motors y otros c. Comisión*. Un juez francés ha tenido la «osadía» de presentar una cuestión prejudicial sobre la legalidad de ciertas prácticas privadas en cumplimiento del acuerdo de «autolimitación» de exportación de coches japoneses a la Comunidad (DOCE C 310/3, 1992).

(35) Vid. TEMPLE-LANG: «Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies-Practical Problems», Hawk (ed.), 1988 *Fordham Corporate Law Institute*, págs. 7-1, págs. 7-73-4.

(36) TEMPLE-LANG: *op. cit.*, págs. 7-87.

(37) Véase *Carbonato de Soda-Solvay*, DO 1991 L 152/21, en la pág. 23; *Carbonato de soda-ICI*, DO 1991 L 152/40, en las págs. 41-42.

blema generalmente analizado como limitación de poder de mercado y no en la definición del mercado geográfico (38). El reglamento de control de concentraciones establece que la Comisión ha de tener en cuenta «la competencia real o potencial de las empresas situadas en el interior o exterior de la Comunidad» (39) y la Comisión ha llegado a delimitar mercados mundiales en aplicación de tal reglamento (40). En aplicación de los artículos 85 y 86, la competencia exterior debe tenerse en cuenta tanto al ver si existe una competencia residual en el marco del artículo 85.3, como en la medición del poder de mercado en el marco del artículo 86. Sin embargo, si bien se ha afirmado en ocasiones la existencia de mercados mundiales, los análisis de la competencia desde el exterior han tenido un tono genérico y poco elaborado (41).

c) La política de competencia se ha intentado convertir en un po-

(38) La definición del mercado geográfico pertinente viene dada por las características de la oferta y la demanda y la existencia de barreras al comercio. Normalmente se estima que la ausencia de barreras a las importaciones o de obstáculos de acceso al mercado constituyen un importante factor de integración del mercado que da lugar a unas condiciones de competencia homogéneas. A nivel doctrinal, la cuestión se ha centrado en la posibilidad de tener en cuenta las importaciones (en este caso, las provenientes de países no comunitarios) a la hora de definir el mercado. Incluir sólo las importaciones reales puede minusvalorar la influencia competitiva de los proveedores en otros países. Pero hacer lo contrario, incluyendo toda la producción de tales exportadores puede minusvalorar el poder de mercado del productor comunitario. Landes y Posner, en un artículo que inició un extenso debate doctrinal, concluyeron que se debían tener en cuenta estas producciones en su totalidad. LANDES y POSNER: «Market Power and Antitrust Cases», 94 *Harvard L R*, 937 (1981). Areeda y Turner las incluían sólo si el precio local excedía el precio en el mercado tercero al menos en una cantidad igual a los costes de transporte (AREEDA y TURNER: *Antitrust Law*, 1978, en párrafo 523). En general, sin embargo, los autores son cautos a este respecto, por la existencia de toda una serie de trabas estructurales a las importaciones, vid. por ejemplo, HAWK: *US, Common Market and International Antitrust*, Prentice Hall Law and Business, 1990, pág. 776.

(39) Artículo 2.1.a).

(40) Vid., por ejemplo, decisiones *Aerospatiale/MBB*, *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* (Decisión de la Comisión, 91/619/CEE, DOCE L 334/42, 1991), *Metallgesellschaft/Safic Alcan* y *UAP/Transatlantic/Sun life*.

(41) Vid., por ejemplo, asuntos 6 y 7/73, *ICI SpA and Commercial Solvents*, 1974, ECR 233, par. 30-32; *Greenwich Film Prod. v. SACEM*, 1979, ECR 3275 par. 11-13; decisión de la Comisión en *DeLaval/Stork*, (OJ L 215/11, 1977); en *Fibras ópticas* (DOCE L 236/30, 1986), supone una buena ilustración, pues la Comisión afirmaba que la posibilidad de una eliminación de la competencia estaba excluida ante las importantes presiones competitivas del mercado mundial (par. 76 y 79).

deroso *instrumento en el comercio internacional*. Para algunos autores no se ha de tener excesivo celo en mantener la competencia interna cuando lo importante es la competencia internacional, supracomunitaria, frente a americanos y japoneses. Esta postura está basada en la reciente puesta en cuestión de la teoría tradicional del comercio internacional y el desarrollo de la llamada «política comercial estratégica». La ruptura de la dinámica competencial estaría justificada en sectores de competencia internacional imperfecta, donde existe un beneficio oligopólico a ganar, o sectores con importantes externalidades, base de la ventaja comparativa (42).

¿Hasta qué punto se pueden tener en cuenta estos factores en la aplicación del derecho de la competencia? (43). Si bien en decisiones sobre competencia existían ya referencias a la debilidad de la posición comunitaria en el mercado mundial (44) es en materia de concentraciones donde más se ha debatido este aspecto (45). La Comisión ha valorado estos puntos de vista en su penúltimo informe:

«La concentración artificial de recursos en una o en pocas empresas para hacer frente a competidores poderosos de terceros países no deja de presentar sus riesgos. Si no se pusiera suficiente atención en garantizar una competencia efectiva en los mercados comunitarios, los consumidores europeos tendrían que pagar precios más elevados debido a la falta de una competencia efectiva en los mercados nacionales. Además la experiencia ha demostrado que, en la mayoría de los casos, la com-

(42) Para una visión de conjunto de estas teorías vid. KRUGMAN (ed.), *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, MIT Press, 1986.

(43) La vía legal puede ser la utilización del inciso que sobre «la mejora de la producción y distribución o el fomento del progreso técnico o económico» hace el artículo 85.3. En los *Acuerdos sobre aprovisionamiento de caña de azúcar* (DOCE L 39/64, 1980), tras conceder una declaración negativa, la Comisión explicó que tales acuerdos ayudaban a que los países desarrollados mantuvieran sus mercados tradicionales y aseguraban el aprovisionamiento de ciertas refinerías especializadas en la Comunidad.

(44) Parte de la motivación de ciertas decisiones en los años 80, sobre todo en relación a joint ventures, se ha referido al temor a que la industria europea sucumba ante los competidores americanos y japoneses. Vid., por ejemplo, *Fibras ópticas*, DOCE L 236/30 (1986); *Consorcio ECR*, DOCE L 228/31 (1990); *ODIN*, DOCE L 209/15 (1990).

(45) En torno a estos primeros debates vid. VENIT: «The Merger Control Regulation: Europe Comes of Age... or Caliban's Dinner?», *CMLR* 7 (1990); BLAISE: «Contrôle des opérations de concentrations», *RTDE* 743 (1990).

petitividad en los mercados internacionales es consecuencia de la competencia en los nacionales; el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados comunitarios no excluye en general la explotación máxima de economías de escala» (46).

La Comisión no parece descartarlos totalmente (47). Este debate ha aflorado en la reciente decisión *de Havilland* (48). El Parlamento Europeo, Francia e Italia, criticaron a la Comisión al no usar los poderes del reglamento de control de concentraciones para fomentar el poderío económico europeo (49). Otra disposición que demuestra tal interacción es la cláusula de reciprocidad del reglamento, que tiene el implícito propósito de mejorar el acceso de empresas comunitarias a terceros mercados (50).

IV. DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA EN ACUERDOS COMERCIALES

La experiencia de la creación de un mercado interior ha enseñado a la Comunidad que las reglas de competencia son un elemento integrador de primer orden (51). Se ha considerado que las normas de competencia también tenían que formar parte integrante de los acuerdos que la Comunidad ha concluido con otros países europeos con objeto de establecer unos vínculos económicos más estrechos.

Los tratados entre la Comunidad y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), así como el acuerdo

(46) XXI Informe sobre Política de Competencia, Bruselas, 1992, pág. 47.

(47) Vid., por ejemplo, las declaraciones del comisario Van Miert en el sentido de una necesaria coordinación estrecha entre las políticas comerciales y de competencia, *Europe Information International*, núm. 3048, 22/23 de febrero de 1993.

(48) Decisión de la Comisión 91/619/CEE, DOCE L 334/42, 1991.

(49) El PE dijo que la Comisión «se centró en aspectos técnicos a costa de los aspectos políticos del interés general de la Comunidad» y llamó a la revisión del derecho de la competencia para forzar a la Comisión a considerar la competitividad global de la industria comunitaria y el empleo cuando se someten a control tales acuerdos. Sobre esta decisión vid. HAWKES: «The EC Merger Control Regulation: Not an Industrial Policy Instrument: the De Havilland Decision», *ECLR*, 1992/1, págs. 34-38.

(50) Artículo 24.

(51) EHLERMANN: *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, 29 CMLR 257 (1992).

con Israel (52), contienen disposiciones expresas en términos muy similares a los del artículo 85.1 pero limitadas a la producción y comercialización de bienes (53). Los acuerdos «europeos» con Hungría, Polonia y la República Federativa Checa y Eslovaca se ocupan también en profundidad de los temas de competencia (54).

Este tipo de disposiciones no impiden la iniciación unilateral de un procedimiento por infracción de los artículos pertinentes del Tratado de Roma, según afirma el TJCE en el caso *Pasta de papel* (55), pero como hemos visto pueden tener un impacto a la hora de valorar determinados aspectos sustantivos en la aplicación de las normas comunitarias. Más dudoso es si tales disposiciones gozan de efecto directo. El tema ha sido debatido hasta la saciedad en relación a los acuerdos con los países de la EFTA, sin que el TJCE se haya pronunciado al respecto (56).

Finalmente, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo contempla normas muy desarrolladas sobre el derecho de la competencia. El Acuerdo contiene cláusulas cuyo contenido corresponde a las del Tratado de Roma y el reglamento de control de concentraciones. Res-

(52) Tratado de 1 de mayo de 1975, DOCE L 136/1, 1975, art. 12.

(53) Tratados con Austria, 22 de julio de 1972, DOCE L 300/2, 1972; Islandia, 22 de julio de 1972, DOCE L 301/2, 1972; Finlandia, 5 de octubre de 1973, DOCE L 328/2, 1973; Noruega, 14 de mayo de 1973, DOCE L 171/2, 1973; Suecia, 22 de julio de 1972, DOCE L 300/97, 1972; Suiza, 22 de julio de 1972, DOCE L 300/189, 1972 (art. 23 de cada Tratado y art. 24 del Tratado con Islandia).

(54) Artículo 63 a 67 de cada uno de los acuerdos. Los acuerdos han sido firmados el 16 de diciembre de 1991. Un acuerdo interino, sobre comercio y medidas de acompañamiento, ha sido firmado al mismo tiempo y concluido por decisión del Consejo de 25 de febrero de 1992. Vid. Acuerdo con Polonia, DOCE L 114/1 (1992); Acuerdo con la República Federativa Checa y y Eslovaca, DOCE L 115/1 (1992) y Acuerdo con Hungría, DOCE L 116/1 (1992). Los acuerdos interinos incluyen los artículos 63 a 66 del Acuerdo de asociación como artículos 33 a 36. Las partes contratantes han acordado que las normas de competencia de los acuerdos se interpretarán de la misma forma que las normas correspondientes CEE y CECA. El Consejo de asociación adoptará las normas de aplicación de estas disposiciones en el plazo de los tres años siguientes a la entrada en vigor de los acuerdos.

(55) Párrafos 29 a 31 de la sentencia.

(56) En la doctrina, vid. BELLIS: *op. cit.*, págs. 652-53; HUNNINGS: «Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements», *ELR* 163 (1977); CHOFFAT: *L'applicabilité directe de l'accord de libre échange du 22 Juillet 1972 entre la CE et la Confédération suisse*, Lausana, 1977.

pecto a su aplicación, el punto más espinoso, la idea rectora es confiarla a dos pilares, el comunitario y el EFTA (57).

V. MEDIDAS ANTI-DUMPING Y COMPETENCIA

1. *Dumping y competencia*

La Comunidad Europea es uno de los principales usuarios de la posibilidad que prevé el artículo VI del GATT, a saber, la adopción de medidas anti-dumping (58), posibilidad desarrollada por el código anti-dumping de 1979 (59). Esta legislación define el dumping como discriminación de precios practicada por un exportador que vende sus productos a mayor precio en su propio mercado que en el comunitario; también incluye las ventas en el mercado comunitario hechas a un precio que no cubre los costes.

La mayoría de los autores así como el origen histórico de estas medidas llevan a apuntar que las medidas anti-dumping tienden a contrarrestar los efectos de prácticas que bajo ciertas circunstancias, podrían ser consideradas como contrarias al derecho de la competencia (60). Existen tres situaciones en el derecho de la competencia que asemejan al dumping: i) discriminación de precios y precios predatorios de una empresa que tiene una posición dominante (61); ii) prácticas concertadas y acuerdos entre empresas para aislar mercados; iii) discriminación de

(57) Artículos 55 a 57, y protocolos 21 a 24 y anexo XIV. También existen disposiciones sobre ayudas de Estado (arts. 61 a 64) así como cláusulas de contenido esencialmente igual a la del artículo 90 TCEE.

(58) Reglamento 2423/88, DOCE L 209/88, para carbón y acero, Decisión de la Comisión 2424/88/CECA, DOCE L 209/88.

(59) DOCE L 71/90, 1980; EE 11 V 12/127.

(60) Históricamente, las leyes anti-dumping fueron primero adoptadas por países pequeños y no muy industrializados para protegerse de las prácticas predatorias de las grandes compañías norteamericanas. Más tarde estas leyes fueron adoptadas también por los Estados Unidos y el Reino Unido para protegerse ante la sentida amenaza de precios predatorios por los carteles alemanes. Vid. en relación al derecho norteamericano, GIFFORD, «Rethinking the Relationship Between Antidumping and Antitrust Laws», *Am. U. J. Int'l L & Pol'y*, 277 (1991).

(61) Hasta ahora la Comisión sólo ha condenado a una empresa por los llamados «precios predatorios» (o precios ruinosos), en el caso ECS/AKZO. Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86.

precios entre clientes en diferentes países, a través de ciertas cláusulas en acuerdos de distribución que tienden legalmente o de hecho, a impedir la reexportaciones (62).

El desarrollo posterior de las medidas anti-dumping ha conducido, en muchos casos, a resultados anti-competitivos. «El derecho antitrust, afirma Temple-Lang, [...] pretende conservar la competencia, lo que en general significa mantener los precios bajos; las medidas anti-dumping pretenden impedir la competencia desleal y, por lo tanto, en ocasiones, mantienen los precios altos. Cualquier derecho anti-dumping, si no es aplicado con cuidado, puede tender a “enfriar” la competencia» (63). El abogado general Van Gerven ha afirmado recientemente que:

«el propósito de los procedimientos anti-dumping no puede ser perdonar o incitar prácticas que son contrarias a las normas de competencia y, por otro lado, es necesario evitar, en lo posible, que las medidas y procedimientos produzcan tal efecto» (64).

Se ha defendido, pues, la sustitución de la legislación anti-dumping por la aplicación combinada del derecho de la competencia y las medidas de salvaguardia (65). Esta propuesta se suele rechazar, en primer lugar, porque tal aplicación exige contar con la colaboración del país donde actúa el exportador, que no siempre existe. Se asume que el dumping es resultado del aislamiento del mercado de exportación, y

(62) Para un estudio de conjunto vid. LANDSLITTEL: *Dumping in Assenhandelsrecht und Wettbewerbsrecht*, Nomo, Baden-Baden, 1987.

(63) Vid. TEMPLE-LANG: *op. cit.*, págs. 7-2; VERMULST: «The Anti-dumping Systems of Australia, Canada, the EEC and the United States: Have Anti-dumping Laws Become a problem of International Trade?», en JACKSON y VERMULST: *Anti-dumping Law and Practice*, Michigan, 1990, págs. 425-66 esp. 459-60.

(64) Asunto C-16/90, *Detlef Nölle v. Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, presentadas el 4 de junio de 1991, par. 11.

(65) Estas propuestas están basadas en la opinión de que, en esencia, hay dos tipos de problemas para los cuales la protección puede estar justificada en casos determinados: prácticas predatorias y medidas de salvaguardia para protección temporal. En la doctrina vid. BARCELO: «The Anti-dumping law: Repeal or Revise it», *Michigan Y'b of Int'l Studies*, 53-67 (1979); NICOLAIDES: «Does the International Trade System Need Anti-dumping Rules?», *World Competition*, 1 (1990); STEGEMANN: «The International Regulation of Dumping: Protection Made Too Easy», *The World Economy*, 375 (1991) esp. 395-8.

que éste es sólo posible como resultado de una cierta connivencia con los poderes públicos (66). La evidencia económica demuestra sin embargo que la existencia de dumping puede ser debida a otros factores (67). Tales medidas son posibles incluso en relación a importaciones provenientes de países con los que la Comunidad ha concluido un acuerdo de libre cambio. La Comunidad estima que sólo puede renunciar a su adopción cuando existe un sistema de instituciones comunes capaces de aplicar e interpretar la legislación en relación a prácticas privadas restrictivas de la competencia, como ocurre en el Espacio Económico Europeo (68).

En segundo lugar, se defiende por las instituciones comunitarias que las medidas anti-dumping promueven la competencia, pero la competencia «leal». Se asume automáticamente que el dumping es *siempre* producto de una ventaja comparativa *artificial*. Esta introducción del concepto de «lealtad» en la competencia se refiere a una determinada idea de justicia según la cual la competencia es sólo legítima si todos los competidores comercian bajo unas mismas condiciones (69). Se trata de un concepto «político» y de dudosa racionalidad económica.

El punto de fricción esencial radica, en mi opinión, en un elemento adicional que es ajeno a las normas de competencia: las normas sobre competencia valoran el daño a la competencia, mientras que las normas

(66) BOURGEOIS: «EC Antidumping Enforcement-Selected Second Generation Issues», en *1985 Fordham Corp. L. Inst.*, Matthew Bender, 1986, págs. 563, 565-67.

(67) Vid. para un análisis de las diferentes posibilidades NICOLAIDES: «Competition Effects of Dumping», *JWT* 115 (1991/5). En verdad, puede que sea precisamente el aislamiento del mercado comunitario el causante del dumping: para entrar en un mercado protegido, los exportadores deberán seguir una agresiva política de precios, vid. STEGEMANN: *op. cit.*, pág. 391.

(68) Artículo 26. Las razones por las cuales la Comunidad no puede renunciar al uso de los derechos antidumping han sido analizadas en profundidad por Temple-Lang en relación a los países de la EFTA, vid. TEMPLE-LANG: «European Community Antidumping and Competition Laws. Their Actual and Potential Application to the EFTA Countries», en *Speakers' Notes from the Briefing Day on EEC Competition and Dumping Policies on 21st March 1986*, Helsinki, 1986, págs. 40-107.

(69) NICOLAIDES: «How fair is Fair Trade», *JWTL* 21(4) 147 (1987), para quien tal distinción entre competencia leal y desleal es contraria a los principios del comercio internacional.

anti-dumping requieren el daño al sector comunitario (70). Como veremos, la imaginativa Comisión ha sabido interpretar esta segunda dimensión como indisolublemente unida a la primera: la existencia de un sector comunitario asegura el mantenimiento de la competencia ¿es que tal competencia no puede darse entre productores extranjeros?

2. Aspectos competenciales de las quejas

La preparación de una queja, primer paso en todo procedimiento anti-dumping, si bien supone el intercambio de una cantidad importante de información entre los competidores comunitarios, que formen una parte importante del sector comunitario (71) no puede considerarse como una actitud anti-competitiva en sí misma, desde el momento en que ésta es la única manera de iniciar un procedimiento anti-dumping. Sin embargo, todo lo que vaya más allá de lo necesario para preparar y presentar la queja podría ser susceptible de ser valorado como infracción de las reglas de competencia (72).

(70) Matsushita destaca que: «en general, se puede decir que la lógica de la política comercial está diseñada para proteger productores y vendedores de determinadas mercancías y servicios en un país, mientras que la «clientela» del derecho de la competencia son los consumidores e importadores de una sociedad», «Coordinating International Trade with Competition Policies», en PETERSMANN y HILF: *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Problems*, Deventer, 1988, págs. 395, 400.

(71) Esta proporción importante está normalmente constituida al menos por un 25-30 por 100 de la producción comunitaria. Messerlin ha comprobado que empresas monopolísticas y coaliciones de más de ocho firmas parecen ser más eficientes en obtener protección anti-dumping y modular las estructuras del mercado; vid. MESSERLIN: «The EC Anti-dumping Regulations: A First Economic Appraisal: 1980-85», *Weltwirtschaftliches Archiv* 563 (1989), pág. 586.

(72) TEMPLE-LANG: «Reconciling...», págs. 7-44; VANDOREN: «The Interface between Antitrust and Competition Law and Policy in the European Communities», *LIEI* 1 (1986): «el presentar una queja no es excusa para un masivo e innecesario intercambio de información». Este tipo de situaciones ha recibido cierta atención en los Estados Unidos. De acuerdo con la doctrina *Noerr-Pennington*, las disposiciones de derecho de competencia sobre colusión no se aplican a compañías que piden al gobierno la adopción de leyes que les sean favorables, o la aplicación de las leyes existentes (*United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965), *Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor freight*, 365 U. S. 127 (1961). Sin embargo, peticiones sin base alguna con el fin de acosar a un competidor no son inmunes a la legislación sobre competencia (*California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1962).

En aplicación de la reciente jurisprudencia del TJCE en relación a usos abusivos de la propiedad intelectual (73), se puede defender además que la presentación de una queja por una empresa en posición dominante puede ser constitutiva de abuso. Tal abuso se produce cuando las quejas tienen como objetivo reducir la competitividad de los competidores impidiéndoles el acceso a materias primas baratas (74), o cuando se usa la queja como arma o amenaza para conseguir un acuerdo con los exportadores (75). La simple presentación de la queja o incluso la simple posibilidad de que sea presentada produce un «efecto de enfriamiento» en las relaciones comerciales (76).

3. Aspectos competenciales de la determinación del perjuicio

El estudio del «perjuicio» en los procedimientos anti-dumping es sin duda el «pariente pobre» de estas medidas. El reglamento anti-dumping trata de proteger el sector comunitario frente a la competencia extranjera, y hace de tal perjuicio al sector comunitario un requisito para la adopción de medidas. La diferencia esencial con el derecho de

(73) Se trata del caso *Magill*, asuntos T-69/89, *Radio Telefis Eireann (RTE) c. Comisión*; T-70/89, *The British Broadcasting Corp. and BBC Enterprises Ltd. (BBC) c. Comisión*; y T-76/89, *Independent Television Publications Ltd. c. Comisión*. Las siguientes declaraciones del Tribunal pueden muy bien encontrar aplicación en nuestro campo:

«Mientras es claro que el ejercicio de un derecho exclusivo a reproducir un trabajo protegido no es en sí mismo un abuso, esto no es así cuando, en virtud de los detalles del caso, es claro que el derecho es ejercido de una manera y circunstancias que persiguen un fin manifiestamente contrario a los objetivos del artículo 86» (párrafo 58).

(74) Vid. BOURGEOIS: «Antitrust and Trade Policy: A Peaceful Coexistence?», *Int'l Bus. Lawyer* 58 (1989), pág. 63. Ver también la situación en el asunto *Nölle*, vid. *supra*.

(75) Vid. KULMS: «Competition, Trade Policy and Competition Policy in the EEC: the Example of Antidumping», *CMLR* 285 (1990), págs. 292 ss. Las quejas selectivas son las que presentan mayores sospechas a este respecto. BOURGEOIS: «Antitrust...», pág. 63: «la no inclusión de ciertos exportadores puede estar unida a la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre el sector que se queja y los exportadores que no son incluidos en la queja».

(76) MESSERLIN: *op. cit.*, pág. 571. En efecto, el reciente mecanismo de revisión de las políticas comerciales dice respecto a este punto: «[...] por ejemplo, se constata que, por miedo a una eventual acción anti-dumping, los partners comerciales prefieren limitar voluntariamente sus exportaciones».

la competencia radica en que este último valora el daño a la eficiencia del mercado en general, y no a su efecto sobre determinados competidores (77). Este requisito, correctamente aplicado, puede servir para reducir los abusos a los que llevan ciertas quejas (78). El primer reglamento anti-dumping contenía una expresa referencia al grado de competencia entre los productores comunitarios como uno de los factores a tener en cuenta al valorar el perjuicio (79). La desaparición de tal referencia no debe leerse como un deber de ignorar la misma (80).

El TJCE acepta en *Extramet* que una práctica anti-competitiva pueda ser la causa de un perjuicio y que el perjuicio producido por tal circunstancia no debe ser imputado a las importaciones objeto de dumping (81): *Extramet* alegaba que si Pechiney hubiera consentido aprovisionarle no hubiera sufrido ninguna bajada de la producción. La Comisión suele argumentar que el procedimiento en infracción de dichas normas está abierto a las partes afectadas (82). En el caso concreto, el TJCE anuló el reglamento por falta de motivación a este respecto.

(77) La doctrina norteamericana ha elaborado propuestas para un estudio del perjuicio desde un punto de vista más competitivo. See e.g. WOOD: «Unfair Trade Injury: A Competition-Based Approach», *41 Stanford L R* (núm. 5, mayo 1989). También la US International Trade Commission ha desarrollado algunos razonamientos similares en *Certain Red Raspberries from Canada*, USITC Pub. 1707, aunque el Tribunal de Comercio Internacional rechazó algunos de sus razonamientos como incompatibles con la ley (vid. *USSX Corp. v. United States* 682 F. Supp. 552).

(78) OCDE: *op. cit.*, pág. 115.

(79) Artículo 4.2, Reglamento del Consejo 459/68 OJ Esp. EN (1)80.

(80) El propio código anti-dumping al establecer la necesidad de una relación de causalidad, señala que uno de los factores que puede producir el perjuicio es «prácticas restrictivas de/ y competencia entre los propios productores nacionales» (nota 5 al artículo 3.4). La última propuesta de código anti-dumping incluye este factor en el propio articulado (nuevo artículo 3.4, documento MTN.TNC/W/FA).

(81) Sentencia de 11 de junio de 1992, *Extramet Industrie SA c. Consejo*, asunto C-358/89; conclusiones del abogado general Jacobs de 8 de abril de 1992. Vid. también *Fertilizantes químicos* (DOCE L 33/9 (1983), que dio lugar a la sentencia *Allied* citada *supra*).

(82) En caso de que tal violación se constate, según la Comisión, una revisión de los derechos anti-dumping sería el remedio adecuado. Vid. *Ferro-silicio-calcio/silicuro cálcico de Brasil*, DOCE L 129/7 (1987). Sin embargo, en *Cierto Carbonato Sódico de la Unión Soviética*, la existencia de presuntos acuerdos restrictivos entre los proveedores comunitarios y sus clientes fue uno de los motivos para no tomar medidas (DOCE L 48/ (1980). Más dudosa es la posición de la Comisión en relación a los acuerdos exentos, vid. BOURGEOIS: «Antitrust...», pág. 64.

El razonamiento del Tribunal debe también aplicarse a los casos en que el perjuicio es causado *por el funcionamiento del propio mecanismo de la competencia*. Se trata en suma de averiguar si al proteger ciertas industrias no se está interrumpiendo la lógica del proceso de competencia interna. No se trata tanto de una decisión de reconciliación de dos políticas como de una correcta determinación de la relación causal, que se hace tanto más importante cuanto el principio de libre competencia es uno de los pilares de la política comunitaria. Un argumento que en cierta manera va por estas líneas es el invocar la ineficiencia de la industria comunitaria, fruto ya sea de una tecnología obsoleta (83), o sobrecapacidad (84). Algunos procedimientos recientes muestran que la Comisión es consciente de esta circunstancia: así, por ejemplo, el uso del standard del «perjuicio al productor comunitario más eficiente», va en este sentido (85).

En parecido sentido, en muchas ocasiones los exportadores han alegado circunstancias que en procedimientos de competencia serían aceptadas como conductas comerciales normales. Es lo que se llama el *dumping técnico*. En *Allied*, los exportadores alegaron *inter alia* que habían ajustado sus precios de exportación a los precios de mercado que prevalecían en el Mercado Común y que esto era una práctica comercial normal, incluso si significaba ventas a pérdidas, en períodos de recesión. Las autoridades no aceptan este argumento en cuanto que tal alineamiento tiene el efecto de impedir aumentos de precios (86). El TJCE

(83) *Pentaerythritol de Canada y Suecia*, DOCE L 254/5 (1984).

(84) Por ejemplo, *Dicumyl peroxide de Japón*, DOCE L 203/13 (1983).

(85) Vid. *Motores Eléctricos de Europa del Este* (DOCE L 280/66 (1986); DOCE L 83/1 (1987); ver también la definición de productor comunitario representativo en *Urea* (DOCE L 131 (1987)). En *Cemento Portland de la RDA, Polonia y Yugoslavia* (DOCE L 202/43 (1986)), uno de los factores que se tuvo en cuenta al valorar el perjuicio fue «la competencia resultante del comercio intracomunitario, que era considerablemente mayor que las importaciones de terceros países».

(86) BESELER: *Anti-dumping and Anti-subsidy Law: The European Communities*, Londres, 1986, pág. 100; VERMULST: *Antidumping Law and Procedure in the United States and the European Community*, North-Holland, 1987, págs. 655-57. Vermulst distingue tres situaciones principales en el llamado «dumping técnico»: 1) productores extranjeros alinean sus precios al precio del mercado de importación; 2) los productores extranjeros alinean sus precios a los precios de otras importaciones a bajo precio, no objeto de dumping; 3) productores extranjeros alinean sus precios a los de otras importaciones objeto de dumping. Si bien todas situaciones, en opinión de Vermulst

no zanjó la cuestión, pero el abogado general VerLoren van Themaat trató con cierta simpatía estos argumentos (87), si bien es en la mayoría de las veces imposible determinar hasta qué punto hay un alineamiento de los precios o una depresión de los precios por causa de tales importaciones.

4. *Interés comunitario y medidas a adoptar*

El Reglamento anti-dumping dispone que antes de tomar medidas se ha de determinar si existe un *interés comunitario* en adoptarlas (88). El reglamento mismo no determina los factores a tener en cuenta al valorar éste. En su «Guía a la legislación anti-dumping y anti-subsidios de la CE» (89), la Comisión hace el siguiente comentario: «el interés comunitario puede incluir una amplia gama de factores pero los más importantes son los intereses de los consumidores y los procesadores de los productos importados y la *necesidad de tener en cuenta la situación competitiva en el mercado comunitario*». La casi nula incidencia de esta cláusula en los procedimientos anti-dumping ha sido

son defensas lógicas desde un punto de vista comercial, en cuanto que el exportador no hace sino seguir al «price leader», sólo la primera tiene visos de ser aceptada por las autoridades del Estado de importación. Vid. VERMULST: *op. cit.*, pág. 583, y los casos citados allí.

(87) El abogado general declaró en sus conclusiones que: «las prácticas comerciales normales compatibles con el principio de competencia no falseada deberán ser respetadas en la aplicación de las normas comunitarias anti-dumping» y que, «algo de precaución en la aplicación (de las reglas sobre ventas a pérdida) es deseable porque si no en una recesión general... todos los límites a la imposición de derechos anti-dumping desaparecerían» y que «la eliminación de la posibilidad de alinear los precios a los de mercado que imperan en el país de importación (esto en general, situaciones de pérdida, sin márgenes de beneficio, o incluso en algunos casos, sin cobertura total de los mismos) puede estar en conflicto con los esfuerzos para alcanzar una liberalización del comercio internacional que es la base del GATT y ... de la política comercial común también», 1985, ECR 1622.

(88) Artículos 11.1 y 12.2.

(89) Reproducida en VAN BAEL Y BELLIS: *Anti-dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC*, CCH, 1990, pág. 594.

muy criticada (90). Su razonamientos, hasta hace poco reducidos a una mera referencia formal y solo recientemente algo más elaborados, muestran que la Comunidad persigue fines de política industrial a través de estas medidas (91). Los argumentos relativos a la situación competencial suelen, por otro lado, estar unidos a los referidos a los intereses de los consumidores: subida de precios y limitación de las posibilidades de elección. Lo que se produce sobre todo en este punto es un auténtico conflicto de políticas, donde se debe medir caso por caso el impacto de las medidas en la situación competencial en la Comunidad, sin que sea necesaria una infracción de las normas de competencia.

Los exportadores suelen alegar que las medidas anti-dumping reducen la competencia en los precios y tienden a excluirles del mercado

(90) MARQUES: *op. cit.*, págs. 167-178, quien señala que cada vez que la omisión hace públicas sus opiniones bajo esta rúbrica, lo cual no ha ocurrido muy a menudo, siempre apoya la posición del sector comunitario; vid. también, KULMS. *op. cit.*, págs. 301-303; STEGEMANN: «Anti-dumping Policy and the Consumer», *JWTL*, pág. 466 (1985); STANBROOK: «The Impact of Community interest and Injury Determinations on Anti-dumping Measures in the EEC», *1985 Fordham Corp. L. Inst.*, pág. 623, esp. 625-31. Más contemporizador parece BOURGEOIS: «EC Antidumping...», págs. 588-90.

La perplejidad ante el escaso uso de esta cláusula llega al paroxismo cuando la Comisión señala la «lealtad» como interés en sí a ser contrapesado con los otros intereses económicos. El hecho de que las ventajas económicas de usuarios y consumidores provienen de una práctica «desleal» es usado como factor a favor de tomar medidas. Este razonamiento carece de lógica. El interés comunitario viene tras haber determinado el dumping. El argumento sobre la deslealtad es un argumento sobre la legitimidad de las medidas anti-dumping como tales y no tienen relevancia en este momento. Al ser el dumping desleal no se puede decir que las medidas anti-dumping son en interés de la Comunidad porque es en su interés el contrarrestar el dumping. Vid., por ejemplo, *Metal de silicio de Brasil*, DOCE L 96/17 (prov.); *Cintas de Audio*, DOCE L 119/1 (1991); *Aparatos receptores de televisión en colores de pantalla pequeña de Corea*, DOCE L 107/ (1990).

(91) *DRAMs de Japón*, DOCE L 193/1 (1990); *DRAMs de Korea*, DOCE L 272/13 (1992) (prov.) y *EPROHs de Japón*, DOCE L 65/42 1991. También hace referencia en algunos procedimientos al proceso de reestructuración que el sector comunitario está sufriendo, por ejemplo, *Enrejado de alambre soldado de Yugoslavia*, DOCE L 123/1 (1991); *Radios de coche de Corea del Sur*, DOCE L 34/8 (1992) (prov.); *Alpargatas de China*, DOCE L 166/1 (1991). Sobre este particular vid. MARQUES: *op. cit.*, pág. 173; GARCÍA LÓPEZ: *La crisis del GATT y el derecho antidumping comunitario*, Madrid, 1992, págs. 197-199.

comunitario. En general, la Comisión rechaza que eso se produzca, si bien sus razones son vagas. Desde el momento en que la «ratio» del reglamento es la defensa de los productores comunitarios las autoridades comunitarias llegan a defender que las medidas anti-dumping son pro-competitivas: la preservación de la industria comunitaria hará que haya más proveedores y por lo tanto más competencia (92). Este argumento sólo es válido si la industria comunitaria está en proceso de ajuste, pero cae por su propio peso, hasta rozar la hipocresía si, como ocurre en la mayoría de los casos, las medidas anti-dumping no hace sino reducir la presión competitiva externa en las industrias comunitarias, haciéndolas dependientes de tal protección.

La Comisión asume además que el dumping no es permanente y que una vez que la industria comunitaria ha desaparecido, los precios subirán. El dumping se presume, pues, un fenómeno temporal y no a largo plazo, dumping este último que no sería en principio, contraproducente. Esta presunción, tan vieja como la obra clásica de Viner (93), no resiste actualmente el menor análisis.

i) Por un lado, la existencia de precios predatorios es muy rara (94).

ii) Por otro, tal presunción se extiende por las instituciones comunitarias a casos en que existen varios exportadores (95). La Comisión ha expresado algunas veces su miedo a una acción concertada

(92) Por ejemplo, *Radios de coche de Corea del Sur* (DOCE L 34/8 (1992) (prov.); *Fibras sintéticas de poliéster de Corea e India* (DOCE L 197/25 (1992); *Metal de silicio de Brasil* (DOCE L 96/22 (1992).

(93) JACOB VINER, en su obra clásica sobre el Dumping, *Dumping, a Problem in International Trade* (1923) usa tres categorías: permanente, intermitente y esporádico. Viner concluía que todo el dumping se debía suponer en principio, como contraproducente, en cuanto que no había manera de determinar por adelantado si se trataba de un dumping permanente.

(94) OCDE, *Predatory Pricing*, París, 1988.

(95) En *Lectores de discos compactos* (DO L 205/5, 1989 (prov.); *Cintas de seda de máquina de escribir de China, Televisores en color de pantalla pequeña* (de Corea, DO L 107/56, 1990; *de China y Hong-Kong*, DO L 14/31, 1991, prov.); *Aspartamo de Japón y Estados Unidos* (DO L 330/16, 1990, prov.); *DRAMs de Japón* (DO L 193/1, 1990) y *EPRoMs de Japón* (DO L 65/42, 1991), las medidas anti-dumping tenían la finalidad de impedir que los exportadores extranjeros fueran más dominantes o impedir su acción concertada.

de los mismos (96). El importador parece estar, pues, en «libertad vigilada», pues la Comisión parece desconfiar de manera sistemática de que una competencia efectiva pueda ser mantenida solamente por competidores extranjeros.

iii) En fin, en tales circunstancias, una subida de precios sólo sería posible si hubiera importantes obstáculos a la entrada de nuevos competidores.

Un ejemplo muy ilustrativo es *Glicina de Japón*. El Consejo concluyó que era en el interés comunitario el tomar medidas, si bien añadió:

«En vista del probable efecto en la situación competitiva y estructura del mercado comunitario caracterizado por la presencia esencialmente de un productor comunitario y dos empresas no comunitarias, se considera en interés de la Comunidad tomar medidas de protección sin eliminar totalmente el perjuicio que se ha determinado en el período de investigación, pero consideradas adecuadas para posibilitar a dicho productor operar económicamente la planta en la que se inició la producción regular a principios de 1984» (97).

Consideraciones sobre competencia sólo parecen tener efecto cuando la industria comunitaria está muy concentrada. Teniendo en cuenta la estructura generalmente oligopolística que presenta el sector comunitario se hecha de menos un estudio algo más detallado de los riesgos de colusión que los posibles cambios de la estructura competitiva pueden producir.

Una especial protección parecen recibir los casos en que un productor comunitario puede llegar a ser dependiente de su competidor. El caso *Extramet* planteaba estos problemas, pues los derechos anti-dumping podían hacer a Extramet dependiente de Pechiney para el abastecimiento del producto (98). En DRAMs y EPROMs de Japón se planteaba un argumento similar a favor de las medidas: de no adop-

(96) En *Lectores de discos compactos* la Comisión declaró explícitamente que la imposición de las medidas «impedirá cualquier posible acción concertada por los productores extranjeros dominantes en el mercado comunitario».

(97) DOCE L 218/1 (1985).

(98) Similar alegación se produjo en *Ferro-silicio-calcio de Brasil*, pero la Comisión señaló la existencia de fuentes alternativas del producto (DOCE L 219/24 (1987).

tarse, la industria electrónica comunitaria sería dependiente de sus competidores extranjeros, que están verticalmente integrados, para el aprovisionamiento (99).

Ultimamente se ha señalado también que no todas las posibles medidas tienen iguales efectos sobre la competencia. En efecto, el interés comunitario suele materializarse no tanto en la negación de toda medida como en el *modus* de la misma (100). En general se defiende que los *compromisos* (101), usados frecuentemente por la Comisión, son más beneficiosos para los exportadores y la competencia. Stegemann ha señalado recientemente que también presentan riesgos: requieren una colaboración entre los exportadores tanto a la hora de plantearlos para su posible aceptación, como a la de su efectiva aplicación (102); los compromisos pueden ser usados como tapadera para un cartel entre los exportadores (103) o para la formación de un cartel internacional

(99) DOCE L 193/1 (1990) y DOCE L 65/42 (1991).

(100) Así, por ejemplo, en *Cinta de seda de máquinas de escribir de China* la Comisión manifestaba que: «No sería en interés comunitario el que haya un solo proveedor de este producto... Cualquier medida protectora no debe conducir a la retirada de las importaciones chinas del mercado o eliminar la competencia entre estas importaciones y la producción comunitaria», DOCE L 174 (1990). Consideraciones en torno a situaciones similares puede encontrarse en *Cloruro de Bario* (DOCE L 227/24 (1989), prov.) o *Dihidrostreptomycin de China* (DOCE L 187/23 (1991), prov.). Vid. también, *DRAMs y EPROMs de Japón*, DOCE L 193/1 (1990) y DOCE L 65/42 (1991), donde se consideró que el interés comunitario estaba mejor servido por un compromiso.

(101) Por compromiso se entiende, «oferta unilateral formalmente realizada por un exportador extranjero por las que éste se compromete a abstenerse de realizar prácticas de dumping o a asegurar que sus exportaciones no perjudican a los productores comunitarios de bienes similares», BESELER Y WILLIAMS: *op. cit.*, pág. 214.

(102) STEGEMANN: «EC Anti-dumping Policy: Are Price Undertakings a Legal Substitute for Illegal Price Fixing?», *Weltwirtschaftliches Archiv*, 268 (1990). Estos compromisos no están sujetos al artículo 85 en cuanto que son acordados por la Comisión, si bien ésta no desvela sus términos. Temple-Lang cree que esta inmunidad también incluye aquellos acuerdos estrictamente necesarios para el cumplimiento del compromiso. Por ejemplo, el exportador puede tener que obligar a los clientes a que no exporten a la Comunidad a menos de un precio determinado, vid. TEMPLE-LANG: «European Community...», pág. 61.

(103) Señala Stegemann cómo hay ciertos límites cuantitativos impuestos a la imposición y aceptación de tales compromisos, pero en cuanto estos límites están pensados para proteger a los exportadores y los usuarios, su efectiva aplicación depende esencialmente de su empeño en usar sus derechos, «EC Anti-dumping...», pág. 285.

entre el sector comunitario y los exportadores (104). Estos riesgos, afirma sin embargo este autor, no se han materializado aparentemente en la práctica (105).

En fin, la fijación de *derechos residuales* tiende en cierta manera a dosificar la demanda, ya que impiden la entrada de nuevos competidores (106). En parte por ello la Comisión, en un loable cambio de política, se ha comprometido a revisar los derechos de los llamados «newcomers» (productores que comienzan a importar tras el período de investigación).

VI. OTROS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA COMERCIAL

Respecto a las *medidas anti-subsidios*, se puede decir que presentan problemas muy similares a las medidas antidumping (107) en lo que se refiere a la presentación de quejas, determinación del perjuicio y la valoración del impacto de las posibles medidas en la situación competencial en la Comunidad.

Las *medidas de salvaguardia* presentan menores problemas, pues no existe un derecho de queja de las empresas y la determinación del perjuicio es más estricta. Si bien estas medidas pueden presentar un impacto negativo en la competencia, éste ha sido generalmente justificado con base en la necesidad de protección temporal para realizar

(104) Temple-Lang, en un ejercicio de ortodoxia competitiva afirma que puede infringirse el artículo 85 si una asociación de productores comunitarios intenta descubrir el precio mínimo mencionado en el compromiso de precios, o habiéndolo descubierto, lo revela a los miembros de la asociación, incluso si lo que se intenta es saber si el compromiso se cumplía efectivamente, «European Community...», pág. 60. Todos estos riesgos pueden estar a la base del rechazo de un compromiso en *Glicina de Japón* (DOCE L 218/1, 1985), donde se dice: «En un mercado donde sólo un número limitado de compañías están compitiendo, un alineamiento de precios resultado de los compromisos del tipo ofrecido por los exportadores japoneses, por ejemplo respetar un mismo precio mínimo, reducirían la competencia.»

(105) STEGEMANN: «EC Antidumping...», págs. 294-95. En tanto en cuanto el aumento de precio va a parar a las propias empresas, es menos probable que con compromisos las empresas extranjeras se retiren del mercado comunitario. Por otro lado, los efectos de «enfriamiento» serán menores en cuanto los productores de países terceros probablemente permanecerán agresivos si piensan que la Comunidad aceptará un compromiso.

(106) STEGEMANN: «EC Antidumping...», pág. 289.

(107) VAN BAEL Y BELLIS: *op. cit.*, págs. 257-84.

un adecuado ajuste. Un problema especial es el del reparto de cuotas nacionales (108).

Aparte de su debatida legalidad internacional (109), los *acuerdos voluntarios de autolimitación* (siempre que no se trate de acuerdos puramente privados (110)) no están sujetos al derecho de la competencia, porque están concluidos por la Comunidad. Tampoco lo están sus medidas de aplicación (111). Se puede decir que sus efectos sobre la competencia en el mercado comunitario son muy similares a los de una medida de salvaguardia, de hecho muchos son concluidos tras la iniciación de un procedimiento de salvaguardia. La única diferencia es que son selectivos, es decir, que afectan sólo a determinados países. Un problema especial es que algunos de estos acuerdos son todavía concluidos por los Estados miembros, lo que plantea una cuestión de división de competencias y de sometimiento, indudable, de los Estados a las normas de competencia (112).

Respecto al "nuevo instrumento" de la política comercial (113), decir que puede ser útil cuando prácticas restrictivas son impuestas por gobiernos terceros y afectan al mercado comunitario o terceros mercados (114). En fin, tanto en relación a la determinación del perjuicio como a las posibles medidas de políticas comercial que eventualmente se tomen se ha de tener en cuenta la situación competencial en la Comunidad.

(108) Sobre este particular, vid. BOURGEOIS: «Antitrust...», pág. 116 y, más cauto, TEMPLE-LANG, vid. *op. cit.*, págs. 7-76-77.

(109) PETERSMANN: «Grey Area Trade Policy and the Rule of Law», *JWTL*, 22 (1988/2); QUICK: *Exportselbstbeschränkungen und Artikel XIX GATT*, Carl Heymans, 1983.

(110) Ya han sido estudiados *supra*.

(111) Vid. *supra*; BELLIS: *op. cit.*, págs. 658-61; IMMENGA: «Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater wettbewerbsbeschränkungen», *RabelsZ*, 1985, pág. 302.

(112) Sobre los problemas que plantea esto vid. BOURGEOIS: «Antitrust...», págs. 119-20.

(113) Reglamento del Consejo núm. 2641/84, DOCE L 252/1 (1984). En relación a sus aspectos sustantivos más importantes vid. esp. BOURGEOIS: «EC Rules Against "Illicit Trade Practices"-Policy Cosmetics or International Law Enforcement?», 1988 *Fordham Corporate Law Institute*, capítulo 6 (1989); BRONCKERS: «The Potentials and limitations of the Community's New Trade Policy Instrument», en *Trade Laws of European Community and the United States in a comparative perspective*, Bruselas, 1992, pág. 133.

(114) Hay que tener en cuenta la «cláusula de reciprocidad» del reglamento de control de concentraciones, artículo 24.

VII. CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo del artículo las políticas de competencia y comercial están abocadas a entenderse, si bien tal relación se ve enturbiada por una diferente filosofía que impregna cada una de las mismas y que tiene raíces profundas. Las consideraciones sobre la competencia internacional, sin embargo, no han tenido un significado apreciable en el ámbito del derecho comunitario de la competencia relativo a las empresas. La Comisión es prudente al valorar la competencia que viene de terceros mercados, lo que conduce a una aplicación para algunos excesivamente estricta de las normas comunitarias. Las presiones en favor de un uso más «relajado» de esta política, como hemos analizado, han tenido resultados escasos.

La situación en relación a los instrumentos de la política comercial es más insatisfactoria, en especial en lo concerniente al uso de las medidas anti-dumping. En la aplicación de las normas anti-dumping por la Comunidad subyace una filosofía y aplicación proteccionista que lleva a proteger sectores de escaso futuro incluso si se mira desde un punto de vista de una posible política industrial. Las medidas anti-dumping, tal como se aplican, parecen presumir que la competencia no se puede asegurar efectivamente sólo con productores no comunitarios. La situación es más peligrosa en cuanto que los sectores que obtienen protección son en ocasiones sectores con un alto grado de concentración. La Comisión normalmente se defiende diciendo que se mueve dentro del ámbito de apreciación que el reglamento le otorga y que en todo caso existen límites a lo que ella puede investigar. Tal razonamiento no es de recibo. De la sentencia *Extramet* parece desprenderse que las limitaciones institucionales, derivadas del deber de confidencialidad, son salvables. Así lo entiende el abogado general Jacobs, para quien tal deber «no impiden a los funcionarios de las Direcciones Generales afectadas el consultarse en los casos apropiados antes de que se tome acción alguna» (115).

En fin, el TJCE parece ejercer un mayor rigor en su limitada función de verificar si las reglas procedimentales se han cumplido, si los hechos en los que la decisión se basa han sido establecidos con pre-

(115) Conclusiones, párrafos 46 y 47. En relación a los derechos de participación de las asociaciones de consumidores vid. asunto C-170/89, *BEUC (Bureau européen des unions de consommateurs) c. Comisión*, sentencia de 28 de noviembre de 1991.

cisión y si ha habido un error manifiesto de valoración o abuso de poder (116). Los rechazos basados en meras fórmulas, sin un estudio concreto del caso no constituyen motivación suficiente según el Tribunal.

(116) Ha anulado varios reglamentos anti-dumping por cuestiones que podrían llamarse procedimentales. Asunto C-49/88, *Al-Jubail y otros c. Comisión*, sentencia de 17 de junio de 1991; asunto C-16/90, *Nölle c. Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, sentencia de 22 de octubre de 1991.

JURISPRUDENCIA

