

# LA COMISIÓN COMPLETA EL “PAQUETE DE MODERNIZACIÓN”

Luis BERENGUER

Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor, el 1 de mayo de 2004, del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, que ha supuesto un cambio sustancial en los procedimientos seguidos por la Comisión, hacía necesaria la publicación de nuevas normas y comunicaciones que permitieran la adecuada aplicación del nuevo sistema. En consecuencia, la Comisión, después de un período de información pública, ha publicado un Reglamento de la propia Comisión relativo a los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82<sup>1</sup> (Reglamento 773/2004), una Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia<sup>2</sup>, una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros<sup>3</sup>, una Comunicación sobre la tramitación de denuncias<sup>4</sup>, una Comunicación relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)<sup>5</sup>, una Comunicación de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio<sup>6</sup> y, finalmente, una Comunicación sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado<sup>7</sup>. Como puede comprenderse se trata de un ambicioso conjunto de documentos que resultaban a todas luces necesarios para clarificar el nuevo sistema establecido en el Reglamento 1/2003, y que ha merecido el nombre de “paquete de modernización”. Fuera de este conjunto, pero con una cierta relación con el mismo, y en la misma fecha 27 de abril de 2004, en el *Diario Oficial* se han publicado

<sup>1</sup> DOCE, núm. L 123/18, de 27 de abril de 2004.

<sup>2</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

<sup>3</sup> DOCE, núm. C 101/04, de 27 de abril de 2004.

<sup>4</sup> DOCE, núm. C 101/05, de 27 de abril de 2004.

<sup>5</sup> DOCE, núm. C 101/06, de 27 de abril de 2004.

<sup>6</sup> DOCE, núm. C 101/07, de 27 de abril de 2004.

<sup>7</sup> DOCE, núm. C 101/08, de 27 de abril de 2004.

el nuevo Reglamento de transferencia de tecnología y sus Directrices de aplicación, lo cual constituye un notable esfuerzo de producción normativa por parte de la Comisión Europea... al tiempo que una fuente de problemas para quien ha de aplicar las nuevas normas, que han entrado en vigor el 1 de mayo.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, debe destacarse que la importancia de los cambios introducidos por la aprobación del Reglamento 1/2003 ha producido que la mayor atención de las nuevas normas y comunicaciones ahora aprobadas haya recaído no tanto sobre los aspectos relativos al procedimiento, contenidos en el Reglamento 773 de la Comisión, como sobre el conjunto de Comunicaciones, y especialmente sobre la relativa a la aplicación del art. 81.3. Ello es lógico, ya que la desaparición del procedimiento de notificación ha producido un buen número de incertidumbres que esa Comunicación debe contribuir a despejar. En cualquier caso, se trata de un voluminoso conjunto de documentos que tratan de cubrir el vacío que el cambio de normas ha provocado. En efecto, la doctrina de las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia producida respecto al Reglamento 17 han quedado, en alguna medida, obsoletas, y hasta tanto el transcurso del tiempo no produzca un nuevo cuerpo de doctrina, es necesario que las empresas y las asociaciones de éstas conozcan las directrices que puedan contribuir a indicarles cuáles son las pautas a seguir por la Comisión.

## 2. EL REGLAMENTO DE LA COMISIÓN 773/2004

El nuevo Reglamento, que sustituye a los Reglamentos 3385/1994 y 2842 y 2843/1998, ha sido dictado en uso de la facultad que el Reglamento 1/2003 concedió a la Comisión para regular determinados aspectos procedimentales. Contiene, en términos generales, unas normas considerablemente más precisas que las aplicables en desarrollo del Reglamento 17, que, por otra parte, se referían en buena medida al procedimiento de notificación, que ha quedado suprimido. Al mismo tiempo se debe indicar que supone un evidente avance que se sometan a las reglas procesales generales los procedimientos instruidos en materia de transportes, poniendo fin a la dualidad de procedimientos establecidos en los Reglamentos 2842 y 2843.

Hay que tener en cuenta que las reglas procesales contenidas en el Reglamento 17/1962 eran totalmente insuficientes, hasta el punto de que, en realidad, no se podía hablar de un auténtico procedimiento, sino exclusivamente de ciertas reglas muy sumarias, que habían sido completadas tanto por los Reglamentos de la Comisión que lo desarrollaban, como por las prácticas de la Comisión. La misma afirmación no se puede hacer de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003, ya que en el mismo se contienen reglas que constituyen un auténtico procedimiento. Por lo tanto ahora, en el Reglamento 773, ya no resultan tan necesarias, como

en aquellos a los que sustituye, las reglas de procedimiento, y, en definitiva, su contenido consiste en ciertas normas que sirven para completar o detallar las contenidas en el Reglamento que desarrollan.

No varían, por lo tanto, las fases del procedimiento, que ya venían establecidas en el Reglamento 1/2003; es decir, que existen cinco fases que consisten en: Instrucción, Comunicación de cargos, Audiencia de los interesados, Emisión de Dictamen por el Comité Consultivo y, finalmente, Decisión.

Por otra parte, se debe destacar que se muestra, al igual que el Reglamento 1/2003, una especial preocupación en fortalecer los derechos de defensa de quienes intervienen en un procedimiento, consciente la Comisión que una de las críticas más recurrentes que tradicionalmente se hacían a los procedimientos en materia de competencia consistía en llamar la atención sobre el inadecuado respeto a tales derechos de defensa.

Otra de las observaciones de carácter previo que se pueden realizar se refiere a la evidente preocupación demostrada en asegurar un adecuado funcionamiento de la aplicación descentralizada de las normas comunitarias de la competencia.

El Reglamento consta de 21 artículos agrupados en siete capítulos.

#### A. ÁMBITO DE APLICACIÓN E INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El Capítulo I consta de un único artículo, en el que se limita a establecer la regla general de aplicación del Reglamento a los procedimientos instruidos por la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado.

También consta de un único artículo el Capítulo II, relativo a la incoación del procedimiento. Se podría indicar que, una vez analizado el conjunto de preceptos contenidos en este Reglamento, la ubicación sistemática de este precepto parece inadecuada. Esta afirmación cobra sentido si tenemos en cuenta que la incoación del procedimiento no equivale al inicio de las actuaciones de la Comisión, sino al momento en el que se perciben indicios, con cierto fundamento, de la existencia de la infracción, tras haber realizado ciertas averiguaciones. Por lo tanto, si no se trata de la primera de las actuaciones realizadas ante o por la Comisión, debería establecerse una sistemática que estuviera acompañada con el transcurrir de los tiempos en el expediente. Esa sistemática debería, en consecuencia, regular, en primer lugar, las denuncias (a las que el Reglamento dedica el Capítulo IV) y, a continuación, las investigaciones que la Comisión puede llevar a cabo, incluso antes de la incoación del procedimiento, es decir, la fase de instrucción. Por lo tanto, no parece propio de una adecuada sistemática que a ello se dedique el primero de los preceptos.

En cualquier caso, ese trámite que el art. 2 del Reglamento denomina como «incoación del procedimiento» implica la iniciación de unas actua-

ciones específicamente dirigidas contra una o varias empresas. A partir de que se incoe el expediente, el procedimiento cambia de orientación. Si hasta ese momento la Comisión se ha dedicado a obtener datos preliminares encaminados a averiguar la existencia de una infracción, es decir, se ha dedicado a instruir, a partir de ese momento comienza un procedimiento “acusatorio”. Pero antes de que se produzca la incoación del procedimiento, tal y como establece el art. 2.3, la Comisión podrá hacer uso de sus facultades de investigación. Puede existir, como se deduce de ese precepto, un período de tiempo en el que la Comisión inicie sus investigaciones sin que se haya incoado el procedimiento, y ello no resulta criticable siempre que ese período no se alargue innecesariamente. Hay que tener en cuenta que los derechos de los presuntos infractores estarán más limitados durante ese período preliminar, y que una dilatada instrucción realizada antes de la incoación del procedimiento puede afectar a los derechos de defensa.

El art. 2.1 del Reglamento 773 se limita a establecer que la Comisión podrá decidir «en cualquier momento» la incoación del procedimiento (tal vez debería haberse especificado que lo hará cuando se observen indicios de la existencia de una infracción de los arts. 81 y 82), pero en cualquier caso deberá hacerlo antes de la exposición del análisis preliminar a la aceptación de compromisos (art. 9.1 del Reglamento 1/2003), del envío de un pliego de cargos o de la fecha en que se publique la Comunicación prevista en el art. 27.4 del Reglamento 1/2003 para la aceptación de compromisos o la declaración de inaplicabilidad.

No se exige ninguna especial formalidad para hacer pública la incoación del procedimiento (art. 2.2), pero antes de ello deberá informarse a las partes.

## B. INVESTIGACIONES

El Capítulo III consta de dos artículos (3 y 4) y se dedica a establecer algunas normas complementarias a las contenidas en el Reglamento 1/2003. En el primero de ellos se desarrollan, bajo el poco correcto título de «Poder de recabar informaciones», algunas normas que en realidad se refieren a la modalidad en la que los Instructores de la Comisión han de realzar la toma de declaraciones. Como aportación digna de ser tenida en cuenta, en el art. 3.1 se señala que la Comisión, al entrevistar a una persona con su consentimiento, deberá indicar la base jurídica y el objeto de la entrevista. La entrevista podrá realizarse por cualquier medio, incluido el telefónico o el electrónico.

En el art. 3.3 se señala que la Comisión podrá registrar las declaraciones por cualquier procedimiento, así como que los declarantes tendrán a su disposición una copia de sus declaraciones y se les concederá un plazo para realizar correcciones.

En el segundo de los artículos contenidos en este Capítulo (art. 4) se desarrolla la facultad, contenida en el art. 20 del Reglamento 1/2003, de recabar declaraciones durante las inspecciones realizadas en el seno de las empresas. En este apartado puede destacarse la regla contenida en el art. 4.3, según la cual, cuando un empleado haya realizado manifestaciones durante la inspección, y no estuviera autorizado por la empresa o asociación de empresas para realizar tales manifestaciones, la empresa o asociación podrá rectificar tales declaraciones. Tales rectificaciones no sustituirán a la declaración efectuada por el empleado, sino que se incorporarán a la misma.

La posibilidad de realizar rectificaciones a las manifestaciones realizadas, tanto por parte de las empresas como de sus empleados, se justifica, según el considerando 4 de este Reglamento, en el hecho de que se debe conceder a los afectados una posibilidad para evitar la posibilidad de imposición de las multas impuestas en el Reglamento 1/2003 a quienes faciliten información incorrecta, incompleta o engañosa, e implica que deberá facilitarse a la empresa una copia de las declaraciones realizadas por sus empleados.

### C. DENUNCIAS

El Reglamento dedica a la denuncia los cinco artículos (5 a 9 ambos inclusive), contenidos en el Capítulo IV. La preocupación por la tramitación de las denuncias no sólo se manifiesta en estos preceptos, sino en la aprobación, dentro del “paquete de modernización”, de una Comunicación específica sobre la tramitación de denuncias, debido sin duda a la importancia que deben tener las denuncias de los interesados para alcanzar un adecuado conocimiento de la existencia de conductas contrarias a la competencia. Como se señala en el considerando 5, las denuncias constituyen una fuente fundamental para detectar las infracciones de las normas de la competencia.

Las denuncias deberán cumplir ciertos requisitos formales y contener la información que exige un formulario específico. Naturalmente, en consonancia con lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento 1/2003, únicamente podrán presentar denuncias quienes acrediten un interés legítimo. La determinación del interés legítimo se realiza de forma detallada en la Comunicación de la Comisión relativa a las denuncias.

El art. 6 se refiere a la participación de los denunciante en el procedimiento. Como se recuerda en el apartado 59 de la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de las denuncias, los procedimientos de la Comisión no constituyen procedimientos contradictorios entre el denunciante y las empresas sujetas a investigación, por lo que los derechos de los denunciante no son tan amplios como los derechos de defensa de aquellos a quienes se incoa un procedimiento de infracción, pero, aun así, el Reglamento les concede un amplio derecho de intervención

en el procedimiento, en extremos tales como la posibilidad de formular observaciones al pliego de cargos (art. 6.1) o la intervención en la audiencia de los destinatarios del pliego de cargos (art. 6.2). También tendrá acceso a los documentos en los que la Comisión pueda basar la posible desestimación de la denuncia (art. 7.1) para poder realizar alegaciones en contra de tal desestimación. Cuando se desestime la denuncia porque una autoridad nacional de la competencia esté instruyendo un expediente, se informará al denunciante de la existencia de ese expediente (art. 9).

Los arts. 7 y 8 se refieren a la desestimación de la denuncia, que podrá realizarse cuando la Comisión estime que no hay motivos para incoar el procedimiento (art. 7), o bien cuando, de conformidad con lo establecido en el art. 7 del Reglamento 1/2003, exista una autoridad nacional de la competencia que esté tramitando o haya tramitado el asunto (art. 8).

En el supuesto regulado en el art. 7, cuando la Comisión considere que no hay motivos para instruir la denuncia, notificará al denunciante de sus razones, concediéndole un plazo para formular sus alegaciones. Si tales observaciones no convencen a la Comisión, y persiste en su intención de desestimar la denuncia, lo hará mediante Decisión.

#### D. ALEGACIONES Y AUDIENCIAS

El Reglamento dedica el Capítulo V, bajo la denominación «Ejercicio del derecho a ser oído», a una serie de preceptos relativos a las alegaciones de quienes intervienen en el procedimiento y al desarrollo de las audiencias.

El art. 10 regula las alegaciones al pliego de cargos, en las cuales no sólo se podrá argumentar cuanto convenga a la defensa, sino proponer pruebas, sean éstas documentales o testificales. Se puede destacar que en este precepto no se habla de la posibilidad de que los denunciantes realicen alegaciones al pliego de cargos, puesto que tal posibilidad ya ha sido establecida con anterioridad en el art. 6.

En el art. 11 se prevé que, al proponer una decisión, y antes de la consulta al Comité consultivo, la Comisión brindará a las partes la posibilidad de formular nuevas alegaciones. En el art. 11.2 se recoge un reconocimiento explícito de uno de los derechos de defensa: nadie podrá ser condenado en virtud de hechos o argumentos que no haya tenido la oportunidad de rebatir, ya que en caso contrario se produciría indefensión.

El art. 12 establece el derecho que corresponde a cualquier destinatario de un pliego de cargos a solicitar una audiencia, que se desarrollará ante un Consejero Auditor de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 14.

El art. 13 contiene una de las regulaciones más controvertidas del Reglamento, en tanto que recoge la intervención en el procedimiento de terceros interesados distintos del denunciante. La principal dificultad radica en el hecho de que a estos interesados se les exige para poder intervenir en el procedimiento la acreditación de un “interés suficiente”, concepto este diferente al de «interés legítimo» al que se refiere el art. 5 del Reglamento, por lo que cabe preguntarse si ambos conceptos son o no equivalentes. En principio no parecen existir dificultades para asimilar ambos conceptos.

Por otra parte, se pone de manifiesto una cierta confusión al hablar de quienes tienen derecho a intervenir en la audiencia, confusión sin duda producida por una inadecuada sistemática. En efecto, en el art. 13.1 se recoge la posibilidad de que formule observaciones por escrito quien acredite interés, además de los denunciantes (art. 5) y aquellos otros a quienes, a tenor de lo dispuesto en el art. 11, se les haya ofrecido la posibilidad de intervenir en el procedimiento. El art. 13.2 señala que podrán intervenir en la audiencia las partes mencionadas en el párrafo 1. Por su parte, en el art. 13.3 se establece que la Comisión podrá brindar a cualquier tercero que acredite interés suficiente a formular observaciones durante la audiencia. Finalmente, la Comisión podrá invitar a cualquier persona a expresar sus observaciones, tanto por escrito como en la audiencia, contra la parte contra la que hubiera formulado objeciones.

El problema consiste en delimitar todos estos supuestos y establecer la diferencia entre los supuestos de los números 1 y 3. A los interesados mencionados en el primer supuesto se les exige acreditar un interés suficiente, interés que no se exige a quienes se menciona en el art. 13.3. Todos estos supuestos, unidos al hecho de que las audiencias no son públicas y que a ellas sólo se invita a las personas que han de ser oídas (art. 14.2), producen un cierto desconcierto en cuanto a la cualidad de quienes tienen la facultad de intervenir en la audiencia y la posición procesal de cada uno de ellos en un procedimiento que, como se ha señalado, no es contradictorio. Según el considerando 10, estos intervinientes diferentes del denunciante no son parte en el procedimiento.

#### E. ACCESO AL EXPEDIENTE Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

El Capítulo VI del Reglamento regula los extremos referidos al acceso al expediente y el tratamiento de la información confidencial. El art. 15 se refiere al acceso al expediente, que exclusivamente se concede a los encausados y tras serles comunicado el pliego de cargos. Se produce aquí un desequilibrio entre los derechos procesales de las partes, pues no rige el principio de igualdad de armas, lo cual se justifica, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, en el hecho de que no se trata de un procedimiento contradictorio. Este derecho al acceso al expediente queda limitado en el art. 15.2, ya que no alcanza a los documentos internos de la

Comisión y las autoridades nacionales de competencia, ni a la correspondencia entre éstas, lo cual no resulta explicable porque de tal documentación puede deducirse información que resulte necesaria para ejercitar los derechos de defensa. En cualquier caso, las consecuencias negativas de este extremo quedan, en buena medida, paliadas por la regla contenida del art. 11.2, según la cual la Comisión únicamente se basará en aquellas objeciones sobre las cuales los encausados hayan tenido ocasión de formular observaciones.

Uno de los problemas más recurrentes en los procedimientos en materia de competencia consiste en el tratamiento que ha de darse a la información de carácter confidencial presentada por las empresas, bien para fundar una denuncia, bien para realizar argumentos exculpatorios. A él dedica el Reglamento el art. 16. En el art. 16.1 se contiene una declaración general en virtud de la cual existe un derecho de las empresas a señalar que una parte de la información que faciliten sea declarada confidencial, mediante un trámite que se regula en los apartados siguientes. En el art. 16.2 se señala que todo interviniente en el procedimiento podrá indicar los extremos de los documentos que presente que, en su opinión, deben ser declarados confidenciales, así como presentar una versión no confidencial de tales documentos.

En el Reglamento definitivamente aprobado se ha suprimido cuanto se establecía en un primitivo art. 17 del proyecto, en el que se preveía la posibilidad de que la Comisión pudiera divulgar información considerada confidencial, estableciendo un procedimiento a tal efecto. Cabe preguntarse si la supresión de ese proyecto de precepto impide a la Comisión levantar la confidencialidad, pero la respuesta ha de ser negativa si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 15.3 de este mismo Reglamento, que establece que no existe en el mismo disposición alguna que impida a la Comisión utilizar o difundir la información necesaria para demostrar una infracción de los arts. 81 y 82. En ese mismo sentido, el considerando 14 señala que la Comisión, cuando deba acudir a un elemento confidencial para acreditar una infracción, deberá sopesar si la necesidad de divulgarlo es superior al daño que pueda derivarse de la divulgación. Queda así clara la posibilidad de divulgar información confidencial si resulta necesaria para demostrar la existencia de una infracción, si bien resulta criticable la supresión de un precepto que regulaba el procedimiento para el levantamiento de la confidencialidad.

De acuerdo con las varias veces citada disposición contenida en el art. 11.2, que responde a un principio ya recogido en el art. 27.1 del Reglamento 1/2003, no se podrá fundamentar una decisión condenatoria en datos contenidos en una información confidencial sobre la que la parte condenada no haya tenido ocasión de argumentar, pero cabe preguntarse si puede fundamentarse una decisión absolutoria en tales datos. La respuesta sería negativa en el supuesto de que el procedimiento fuera contradictorio y se entendiera vigente el principio de igualdad de armas, pero ese principio no está vigente en este procedimiento, por lo que no

parece inconveniente en admitir que tal pueda ser así. En refuerzo de esta argumentación es posible acudir a lo señalado en el mencionado considerando 14, que únicamente prevé el levantamiento de la confidencialidad «para probar una infracción».

#### F. DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

El Reglamento dedica el último de sus capítulos a regular las disposiciones generales y finales, estableciendo los criterios para fijar los plazos para los distintos trámites (art. 17), las derogaciones (art. 18), las disposiciones transitorias (art. 19) y, finalmente, la entrada en vigor (art. 20), que tendrá lugar el día 1 de mayo de 2004, coincidiendo con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

### 3. COMUNICACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA

El Reglamento 1/2003 ha supuesto un impulso considerable para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, tanto por las autoridades nacionales de la competencia como por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Tales aplicaciones ya estaban previstas con anterioridad, en parte como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien en el nuevo sistema, como consecuencia de la aprobación del Reglamento 1/2003, esa aplicación no sólo va a incrementarse (por ejemplo, desaparece el monopolio de la Comisión para la aplicación del art. 81.3), sino que va a estar sometida a reglas más precisas. Por ello resultaba a todas luces necesario derogar las Comunicaciones existentes<sup>8</sup> y sustituirlas por otras nuevas que tuvieran en cuenta la nueva regulación contenida en el Reglamento. Por ello la Comisión ha publicado la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia<sup>9</sup> y la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE<sup>10</sup>.

#### A. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA COOPERACIÓN EN LA RED DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Como consecuencia de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003, relativas a la aplicación descentralizada, y para facilitar la cooperación

<sup>8</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales (DOCE, núm. C 39, de 13 de febrero de 1993) y Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros (DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997).

<sup>9</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

<sup>10</sup> DOCE, núm. C 101/04, de 27 de abril de 2004.

entre diferentes autoridades, se ha creado una Red de Autoridades de Competencia en la que se integran la Comisión y las autoridades nacionales de los países miembros <sup>11</sup>. El funcionamiento de esa Red plantea problemas que es preciso resolver. Por ello, para establecer las normas que van a regir en los procedimientos en los que se persigan las conductas prohibidas por los arts. 81 y 82 del Tratado en los que puedan intervenir más de una de esas autoridades, así como para fijar las reglas de cooperación entre ellas, la Comisión ha publicado una Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia <sup>12</sup>.

En la Comunicación, tras una introducción en la que se destacan las diferencias entre las distintas autoridades nacionales, se plantean dos grandes problemas que están referidos, en primer lugar, al funcionamiento de la Red (división del trabajo) y, en segundo término, a la aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia. Finalmente dedica un apartado al funcionamiento del Comité Consultivo de Competencia.

#### a) *Mecanismos de asignación de casos*

El capítulo de la Comunicación relativo a la división del trabajo se plantea, en primer lugar, los problemas para realizar el reparto de los casos más eficaz posible cuando cabe la actuación de diferentes autoridades. Desde el inicio se establece la preferencia a favor de que sea una única autoridad la que tramite el caso, optando por la regla según la cual, en principio, la autoridad que inicia el procedimiento deberá seguir siendo competente. Exclusivamente se hará una reasignación, que deberá ser rápida y eficaz, en el supuesto de que, con el cambio, se consiga una más eficaz protección de la competencia. Una sola autoridad actuará cuando las conductas afecten principalmente a su territorio o bien, si afectan a varios, si se encuentra en disposición de adoptar medidas para poner fin de manera efectiva a la infracción.

Por el contrario, actuarán varias autoridades de manera concurrente cuando los efectos de la infracción tengan lugar en el territorio de varias autoridades y la actuación de una sola de ellas no baste para ponerle fin. En ese caso es conveniente que una de las autoridades actúe como coordinadora.

Finalmente se considera que la Comisión estará mejor situada cuando las infracciones tienen lugar en más de tres Estados miembros o bien cuando existe interés comunitario.

<sup>11</sup> Ver la declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, en <http://register.consilium.eu.int>.

<sup>12</sup> DOCE, núm. C 101/03, de 27 de abril de 2004.

b) *Mecanismos de cooperación para el reparto de asuntos y asistencia*

En este apartado se sistematizan y aclaran algunas de las normas contenidas en el Reglamento 1/2003 para el reparto de casos, tales como la necesidad de intercambio de información (art. 11) y la necesidad de que se deba alcanzar un acuerdo sobre la autoridad que tramitará el caso, o sobre las modalidades de tramitación, en el plazo de dos meses. Transcurrido este período sólo tendrá lugar un cambio de atribución cuando se averigüen hechos que cambien el curso del procedimiento. En la Comunicación no se incluye, más allá de esa declaración en favor de la necesidad de alcanzar un acuerdo, como tampoco lo hace el Reglamento, un mecanismo para la resolución de conflictos en el supuesto de que no se alcance el acuerdo entre las distintas autoridades.

Igualmente se contienen reglas interpretativas para los supuestos de suspensión o archivo del procedimiento (art. 13 del Reglamento 1/2003). En la Comunicación se señala que el concepto «instrucción del asunto», a que se refiere el indicado art. 13, significa no sólo que se ha presentado una denuncia ante una autoridad, sino que ésta investiga o ha investigado un asunto por su cuenta. Se aclara igualmente que la norma que permite la suspensión o el archivo de un procedimiento porque esté siendo tramitado por otra autoridad se puede aplicar de forma parcial, es decir, exclusivamente a una parte de la denuncia o procedimiento de oficio.

El art. 12 del Reglamento del Consejo prevé los supuestos de intercambio y uso de información confidencial entre autoridades de competencia, y, como se encarga de recordar la Comunicación, ese precepto tiene primacía sobre cualquier Ley nacional contraria. La Comisión analiza las salvaguardias existentes en el Reglamento para que este intercambio de información confidencial no sufra distorsiones: que no pueda ser divulgada, que solamente pueda ser utilizada para el asunto para el que se haya recogido y, finalmente, que la información no pueda utilizarse de forma que se eluda el mayor grado de protección que gozan los particulares (art. 12.3). Este último apartado implica que si los regímenes jurídicos de quien transmite la información y quien la recibe no establecen el mismo tipo de sanciones, la información sólo puede utilizarse si se ha respetado el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas en el asunto en cuestión, lo cual implica, por ejemplo, que sólo podrán imponerse penas privativas de libertad cuando tanto la autoridad remitente como la receptora están facultadas para imponerlas.

Finalmente se analizan las cuestiones referidas a las investigaciones (art. 22), aclarando que cuando una autoridad practique una investigación a petición de otra, lo hará con arreglo a sus propias normas de procedimiento y a su propia potestad investigadora. Cuando la Comisión solicite a una autoridad nacional la práctica de una prueba, sus agentes podrán prestar asistencia durante la inspección, posibilidad que no se prevé cuando sea una autoridad nacional la que solicite la actuación.

### c) *Situación de las empresas*

En este apartado se realiza una declaración inicial que no por obvia resulta intrascendente: los criterios establecidos en el Reglamento y la Comunicación no otorgan derechos individuales a las empresas afectadas para que un asunto sea tramitado por una autoridad concreta, alejando de esta manera el fantasma del *forum shopping*, que tanto había alertado durante el debate existente, tanto durante la tramitación del Libro Blanco sobre Modernización como la del Reglamento 1/2003. Otra cosa es que, a la hora de la aplicación, pueda haber maniobras procesales para buscar la competencia de la autoridad que pueda parecer más conveniente para determinados intereses, pero ello deberá ser resuelto por un adecuado funcionamiento de la Red y constituirá la prueba del fuego de ese funcionamiento.

Dentro de este capítulo, la Comunicación dedica un buen número de comentarios a las cuestiones relacionadas con la aplicación de los programas de clemencia. Se aclara que la solicitud de clemencia sólo se considerará presentada ante la autoridad ante la que se realice. La información facilitada por el solicitante de clemencia será transmitida a los otros miembros de la Red, pero no podrá ser utilizada por éstos para abrir una investigación más que con el consentimiento de dicho solicitante, salvo en tres supuestos: que también se haya realizado dicha solicitud ante la autoridad receptora cuando la autoridad receptora presente un compromiso de no utilizar esa información para imponer sanciones a los beneficiarios de la solicitud de clemencia o, finalmente, cuando se trate de una información recabada por una autoridad a quien se haya solicitado la colaboración en la investigación, que podrá ser remitida a la autoridad que haya pedido tal colaboración si esta última es la que ha recibido la solicitud de clemencia.

### d) *Aplicación coherente de las normas comunitarias*

Una de las mayores preocupaciones que surgen cuando existe una aplicación descentralizada de las normas de la competencia consiste en arbitrar sistemas que aseguren que la aplicación de las normas por distintas autoridades sea la más uniforme posible. Resulta obvio que tal uniformidad —o coherencia para seguir con la terminología utilizada en la Comunicación— será difícil de conseguir, ya que las mismas normas pueden ser aplicadas por órganos que no están sometidos a una jurisprudencia unificadora, y el único recurso al planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia puede resultar insuficiente. Por ello, tanto el Reglamento del Consejo como la Comunicación se preocupan de arbitrar medios que faciliten tal coherencia en la aplicación. La responsabilidad para ello se atribuye, aun con carácter no exclusivo, a la Comisión.

Los instrumentos están previstos en el Reglamento 1/2003, especialmente en su art. 11.4, que exige la información a la Comisión de cualquier proyecto de resolución que aplique las normas comunitarias de la competencia. A tal fin, al menos treinta días antes de su adopción, se remitirá a la Comisión un resumen del asunto, de la decisión prevista o, en su defecto, de cualquier documento en el que se indique la línea de acción propuesta. En tal caso, la Comisión podrá hacer observaciones y, si no las hiciere, la autoridad podrá dictar su resolución. También podrá la autoridad poner en conocimiento de la Comisión otras decisiones tales como la desestimación de denuncias, el archivo del procedimiento o la adopción de medidas cautelares.

Un segundo grupo de supuestos lo constituyen los casos en los que sea posible abrir diferentes procedimientos por los mismos hechos ante autoridades diferentes. Pueden plantearse dos situaciones. La primera de ellas consiste en que la Comisión haya incoado en primer lugar un procedimiento. En tal caso las restantes autoridades ya no podrán incoar su propio procedimiento. La segunda situación consiste en que una o más autoridades nacionales hayan incoado un procedimiento. En tal supuesto la Comisión podrá recabar la competencia en cualquier caso en el período inicial de dos meses previsto para la asignación de los casos. Tras esa fase, la Comisión podrá recabar el conocimiento del asunto, siempre de forma fundada, cuando los miembros de la Red prevean dictar resoluciones contradictorias, cuando la decisión entre en conflicto con la jurisprudencia consolidada, cuando se alargue indebidamente el procedimiento, cuando sea preciso adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de la competencia o cuando la autoridad interesada no se oponga. Si no existiera conformidad, la autoridad implicada podrá solicitar la reunión del Comité Consultivo.

#### e) *El Comité Consultivo*

El Comité Consultivo previsto en el Reglamento será consultado antes de que la Comisión adopte una decisión prevista en los arts. 7, 8, 9, 10, 23, 24.2 y 29.1. También deberá consultado por iniciativa de la Comisión o por cualquier Estado miembro. También deberá ser el foro de debate para el reparto de asuntos.

### B. COMUNICACIÓN RELATIVA A LA COOPERACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el Derecho comunitario de la competencia ha sido posible a tenor de una reiterada jurisprudencia desde la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht*)<sup>13</sup>, y, aun con la vigencia

<sup>13</sup> *Rec.*, 1973, As. 48/72.

del Reglamento 17, precisó de la publicación de una Comunicación <sup>14</sup>, que ahora es sustituida por la de 27 de abril de 2004. La aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia presenta problemas que la Comunicación, en desarrollo de lo establecido en el Reglamento, se preocupa de resolver. No cabe duda que los mayores problemas se plantean a la hora de arbitrar un sistema que permita la colaboración prevista en las normas comunitarias entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales; colaboración que, al menos en los términos allí previstos, no siempre resulta fácil a tenor de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, en la Comunicación se reitera que, en virtud de la prevalencia del Derecho comunitario, se deberá prescindir de las normas que lo impidan <sup>15</sup>, o bien los Estados miembros deberán adoptar las normas procesales pertinentes <sup>16</sup>.

La Comunicación plantea dos grupos de problemas diferentes: por un lado, se contemplan tanto los supuestos de aplicación concurrente o posterior de las normas comunitarias de la competencia, tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales, y, en segundo lugar, las modalidades de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales.

a) *Aplicación de las normas de la competencia tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales*

En el primero de los apartados, es decir, cuando un mismo asunto pueda ser tramitado tanto por la Comisión como por un órgano jurisdiccional nacional, pueden plantearse diversas circunstancias. Si el órgano jurisdiccional va a llegar a una decisión antes de que se pronuncie la Comisión, puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento por el mismo tema y el estado en el que se encuentra el asunto, llegando a poder suspender el procedimiento hasta que la Comisión llegue a una decisión, en cuyo caso podrá plantearse la conveniencia de adoptar medidas cautelares. Pero si el órgano jurisdiccional no alberga dudas razonables sobre la decisión de la Comisión, o bien ésta ya hubiera resuelto un asunto similar, podrá proseguir su procedimiento sin necesidad de realizar tal consulta.

Dentro del mismo apartado, un segundo supuesto lo constituye el hecho de que la Comisión ya haya adoptado una decisión sobre el mismo conflicto, de cuya decisión no deberá separarse el órgano jurisdiccional. Si éste tiene dudas sobre la decisión de la Comisión, deberá plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, o esperar la sentencia

<sup>14</sup> Comunicación de 13 de febrero de 1993 relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 (*ahora 81 y 82*) del Tratado CEE (DOCE, núm. C 039, de 13 de febrero de 1993, pp. 0006-0011).

<sup>15</sup> Párrafo 9 de la Comunicación.

<sup>16</sup> Párrafo 17 de la Comunicación.

de los Tribunales comunitarios, si la decisión hubiera sido impugnada, con suspensión del procedimiento. También en este caso de suspensión del procedimiento se podrán adoptar medidas cautelares.

b) *Cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales*

El segundo de los apartados de la Comunicación pretende resolver los diversos supuestos en los que cabe la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales.

En primer lugar se plantean los problemas que surgen de la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, es decir, cuando interviene en un procedimiento en el que no es parte y que se tramita ante un órgano jurisdiccional nacional. Indudablemente se trata del capítulo en el que se manifiesta con mayor intensidad la necesidad de modificación de la legislación procesal para arbitrar los sistemas en los que esa participación puede tener lugar, tal y como señala la propia Comunicación, ya que, aunque lo previsto en el Reglamento 1/2003 sea directamente aplicable, las modalidades en las que esa intervención ha de llevarse a cabo deberán hacerse de acuerdo con lo establecido en la legislación procesal nacional. En el caso español, sin ir más lejos, resulta necesaria la modificación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual, por cierto, comienza a ser urgente.

En este punto, tres son los supuestos en los que, a tenor de lo previsto en el Reglamento y la Comunicación, puede haber la intervención de la Comisión. En primer lugar, mediante la transmisión de la Comisión de la información que obre en su poder, transmisión que deberá ser realizada en el plazo de un mes desde que se reciba la solicitud del órgano jurisdiccional. La Comisión deberá respetar las garantías respecto de la información de carácter confidencial y secretos comerciales que remita y, por ello, cuando remita información de ese carácter, deberá asegurarse que el órgano jurisdiccional garantice esa confidencialidad.

El segundo supuesto lo constituye la posibilidad de que el órgano jurisdiccional solicite la remisión de un dictamen sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. El órgano jurisdiccional podrá solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones económicas, jurídicas o de hecho, y la Comisión, en su respuesta, deberá abstenerse de entrar a considerar el fondo del asunto. Indudablemente, la opinión de la Comisión no tendrá carácter vinculante.

Finalmente, la Comisión podrá presentar observaciones al órgano jurisdiccional con la finalidad de lograr una aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia. Podrá hacerlo por escrito, lo cual podrá hacer por propia iniciativa, o bien de forma oral, en este caso exclusivamente con la venia del órgano jurisdiccional.

En este último aspecto resulta imprescindible la modificación de las legislaciones procesales nacionales, y para ello deberá arbitrase

un procedimiento que, según la Comunicación, deberá respetar determinados principios: ser compatible con los principios generales del Derecho comunitario; de acuerdo con el principio de eficacia no debe hacer imposible o sumamente difícil la presentación de las observaciones, y, finalmente, no debe aportar más dificultades que las existentes en un procedimiento en el que se aplique el Derecho nacional equivalente (principio de equivalencia).

En este apartado, el último grupo de reglas se refiere a la cooperación que deben realizar los órganos jurisdiccionales, que consiste en la obligación que, a tenor de lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento, asumen los Estados de remitir a la Comisión las sentencias en las que se hayan aplicado los arts. 81 y 82 del Tratado, y la obligación de los órganos jurisdiccionales de prestar apoyo a las labores de inspección realizadas por la Comisión en el Estado miembro de que se trate.

#### 4. COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN QUE DESARROLLAN LOS CONCEPTOS ESENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO

Dentro de este capítulo la Comisión ha publicado dos Comunicaciones: la consistente en las Directrices relativas al concepto de “efecto sobre el comercio” contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, y las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

##### A. DIRECTRICES SOBRE EL CONCEPTO DE “EFECTO SOBRE EL COMERCIO”

Las normas sobre la competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del Tratado prohíben y persiguen las conductas que no sólo sean contrarias a la libre competencia, sino que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. La presencia o ausencia de esa afectación resulta necesaria para la aplicación, según los casos, de la normativa comunitaria o nacional de la competencia, por lo que la Comisión ha decidido aprobar esta Comunicación para aclarar el concepto, lo cual constituye una necesidad, máxime en un escenario de aplicación descentralizada de las normas comunitarias.

En realidad buena parte de la Comunicación está dedicada a sistematizar los principios desarrollados por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, al tiempo que establece la regla acerca de los supuestos en los que los acuerdos no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros. Para que se infrinjan las normas comunitarias de la competencia no basta que exista una posible afectación al comercio entre los Estados miembros, sino que, además, se precisa que esa afectación sea “apreciable”, término que equivale al de la afectación “significativa” acuñado por la jurisprudencia.

Con carácter general se establecen tres criterios según los cuales debe considerarse aplicable el art. 81, y otro supuesto en que se deberá aplicar el art. 82.

Procederá la aplicación del art. 81, en primer lugar, cuando el acuerdo, en su conjunto, pueda producir una afectación al comercio intracomunitario; en segundo lugar, también se aplicará aunque la participación de una determinada empresa no produzca ese efecto si el acuerdo, por sí mismo, es susceptible de afectar a ese comercio, y, finalmente, se aplicará igualmente aun cuando un acuerdo en su conjunto no sea restrictivo, si alguno de sus extremos produce esa afectación. Así, por ejemplo, un acuerdo de distribución que prohíba las exportaciones producirá tal afectación.

En cuanto respecta al art. 82, la afectación al comercio entre Estados miembros deberá deducirse del análisis de la conducta global de la empresa, y no será necesario analizar cada conducta de forma aislada.

Se analizan a continuación las tres nociones básicas: el concepto de “comercio entre Estados miembros”, la noción “pueda afectar” y el concepto de “apreciabilidad”.

El concepto de “comercio entre Estados miembros” abarca a toda actividad transfronteriza, más allá del concepto estricto de comercio, así como a todos los supuestos en los que las conductas afectan a la estructura de la competencia en el mercado. En definitiva, debe haber un impacto posible en el flujo de bienes y servicios u otras actividades económicas en, al menos, dos Estados miembros.

La noción “pueda afectar” implica una presunción de que la conducta pueda tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, conceptos estos que son ampliamente desarrollados en la Comunicación, a tenor de los criterios establecidos por la jurisprudencia.

Finalmente el concepto de “apreciabilidad” implica que las conductas no resultan prohibidas por los arts. 81 y 82 cuando, habida cuenta la débil posición de las empresas en el mercado en cuestión, sólo afectan de manera insignificante al comercio intracomunitario. La apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocios) como relativos (cuota de mercado), y su evaluación debe realizarse dependiendo de las circunstancias de cada caso, tales como la naturaleza de acuerdo o práctica, de los productos cubiertos y de la posición en el mercado de las empresas interesadas.

La cuantificación de la apreciabilidad se realizará teniendo en cuenta la regla según la cual, en cualquier caso, se producirá cuando la cuota de mercado de las partes en cualquiera de los afectados sea igual o superior a 5 por 100, y cuando en los acuerdos horizontales, el volumen de negocios de las empresas interesadas correspondientes a los productos cubiertos, sea superior a los 40 millones anuales de euros, cifra que, en el supuesto de los acuerdos verticales, ha de referirse al proveedor.

La Comunicación termina haciendo un detallado análisis de supuestos en los que debe considerarse que se cumple el requisito a afectación al comercio entre Estados miembros, a tenor de la jurisprudencia, diferenciando entre los acuerdos y prácticas que abarcan varios Estados miembros, de los que sólo abarcan un Estado o una parte del mismo, y, finalmente, las conductas referidas a importaciones y exportaciones con empresas radicadas en terceros países o que atañen a empresas radicadas en terceros países.

#### B. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE DIRECTRICES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ART. 81 DEL TRATADO

Sin duda se trata del documento más esperado por las empresas y los profesionales, de los que componen el “paquete de modernización”. Obviamente también el que más debate ha ocasionado, y el que mayores modificaciones ha sufrido desde que se publicó el proyecto hasta su definitiva versión. El hecho de que haya desaparecido el procedimiento de notificación, por el que se podían autorizar los acuerdos por una decisión de la Comisión, acuerdos que, estando incluidos en el art. 81.1, podían acogerse al supuesto del art. 81.3, y que, en el futuro, las empresas deban tener que demostrar que se reúnen tales requisitos, tanto ante la Comisión, como ante los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia nacionales, hacía necesario la existencia de unas precisas directrices que sirvieran de orientación para conocer qué conductas podrían considerarse incluidas en el art. 81.3, sin el paraguas de una decisión formal. Por esa razón, tanto las empresas como los propios Estados miembros solicitaron la publicación de estas Directrices.

La Comunicación que contiene las Directrices comienza, desde el primer párrafo, con la declaración que resume el contenido de la reforma esencial del Reglamento 1/2003. Los acuerdos incluidos en el art. 81.1 que reúnan las características del art. 81.3 gozarán de validez y vigencia «sin que sea necesaria decisión previa alguna al efecto», tomando las palabras del art. 81.2 del Tratado, cuando determina la nulidad de los acuerdos incluidos en el art. 81.1.

Las Directrices existentes en materia de restricciones verticales y sobre acuerdos de cooperación horizontal<sup>17</sup> no quedan derogadas por la presente Comunicación que, aunque solape algunos de los puntos, goza de un enfoque más general. En cualquier caso, los criterios contenidos en estas Directrices se aplican igualmente a los supuestos contemplados en las Directrices anteriormente mencionadas.

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales (DOCE, núm. C 291, de 13 de octubre de 2000), y Comunicación de la Comisión sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE, núm. C 3, de 6 de enero de 2001).

En la Comunicación se realiza un detallado comentario de los supuestos incluidos en el art. 81 del Tratado, tanto en su número 1 como en su número 3. Parte de la obvia afirmación de que para poder aplicar el art. 81.3 debe tratarse de un acuerdo, decisión o práctica anticompetitivo, y que afecte al comercio entre los Estados miembros, y, desde ese inicio, desmenuza los supuestos del art. 81.1.

a) *Consideraciones sobre el art. 81.1 del Tratado*

Parte, en primer lugar, de la afirmación de que el art. 81 no contempla conductas unilaterales, sino que persigue la coordinación de comportamientos o la colusión entre las empresas, ya que rige el principio general, establecido en la jurisprudencia, según el cual cada agente debe seguir, de modo autónomo, la conducta que quiera seguir en el mercado. Para que exista coordinación de comportamientos basta que una empresa se comprometa con otra a seguir determinado comportamiento en el mercado, o que, de resultas de contactos entre ambas empresas, quede disminuida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado.

Se establecen seguidamente algunos principios básicos para la evaluación de los acuerdos, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1, partiendo del principio de que tal evaluación debe llevarse a cabo en el contexto desde el cual se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo. A tales efectos debe atenderse a la repercusión del acuerdo tanto intermarca como intramarca.

Dentro de este apartado se realiza un análisis sobre la diferenciación entre los acuerdos que tengan por objeto o que tengan por efecto restringir la competencia, detallando una enumeración de las restricciones de uno y otro supuesto, pero centrándose especialmente en los supuestos en los que los acuerdos tienen como efecto la restricción de la competencia. A tales efectos, se señala que deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales, pero, en cualquier caso, deben ser sensibles. Existirán efectos negativos cuando se cree o refuerce un poder de mercado, aun cuando en la Comunicación se ha aclarado que el grado de poder de mercado que se requiere para la infracción del art. 81.1 es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante, a efectos del art. 82.

Finalmente, en el capítulo relativo a los comentarios relacionados con el art. 81.1 termina la Comunicación haciendo un comentario a las restricciones accesorias, es decir, a todas aquellas restricciones a la competencia directamente relacionadas con la realización de una operación no restrictiva y necesarias para la misma. Cuando un acuerdo no tiene por objeto o efecto restringir la competencia, tampoco se aplicará el art. 81.1 a las restricciones accesorias.

## b) *Consideraciones sobre el art. 81.3 del Tratado*

En realidad, los comentarios referidos a la aplicación del art. 81.3 constituyen la parte fundamental de la Comunicación, ya que los comentarios referidos al art. 81.1 resultan pertinentes tan sólo en la medida que, para aplicar el art. 81.3, se precisa que exista un acuerdo que infrinja el art. 81.1. En definitiva, el análisis que se ha de hacer a tenor del art. 81.3 consiste en la evaluación de los efectos económicos positivos que puedan tener los acuerdos restrictivos. Para que pueda realizarse tal aplicación será necesario determinar si se cumplen la totalidad de las condiciones contenidas en el art. 81.3. Si no se cumplen tales condiciones, no podrá entrar en juego la exención, y puede llegar a retirarse la exención por categorías, lo cual podrá ser realizado por una autoridad nacional, para el territorio al que alcanza su competencia, o parte de él, pero tal retirada no podrá ser llevada a cabo por un órgano jurisdiccional.

Con carácter previo, la Comunicación establece algunos principios generales. En primer lugar, las cuatro condiciones del art. 81.3 son acumulativas, de modo y manera que en ausencia de una sola de ellas el acuerdo no puede acogerse a la exención que el citado párrafo permite. En segundo lugar, la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos se ha de llevar a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia. En tercer lugar, la evaluación de los acuerdos debe efectuarse en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado, pero cuando un acuerdo constituye un acontecimiento irreversible, en virtud del cual, cuando se ha aplicado el acuerdo restrictivo, es imposible el restablecimiento de la situación *ex ante*, la evaluación debe realizarse de acuerdo con los hechos en el momento de realización del acuerdo.

Cualquier tipo de acuerdo puede acogerse a la excepción del art. 81.3, pero, en general, las restricciones más graves previstas en los Reglamentos de exención por categorías no cumplen, al menos, las dos primeras condiciones de ese precepto. Finalmente, la Comunicación entra de lleno en el debate entre competencia desleal/libre competencia cuando afirma que no hay acuerdos restrictivos que se justifiquen por garantizar las condiciones leales de competencia en el mercado. La tarea de que las condiciones de competencia sean equitativas corresponde al legislador y las empresas no deben regularse a sí mismas.

A renglón seguido se analizan las cuatro condiciones del art. 81.3, alterando en el orden expositivo la exposición de las condiciones segunda y tercera.

### i) Las mejoras en la eficiencia

Según la primera de las condiciones, el acuerdo debe contribuir a mejorar la producción de los productos (también deben incluirse a los

servicios) o a fomentar el progreso técnico o económico. En este apartado únicamente deben incluirse los beneficios objetivos, puesto que las eficiencias no deben evaluarse desde el punto de vista subjetivo. Por otra parte, debe existir una relación de causalidad entre el acuerdo y las supuestas mejoras de eficiencia. En consecuencia, las mejoras de eficiencia deberán justificarse de modo que puedan verificarse los siguientes puntos:

- La naturaleza de las eficiencias, para determinar si puede ser tomada en consideración.
- El vínculo entre el acuerdo y las eficiencias, es decir, si existe una relación directa de causalidad.
- La probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada.
- Cómo y cuándo se obtendrá la supuesta eficiencia. Este punto, junto con el anterior, permite determinar el valor de las eficiencias alegadas, para determinar si compensan el aspecto anticompetitivo del acuerdo. En consecuencia, se debe calcular con la mayor exactitud posible el valor monetario de las eficiencias y describir detalladamente el método de cálculo.

La Comunicación, como ha quedado expuesto, establece un detallado método de análisis para la determinación de las eficiencias que contrasta (en el sentido de ser considerablemente superior) con el habitualmente seguido, al menos por las autoridades españolas de la competencia, para la concesión de autorizaciones singulares. Y, en cualquier caso, el contenido de esta Comunicación y el exhaustivo análisis que se realiza de los supuestos de hecho que se pueden plantear sirven para alejar cualesquiera críticas que en el momento de publicación del Libro Blanco sobre Modernización de las normas comunitarias de la competencia se formularon por diversos sectores, en especial relativas a la pérdida de la seguridad jurídica.

Tras definir las eficiencias como «el resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia», la Comunicación realiza, por vía de ejemplos, una enumeración no exhaustiva de tipos de eficiencias, diferenciando las eficiencias de costes de las cualitativas.

Entre las eficiencias de costes se citan: la creación de nuevas técnicas y métodos de producción; las sinergias derivadas de la integración de activos las que son el resultado de economías de escala; las de alcance, que son las producidas cuando las empresas reducen sus costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción, y las que son fruto de acuerdos que permitan una mejor planificación de la producción, reduzcan la necesidad de mantener costosas existencias y permitan la mejor utilización de las capacidades.

Por otra parte, las eficiencias cualitativas se pueden producir en los acuerdos de investigación y desarrollo; los acuerdos de combinación de

activos, que no sólo pueden producir reducción de costes, sino también ofrecer eficiencias cualitativas, y los acuerdos de distribución.

ii) Carácter indispensable de las restricciones

La tercera de las condiciones del art. 81.3 (analizada en segundo lugar en la Comunicación) exige que el acuerdo restrictivo no debe imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar las eficiencias creadas por el mismo, y para llegar a esa conclusión es necesario realizar un doble examen.

En primer lugar, es necesario determinar que las eficiencias son específicas del acuerdo, es decir, que no existe otra manera viable y menos restrictiva de alcanzarlas; y, en segundo lugar, es necesario analizar el carácter indispensable de todas y cada una de las restricciones.

iii) Participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante

En este apartado comienza aclarándose en la Comunicación que el concepto “consumidor” que utiliza el Tratado en el art. 81.2 incluye a todos los usuarios, tanto directos como indirectos, de los productos contemplados en el acuerdo. En cuanto al concepto de “participación equitativa”, supone que la participación en los beneficios debe compensar, al menos, los efectos restrictivos de la competencia. Contiene, en consecuencia, una escala móvil, en el sentido de que cuanto mayores sean las restricciones de la competencia, mayores han de ser las eficiencias y la participación de los consumidores en ellas.

En este apartado puede echarse en falta una interpretación más rotunda en el sentido de considerar que cualquier eficiencia de costes debe trasladarse necesariamente a los precios que clientes y consumidores han de pagar por los productos o servicios, o bien en productos de similar precio y superior calidad. En su lugar, la Comunicación, manifiesta que para analizar si las eficiencias de costes han sido trasladadas a los consumidores es necesario analizar cuatro factores: las características y la estructura del mercado; la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia, la elasticidad de la demanda, y la magnitud de la restricción de la competencia.

En cualquier caso, los beneficios a los consumidores pueden adoptar también la forma de productos nuevos o mejorados que aporten tal valor a los consumidores que puedan compensar los efectos negativos, incluso la subida de precios, aun cuando, en ese caso, será difícil atribuir valores exactos a tales eficiencias.

#### iv) No eliminación de la competencia

Resulta evidente que la protección de la estructura competitiva goza de prioridad sobre la existencia de eficiencias. Por otra parte, aunque el concepto de "eliminación de la competencia" sea un concepto autónomo, es necesario recordar que el art. 81.3 no puede amparar cualquier conducta que pueda ser calificada como abusiva de una posición dominante.

La aplicación de esta última condición requiere el análisis de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión. Debe analizarse tanto la competencia real como la potencial, y para este último análisis deberá procederse a evaluar si existen barreras de entrada y cuál es la naturaleza de éstas.

### 5. COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN RELATIVAS A LAS RELACIONES CON LAS EMPRESAS

Dentro de este apartado la Comisión ha publicado dos comunicaciones: la primera de ellas relativa a orientaciones sobre cuestiones relativas a los arts. 81 y 82 que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) y la segunda sobre tramitación de denuncias. Se trata de Comunicaciones que tienen un marcado contenido procesal, a diferencia de las del grupo anterior, que tenían como objetivo el aclarar conceptos necesarios para la aplicación de los arts. 81 y 82.

#### A. COMUNICACIÓN RELATIVA A LAS ORIENTACIONES INFORMALES SOBRE CUESTIONES NUEVAS RELACIONADAS CON LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO QUE SURJAN EN ASUNTOS CONCRETOS (CARTAS DE ORIENTACIÓN)

Uno de los problemas que se pusieron de manifiesto con mayor intensidad con ocasión de los debates surgidos a raíz de la publicación del Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE consistió en la posible afectación a la seguridad jurídica que acarrearía la desaparición del procedimiento de notificación<sup>18</sup>. Las empresas, en el nuevo sistema, no van a poder situarse bajo el paraguas de una decisión de la Comisión que autorice un acuerdo, en aplicación del art. 81.3 del Tratado. En el futuro deberán practicar una autoevaluación de los acuerdos que pretendan iniciar para saber si

<sup>18</sup> Ver L. BERENGUER, «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 211, enero-febrero de 2001, pp. 27 y ss.

ese acuerdo puede o no acogerse a la exención. Para practicar esa autoevaluación, las Directrices de la Comisión han de valer como un instrumento fundamental. Sin embargo, es posible que existan conductas que, por su novedad, no puedan tener un encaje en los supuestos analizados en las Directrices.

Por ello la Comisión ha optado por abrir un sistema para que las cuestiones nuevas planteadas por las empresas puedan ser discutidas con la Comisión, mediante la emisión de unas "cartas orientativas", cuyos supuestos de aplicación se desarrollan en esta Comunicación.

La iniciativa de la emisión de orientaciones corresponde a las empresas, y deberán versar sobre cuestiones nuevas o no incluidas en las Comunicaciones de carácter general. Ante la petición, la Comisión podrá proporcionar orientaciones informales por escrito, es decir, las cartas de orientación, siempre que se lo permitan sus prioridades en materia de control de las conductas anticompetitivas.

Esta última mención a las prioridades en materia de control trae causa en uno de los aspectos que constituyeron el fundamento del nuevo sistema arbitrado tras el Libro Blanco de Modernización. La acumulación de expedientes de notificación requería tal grado de atención y recursos de la Dirección General de Competencia que con frecuencia se impedía concentrarse en la persecución de los cárteles y los abusos de posición dominante. Desde el principio la Comisión ha querido dejar claro cuál es su prioridad, que no quedará alterada ni aun en el supuesto de una acumulación de prioridades de solicitud de "cartas de orientación".

La solicitud de expedición de una carta de orientación solo podrá considerarse si se cumplen las siguientes condiciones: en primer lugar, que se trate de una cuestión nueva relativa a los arts. 81 y 82 de la que no existan precedentes en la jurisprudencia, en la práctica decisoria, en las orientaciones generales o en cartas precedentes; y, en segundo lugar, que sea útil aclarar la cuestión nueva teniendo en cuenta elementos tales como la importancia económica del asunto, su posible extensión en el mercado y la importancia de las inversiones correspondientes, y la medida en la que la transacción afecte a una operación estructural, y, finalmente, que pueda decidirse con arreglo a la información facilitada, sin que sea necesaria una nueva investigación, aun cuando la Comisión podrá utilizar cualquier información adicional de que disponga procedente de fuentes públicas, de procedimientos anteriores o de cualquier otra fuente, así como pedir al solicitante que aporte información suplementaria.

La presentación de una solicitud no impide a la Comisión iniciar un procedimiento de persecución de los hechos expuestos en la solicitud. Como resulta lógico, estas cartas de orientación no prejuzgan la evaluación que puedan hacer los Tribunales comunitarios.

Por otra parte, tampoco tienen efectos vinculantes para la evaluación posterior de los mismos hechos por parte de la Comisión, pero cuando la Comisión reciba una denuncia por los mismos hechos, tomará en con-

sideración el contenido de la carta de orientación, salvo que hayan aparecido circunstancias nuevas no tenidas en cuenta al elaborarla, o bien haya habido cambios en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios.

Como puede fácilmente comprenderse, estas cartas de orientación parecen inspiradas en las “cartas administrativas” que la actuación de la Comisión puso en práctica durante la vigencia del Reglamento 17, si bien al especificar sus efectos va un tanto más allá de los de aquéllas. No puede decirse, no obstante, que proporcionen un grado absoluto de seguridad jurídica, pero esa seguridad absoluta parece incompatible en un procedimiento, como el del Reglamento 1/2003, que está basado en un sistema de autoevaluación. Por ello la valoración que se debe realizar de la Comunicación que crea las “cartas de orientación” resulta altamente positiva, aun cuando posiblemente se debería señalar que deberían fijarse plazos para que la Comisión contestara, bien con la orientación solicitada, bien que no se dan los requisitos exigidos para que se emita la carta.

#### B. COMUNICACIÓN SOBRE LA TRAMITACIÓN DE DENUNCIAS POR PARTE DE LA COMISIÓN AL AMPARO DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO CE

La última de las Comunicaciones, en la sistemática que se ha venido siguiendo, contiene las indicaciones sobre la forma en la que los ciudadanos han de presentar denuncias ante la Comisión; Comunicación que constituye la expresión de la voluntad de la propia Comisión de que los ciudadanos faciliten información sobre la existencia de conductas anticompetitivas.

Ahora bien, todas estas consideraciones sobre la necesidad de incitar la presentación de denuncias, para llegar a un mayor conocimiento de la existencia de conductas contrarias a la competencia, no constituyen más que el elemento que da cohesión a la Comunicación. En efecto, esta Comunicación dedica una buena parte de sus apartados a establecer reglas orientativas para los posibles denunciadores sobre la institución más apropiada para la presentación de las denuncias, y ello es así porque no hay que olvidar que el Reglamento 1/2003 establece un sistema de competencias concurrentes y de aplicación descentralizada del Derecho de la competencia, y, por lo tanto, se indica a los posibles denunciadores en qué casos deben presentar sus denuncias ante la Comisión, en cuáles ante las autoridades nacionales de la competencia y en qué casos deben dirigirse ante los órganos jurisdiccionales. En este apartado, el contenido de esta Comunicación debe concebirse como complementario de las Comunicaciones relativas a la aplicación descentralizada. Y en cuanto a las consideraciones de tipo procesal en cuanto a la tramitación de las denuncias, debe considerarse que esta Comunicación es el complemento del Reglamento de la Comisión 773/2004, en tanto que aclara alguno de sus puntos.

En cuanto a la presentación de denuncias ante la Comisión, pueden revestir el carácter de denuncias formales, a tenor de lo previsto en el

art. 7.2 del Reglamento 1/2003, o bien realizarse por una segunda vía que consiste en facilitar información sobre el mercado, lo cual podrá realizarse sin especiales formalidades, remitiendo la información a la página *web* de la Comisión.

Las denuncias presentadas con arreglo al mencionado art. 7.2 deben reunir determinados requisitos formales, y, en todo caso, el denunciante debe acreditar estar en posesión del interés legítimo.

El requisito del interés legítimo exige que el denunciante, cuando se trate de una empresa o de una asociación de éstas, opere en el mercado de referencia, o cuando la práctica pueda afectar directa o indirectamente a sus intereses. También cumplen con el requisito las asociaciones de consumidores, e incluso los consumidores individuales cuyos intereses se vean afectados por la medida. Por el contrario, no se considerará que existe interés legítimo cuando la denuncia se base en consideraciones relativas al interés general. En este capítulo y por vía de ejemplo cabe señalar que las autoridades municipales o regionales pueden tener interés legítimo en la medida en la que actúen como compradores de bienes o servicios, pero no si acuden a la Comisión en defensa del interés público.

Tras realizar esos comentarios relativos a la presentación de la denuncia, se recogen en la Comunicación una serie de consideraciones sobre la tramitación que la Comisión ha de dar a las denuncias. En primer lugar, la Comisión analizará si existe interés comunitario en su tramitación, y en caso contrario la desestimarán. A renglón seguido analizará los hechos y los fundamentos jurídicos para comprobar si tales hechos entran en el campo de aplicación de los arts. 81 y 82. A tal fin analizará de forma preliminar varios aspectos específicos; en primer lugar, si existe afectación al comercio comunitario; en segundo lugar, si se trata de un acuerdo que vulnere el art. 81, si se le puede aplicar los criterios contenidos en la comunicación *de minimis*; si se puede acoger a una exención por categorías y, finalmente, si puede acogerse a la exención del art. 81.3.

Tras estos trámites comienza el procedimiento ante la Comisión, que consta de varias fases. La primera fase consiste en la presentación de la denuncia y su examen. En la segunda fase, la Comisión puede investigar el asunto con mayor profundidad. En la tercera fase, o se incoará el procedimiento o se adoptará una decisión de desestimación. En cualquier caso, cualquier decisión de desestimación será recurrible ante los Tribunales comunitarios.

Se especifican a continuación los plazos previstos para informar al denunciante del curso que la Comisión va a dar a su denuncia, señalándose un plazo indicativo de cuatro meses; así como los derechos del denunciante, tales como recibir el pliego de cargos, comentarlo por escrito y, llegado el caso, formular sus puntos de vista durante la audiencia.

## 6. CONCLUSIONES

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 ha hecho a todas luces necesaria la publicación de una serie de documentos, de entre ellos sin duda el más importante es el Reglamento 773/2004, que aportaran elementos interpretativos y aclaratorios de un sistema de aplicación de las normas de los arts. 81 y 82 del Tratado que ha sido objeto de una singular transformación. Tal vez el proceso de exposición al público desde que se publicaron los proyectos y su definitiva aprobación no haya sido muy extenso, y ello ha impedido un debate más sosegado. Tampoco ha sido excesivo el tiempo que ha mediado desde su publicación y la entrega de este artículo. Quiero pedir por ello excusas al lector, pero la premura me ha impedido hacer algo más que escribir en prosa aquello que la Comisión había escrito en verso. Pero creía que estos comentarios, con todos los defectos que se le quieran achacar, deberían constituir un complemento a las consideraciones que en el *Anuario de la Competencia 2002*, esos sí más sosegados, hice sobre el Reglamento 1/2003<sup>19</sup>. El paquete de modernización queda así, posiblemente, concluido, y parecía necesario realizar una consideración, si no profunda, que al menos no se dilatara en el tiempo.

A pesar de todo ello, las valoraciones que se deben hacer a este último paquete de modernización han de resultar favorables. Quien, como es mi caso, ha apoyado las nuevas orientaciones modernizadoras del Derecho comunitario de la competencia tiene que felicitarse de la terminación de la tarea. Con los nuevos documentos aprobados, el procedimiento comunitario en materia de competencia ya se ha hecho merecedor de ese nombre, y ya nadie podrá decir que, ante la Comisión Europea, los particulares carecen del derecho al procedimiento. Bienvenidos sean, pues, estos documentos.

Una última observación. Con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, y sus importantes consecuencias para el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia y para los jueces y Tribunales españoles, no parece que haya merecido la atención al legislador español ni se haya percatado que resulta imprescindible modificar una Ley de Defensa de la Competencia que, tras la modernización comunitaria, ha quedado obsoleta.

<sup>19</sup> L. BERENGUER FUSTER, «Réquiem por el Reglamento 17», *Anuario de la Competencia 2002*, Marcial Pons-Fundación ICO, 2003, pp. 93-131.

