



Estudios de Economía Aplicada

ISSN: 1133-3197

secretaria.tecnica@revista-eea.net

Asociación Internacional de Economía

Aplicada

España

RODRÍGUEZ MIGUEZ, JOSÉ ANTONIO

La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE
Estudios de Economía Aplicada, vol. 27, núm. 3, diciembre, 2009, pp. 699-720

Asociación Internacional de Economía Aplicada
Valladolid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30117059007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE¹

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ²

Secretario General

TRIBUNAL GALLEGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

e-mail: jrodriguezm@tgdc.competencia.org

RESUMEN

El objeto del presente trabajo, dentro de un número monográfico dedicado a la Política Social Comunitaria, es ofrecer una visión diferente de la que se ha asignado a las relaciones entre la Política Social y de Empleo y la de la Competencia, que tradicionalmente han sido vistas como antagónicas. Frente a esta consideración, percibida por muchos operadores económicos, trataremos de poner en evidencia la complementariedad de ambas, pues la Política de la Competencia, tiene una fundamental dimensión social en la medida en que promueve la eficiencia de las empresas y la mejor asignación de recursos públicos, estimulando el progreso económico y el bienestar de trabajadores y consumidores.

Palabras clave: Política de competencia, política social, empleo, acuerdos colusorios, abuso de posición de dominio, concentraciones económicas, ayudas estatales.

The Competition Policy versus the Social and Employment Policy in the EU

ABSTRACT

The object of the present work, inside a monographic number dedicated to the Social Community Policy, is to offer a different vision from the one that traditionally has been assigned to the relations between the Social and Employment Policy and that of the Competition, which traditionally have been seen like antagonistic. Opposite to this consideration perceived by many economic operators, we will try to put in evidence the complementarity of both, since the Competition Policy has a fundamental social dimension in the measure in which it promotes the efficiency of the companies and the best assignment of public resources, stimulating the economic progress and the well-being of workers and consumers.

Keywords: Competition Policy, Social Policy, Employment, Colusorios Agreements, Abuse of Domain Position, Merger, State Aid.

Clasificación JEL: K10, K21, A13.

Artículo recibido en octubre de 2009 y aceptado en noviembre de 2009.

Artículo disponible en versión electrónica en la página www.revista-eea.net, ref. Ø-27313.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del «Plan Nacional de I+D+i» DER2008-04791/JURI – Nuevos instrumentos de protección de la competencia y de los consumidores, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

² Doctor en Derecho, miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS). Funcionario del Cuerpo Superior de la Xunta de Galicia. En la actualidad desempeña el puesto de Secretario General del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia. Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales del autor y, por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Política de la competencia, inscrita desde el punto de vista económico entre las políticas de oferta (Segura, 2006), ha sido siempre el “*énfant terrible*” del Derecho comunitario; o en términos más prosaicos “un enemigo” y no un “aliado”, al analizar únicamente su supuesta dureza represora (multas) o su aparente rigidez para rechazar ciertas conductas que se suponen “naturales” y beneficiosas, desde la perspectiva de la estrategia empresarial.

Sin embargo, y al margen de apriorismos ideológicos o teóricos, que se dan incluso entre los propios partidarios de la competencia (las conocidas divergencias entre Escuelas económicas como la Escuela de Chicago, la de Harvard o de Friburgo y Viena (Cseres, 2005) la política de la Competencia se ha revelado como una política muy útil para mantener y garantizar el bienestar de los consumidores europeos, al permitir un marco estable para que las empresas puedan competir en libertad, garantizando con ello mayores y mejores oportunidades de trabajo y desarrollo social.

El objetivo del presente trabajo es, pues, tratar de poner en evidencia que la política de la Competencia resulta beneficiosa para las empresas, trabajadores y consumidores, en la medida en que sirve de estímulo para que mejore la competitividad de las empresas, haciendo que al ser más eficientes puedan ofrecer a clientes y consumidores mejores productos a precios más reducidos, lo que a medio y largo plazo permitirá aumentar el empleo estable y de calidad, sobre la base del incremento de la cuota de mercados donde la empresa esté presente o la ampliación hacia otros complementarios de productos o territoriales.

No debemos ignorar, sin embargo, que la existencia de antagonismo entre ambas políticas es la percepción más común entre los operadores económicos. Cuando una empresa es multada por formar parte de un cártel o abusar de su posición de dominio o una empresa se ve forzada a devolver las ayudas que ha recibido ilegalmente puede verse en dificultades o incluso abocada al cierre. Pero no debemos olvidar que se trata de conductas ilegales que perjudican no sólo al Mercado, en sentido abstracto, sino a los competidores, clientes y proveedores de la empresa infractora que, a causa de dichas prácticas pueden llegar incluso a verse forzadas a abandonar su actividad, incapaces de competir en condiciones desiguales, al ver sus costes artificialmente incrementados o no reducidos de igual manera por las ayudas ilegítimamente otorgados a sus rivales. Y no debemos olvidar los llamados “costes del monopolio”, en términos de eficiencia y progreso tecnológico.

Esta situación se ve especialmente agravada en tiempos de crisis, en los que la propia supervivencia de las empresas se puede ver comprometida. Una política de Competencia eficaz puede contribuir a reducir sus efectos dañinos, sirviendo de revulsivo a medio y largo plazo, por ejemplo a través de una ayuda a la reestructuración, que al exigir un plan destinado a garantizar la supervivencia de la empresa a largo plazo, obliga a tomar decisiones a corto plazo, con frecuencia con coste social, pero a medio y largo plazo esenciales para la supervivencia de las empresas.

Esta errónea consideración de la competencia llevó incluso, en el caso de España, a algún líder empresarial a abogar porque la política de la competencia, al menos de manera transitoria, dejase de aplicarse, como medida necesaria para paliar los efectos negativos de la crisis y no agravar aún más las dificultades de las empresas.

Nada más lejos de la realidad, pues como ha afirmado recientemente el presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, “*Los obstáculos a la competencia en los mercados menguan la capacidad de innovación de nuestra economía, recortan la oferta de bienes y servicios disponibles para el consumidor e incrementan los precios de éstos. La competencia, [...] es un elemento dinamizador de la actividad económica y, por tanto debemos promoverla, con especial intensidad en épocas recesivas, eliminando la innecesarias barreras que la dificultan e impiden*” (Berenguer, 2009, p. 19).

En consecuencia, es precisamente en tiempos de crisis cuando las reglas de la competencia muestran su dimensión más social, reprimiendo aquellas conductas que saltándose las reglas del mercado, intentan que los efectos de la crisis sean asumidos por los competidores potenciales, clientes o consumidores, por medio de mayores precios, o por los propios trabajadores de las empresas que respetan las reglas del juego, que pueden quedar sin empleo si su empresa resulta finalmente expulsada del mercado por las malas artes de sus competidores.

Antes de entrar en la dialéctica de ambas políticas parece oportuno detenernos brevemente en el origen y evolución de ambas políticas, lo que pondrá en evidencia como han venido finalmente a converger de una manera más evidente, en especial, desde la Cumbre de Lisboa de 2000.

2. LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS

La delimitación de las competencias entre la Comunidad y los Estados miembros se ha venido configurando a partir de los Tratados comunitarios en base a la dualidad entre objetivos, también denominados en el artículo 2 CE, “*de manera ampliosa*” como “*misiones*” (Linde, 2009), y los medios para alcanzarlos.

En dicho precepto se establece:

“*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*”.

Estos objetivos se han ido configurando a lo largo del tiempo, lo que se ha venido traduciendo en que la redacción de este precepto se haya ido enriqueciendo con nuevas aportaciones, respondiendo a la asunción de nuevas competencias por parte de la Comunidad Europea. Por ello, la que comenzó llamándose Comunidad Económica Europea, se denominó, a partir del Tratado de la Unión Europea (1992), como Comunidad Europea, lo que como también subraya Linde, no debe considerarse “*como una operación de maquillaje, sino como una cuestión substancial*”, de lo que se infiere que “*debe considerarse que la economía, y en particular la economía de mercado, para la Unión Europea es un instrumento, que expresa una particular concepción de la sociedad, pero que a su vez está al servicio de dichos fines*” (Linde, 2009, p. 82).

De estos fines, especificados en los artículos 3 y 4 CE, se deducen un amplio abanico de políticas, en las que el grado de transferencia a instancias comunitarias no siempre es coincidente. Concretamente, la política de la competencia actúa como marco exclusivo respecto a las conductas que afecten o puedan afectar al mercado intracomunitario, aunque el ejercicio de las competencias ejecutivas (control) sea concurrente con las Autoridades nacionales; mientras que en otras, como puede ser la política social y de Empleo, los Estados miembros se reservan un mayor poder, limitándose las competencias comunitarias a labores de coordinación de las diversas políticas nacionales.

Siguiendo de nuevo a Linde, podemos delimitar tres grandes ámbitos competenciales en el marco de la Unión Europea, que incluyen diferentes políticas: el mercado común, la unión económica y monetaria y el mercado interior; si bien este último superpuesto al mercado común, en la medida en que implicaría un espacio sin fronteras interiores que incluiría la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

El Tratado CE se refiere a “Políticas comunes” (comercial, agricultura y pesca, y transporte), indicando con el adjetivo “común” que se refiere a ámbitos competenciales de “sesgo supranacional” (Linde, 2009, p. 85) en la medida en la que predominarían las competencias exclusivas de la Comunidad.

El mismo Tratado, alude también a “políticas”, sin adjetivo alguno, para indicar aquéllas, como la social, la medioambiental y de cooperación al desarrollo, que ocuparían un escalón competencial inferior al de las anteriores, de modo que en ellas pueden darse competencias exclusivas de la Comunidad, con competencias concurrentes de la Comunidad con los Estados miembros.

Finalmente, el Tratado CE se refiere a otros títulos competenciales, a los que denomina unas veces como “medidas”, que supondrían la atribución de competencias singulares de diferente naturaleza en una materia determinada (energía, protección civil o turismo); “acciones de fomento” (de coordinación de las políticas de empleo, investigación y desarrollo tecnológico, redes transeuropeas) que son también medidas singulares y “acciones singulares” de la más variada naturaleza.

En este disperso y, a menudo confuso reparto competencial, actúan las distintas instituciones nacionales y comunitarias, con papeles diferentes y diversos

grados de autonomía. Para una visión general de las mismas, sin distinción de categorías, puede verse la página web de la Unión Europea, en la dirección: http://europa.eu/pol/index_es.htm.

2.1. El origen de la Política comunitaria de la Competencia

La competencia no consiste en otra cosa que el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la de bienes y servicios al mercado. En un mercado competitivo los consumidores buscan adquirir los productos que mejor se ajustan a sus necesidades, de la mayor calidad posible y al menor precio; mientras que, por su parte, los proveedores tratan de atender las demandas de los consumidores ofreciéndoles los productos que desean igualmente en las mejores condiciones de calidad y precio. En ambos casos, “*consumidores y proveedores actúan de manera independiente*” (García Cachafeiro, 2009, p. 37).

La Política de la competencia comunitaria es una de las políticas “originarias” de la Unión Europea, pues aparece recogida como tal en los Tratados constitutivos de las tres primeras “Comunidades Europeas”, la creada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA, París, 1951), el constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE, Roma, 1957) y del Tratado Euroatom (Roma, 1957), pues todos ellos contenían normas de competencia.

No debemos olvidar, sin embargo, que la Política de la Competencia es un instrumento en aras de un objetivo superior, la integración europea, pero que además, de ella se espera una óptima asignación de los recursos y la maximización del bienestar de los consumidores, así como que su inspiración inicial se encuentra en la Escuela de Friburgo y el llamado pensamiento Ordoliberal, al que se vincula el concepto de “Economía Social de Mercado”, como tercera vía entre la “Economía de Mercado” de corte norteamericano y el socialismo (Cseres, 2005).

Como veremos, tanto el Tratado CECA, como posteriormente, el Tratado CEE, recogían la preocupación social que inspiró a sus redactores.

Así, el Tratado CECA perseguía entre sus objetivos, a pesar de ser éstos claramente sectoriales, desarrollar el empleo y el nivel de vida (Linde, 2009). Atendiendo a la expiración de este Tratado en 2002 (Rodríguez Miguez, 2002) y al carácter también sectorial y específico del tercero de los Tratados, el denominado EUROATOM, nos vamos a centrar únicamente en las reglas contenidas en el Tratado CE, denominación actual del Tratado CEE, que contiene el cuerpo más completo de regulación internacional de la competencia.

Su función es claramente económica y se concibe como un instrumento para la creación del Mercado Común, posteriormente denominado como Mercado Único y finalmente, como Mercado Interior, del mismo modo que las ya aludidas como Libertades Fundamentales.

La normativa sobre competencia se encuentra en dos secciones del Título VI (“Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones”), concretamente, en su Capítulo 1 (“Normas sobre Competencia”), dis-

tribuidas en dos secciones, tituladas, respectivamente, “Disposiciones Aplicables a las Empresas” (Artículos 81 a 86 CE) y “Ayudas otorgadas por los Estados” (Artículos 87 a 89 CE). Con posterioridad a esta normativa básica y su desarrollo a través del Derecho derivado y, especialmente del denominado *Soff Law* (Comunicaciones, Directrices, Marcos, elaborados por la Comisión Europea y sin valor normativo directo), se desarrolló, a partir de 1989, una normativa derivada en materia de concentraciones económicas, que por razones históricas (potenciar la industria europea en el comercio internacional), sólo se había previsto para las empresas en el ámbito del Tratado CECA. Su aprobación definitiva fue fruto de un intenso debate entre quienes apostaban por un control de concentraciones basado sólo en criterios de competencia (Alemania y Reino Unido) y los partidarios de que se tuvieran en cuenta criterios de política industrial, siendo la primera la finalmente triunfante (Motta, 2004, p. 14).

La competencia es un concepto económico que se articula jurídicamente. Por ello y de manera cada vez más intensa, por influencia del Derecho Antitrust norteamericano (García Cachafeiro, 2005), es creciente la influencia del análisis económico en la función de control ejercida por las Autoridades de competencia [Sobre el análisis económico en materia de competencia destaca la reciente obra de Ordóñez de Haro, J. M.: *Aspectos Económicos del Funcionamiento Competitivo de los Mercados*, Sevilla, 2009, publicada en dos volúmenes por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía].

Aun advirtiendo su carácter netamente económico, la Política de la Competencia europea tiene una clara dimensión social, que es posible rastrear no sólo en sus instituciones, sino en toda su filosofía inspiradora, que en la corriente actualmente dominante no es otra que el bienestar de los consumidores.

Así, se puede constatar en la Exposición de Motivos de la reciente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que es la norma vigente en la defensa de la competencia en España, plenamente coordinada con la normativa comunitaria de la competencia, en la que se puede leer que:

“El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”.

Resulta, pues, evidente, que la libre competencia no puede desmarcarse de la economía de mercado, ya que, “*La economía de mercado tiene como presupuesto esencial la libre competencia entre los operadores económicos*” (Gómez Segade, 2009, p. 28).

2.2. El impulso social de la Unión Europea: De la política social a la política social y de empleo

La evolución de la política social a la política social y de empleo en el seno de la Unión Europea es el fruto de un largo y todavía incompleto proceso.

En efecto, aunque la preocupación por las cuestiones de naturaleza social aparecía ya en los Tratados originarios, tanto en el Tratado CECA, como en el Tratado CEE, pues este último incluía desde un principio un título dedicado específicamente a la política social, su alcance se ha considerado bastante limitado (Dony, 2007), en la medida en que en él se recogía básicamente el compromiso de los Estados miembros acerca de “*la necesidad de [...] promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso*” (Artículo 117.1 Tratado CEE, 1957).

Asimismo, el Tratado CEE ofrecía la base jurídica para la creación del Fondo Social Europeo (FSE), al que se deben tantas iniciativas, -no siempre suficientemente aprovechadas-, en favor del desarrollo social y la mejora de las condiciones de empleabilidad de los trabajadores.

Conforme al Artículo 123 TCEE:

“*Para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida , crea, en el marco de las disposiciones siguientes, un Fondo Social Europeo destinado a fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores*”, concebido inicialmente para financiar medidas de reinstalación y de reconversión profesional, aunque a lo largo de los años ha sido objeto de varias revisiones y modificaciones desde su instauración hasta nuestros días (Quesada, 1998).

Esta dimensión meramente social de la por entonces todavía Comunidad Económica Europea va a evolucionar de manera progresiva acentuando su dimensión de fomento del empleo, como consecuencia del aumento del paro y los problemas sociales que genera, incorporando al aspecto meramente social, propio del pensamiento ordoliberal (“Economía Social de Mercado”, expresión que recoge el actual artículo 2 CE y mantiene la nueva redacción que al mismo da el Tratado de Lisboa), una dimensión más activamente dirigida a la creación de empleo, incorporando esta nueva dimensión al primer plano de las políticas comunitarias, aunque los Estados miembros sigan siendo los responsables de sus propias políticas de empleo.

Sin embargo, no será hasta el Tratado de Ámsterdam (1997) cuando esta dimensión de “Empleo” se incorpore a los objetivos de la Unión Europea, introduciendo en la redacción del Artículo 2 CE el objetivo de alcanzar “*un alto nivel de empleo*” (Dony, 2007, p. 491).

Si, como señalamos con anterioridad, los Estados miembros retienen la política de empleo, sus actuaciones deben ser compatibles con las grandes orientaciones de las políticas económicas adoptadas en el marco de la Unión Económica y Moneta-

ria. Por ello, los Estados miembros deben considerar el fomento del empleo como una cuestión de interés común y coordinar sus políticas con las acciones adoptadas por el Consejo de la Unión Europea conforme al artículo 128 CE (Dony, 2007).

Según este precepto:

“Artículo 128

1. El Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Comunidad y adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión.

2. Basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo previsto en el artículo 130, elaborará anualmente orientaciones que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo.

Dichas orientaciones serán compatibles con las orientaciones generales adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 99.

3. Cada Estado miembro facilitará al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo, a la vista de las orientaciones referentes al empleo contempladas en el apartado 2.

4. El Consejo, basándose en los informes a que se refiere el apartado 3 y tras recibir las opiniones del Comité de Empleo, efectuará anualmente un examen de la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros a la vista de las orientaciones referentes al empleo. El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, podrá formular recomendaciones a los Estados miembros, si lo considera pertinente a la vista de dicho examen.

5. Sobre la base del resultado de dicho examen, el Consejo y la Comisión prepararán un informe anual conjunto para el Consejo Europeo sobre la situación del empleo en la Comunidad y sobre la aplicación de las orientaciones para el empleo.”

Este paso decisivo, pero todavía incompleto en materia de empleo ha venido jalónado por una serie de etapas que resumimos de manera breve en los siguientes hitos (Quesada, 1998).

El punto de arranque de esta evolución se sitúa (Quesada, 1998) en la adopción del “Primer Programa de Acción Social de 1974”, aprobado mediante Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos³. Este primer plan anunciaba, como señala Quesada, el final del planteamiento preferentemente económico del Tratado de Roma, aportando, sobre nuevas bases jurídicas del propio Tratado, un nuevo enfoque a la materia social.

Como destaca esta autora, “A partir de mediados de los años setenta, la política de acción social se centró en programas de objetivos específicos como, por ejem-

³ DOC 80 de 9.7.1974, p. 30.

plo, los dedicados a la seguridad y salud en el lugar de trabajo, al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres y a la inserción en la vida laboral de los grupos desfavorecidos. Sólo pocas de estas actividades podían apoyarse en un fundamento jurídico específico y los programas de Política de Acción Social se basaban en las normas generales de competencia, así y todo, desde 1974 se aceptó básicamente la competencia de la CE para promulgar disposiciones en materia de Política Social.” (Quesada, 1998, 223 y 224).

Por su parte, fue en el Acta Única Europea, de 1986 donde se fraguó el futuro de la técnica de intervención que se emplearía en el futuro, con la creación de una primera base jurídica específica para la armonización de las legislaciones sociales nacionales, al incorporar al Tratado CEE nuevos artículos que darían un nuevo impulso a la Política de Acción Social, sugiriendo la importancia de estimular el diálogo entre los interlocutores sociales y haciendo hincapié en la necesidad de la cohesión económica y social de los, por entonces, doce Estados miembros (Quesada, 1998).

Otro hito importante fue la aprobación de la “Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores” adoptada por el Consejo Europeo en diciembre de 1989, aun a pesar del voto contrario del Reino Unido. Esta Carta pretendía “*contribuir a la realización de la dimensión social del mercado interior*” (Quesada, 1998, p. 224), aunque finalmente, quedó convertida en una mera declaración de intenciones políticas de carácter no vinculante sobre una serie de derechos sociales fundamentales.

El Tratado de Maastricht o de la Unión Europea, de 1992, destacó en esta materia por el empeño político en superar el bloqueo inflexible, encabezado por el Reino Unido, al atribuir mayor capacidad a las instituciones comunitarias en materia social y de empleo, cerrándose con un Protocolo Social donde 11 Estados atribuían mayores competencias en materia social a la Comunidad, al objeto de lograr una intervención común, que pudiera ser más efectiva.

El Tratado de Ámsterdam (1997), por su parte, supuso la inclusión de un amplio elenco de competencias en el Título XI (“Política social, de educación, de formación profesional y de juventud”) y la apertura de nuevos campos de actuación como el Título IV (“Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”).

No cabe duda de que en este proceso de evolución hacia una mayor interrelación entre las políticas nacionales de empleo, orientadas desde una perspectiva comunitaria, tendría un impulso decisivo el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, del que surgió la que se conoce como “Estrategia de Lisboa” (o “Agenda de Lisboa”). En esta reunión de los Jefes de Estado y/o Gobierno de los Estados miembros se fijó como objetivo estratégico de la UE convertir a la economía comunitaria en “*la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes del 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social*”.

De acuerdo con las conclusiones de esa reunión, el Consejo Europeo de Lisboa formuló una estrategia global que giraría en torno a tres grandes ejes:

- Preparar la transición hacia una sociedad y una economía fundadas sobre el conocimiento, por medio de políticas que cubran mejor las necesidades de la sociedad de la información y de la investigación y desarrollo, así como acelerar las reformas estructurales para reforzar la competitividad y la innovación y por la conclusión del mercado interior.
- Modernizar el modelo social europeo invirtiendo en recursos humanos y luchando contra la exclusión social.
- Mantener sana la evolución de la economía y las perspectivas favorables de crecimiento progresivo de las políticas macroeconómicas.

Este objetivo ha venido impregnando todas las políticas de la Unión desde entonces, incluyendo, por lo tanto, la política de la competencia; si bien, hubo de redefinirse con posterioridad, primero en el Consejo Europeo de Gotemburgo, del 15 y 16 de junio de 2001, añadiendo la dimensión ecológica y, sobre todo, fijando prioridades, a partir del “*Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera. Hagamos Lisboa. Reformas para la Unión Ampliada*”, de 21.1.2004 [COM (2004) 29 final], en el que se concretaban tres puntos básicos:

- 1º. Mejorar la inversión en redes y en conocimiento.
- 2º. Reforzar la competitividad de la industria y de los servicios.
- 3º. Promover la prolongación de la vida activa.

En dicho Consejo Europeo, celebrado en Bruselas los días 25 y 26 de marzo de 2004 se acordó (Conclusiones de la Presidencia, puntos 10 y 11) que “*la cuestión decisiva es la necesidad de una mejor aplicación de compromisos previamente asumidos*” y la necesidad de “*una aceleración del ritmo de la reforma a escala de los Estados miembros*”, así como “*un seguimiento más intenso de los resultados nacionales, incluso intercambiando información sobre las mejores prácticas*”, que debían plasmarse rápidamente en “*medidas concretas*” y “*la formulación de políticas a escala de la UE*.”

No obstante, como veremos a continuación, ninguna política, sea cual sea su nivel de “comunitarización”, puede, por sí sola, conseguir plenamente sus objetivos de forma aislada, sino que es preciso valorar la incidencia de otras políticas, cuando nos referimos a los grandes objetivos de la Unión Europea.

Es preciso mencionar finalmente, aunque sea de manera breve, la situación en la que quedará la política Social y de Empleo con la inminente entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2007), que introduce algunos interesantes cambios.

1º. En lo que respecta a la “Política Social”, el nuevo Artículo 2C establece en su apartado 2º, letra b) que “*Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:*

b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;”

2º. Se inserta, a través del punto 17 del Tratado, un artículo 5 bis, que incide en la dimensión social que debe imprimirse a las políticas comunitarias, al afirmar que: "*En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.*"

3º. Asimismo y de manera muy significativa, el punto 114, del Tratado, bajo la rubrica "Política Social", establece que:

«*La denominación del título XI "POLÍTICA SOCIAL, DE EDUCACIÓN, DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y DE JUVENTUD" se sustituye por la de "POLÍTICA SOCIAL" y se enumera como IX, y se suprime el encabezamiento "Capítulo I - Disposiciones sociales".*».

A su vez, en materia de Empleo, el artículo 2 CE vuelve a ser redactado de nuevo y en su apartado 3 se recoge que:

“*3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.*”

Y el nuevo Artículo 2 D, recoge en su apartado 2º que “*La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas*”.

Estos cambios deben ponerse en relación con lo afirmado en el Acta Final de la Conferencia Intergubernamental, de 3 de siembre de 1997 (CIG 15/97), en la que se confirma que “[...] la Conferencia reitera asimismo su adhesión a los objetivos de la estrategia de Lisboa: creación de empleo, reformas estructurales y cohesión social”. Afirmación que se confirma en diversos de los acuerdos a los que se llega en la misma.

3. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las prácticas que pueden afectar a la competencia son fundamentalmente: las prácticas colusorias, el abuso de posición dominante, el control de concentraciones económicas y las ayudas públicas (García Cachafeiro, 2009). No obstante, no podemos olvidar que la actividad regulatoria desarrollada por los poderes públicos puede crear obstáculos inadecuados o desproporcionados al libre juego del mercado, de ahí que las autoridades de la competencia vengan impulsando también en los últimos tiempos la evaluación de los proyectos normativos desde la perspectiva de la competencia (CNC: *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*, 2008).

Un matiz importante, que es preciso resaltar con carácter preliminar, es que en las dos primeras, las autoridades de competencia llevan a cabo un control *a posteriori* que se plasma en la investigación y —en su caso— sanción, de las conductas realizadas en el mercado, vulnerando, por ejemplo, la prohibición de fijar pactos entre competidores o el abuso de posición dominante, imponiendo condiciones abusivas a los distribuidores. En esta clase de expedientes se analiza el comportamiento de los operadores en el mercado para dictaminar si ha restringido o si es susceptible de restringir la competencia en el mercado.

Por el contrario, en el caso de las concentraciones económicas y las ayudas públicas el control se efectúa, con carácter general, de manera previa, hasta el punto de que no puede llevarse a cabo la concesión de una ayuda hasta que la Comisión la haya autorizado (salvo la aplicación de la regla *de minimis* o del Reglamento General sobre Exenciones por categorías, a los que aludiremos más adelante).

Asimismo debemos destacar que el control de las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, tanto infrinjan el mercado intracomunitario (Artículos 81 y 82 CE), como el meramente nacional (Artículos 1 y 2 LDC) puede ser examinado por los jueces de lo Mercantil, ante quien se puede reclamar no sólo la nulidad de los acuerdos, que son considerados nulos de pleno derecho, sino la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en lo que se llama “Aplicación privada del Derecho de la Competencia”.

Las concentraciones económicas y las ayudas estatales pueden ser recurridas ante la jurisdicción comunitaria (si tiene dimensión comunitaria) o ante la jurisdicción contencioso-Administrativa, si es meramente nacional por derivar de actos de las Administraciones públicas (autorizaciones/denegaciones, concesión/denegación).

3.1. Las prácticas colusorias y la libertad de los consumidores

El Derecho de la competencia prohíbe a las empresas que se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que van a dirigir a sus clientes. Con ello se pretende evitar que las empresas competidoras pacten cuestiones tan fundamentales como el precio de los bienes, la cuantía de la producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en las que éstos están presentes en un mercado.

La conducta colusoria de los operadores afectaría a la ley de la oferta y la demanda, esencial para el normal funcionamiento del mercado, quien a través de estas prácticas condicionan la libertad no sólo de sus clientes y consumidores, sino distorsionando la competencia y causando también daños económicos a aquellos de sus rivales que no infringen las reglas del mercado. Estos daños a rivales, clientes y consumidores pueden ser adecuadamente evaluados e indemnizados. Además puede suponer, cuando el control es ejercido por las autoridades públicas de competencia, la imposición de sanciones, fundamentalmente multas económicas, a los infractores.

Tanto en el ámbito comunitario como nacional, la prohibición se extiende a los acuerdos, a las decisiones de asociaciones de empresas (recomendaciones colectivas) y a las prácticas concertadas, a las que añade el Derecho español, de forma singular, la figura de las llamadas “Prácticas conscientemente paralelas” (Navarro Suay, 2005).

Como resulta evidente, la fijación artificial de los precios, supliendo el juego del mercado por el acuerdo de voluntades entre competidores (Acuerdos horizontales) o entre quienes ocupan diversos niveles en el proceso productivo (Acuerdos verticales), lesionan gravemente los intereses económicos y falsificando la competencia.

Por sólo citar un ejemplo de “conflicto” entre normas sociales y normas de la competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y, posteriormente, la Comisión Nacional de la Competencia, consideraron que contenían acuerdos contrarios a la competencia aquellos convenios colectivos que de manera indirecta fijaban precios o tarifas por servicios y no se limitaban a regular, como establece el artículo 82.2 del Estatuto de los Trabajadores, “[...] las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten” (Rodríguez Miguez, 2009).

3.2. El Abuso de posición de dominio y el control del poder de mercado

Por lo que se refiere al abuso de posición dominante es preciso señalar que tanto el Derecho comunitario de la competencia, como la legislación nacional de competencia, en sus respectivos ámbitos, también examinan la conducta de las empresas que, sin necesidad de alcanzar pactos con sus rivales, pueden utilizar su poder económico (poder de mercado) para consolidar su dominio del mercado o para extenderlo a otros mercados, todo ello en perjuicio de sus competidores y clientes (García Cachafeiro, 2009).

Las empresas que disfrutan de posición de dominio, son aquellas que tienen suficiente poder económico para actuar en el mercado sin depender de sus competidores o clientes, tal y como reconoció en su momento la sentencia United Brands (Asunto 27/76, de 14 de febrero de 1978), conforme a la cual, la posición de dominio “[s]e refiere a la situación de poder económico que ostenta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores” (Hernández, 2009, p. 121, de quien procede la traducción).

Es preciso partir, sin embargo, de que en el ámbito comunitario, las normas de competencia no prohíben la mera creación o posesión de una posición dominante, pues nada hay que objetar a que una empresa alcance una elevada cuota de mercado gracias a sus propios méritos (la mejor calidad o reducidos precios de sus productos). Lo que se prohíbe es que las empresas abusen de esa posición de dominio. Por tanto, para aplicar la prohibición, las autoridades de competencia someten a las

empresas a un doble test: en primer lugar, debe acreditarse que la empresa domina un mercado determinado (llamado “mercado relevante”) y, en segundo lugar, debe probarse que la empresa «ha abusado» de dicha situación de dominio (García Ca-chafeiro, 2009).

A tal efecto, el artículo 82 CE y su equivalente, el artículo 2 LDC ofrece un elenco de conductas que pueden constituir “abuso”, pero para ello es preciso determinar previamente cuál es el mercado o mercados en los que se ostenta esa privilegiada posición.

Ello nos lleva a la difícil cuestión de determinar el llamado “mercado relevante”, de producto o servicio y geográfico, para poder determinar si sobre el mismo se ostenta una posición tal que permita a la empresa, llamada ahora “dominante”, actuar con independencia de la actuación de los demás operadores del mercado.

Las conductas que implican abuso de posición dominante repercuten negativamente en el funcionamiento competitivo de los mercados, menoscabando el bienestar de los clientes o consumidores (abusos explotativos) o incluso de sus competidores (abusos exclusionarios), a los que con las misas se trata de expulsar del mercado (Hernández, 2009).

3.3. Las Concentraciones económicas y la estructura competitiva de los mercados

Como destaca la Profesora Bello (Bello, 2009, p. 333), la primera legislación anti-trust que contempló expresamente el control de las operaciones de concentración fue la Clayton Act estadounidense, actualmente vigente con modificaciones, que data de 1914. En Europa, fue el Tratado de la CECA (1951) en su artículo 66, dentro de su específico marco de actuación.

A diferencia de lo previsto en el Tratado de París para el mercado del carbón y el acero, el Tratado de Roma (1957) no incluyó, de manera deliberada, el control de concentraciones empresariales para los productos y servicios que integraban el resto del Mercado Común, con la intención de facilitar el fortalecimiento del tejido empresarial deshecho por la guerra y sobre todo por lograr grupos con mayor masa crítica, capaces de competir con las empresas estadounidenses y japonesas. Esta situación se prolongó hasta 1989, que fue el año en el que se aprobó el Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, de control de concentraciones entre empresas⁴, modificado por última vez con la aprobación del vigente Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁵.

Desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, una concentración de empresas “*es una operación mediante la cual empresas anteriormente*

⁴ DO L 257 de 21.9.1990, p. 13.

⁵ DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

independientes pasan a perder de forma duradera su independencia" (Bello, 2009, p. 335).

Se trata, por lo tanto de una modificación de la estructura de las empresas participantes que da lugar a una modificación de la estructura del mercado en que operan, reduciéndose así el número de operadores presentes en ese mercado o mercados de referencia.

Por ello, como apunta la Profesora Bello, la diferencia esencial de este tipo de operaciones con las prácticas colusorias reside en que éstas persiguen la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas que las realizan, que no pierden, sin embargo, su independencia: siguen siendo operadores autónomos en el mercado no obstante haber concertado su comportamiento en un ámbito concreto, como por ejemplo, en precios, en cantidades o en I+D.

Los elementos de la definición de concentración empresarial también se construyen en consecuencia, en función de los objetivos *antitrust* y no de los propios de otras ramas del Derecho: por lo que, el significado de los conceptos "empresas independientes" o "pérdida de la independencia" no puede circunscribirse al que se derivaría del Derecho patrimonial o societario independencia de la propiedad de las participaciones, de los activos, o de la personalidad jurídica, que se perdería como consecuencia de la adquisición de los activos o el capital por otra empresa o bien mediante una operación de modificación de la estructura societaria (fusión, absorción...). La independencia que desaparece como consecuencia de una operación de concentración es, como destaca Bello, la propia del operador independiente en el mercado: la autonomía decisoria. Lo esencial en una fusión de sociedades (como en cualquier otra forma de concentración) desde la perspectiva de la defensa de la competencia no es la unificación de personalidad jurídica de las empresas participantes, de su propiedad, de sus activos, sino el hecho de que dos operadores económicos independientes desde el punto de vista del diseño de su estrategia competitiva en el mercado se convierten en uno sólo, con una estrategia proyectada ahora desde un único centro de decisión.

Este efecto puede ser consecuencia necesaria de una fusión societaria, pero también puede alcanzarse mediante otro tipo de operaciones, como, por ejemplo, adquisiciones cuantitativamente minoritarias de participaciones u otras que, *prima facie*, no parecerían aptas para realizar una integración empresarial.

Desde el punto de vista de la Defensa de la Competencia, la modificación estructural operada en el mercado con la concentración es ya, en sí misma, relevante (Bello, 2009), en la medida en la que dé lugar al incremento del poder de mercado de las empresas participantes en la concentración, es decir, de la capacidad de aumentar los precios de forma sostenida por encima del nivel de competencia y con ello adquirir una posición dominante (vid. supra).

Resulta indudable, atendiendo a criterios sociales, que una concentración económica suele llevar aparejada la reducción de plantilla, de alguna o todas las sociedades o entidades concentradas, pero al ganar eficiencia competitiva resulta posible la adquisición de nuevos mercados o mayores cotas de producción, que a

medio plazo resultan positivas, si la decisión y su ejecución en el tiempo resulta económica y empresarialmente acertada, o la asunción en común de un proyecto que sería inviable de manera individual (las llamadas “joint ventures”).

3.4. Las Ayudas estatales y su incidencia en el mercado

En la actualidad es, sin embargo, en el campo de las ayudas estatales dónde es más posible percibir la dimensión social de la política de la competencia.

El Plan de Acción presentado por la Comisaria de Competencia, Neelly Kroes al iniciar su mandato, bajo el expresivo título de “*Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009*” [Bruselas, 7.6.2005, COM (2005) 107 final].

En dicho documento, en el que prima el enfoque económico (Merola /Ibáñez, 2007, p. 70) se subraya la conexión de la política de ayudas estatales con los objetivos de la Agenda de Lisboa.

En efecto, en el primer punto de este documento, bajo el título “*Una Política Modernizada de Ayudas Estatales en el Contexto de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo*”, la Comisión incide en que

“6. La política de competencia se basa en la idea de que una economía de mercado constituye la mejor garantía para mejorar las condiciones de vida en la UE en beneficio de los ciudadanos, uno de los objetivos primarios del Tratado de la UE.

Para suministrar a los consumidores los productos que desean obtener a bajo precio es fundamental que los mercados funcionen. La competencia es además esencial para aumentar la competitividad de la economía europea, pues crea un entorno en el que las empresas eficientes e innovadoras se ven debidamente recompensadas”.

Añadiendo más adelante:

“8. [...] es importante comprender que la ayuda estatal tiene un precio. Tampoco es una solución milagrosa capaz de resolver instantáneamente todos los problemas. Los contribuyentes son quienes en último término tienen que financiar la ayuda estatal y esto supone unos costes de oportunidad. El conceder ayuda a las empresas supone detraer financiación de otras áreas políticas. Los recursos estatales son limitados y necesarios para muchos fines esenciales tales como el sistema educativo, el sistema sanitario, la seguridad nacional y la protección social. [...]”

En concreto y respecto a la Agenda o Estrategia de Lisboa, la Comisión señala que:

“13. En el momento presente, la política de ayudas estatales debe afrontar nuevos desafíos que requieren nuestra intervención. Tal como lo expresó claramente el Consejo Europeo de noviembre de 2004, hay que imprimir un nuevo impulso a la Estrategia de Lisboa. La Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de pri-

mavera 2005 ‘Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa’, establecía ya un nuevo programa de acción de Lisboa en el que el control de las ayudas estatales desempeñaba un importante cometido.

14. El Consejo Europeo de marzo de 2005 ha invitado “a los Estados miembros a que sigan reduciendo el nivel general de las ayudas públicas teniendo, sin embargo, en cuenta las posibles deficiencias de los mercados. Este movimiento debe ir acompañado de una reorientación de las ayudas en favor del apoyo a determinados objetivos horizontales tales como la investigación y la innovación y la valorización del capital humano. La reforma de las ayudas regionales debería favorecer un alto grado de inversión y permitir la reducción de las disparidades, de acuerdo con los objetivos de Lisboa”.

Con carácter general podemos señalar que la regulación básica de las ayudas estatales se contiene hoy en el Tratado CE, concretamente en sus artículos 87 a 89 CE.

El artículo 87 CE considera incompatible y, por lo tanto, en principio, prohibidas 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.

Decimos, en principio, porque frente a la rigidez del sistema diseñado en el Tratado CECA —que posteriormente hubo de salvarse—, admite que aquellas ayudas que cumplan determinados objetivos de interés comunitario puedan ser autorizadas por la Comisión incluso sin examen previo, en los caso cubiertos por una exención por categorías [determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías), DO L 214, de 9.8.2008, p. 3] o la regla *de minimis*⁶.

Bajo la supervisión de la Comisión algunas ayudas estatales pueden ser autorizadas.

Las excepciones se recogen en los apartados 2 y 3, del propio artículo 87 CE.

Las ayudas del artículo 87.2 CE, denominadas “legales” o “automáticas”, reconocen supuestos como las expresamente denominadas “*de carácter social*” [letra a)] concedidas a los consumidores individuales”, con la exigencia de que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional [letra b)] y las concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, condicionadas a que efectivamente “*sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división*” [letra c)].

Estas ayudas, dotadas de un claro contenido social, son automáticamente autorizadas, si se acredita el supuesto de hecho que las genera (Rodríguez Miguez, 2002).

⁶ Reglamento (CE) n o 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (DO L 379, de 28.12.2006, p. 5).

Por su parte, en el apartado 3 del mismo artículo 87 CE se establece unas excepciones que “*podrán*” ser compatibles, expresión que permite a la Comisión un análisis más fino, ponderando la medida con el interés general de la Comunidad en su conjunto.

Estas excepciones, a diferencia de las anteriores, tienen un carácter más discrecional y dejan en manos de la Comisión la apreciación, desde la perspectiva de la competencia y del interés de la Comunidad su posible autorización.

Muchas de ellas se incardinan con otras políticas comunitarias como la política regional [artículo 87.3.a) y c) primer inciso CE], donde se tiene en cuenta para delimitar las regiones que pueden acogerse a esta excepción circunstancias como que “*el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo*”; sectorial (artículo 87.3 c, segundo inciso) muy próxima a la política industrial; y a la política económica y de I+D en el caso de la excepción contemplada en el artículo 87.3.b CE, relativa a “*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*”.

Es precisamente esta última excepción, la destinada a “*destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*”, la base jurídica excepcional con la que la Comisión ha tratado de encauzar las ayudas concedidas por los Estados miembros tanto a las entidades financieras, tras el colapso producido por la quiebra de *Lehman Brothers*, en septiembre de 2008 y para autorizar las ayudas destinadas directamente para impulsar la “economía real”, a las que ya hemos hecho alusión (Rodríguez Miguez, en prensa).

Por su parte, el artículo 86.2 CE, que hace mención a los calificados como Servicios de Interés Económico General (SIEG), concepto comunitario muy próximo, aunque no equivalente, al de “servicio público”, está destinado a establecer una aplicación modulada de las reglas de la competencia y, por lo tanto, también de las relativas a las ayudas estatales respecto de estas empresas, destacando como la actual jurisprudencia excluye el carácter de ayuda estatal de las compensaciones derivadas de la prestación de estos servicios, bajo determinadas condiciones (Rodríguez Miguez, 2008).

En el contexto de la actual crisis financiera y sus repercusiones sobre la economía real, la Comisión ha elaborado diversas comunicaciones dirigidas, en primer lugar, a regular las ayudas a estas entidades, sin perder de vista que las mismas trasladen sus efectos positivos sobre la concesión de crédito a los operadores económicos y un marco temporal y más flexible para los demás sectores que atraviesan dificultades.

De este modo se pone en evidencia la clara dimensión social de las ayudas estatales, respondiendo a las preocupaciones de las autoridades financieras nacionales, comunitarias e internacionales, por una parte, de mantener la estabilidad del sistema financiero con ayudas a estas entidades.

A este respecto no cabe duda que las ayudas estatales se han convertido en un instrumento esencial no sólo para tratar de disminuir los efectos sociales generados

por la crisis, atendiendo a la “grave perturbación en la economía de un Estado miembro”, manteniendo la aplicación uniforme del sistema sin que los Estados actuaran individualmente sin contar con la Comisión, sino que permitirá la reestructuración del sector financiero, para poder la supervivencia de aquellas entidades que tras el correspondiente plan puedan resultar viables a largo plazo, contribuyendo así a la estabilidad del empleo, aunque a corto plazo, puedan producirse reducciones de plantillas (Rodríguez Miguez, en prensa).

Asimismo estas ayudas se complementan con las destinadas a la reactivar de la economía real, íntimamente ligada a la suerte de las entidades financieras, por las necesidades que ésta requiere de continua financiación [Comunicación titulada “*Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera*”⁷].

3.5. Las indemnizaciones por daños a la competencia

Un último punto, en el que nos vamos a detener con brevedad, pues, entre otras razones, se encuentra en pleno debate interno en el seno de la Comisión, es el relativo a la reclamación de los daños y perjuicios derivados de un ilícito *antitrust*. Dicho debate se centra en la adopción de una norma comunitaria destinada a agilizar los procedimientos para exigir dichas indemnizaciones.

Es preciso partir de que las sanciones que imponen las Administraciones públicas por violación de la normativa de la competencia tienen un carácter diferente. Se trata de simples sanciones, aunque su cuantía sea a menudo muy elevada, que por el principio de “caja única”, pasan a ingresar las arcas de la administración que la impone y no tiene vinculación directa con los daños causas por la misma, sino reprimir una conducta que se considera antijurídica y por tanto del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, incardinada en la tradicional Actividad Administrativa de Policía.

Tampoco constituye una indemnización la recuperación de las ayudas otorgadas de manera ilegal que sean declaradas incompatibles, aunque cabe la recuperación provisional o la consignación bancaria de la cantidad para que la entidad beneficiaria de ella no pueda hacer uso alguno de la misma mientras se discute sobre su legalidad.

En realidad la recuperación de las ayudas es, como ha señalado la jurisprudencia comunitaria [STJCE de 21 de marzo de 1990, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 142/87, Rec. 1990, p. I-959, apartado 67], la “consecuencia lógica” de la comprobación de su ilegalidad (Rodríguez Miguez, 2002).

La vía para su reclamación es o bien el mutuo acuerdo o la vía judicial debiendo acreditarse, como en cualquier otra reclamación de indemnización por daños y perjuicios, la existencia del daño y el nexo causal.

⁷ DO C 83, de 7.4.2009, p. 1 (Version consolidada).

4. CONSIDERACIONES FINALES: LA NECESARIA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

El objetivo de este trabajo iba mucho más allá que mostrar los aparentes antagonismos entre dos políticas comunitarias esenciales, que la política social y la de competencia han venido evidenciando, sino, por el contrario, demostrar que, aunque persiguen objetivos mediatos en principio diferentes, es posible apreciar como la búsqueda de la eficiencia económica por parte del Derecho de la Competencia —incluida en el marco del proceso de integración europea en el objetivo más amplio de promover un verdadero Mercado Interior—, responde a objetivos que también deben incluirse en una amplia noción de política social, en la medida en que contribuye al desarrollo de la competitividad de las empresas.

Entendemos que la mejor política social es aquella que promueve el desarrollo de las empresas en un mercado competitivo, en el que las posibles ganancias resultado de la asignación eficiente de recursos pueda ser reinvertida en mejorar los procesos productivos, el desarrollo tecnológico y abrir nuevas oportunidades de mercado. Con ello será posible crear más empleo y de mejor calidad, lo que en las circunstancias actuales es una necesidad vital para todos.

En este contexto juega un papel decisivo la nueva dimensión que ha adquirido la competencia, no limitándose a sancionar o controlar a los operadores económicos, sino también a promover una cultura de la competencia, removiendo e impiadiendo el establecimiento de barreras y obstáculos al normal funcionamiento de los mercados, originados, en numerosas ocasiones, por las empresas que disfrutan de mayor poder de mercado o de la propia legislación, que con frecuencia ignora, a priori, los valores de la competencia.

Destacamos en este punto la labor de promoción de la competencia emprendida por la Comisión Nacional de la Competencia y algunas autoridades autonómicas de la competencia dirigidas a mejorar la calidad de las normas con el examen previo de su incidencia en el mercado, a través, por ejemplo, de la *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia en los proyectos normativos*, elaborada por la CNC o la reciente aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo⁸, que impone a las Administraciones públicas la elaboración de incorporar en la elaboración de proyectos normativos “Memorias de competencia”.

A través de estos instrumentos y de un mayor conocimiento de los valores de la competencia por los operadores económicos y la sociedad en general la política de la competencia y la política social se percibirán como lo que realmente son, políticas complementarias y no antagónicas.

⁸ BOE núm. 173, Sábado 18 de Julio de 2009, p. 60174.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. (2009): "Control de concentraciones de empresas" en Bello Martín-Crespo et al: *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Capítulo VIII, Thomson/Aranzadi, Pamplona, pp. 333- 420.
- BERENGUER FUSTER, L. (2009): "Más competencia: factor clave en tiempos de crisis", en *El Mundo del Siglo XXI*, Suplemento Mercados, 6 de octubre de 2009, p. 19.
- CAMPO, M. (2009): "The new State aid temporary framework", en *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, disponible en la actualidad en: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_6.pdf.
- COMISIÓN EUROPEA (2004): *Informe de la Comisión al Consejo Europeo de primavera. Hagamos Lisboa. Reformas para la Unión Ampliada*, Bruselas, 21.1.2004, COM (2004) 29 final. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/economiahacienda/fondos/documentos/HagamosLisboa.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA (2005): *Plan de Acción de Ayudas Estatales: Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009*, COM (2005) 107 final, Bruselas, 7.6.2005 disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:ES:PDF>.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2008): *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia en los proyectos normativos*, disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Gu%C3%A1AparaAdministracionesP%C3%BAblicas/tabid/177/Default.aspx>.
- CONSEJO EUROPEO (2004): Conclusiones le la Presidencia Consejo Europeo de Bruselas, 25 y 26 de Marzo DE 2004, en http://www2.ull.es/infor_general/otros_centros/documentosCDE/conclusiones_25_26marzo.pdf.
- CSERES, K.J. (2005): *Competition Law And Consumer Protection*, Kluver Law International, La Hague.
- DONY, M. (2007): *Droit de l'Union européenne*, Editions de la Université de Bruxelles, Bruxelles.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2005): "El giro norteamericano del derecho antitrust comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la Sherman Act" en *Revista de derecho mercantil*, núm. 256, pp. 597-642.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F. (2009): "Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia", en Bello Martín-Crespo et al., *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Capítulo I, Thomson/Aranzadi, Pamplona, pp. 37- 64.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. (2009): "Prólogo" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. et al., *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, pp. 27-35.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (2009): "Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. et al., *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Capítulo III, Thomson/Aranzadi, Pamplona, pp. 113-140.
- LINDE PANIAGUA, E. (2009): "El sistema competencial de la Unión Europea", en MELLADO PRADO, P. et al., en *Instituciones de Derecho Comunitario*, Colex, Madrid, pp. 67-88.
- MEROLA, M. e IBÁÑEZ COLOMO, P.: "State Aids in the banking and finance sectors", en *Concurrences*, nº 1 ("Colloque Banque, Finance & Concurrent"), 2007, pp. 68 a 81.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

- NAVARRO SUAY, M.C. (2005): *Las conductas conscientemente paralelas*, Thomson-Civitas, Madrid.
- ORDÓÑEZ DE HARO, J.M. (2009): *Aspectos Económicos del Funcionamiento Competitivo de los Mercados*, 2 vol., Sevilla, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.
- QUESADA DÍEZ, S. M^a (1998): "La acción social en la Unión Europea: evolución histórica", en *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, núm. 6, pp. 221-232.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2002): *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías nº 24, Santiago de Compostela.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2003): "Panorámica del Derecho comunitario de la competencia tras la desaparición del Tratado CECA", en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo*, núm. 22, pp. 11-15.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2008): "El Paquete Modernizador del artículo 86 CE y las compensaciones por Servicios de Interés Económico General", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 38, Monográfico sobre Política de Competencia: descentralización y reforma en la UE y en España", Instituto de Estudios Europeos-Universidad de Deusto, pp. 177-201.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2009): "Limitaciones a la Negociación colectiva y Defensa de la Competencia", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Marcial Pons, Madrid, en prensa.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2009): "La Recapitalización Pública de las Entidades de Crédito", comunicación presentada a la *IX Jornadas de Política Económica "Reflexiones de Política económica: Claves para una recuperación prolongada"*, Granada, 15-16 Octubre 2009.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. (2010): "Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, en prensa.
- SEGURA SÁNCHEZ, J. (2006): "La Política de Defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional", en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 61 (Monográfico sobre Economía y Derecho de la Competencia. Últimas tendencias y reformas legales en Europa), pp.16-39.