

LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA EUROPEA DE CONTROL DE CONDUCTAS Y SU REPERCUSIÓN EN ESPAÑA

Julio PASCUAL Y VICENTE

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia
Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales

1. SÍNTESIS

El 1 de mayo de 2004, coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea a diez nuevos Estados miembros, entra de forma efectiva en vigor el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que instaura un nuevo régimen para aplicar las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE¹.

Este nuevo Reglamento constituye un paso decisivo en el proceso puesto en marcha por la Comisión hace un lustro para la reforma del régimen comunitario de control de conductas, del que pueden considerarse piezas significativas también el Reglamento de la Comisión de exención por categorías de las restricciones verticales a la competencia² y las correspondientes Directrices³, así como las «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal» de la Comisión⁴ y el Reglamento sobre restricciones verticales del sector del automóvil⁵.

¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003). La fecha de entrada en vigor del Reglamento es, en sentido estricto, según dispone el art. 45 del propio Reglamento, «el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*» lo que, teniendo en cuenta que dicha publicación se produjo el 4 de enero de 2003, situaría la entrada en vigor en el día 25 de enero de 2003. Sin embargo, el propio art. 45 dispone a continuación de lo reseñado anteriormente que el Reglamento «será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004». De ahí que digamos de esta última fecha que es la de entrada efectiva en vigor (los arts. 81 y 82 del Tratado CE se corresponden con los 85 y 86 del Tratado de Roma, renumerados luego en el Tratado de Amsterdam).

² COMISIÓN EUROPEA (1999b).

³ COMISIÓN EUROPEA (2000a). Un estudio de la nueva regulación comunitaria de carácter general de las restricciones verticales a la competencia (Reglamento y Directrices) puede verse en PASCUAL Y VICENTE (2003c).

⁴ COMISIÓN EUROPEA (2001).

⁵ COMISIÓN EUROPEA (2002).

El nuevo régimen comunitario europeo de control de conductas, del que las señaladas son importantes piezas, se alimenta de la preocupación de la Comisión por el exceso de trabajo que el anterior sistema generaba a sus Servicios y pivota sobre dos consideraciones de carácter estratégico. La primera toma en cuenta que el régimen anterior, muy reglamentista y rico en exigencias jurídico formales, ha resultado de una eficiencia limitada, que se espera aumente si se rebaja el exceso de reglamentismo y se da entrada de modo decisivo en el control de conductas al análisis económico.

La segunda consideración supone advertir que la ya larga duración del régimen anterior de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE ha permitido acumular normas, doctrina y jurisprudencia suficientes como para que no sea necesario a estas alturas que la deseable uniformidad en la aplicación exija que la Comisión mantenga aún el monopolio de ciertos aspectos, pensándose, al contrario, que cabe ya, sin temor a la divergencia, una descentralización efectiva en las autoridades de competencia de los Estados miembros y en los jueces nacionales.

Esta forma de pensar, común hoy a todas las instituciones comunitarias, condujo a la Comisión en abril de 1999 a publicar un «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE»⁶, con el que abrir un debate amplio que diera base de consenso suficiente para elaborar una propuesta de sustitución del viejo Reglamento 17/1962, de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado⁷. Así se inicia la gestación del Reglamento 1/2003 a cuyo estudio se dedican estas páginas.

En este trabajo, que aspira a ser inteligible no sólo por los especialistas, sino también por quienes, desde el mundo de la Empresa, el Derecho o la Economía, acertadamente piensen que los asuntos de competencia les conciernen, se incluye un capítulo introductorio, innecesario si estas páginas hubiesen sido escritas únicamente para los conocedores. En dicha introducción, se trazan las grandes líneas de lo que hoy es la política de competencia y, dentro de ella, la parte dedicada al llamado “control de conductas”, particularmente en el ámbito de la Unión Europea.

Seguidamente a estas explicaciones introductorias, se examina el régimen de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado según el viejo Reglamento 17/1962, así como las razones de su entrada en crisis. Después de describir el proceso de reforma emprendido por la Comisión, se pasa a efectuar un examen de las principales novedades que, respecto al anterior sistema, introduce el nuevo régimen de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado que instaura el Reglamento 1/2003. La desigual importancia de estas novedades ha aconsejado dividir su exposición en dos capítulos. El primero dedicado a estudiar la novedad principal del Regla-

⁶ COMISIÓN EUROPEA (1999a).

⁷ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1962). La propuesta del nuevo reglamento sustitutivo del 17/1962 es la reseñada en el capítulo de «Bibliografía» como COMISIÓN EUROPEA (2000b).

mento 1/2003, definida por el cambio de patrón en la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, que sustituye el sistema de notificación/autorización previa por el de excepción legal. Y el segundo, que examina las demás importantes novedades que rigen la aplicación de los arts. 81 y 82 desde mayo de 2004, entre las que hay que destacar la aplicación íntegra de ambos artículos por las autoridades de competencia y los jueces nacionales en paralelo con la Comisión, que antes gozaba de la exclusiva de aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

Por último, el capítulo final se dedica a la previsión. El Reglamento 1/2003 revoluciona el sistema de control de conductas en la Comunidad Europea, lo que acabará afectando a la política de competencia particular de cada Estado miembro y, en consecuencia, de España. En todo caso, el nuevo sistema va a tener una segura incidencia en el proceder no sólo del legislador, sino también de las autoridades españolas de competencia y de la judicatura, ahora con nuevas responsabilidades. También se verán afectadas las empresas, que en el nuevo sistema han de asumir las responsabilidades plenas de sus actos, sin poder consultar, como antes, a la Comisión. Y experimentarán también los efectos de la reforma los cuerpos de asesoramiento en materia de competencia de las empresas, los internos y también los externos. Particularmente, los despachos de abogados en Derecho de la competencia, que en España son pocos pero algunos muy buenos, habrán de transformar necesariamente su estructura, para hacer frente al nuevo enfoque que incorpora al análisis económico como instrumento principal. En fin, este postrero capítulo se aventurará a conjeturar los efectos del nuevo Reglamento 1/2003 en la legislación, autoridades y judicatura española, como en las empresas y asesores especializados de nuestro país en Derecho de la competencia.

2. LA POLÍTICA COMUNITARIA EUROPEA DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONDUCTAS PROHIBIDAS

Con el término “política de competencia” hacemos referencia al conjunto de instrumentos legales con que los poderes públicos actúan en beneficio de la competencia del mercado en un determinado ámbito geográfico. La política de competencia concebida como un instrumento beligerante de la actuación de los poderes públicos es históricamente nueva al remontarse a fines del siglo XIX cuando, en 1890, se proclama la *Sherman Act* en los Estados Unidos de América.

El Derecho de la competencia como tal o, por mejor decirlo, la existencia de unas normas garantizadoras de la competencia en el mercado aparece, sin embargo, mucho antes; en Castilla, por ejemplo, la medieval Partida V contiene disposiciones muy precisas que sancionan severamente diversas modalidades de conductas consistentes en la concertación de voluntades entre varios operadores económicos en perjuicio de la competencia en el mercado, disposiciones cuyo contenido se mantuvo vigente

en España, como recientemente hemos documentado, hasta bien entrado el siglo XIX⁸.

A. LOS EJES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA MODERNA

La política de competencia se articula hoy, en todos los países que disponen de ella, tanto en América como en Europa y, dentro de nuestro continente, en el ámbito de la Unión Europea y en el de los Estados miembros, a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento.

En cuanto a la “política represiva” de la competencia, se refiere al conjunto de normas jurídicas dictadas para reprimir las conductas anti-competitivas indeseables y restablecer la competencia negativamente afectada por ellas. Esta faceta represiva de la política de competencia se conoce también con el término “control de conductas”⁹.

Por lo que se refiere a la “política preventiva”, ésta se instrumenta mediante el llamado “control de concentraciones”, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o condicionarla. Esta faceta de la política de competencia es también denominada “control de estructuras”.

Finalmente, el “fomento de la competencia”, más allá de políticas represoras y preventivas, se propicia desde los poderes públicos mediante la combinación de los siguientes instrumentos: desregulación, liberalización y privatización¹⁰.

B. EL CONTROL DE CONDUCTAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA

El asunto del que se ocupa este trabajo es el Reglamento 1/2003 para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, lo que nos remite inexorablemente a la política comunitaria de competencia de índole represiva contenida en estos dos artículos que prohíben las conductas anticompetitivas que dentro del mercado común afecten al comercio entre los Estados miembros, ya sean conductas colusorias¹¹ o conductas abusivas de posición de dominio¹².

⁸ PASCUAL Y VICENTE (2003b).

⁹ En el ámbito de la Unión Europea, puede considerarse incluida también en la política destinada a impedir actuaciones anticompetitivas indeseables, la prohibición de medidas en favor de empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos y la prohibición de “ayudas públicas”, prohibiciones ambas que gravitan sobre los Estados miembros y que consagran respectivamente los arts. 86 y 87 del Tratado CE.

¹⁰ Para un mayor detalle, ver PASCUAL Y VICENTE (2000b).

¹¹ Ver la voz «Conductas colusorias», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 159).

¹² Ver la voz «Abuso de posición dominante», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 41). Un amplio examen de esta clase de conductas prohibidas puede verse en PASCUAL Y VICENTE (2002c) y, más resumidamente, en PASCUAL Y VICENTE (2002d).

En efecto, el apartado 1 del art. 81 del Tratado CE dice así: «Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»¹³.

Luego, el apartado 3 del mismo artículo¹⁴ dice: «No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Es decir, el art. 81 primero enuncia las conductas que se prohíben (apartado 1) y luego considera las circunstancias que, dándose en conductas en otro caso prohibidas, podrían eximir las de la prohibición (apartado 3).

El art. 82 del Tratado CE, por su parte, tiene el siguiente enunciado: «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo»¹⁵.

La prohibición contenida en el art. 82 del Tratado CE es, pues —contrariamente a lo que sucede con la prohibición del art. 81.1—, una prohibición absoluta y no condicionada: cualquier conducta explotativa de una posición de dominio en el mercado común está sujeta a prohibición, que no cabe eximir bajo ninguna circunstancia.

3. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 DEL TRATADO CE

La aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma (81 y 82, a partir del Tratado de Amsterdam) quedó sujeta desde el principio a

¹³ A continuación, el apartado 1 del art. 81 incluye una lista no exhaustiva de supuestos que, en particular, estarán prohibidos cuando incurran en las condiciones generales de prohibición expuestas al principio.

¹⁴ El apartado 2 del art. 81 enuncia el principio de nulidad que rige para estas conductas, disponiendo: «Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho».

¹⁵ Al modo del apartado 1 del art. 81, el art. 82, tras enunciar de manera general la prohibición, incluye una lista ejemplificativa de conductas que serán consideradas abusivas cuando se practiquen desde una posición de dominio.

que el Consejo¹⁶ dictase los oportunos reglamentos, correspondiendo mientras tanto a las autoridades de los Estados miembros —conforme al entonces art. 88 (hoy 84)— decidir «sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio Derecho y las disposiciones del art. 85 (hoy 81), en particular las de su apartado 3, y las del art. 86 (hoy 82)».

El primero de estos reglamentos del Consejo de la Comunidad Económica Europea es de fecha 6 de febrero de 1962: se trata del Reglamento núm. 17 para la aplicación de los arts. 85 y 86 (hoy 81 y 82) del Tratado, que estableció los fundamentos para la aplicación del Derecho comunitario relativo al control de conductas.

A. EL REGLAMENTO 17/1962: VIGENCIA Y CRISIS

Las respectivas aplicaciones de los arts. 81 y 82 del Tratado no son de igual factura, precisamente por la diferente concepción de la prohibición contenida en uno y otro artículo, pues —ya se ha dicho— mientras la prohibición del art. 82 es absoluta e incondicionada, la prohibición del art. 81 combina dos elementos: la interdicción del apartado 1 y la posibilidad de exceptuación que permite el apartado 3.

Esta relación entre interdicción y exceptuación permite en teoría dos posibilidades de aplicación del art. 81 del Tratado. Una sería considerar que la conducta es —*a priori*— prohibida, pero declarar —individualmente o en bloque— inaplicable la prohibición, de acreditarse que concurren las circunstancias eximentes; y la otra posibilidad consistiría en considerar que la aplicabilidad o inaplicabilidad —*a posteriori*— de la prohibición dependerá, respectivamente, de que no se acrediten circunstancias eximentes o, por el contrario, que sí resulten acreditadas las mismas.

El Reglamento 17/1962 adoptó la primera de las posibilidades descritas. Es decir —como resume GALÁN CORONA (2003, p. 501)—: «*La prohibición del art. 81.1... [en el Reglamento 17/1962] entraba en juego automáticamente, sin necesidad de previa declaración, y esta prohibición no podía ser enervada por la exceptuación prevista en el apartado 3 del expresado artículo más que cuando ésta fuera expresamente declarada*». Este sistema implicaba la necesidad de notificar a la autoridad competente los acuerdos que pretendieran beneficiarse de la exceptuación, salvo cuando se hubiera previamente dictado un Reglamento de exención por categorías, que —en bloque— hubiera exceptuado de prohibición a la con-

¹⁶ «El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82», reza el apartado 1 del art. 83 del Tratado CE (en versión del Tratado de Amsterdam, correspondiente al art. 87 en la versión originaria del Tratado de Roma, cuyos dos primeros párrafos del apartado 1 se han refundido).

ducta en cuestión. En el Reglamento 17/1962, la autoridad para declarar la inaplicabilidad de la prohibición se asignó en exclusiva a la Comisión, tanto para responder a una notificación individual —mediante “autorización singular”¹⁷ en este caso— como para declarar en bloque la inaplicabilidad de la prohibición —mediante el correspondiente “Reglamento de exención”, entonces— para toda una categoría de conductas.

Fuera de la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE que, según se ha detallado, quedó asignado en exclusiva a la Comisión, la aplicación del art. 81 en todo lo demás, así como la aplicación del art. 82, se atribuyó de modo compartido a la propia Comisión y a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a los jueces nacionales, aunque con una cierta preferencia para la Comisión, que podía recabar para sí cualquier asunto en conocimiento de una autoridad nacional, que habría de inhibirse entonces.

Como se ha señalado¹⁸, este planteamiento respondía a la voluntad de las autoridades comunitarias de utilizar el Derecho de la competencia como un importante instrumento para la creación del mercado común y de tomar en consideración el hecho de que los Estados miembros entonces (con la salvedad de Alemania) carecían de experiencia y normativa relativas a esta especialidad del Derecho. Ante esta situación, prudentemente, se centralizó en la Comisión lo más difícil de aplicar de la nueva normativa para evitar divergencias en la aplicación del Derecho comunitario por las instituciones nacionales que pudiera perjudicar la unidad de mercado.

El resultado hay que reputarlo de positivo en el conjunto de los más de cuarenta años que el sistema ha estado vigente sin cambios significativos. En efecto, el propio «Libro Blanco», elaborado para servir de base a la sustitución del Reglamento 17/1962 por uno nuevo, reconocía, entre sus cualidades, el haber potenciado la creación de una «cultura de competencia» y un «cuerpo legislativo, jurisprudencial y doctrinal» en materia de Derecho de la competencia que es aceptado hoy en toda la Comunidad.

Pero lo cierto es, como razonablemente se ha advertido¹⁹, que el Reglamento 17/1962, que comenzó su andadura cuando la Comunidad sólo constaba de seis miembros y la política de competencia era una novedad, resultaba inadecuado para las necesidades de una nueva Comunidad ampliada en la que la política de competencia es ya una política fundamental para el establecimiento de un espacio económico único. Los razonamientos de la propia COMISIÓN EUROPEA (1999, pp. 3-5) son incontestables: la necesidad de cambio se justifica por dos índoles de razones, las inherentes al propio régimen establecido en el Reglamento 17/1962 y las que son consecuencia del propio desarrollo de la Comunidad.

¹⁷ O “declaración negativa” que considerara a la conducta en cuestión como no incurso en la prohibición del art. 81.1 o, en su caso, del art. 82.

¹⁸ GALÁN CORONA (2003, pp. 501-502).

¹⁹ BERENGUER FUSTER (2003, p. 93).

En cuanto a las primeras, se constata que el sistema de autorización centralizado, basado en la notificación previa y el monopolio de la Comisión en la concesión de exenciones, ha generado una intensa actividad de notificación a ésta por parte de las empresas, que dificulta la celeridad en los procedimientos e incentiva una corruptela: al no tener potestad para aplicar el art. 81.3 las autoridades nacionales de competencia ni los Tribunales nacionales, las empresas utilizan el sistema de autorización centralizada —además de para su fin genuino que es obtener seguridad jurídica— para bloquear las actuaciones de las autoridades de competencia y los Tribunales nacionales. Este fenómeno mina los esfuerzos para fomentar la aplicación descentralizada de las normas de competencia comunitaria y frustra su aplicación rigurosa, lo que, en un mercado común aún más integrado, resulta muy perjudicial.

Por lo que hace referencia a las razones externas para el cambio vinculadas al propio desarrollo de la Comunidad, es apreciable la importante modificación del escenario acontecida desde 1962, cuando la Comunidad sólo la componían los seis miembros fundadores, a la actualidad, en que se trata de una Unión de 15 Estados ampliados a 25 el 1 de mayo de 2004, con dos más que se incorporarán en 2007.

En este nuevo contexto, se considera que la función de la Comisión debe cambiar y que si, en un principio, el eje de sus actividades fue el establecimiento de normas para impedir conductas que obstaculizaban la integración de los mercados, ahora, después de haberse ido definiendo la normativa y la política de competencia, la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas de competencia puede y debe repartirse entre la propia Comisión y las autoridades y jueces nacionales, debiéndose concentrar la Comisión en garantizar la competencia efectiva, persiguiendo y suprimiendo cárteles perversos y manteniendo estructuras de mercado competitivas, para lo cual se ha hecho cargo de funciones que le eran ajenas en 1962, como el control de concentraciones (también la liberalización de mercados monopolizados y la cooperación internacional).

Así, la propia Comisión considera que únicamente podrá hacer frente a los nuevos desafíos centrando su atención en los asuntos más importantes y en los ámbitos de actividad en los que puede operar con más eficacia que las instituciones nacionales, lo que resulta incompatible con seguir manteniendo un sistema de aplicación centralizada exigente de decisiones individualizadas de la Comisión para conductas restrictivas que reúnen las condiciones del apartado 3 del art. 81. La conclusión se puede resumir en una frase: hace falta un sistema de control más eficiente y más sencillo.

B. EL PROCESO DE REFORMA DEL REGLAMENTO 17/1962

La toma de conciencia por la Comisión —compartida por las demás instituciones comunitarias—²⁰ acerca de la necesidad de cambiar radicalmente el modo de aplicar el apartado 3 del art. 81 del Tratado CE y, en general, la clara percepción por todos de que es llegado el momento de introducir cambios diversos en el sistema conjunto de aplicación de los arts. 81 y 82, llevó a la Comisión a iniciar un proceso reformador dentro del cual es pieza esencial sustituir el Reglamento 17/1962 por uno nuevo que dé satisfacción a ciertos problemas existentes²¹. Otras importantes piezas de este proceso de reforma son el Reglamento de exención por categorías para las restricciones verticales, con sus correspondientes Directrices, las Directrices sobre prácticas horizontales y el Reglamento de exención para el sector del automóvil, todos ellos citados al comienzo de este trabajo.

En el particular proceso reformador del Reglamento 17/1962 impulsado por la Comisión, destacan dos hitos: el «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE», de abril de 1999, y la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», de diciembre de 2000, ambos también citados al principio.

En el Libro Blanco, la Comisión, tras hacer un repaso de los problemas que plantea el mantenimiento del sistema consagrado en el Reglamento 17/1962 para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, analiza varias opciones para su reforma y propone un sistema que permita alcanzar los objetivos siguientes: *a)* Aplicación rigurosa de la normativa de competencia. *b)* Descentralización efectiva. *c)* Simplificación de los procedimientos. *d)* Aplicación uniforme de la legislación y la política de competencia en el conjunto de la Unión.

La Comisión considera que esta reforma le va a permitir reorientar sus actividades y centrarse en las infracciones de interés comunitario más graves²² lo que, para las demás, facilitará la descentralizada resolución por las autoridades y Tribunales nacionales, eliminando el exceso de carga

²⁰ Sobre el intenso trabajo desarrollado por el Parlamento Europeo en la reforma del Derecho comunitario de la competencia, ver BERENGUER FUSTER y BERENGUER GIMÉNEZ (2000). Un estudio interesante del contenido del Libro Blanco visto desde la perspectiva parlamentaria es el de GARCÍA-MARGALLO y MARFIL y ASTURIAS (2002).

²¹ La reforma en su conjunto ha sido magnificada por todos, desde el comisario Monti, para quien es la más importante en el campo de la competencia desde 1990 en que el Reglamento de concentraciones fue aprobado [ver MONTI (2002)], a Van Bael, que en la 27 Conferencia de la Universidad Fordham habló del *Big Bang* que esta reforma representaba, como ha recordado MARTÍNEZ LAGE (2000b).

²² MARTÍNEZ LAGE (2000a) discute la pretensión de la Comisión de desembarazarse de la carga de trabajo que le supone el control preventivo mediante el sistema de notificaciones y sostiene que lo que late en el fondo de dicha pretensión de la Comisión es la convicción de que los acuerdos

burocrática y costes que imponen a las empresas el tener que ajustarse a las vigentes normas comunitarias de competencia, al mismo tiempo que se garantiza un nivel satisfactorio de seguridad jurídica.

Con el nuevo sistema, además, la Comisión aspira a mantener un papel predominante en la fijación de la política de competencia comunitaria, adoptando reglamentos y comunicaciones que establezcan las líneas maestras para la interpretación de los arts. 81 y 82, sin que, por otra parte, esto suponga abandonar la adopción de decisiones de prohibición individual y de autorización por categorías, que desea seguir haciendo para lograr con todo el efecto orientador buscado.

La Comisión, con el fin de garantizar la aplicación coherente de las normas comunitarias en toda la Unión dentro de un nuevo sistema de competencias compartidas por los Tribunales y autoridades nacionales, propone en el Libro Blanco mantener ciertas potestades para sí, la principal de las cuales es la de poder reclamar la tramitación de un asunto a las autoridades nacionales cuando haya riesgo de divergencias de interpretación. La Comisión publica su Libro Blanco en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el día 12 de mayo de 1999 con el propósito declarado de que el mismo constituya el punto de partida de un amplio debate entre la Comisión, los Estados miembros y las partes interesadas, para cuyo desarrollo invita a éstos y a las demás instituciones comunitarias para que envíen sus observaciones sobre el Libro Blanco, no más tarde del 30 de septiembre de 1999, a la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Un año largo después, el 19 de diciembre de 2000, la Comisión publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* su Propuesta de un nuevo Reglamento ²³.

4. EL REGLAMENTO 1/2003 CAMBIA EL PATRÓN DE APLICACIÓN DEL ART. 81 DEL TRATADO CE

Dos años transcurren desde que la Comisión publicara su propuesta de un nuevo Reglamento hasta que el Consejo de la Unión Europea finalmente adoptara el Reglamento 1/2003 de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. La propuesta de la Comisión hubo de ser objeto de dictamen del Parlamento Europeo ²⁴ y del Consejo Económico y Social ²⁵. Finalmente, el 4 de enero de 2003 el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* publica el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, adoptado el 16 de diciembre de 2002, «relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado»,

notificados son los de menos importancia, lo cual es, a juicio de este autor, una opinión «insuficientemente contrastada, demostrada y explicada».

²³ COMISIÓN EUROPEA (2000b).

²⁴ DO, núm. C 72 E, de 21 de marzo de 2002, p. 284.

²⁵ DO, núm. C 155, de 29 de mayo de 2001, p. 73.

citado al principio. Consta de una larga exposición de motivos de 38 considerandos y una amplia parte dispositiva de 45 artículos estructurada en 11 capítulos. El Reglamento 1/2003, que deroga los Reglamentos 17 y 141, modifica los siguientes: Reglamentos 1017/1968, 2988/1974, 4056/1986, 3975/1987, 19/1965, 2821/1971, 1534/1991, 3976/1987 y 479/1992. Como se ha dicho, el art. 45 fija la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, lo que corresponde al 25 de enero de 2003, pero el mismo contiene una estipulación según la cual únicamente «será aplicable a partir del 1 de mayo de 2004», fecha esta que es precisamente la prevista para la ampliación de la Unión Europea a nuevos Estados miembros.

El Reglamento 1/2003 contiene actualizadas las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE e introduce diversas novedades respecto al contenido del viejo Reglamento 17/1962. Pero la columna vertebral de la mudanza, lo esencialmente innovador del nuevo Reglamento 1/2003, es el cambio de pauta que introduce en el modo de aplicar el art. 81 del Tratado CE, al que algún comentarista ha calificado sin exagerar como «trascendental cambio de cultura»²⁶.

A. EL VIEJO PATRÓN DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 17/1962

El viejo Reglamento 17/1962 otorgaba, en exclusiva, a la Comisión la facultad de interpretar cuándo se daban las circunstancias del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE en conductas en otro caso prohibidas y, consecuentemente, la facultad de declarar la inaplicabilidad de la prohibición respecto de las mismas. La Comisión ejercía esta facultad de dos modos alternativos. Para los casos individuales, mediante una Decisión dictada previa notificación de los interesados en la que se solicitaba la autorización singular correspondiente. Además de esta facultad para eximir individualmente la prohibición al interesado mediante la correspondiente autorización singular, la Comisión disponía y dispone de la facultad, delegada por el Consejo, para dictar Reglamentos de exención por categorías, sirviendo cada uno de ellos para dispensar en bloque de la prohibición del apartado 1 del art. 81 del Tratado a todo un género de conductas que, a juicio de la Comisión, reúnen las circunstancias del apartado 3.

Como hemos comentado, el decisivo papel otorgado a la Comisión por el Reglamento 17/1962 había estado justificado por la necesidad de crear un mercado común, para lo cual una «política de competencia»

²⁶ MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 9), conociendo bien el terreno que pisa, habla del «trascendental cambio de cultura que, tanto para las empresas como para sus abogados, habrá de suponer la supresión de la obligación/facultad de notificar a la Comisión acuerdos susceptibles de ser autorizados». Más adelante nos ocuparemos en detalle de las repercusiones que, de este cambio de cultura, cabe esperar en España.

aplicada uniformemente constituía un instrumento de primer orden y en una época (1962 es el año de publicación del Reglamento 17) en que, salvo Alemania, los Estados miembros carecían de experiencia en Derecho de la competencia²⁷. Todo lo cual abonaba la conveniencia de dotar a la Comisión del papel de “guía”.

B. EL NUEVO PATRÓN DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003

El camino recorrido en esta materia por los Estados miembros en los últimos cuarenta años, con la consiguiente experiencia acumulada por todos; la normativa, la doctrina y la jurisprudencia creada en este tiempo; y, finalmente, el temor a que la ampliación de la Unión Europea con nuevos Estados miembros prevista para mayo de 2004 bloqueara definitivamente a los Servicios de la Comisión fueron circunstancias favorables a un cambio de patrón en la aplicación del art. 81 del Tratado CE.

El nuevo patrón que establece el Reglamento 1/2003 consiste esencialmente en que, desde el 1 de mayo de 2004, desaparece la modalidad de autorización singular como modo de pronunciarse la Comisión sobre si en una conducta de las prohibidas por el apartado 1 del art. 81 se dan las circunstancias del apartado 3 y procede consecuentemente declarar la inaplicabilidad de la prohibición. Y, en su lugar, se carga en los propios operadores económicos toda la responsabilidad de su completo proceder, al resultar obligados a ser ellos mismos los que interpreten si las conductas que se proponen llevar a cabo, que podrían incurrir en prohibición conforme al apartado 1 del art. 81 del Tratado CE, reúnen las características previstas en el apartado 3 del mismo artículo para que la prohibición sea inaplicable. Es decir: «De un sistema de prohibición con autorización previa, se ha pasado a un sistema o modelo de prohibición con exceptuación legal»²⁸. Ya no va a intervenir *a priori* la Comisión para declarar la inaplicabilidad de la prohibición que, sin ella, pesaría sobre la conducta, sino que, dadas las condiciones precisas, será *a posteriori* cuando, si procede, las autoridades competentes verifiquen la correcta aplicación del art. 81 por los operadores económicos.

De conformidad con el nuevo patrón de aplicación del art. 81 del Tratado que instaura el Reglamento 1/2003, la Comisión actuará en la interpretación combinada de los apartados 1 y 3 de dicho artículo con ocasión de los procedimientos que al efecto se sustancien en su sede. Pero también se otorgan competencias paralelas en el mismo sentido a las autoridades administrativas especializadas de los Estados miembros y a los jueces nacionales. Estas autoridades y jueces nacionales eran también competentes para aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado durante la vigencia del viejo Reglamento 17/1962. La diferencia es que ahora,

²⁷ GALÁN CORONA (2003, pp. 501-503).

²⁸ GALÁN CORONA (2003, p. 505).

con el Reglamento 1/2003 en vigor, las autoridades y jueces nacionales pueden aplicar el art. 81 en su integridad ²⁹.

El nuevo Reglamento 1/2003, no obstante, ha previsto dos instrumentos para salvaguardar el papel de guía que de algún modo se quiere que siga teniendo la Comisión ³⁰ en la interpretación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Ambos instrumentos, que más adelante comentaremos, son el expediente de las “consultas informales” a la Comisión y cierta forma de “control remoto” que se reserva a la Comisión al facultarla para dictar “declaraciones de inaplicabilidad”.

Este cambio en la pauta de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, que el Reglamento 1/2003 consagra, ha recibido en general beneplácitos porque hace frente de modo satisfactorio al exceso de trabajo que el anterior modelo generaba a la Comisión y además porque corta de raíz la ya comentada corruptela del “blindaje” temporal de las empresas frente a las actuaciones de las autoridades nacionales mediante el expediente de solicitar una autorización singular a la Comisión, siempre de respuesta lenta por la habitual sobrecarga de trabajo de sus Servicios, con competencia exclusiva en esta materia ³¹.

Pero este cambio de patrón de aplicación del art. 81 del Tratado, que ha recibido en general parabienes, ha recibido también algunas críticas, principalmente por lo que se refiere a la merma de seguridad jurídica que provoca según sus detractores. No nos parece fundamentada esta crítica sin embargo y, más bien, consideramos que la desconfianza proviene de considerar más inseguro y peor el que cada uno tenga que responsabilizarse de sus propios actos —como ahora habrán de hacerlo las empresas— sin poderse curar en salud con apriorístico pronunciamiento de la Comisión como se intentaba antes. Esta forma de ver las cosas anidó, durante la preparación del Reglamento, en los frustrados intentos de conseguir la instauración de algún modo de notificación voluntaria a la Comisión que siguiera permitiendo obtener anticipadamente su criterio. Claro que la Comisión, que había hecho de la “descentralización” un objetivo irrenunciable, se opuso con un sólido argumento: cuarenta años de aplicación del Derecho de competencia comunitario aportan una doctrina suficiente para conocer los límites de la legalidad de las conductas que resultan del concierto de varios operadores económicos ³².

En todo caso, y con independencia de la doctrina que se desprende de decisiones, reglamentos de excepción por categorías y directrices ya publicadas, la Comisión está comprometida a publicar las comunicaciones

²⁹ La facultad de los jueces nacionales para aplicar íntegramente el art. 81 del Tratado CE permite a éstos valorar si un contrato que contraviene el apartado 1 del art. 81 reúne los requisitos del apartado 3 del mismo artículo y, en su caso, declararlo válido.

³⁰ Aunque siempre bajo el control jurisdiccional de los Tribunales comunitarios.

³¹ «Blindarse» es la acertada calificación que GALÁN CORONA (2003, p. 505) aplica a esta indeseable práctica que desaparecerá con el nuevo Reglamento.

³² Ver los comentarios al respecto de GALÁN CORONA (2003, p. 506).

y directrices que sean necesarias para facilitar a los interesados la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, y el propio Reglamento 1/2003, en su art. 10, otorga a la Comisión la capacidad de hacer una «Declaración de inaplicabilidad» cada vez que lo requiera el interés público comunitario relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, pudiendo en la misma declarar, mediante Decisión dictada de oficio, que el art. 81 no es aplicable a una conducta en la que se concierten voluntades, bien porque no se reúnen las condiciones del apartado 1 o porque se reúnan las condiciones del apartado 3. Y lo mismo podrá hacer la Comisión con arreglo al art. 82 del Tratado.

Por otra parte, el nuevo Reglamento 1/2003, con el fin de favorecer la seguridad jurídica, reconoce en su considerando 38³³ la facultad de las empresas para solicitar «orientaciones informales» de la Comisión cuando se les presente una «situación de auténtica incertidumbre debido a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver» en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

En definitiva, consideramos carente de justificación sólida la crítica al Reglamento 1/2003 por la inseguridad jurídica que supuestamente crea, coincidiendo además con la opinión según la cual la forma correcta de apreciar la seguridad jurídica que añade o retira del sistema anterior el nuevo es comparar la que proporciona uno y otro; pero hacer esto resultaría decepcionante porque no parece muy verosímil que el procedimiento anterior, en el que apenas el 10 por 100 de las notificaciones terminaban en decisiones formales, pueda ponerse como ejemplo de sistema muy «seguro». El Derecho comunitario de la competencia tiene ya una madurez que permite a la empresa y a sus asesores conocer qué acuerdos están prohibidos y cuáles son merecedores de estar incluidos en la exención del art. 81.3, madurez bien fundamentada en la doctrina emanada de las decisiones de la Comisión y de las sentencias de los Tribunales comunitarios. Y es sobre la base de esta madurez alcanzada por lo que el cambio de sistema se ha podido hacer sin afectar a la seguridad jurídica³⁴.

Pero no es sólo eso, es que, en nuestra opinión, es mucho mejor para el responsable de una empresa poder actuar en el amplio campo de acción que deja abierto a su ejercicio de responsabilidad el nuevo Reglamento —siempre que tenga la precaución de asesorarse debidamente—, que tener

³³ Esta posibilidad de las empresas de solicitar de la Comisión orientaciones informales en determinadas circunstancias de incertidumbre aparece también recogida en la Declaración de la Comisión que figura como anexo al Acta de la Sesión del Consejo (Doc. 15435/02, ADD 1, de 10 de diciembre de 2002).

³⁴ BERENGUER FUSTER (2003, pp. 97-100). BERENGUER FUSTER (2001, pp. 27), ya en los inicios de 2001, se esforzaba en hacer notar que la seguridad jurídica había preocupado en todo momento a los reformadores, y particularmente recordaba cómo esta preocupación había estado presente de forma manifiesta en la Resolución que el Parlamento Europeo adoptó sobre el Libro Blanco, en el que el Ponente Sr. Von Wogau incluyó un párrafo con el siguiente texto: «La modernización del régimen actual no puede ir en detrimento de la seguridad jurídica ni de la coherencia en la aplicación de las disposiciones en materia de competencia en la Comunidad».

que hacerlo dentro del limitado cauce a que obligadamente había de constreñir su iniciativa empresarial en un sistema como el anterior que le sometía al beneplácito administrativo en todas las decisiones dudosas que hubiera pensado tomar. Es mejor para el empresario la tensión creativa que incentiva el nuevo sistema que el reglamentismo anterior, poco amigo de dejar caminar por veredas no trilladas. Quien quizá salga perdiendo con el nuevo sistema no es el empresario, sino su asesor en materia de competencia, si no es capaz de renovarse, ya que antes podía conformarse con dominar el “frente jurídico” y, con el Reglamento 1/2003 en vigor, eso no va a ser suficiente porque en el nuevo enfoque cobra una importancia primordial la $\frac{1}{2}$ sabiduría económica”.

5. OTRAS NOVEDADES IMPORTANTES DEL REGLAMENTO 1/2003

La novedad fundamental del nuevo Reglamento es, como se acaba de ver, el radical cambio en el modo de aplicación del art. 81 del Tratado CE. Este cambio produce en sí mismo diversas innovaciones respecto al régimen anterior del Reglamento 17/1962. Y, además, se han introducido en el Reglamento 1/2003 otras novedades para la aplicación de dicho art. 81 del Tratado y también del art. 82. Convendrá examinar las más importantes de todas ellas, siquiera sea esquemáticamente, para luego sacar las oportunas conclusiones respecto de los efectos que todo ello pueda verosímelmente producir en España en los próximos años. Las secciones siguientes de este capítulo se destinan a dejar constancia de las novedades principales que introduce el Reglamento 1/2003, aunque reseñarlas implique en algún caso reiterar algo ya anticipado. Las novedades que consideramos más importantes son las siguientes.

A. SE INSTAURA LA EXENCIÓN LEGAL Y SE SUPRIME LA EXENCIÓN INDIVIDUAL Y LA CERTIFICACIÓN NEGATIVA

Ya desde el Tratado CE, la normativa comunitaria venía reconociendo la posibilidad de exención a la prohibición de las conductas anticompetitivas que fueran fruto de la concertación de voluntades entre varios operadores económicos. En efecto, el apartado 1 del art. 81 del Tratado prohibía unas conductas que, según el apartado 3 del mismo artículo, podían librarse de la prohibición si concurrían las circunstancias previstas en el mismo. Sin embargo, mientras ha estado vigente el Reglamento 17/1962, los dos únicos cauces para levantar la prohibición han sido —como ya se explicó— la exención individual mediante autorización singular y la exención reglamentaria por categorías, correspondiendo la competencia para otorgar ambas exclusivamente a la Comisión. La legislación española, sin embargo, aunque adoptó el mismo sistema de exenciones individuales y reglamentarias por bloque, incorporó una modalidad

adicional de exención: es la exención legal regulada en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, por virtud de la cual las prohibiciones del art. 1 no se aplicarán a las conductas colusorias que resulten de la aplicación de una Ley. Pues bien, el Reglamento 1/2003 implanta ahora, en el ámbito de la legislación comunitaria de la competencia, el mismo principio, sólo que restringiendo su aplicación únicamente a la disposición contenida en el apartado 3 del art. 81 del Tratado. Ya se ha explicado antes, pero no importa decirlo de nuevo: el Reglamento 1/2003 instaura, como exención legal, la incluida en el apartado 3 del mismo art. 81 del Tratado cuyo apartado 1 establece la prohibición, y, a cambio, suprime la posibilidad de exención individual mediante autorización singular.

En lo que respecta a las conductas abusivas de posición dominante, el Reglamento 17/1962 no contemplaba la exención individual ni tampoco, lógicamente, la contempla el Reglamento 1/2003. Sin embargo, el Reglamento 17/1962 sí contemplaba en su art. 2 la “declaración negativa” de la Comisión, tanto para las conductas colusorias del art. 81.1 como para las abusivas de posición de dominio del art. 82. En efecto, dicho art. 2 disponía: «La Comisión podrá certificar, a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del art. 85 (ahora 81) o del art. 86 (ahora 82) del Tratado». En el Reglamento 1/2003 desaparece ya esta posibilidad de la Comisión de emitir certificaciones negativas respecto a cualquier clase de conducta, ya sean las del art. 81 o las del art. 82³⁵.

En consecuencia, en el nuevo Reglamento 1/2003 desaparece la “certificación negativa” que antes podía dictar la Comisión respecto de conductas enjuiciables por los arts. 81 y 82 y también desaparece la “decisión de autorización singular” que la Comisión antes podía dictar respecto de una conducta del art. 81.

La sustitución del sistema de notificación por la exención ha tenido críticos, que interpretan que el sistema de notificación era el previsto en el art. 81 del Tratado CE, y que consecuentemente su sustitución sólo puede hacerse modificando el Tratado. Éste ha sido el criterio del *Bundeskartellamt*, que ha originado un informe del Servicio Jurídico del Parlamento Europeo que, opuesto a esta interpretación, concluye que el nuevo sistema de excepción encaja perfectamente en el texto del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE³⁶.

En todo caso, no puede descartarse que la polémica suscitada llegue algún día a los Tribunales comunitarios, como ha dejado escrito algún

³⁵ Dejamos a salvo aquí las oportunidades que, para pronunciarse en calidad de “guía”, deja abiertas el Reglamento 1/2003 a la Comisión y que después examinaremos.

³⁶ Para un mayor detalle, ver BERENGUER FUSTER (2003, p. 97). Sobre la compatibilidad con el Tratado CE de la sustitución del sistema de autorización por el de excepción legal, puede también verse un interesante trabajo del miembro de la *Merger Task Force* de la Comisión Europea, Enrique GONZÁLEZ (2000).

comentarista³⁷. Pero, de momento, así están las cosas: se entroniza la exención legal y se otorgan facultades para interpretar en su integridad el art. 81 del Tratado CE, en paralelo con la Comisión, a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a los jueces nacionales.

B. DESMONOPOLIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN POR LA COMISIÓN DEL APARTADO 3 DEL ART. 81 DEL TRATADO CE Y APLICACIÓN PARALELA POR AUTORIDADES Y JUECES NACIONALES

Como acabamos de decir, la interpretación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, que contiene las condiciones para eximir de la prohibición a la concertación de voluntades entre operadores económicos perjudicial para la competencia y para el comercio entre Estados miembros, deja de ser monopolio de la Comisión y, mientras esté en vigor el Reglamento 1/2003, dispondrán de esa facultad, en paralelo, también las autoridades de competencia de los Estados miembros y los jueces nacionales. Es decir, las autoridades de competencia y los Tribunales nacionales de los Estados miembros podrán interpretar el apartado 3 del art. 81 y, en consecuencia, el artículo en su integridad. Y también podrán las autoridades y jueces nacionales interpretar y aplicar el art. 82 del Tratado CE, como ya sucedía anteriormente: el nuevo Reglamento 1/2003 dispone textualmente, en su art. 6: «Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado»³⁸.

Durante la vigencia del Reglamento 17/1962, las autoridades de competencia y los jueces nacionales podían aplicar el art. 81.1 y el 82 del Tratado, y los jueces nacionales, por su parte, eran monopolistas de la “declaración de nulidad” que, en aplicación del 81.2, corresponde a las conductas prohibidas por el art. 81. El Reglamento 1/2003 faculta ahora a autoridades y jueces nacionales a aplicar los arts. 81 y 82 en su integridad, con la excepción de la “declaración de nulidad” del art. 81.2 que sigue siendo competencia exclusiva de los jueces nacionales³⁹.

³⁷ MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 5).

³⁸ GALÁN CORONA (2003, p. 520) hace notar que los Tribunales nacionales disponían de competencia en el régimen anterior para aplicar el art. 81.1 y el art. 82 del Tratado CE, aunque el anterior Reglamento ni siquiera los mencionaba, porque el Tribunal de Justicia así lo había declarado desde muy pronto en casos en los que debían resolver controversias entre particulares. Así, en las tempranas Sentencias *Brasserie de Haecht* (1972) y *BRT/Saban* (1974), de las que emanó una doctrina luego continuada. Es verdad que esto fue así para todos los Estados miembros, aunque, como dice GALÁN CORONA (2003, p. 521), «sin perjuicio de que en la realidad española hasta fechas tardías no han obtenido (los jueces nacionales) el pleno reconocimiento». Ver, en este sentido, la voz «Exclusividad del Tribunal de Defensa de la Competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 217), donde se recogen los hitos principales de la interpretación que nuestro Tribunal Supremo ha venido haciendo sobre esta cuestión. En FERNÁNDEZ VICIÉN (2001) también puede verse un interesante estudio sobre esta materia.

³⁹ Sobre la problemática que plantea la coexistencia de dos ordenamientos de posible aplicación a un caso, en un contexto de concurrencia de ambos, particularmente en lo que se refiere al respeto al principio *non bis in idem*, ver MENÉNDEZ REXACH (2002).

C. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO SE INVOCA EL AMPARO DEL APARTADO 3 DEL ART. 81

En cuanto a la carga de la prueba, de la que se ocupa el art. 2 del nuevo Reglamento, hay que advertir que, aunque la misma recae siempre en la parte o la autoridad que la alegue, cuando se trate de una infracción de los arts. 81 y 82 del Tratado, quien invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del art. 81 deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previas en dicho apartado. Esto no supone novedad alguna respecto de lo previsto anteriormente en la tramitación de las solicitudes de exención singular, en las que la carga de la prueba corría siempre a cargo del solicitante. Si se reseña aquí es, aunque no suponga novedad, como advertencia. La situación queda como sigue: si se trata de probar una infracción del apartado 1 del art. 81, serán el denunciante o la autoridad a cuyo cargo corra el procedimiento quienes deban probarla, pero si lo que se trata de probar es que en la conducta examinada concurren las circunstancias del apartado 3, por lo que no procedería aplicar la prohibición, será la parte interesada en que no haya prohibición quien cargará con la correspondiente prueba.

D. MODIFICACIÓN DEL JUEGO DEL PRINCIPIO DE LA “DOBLE BARRERA”

El Reglamento 1/2003 modifica la aplicación del llamado principio de la “doble barrera”, vigente en el régimen ahora derogado, según el cual una conducta colusoria o abusiva de posición de dominio, cuando afecte al comercio entre los Estados miembros, es susceptible de ser examinada a la luz de los arts. 81 u 82 del Tratado, según el supuesto de que se trate, y, simultáneamente, a la luz del correspondiente Derecho nacional de competencia.

En efecto, el art. 3 del nuevo Reglamento permite la aplicación del Derecho nacional de competencia en los casos de afectación del comercio comunitario aunque, como acertadamente resume MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 6), «supedita dicha aplicación al respeto de la jurisprudencia *Walt Wilhelm* hasta sus últimas consecuencias».

Así, el apartado 1 del art. 3 del Reglamento 1/2003 dispone que, cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los jueces nacionales apliquen su propio Derecho de competencia a conductas colusorias o abusivas de posición de dominio que puedan afectar al comercio comunitario, aplicarán también a dichas conductas, según el caso, el art. 81 o el 82 del Tratado. Pero en el apartado 2 se añade que de la aplicación del Derecho nacional de competencia no podrán resultar prohibidas conductas que puedan afectar al comercio comunitario pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado, o reúnan las condiciones del apartado 3 del mismo, o que

estén cubiertas por un Reglamento de aplicación de dicho apartado 3. Es decir: «El Derecho nacional sólo podrá oponerse a un acuerdo si éste está también prohibido por el art. 81 del Tratado CE»⁴⁰.

El apartado 2 del art. 3 del Reglamento 1/2003, por su parte, precisa que lo dispuesto en el Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. Esta excepción al principio general se refiere a la aplicación de normas nacionales más estrictas que las comunitarias en materia de abuso de posición dominante y fue incluida en el Reglamento a petición de Alemania.

El apartado 3 del art. 3 del nuevo Reglamento establece otra excepción al principio general, al precisar que los apartados 1 y 2 no impedirán que se apliquen las disposiciones del Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los arts. 81 y 82 del Tratado⁴¹.

Coincidimos con MARTÍNEZ LAGE (2003, p. 7) cuando, analizando esta excepción, dice: «el art. 3.3 servirá, por ejemplo, para hacer posible la aplicación de nuestras normas de competencia desleal a un supuesto de afectación de los intercambios comunitarios, incluso aunque con ello se alcance una solución distinta a la que se obtendría con la aplicación exclusiva de los arts. 81 y 82. En nuestra opinión, sin embargo, la aplicación de las normas de competencia desleal en estos casos sólo podrá ser realizada por los jueces, y no por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) a través del art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La razón es la siguiente: cuando este artículo hace un llamamiento —excepcional— a las normas de competencia desleal para que sean aplicadas por la autoridad administrativa, las convierte en normas que ya *no* persiguen principalmente un objetivo distinto de los arts. 81 y 82».

Estamos de acuerdo con esta interpretación: el art. 7 LDC, que regula el «falseamiento de la competencia por actos desleales», considera que tal falseamiento de la competencia —cuya persecución es el objetivo de la LDC— sólo se produce, cuando es mediante actos desleales, si se dan los siguientes supuestos: *a)* Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia del mercado. *b)* Que esa grave distorsión afecte al interés público. Cuando una conducta desleal, sin embargo, no encaja en estos supuestos, no hay falseamiento de la competencia y, por ello, la conducta desleal cae fuera del objetivo de la LDC, y el TDC no puede examinarla, como el propio art. 7 LDC dispone en su apartado 1.

⁴⁰ MARTÍNEZ LAGE (2003, p. 6).

⁴¹ El apartado 3 del art. 3 del Reglamento 1/2003 también dispone, innecesariamente a nuestro juicio, que los apartados 1 y 2 no se aplicarán en el ámbito de los procedimientos de control de concentraciones, para los que la Comisión dispone de competencia exclusiva cuando las operaciones tienen dimensión comunitaria (art. 21 del Reglamento 4064/1989, sobre el control de operaciones de concentración entre empresas).

E. LA COMISIÓN PUEDE IMPONER REMEDIOS ESTRUCTURALES

Importante novedad —de cuya constitucionalidad cabe dudar—⁴² es la contenida en el art. 7 del Reglamento 1/2003 según la cual la Comisión, cuando constate la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 del Tratado, podrá imponer a los infractores no sólo, como en el régimen anterior, remedios de comportamiento, sino que también podrá, alternativamente, imponer cualquier “remedio estructural” a los infractores (desinversiones, fraccionamiento del negocio, etc.), con la única limitación —exigible asimismo al remedio de comportamiento— de que sea “proporcionado” y “necesario” para conseguir el cese efectivo de la infracción. Si bien, el propio artículo precisa que «los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural».

F. LA COMISIÓN PUEDE CONCLUIR EXPEDIENTES MEDIANTE COMPROMISOS CON EL INFRACTOR SIN INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El art. 9 del Reglamento 1/2003 dispone que la Comisión, cuando vaya a adoptar una decisión ordenando el cese de la infracción, y las empresas interesadas le propongan ciertos compromisos, podrá convertir éstos en obligatorios para las empresas mediante una decisión que podrá ser adoptada por un período determinado y en la que constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.

La Comisión podrá reabrir el procedimiento, previa solicitud o de oficio, si tiene lugar alguna de las circunstancias siguientes: a) Se modifica la situación de hecho respecto de algún elemento esencial de la decisión. b) Las empresas afectadas incumplen sus compromisos. c) La decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes.

Conviene anotar que, a diferencia del procedimiento de terminación convencional en el Servicio de Defensa de la Competencia establecido en la LDC española, la modalidad prevista en el art. 9 del Reglamento no precisa contar con la participación de los interesados que quedan fuera del compromiso⁴³.

Por otra parte, aunque la aceptación de compromisos era ya una práctica habitual de la Comisión ante infracciones no graves o cuya ilicitud suscitaba dudas, ahora se introduce una importante diferencia respecto del régimen práctico anterior: los compromisos de las empresas pasan

⁴² Ver, a este respecto, MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 9).

⁴³ Ver, en este sentido, el art. 36 bis LDC y la voz «Terminación convencional», en PASCUAL Y VICENTE (2002, p. 380).

a ser obligatorios para ellas, mientras que anteriormente no cabía otra opción a la Comisión, ante el incumplimiento de los mismos, que reabrir el procedimiento y probar la existencia de infracción ⁴⁴.

G. REFORZAMIENTO DE LOS DISPOSITIVOS PARA LA APLICACIÓN UNIFORME DE LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COMPETENCIA

La preocupación por una aplicación uniforme de los arts. 81 y 82 del Tratado CE late en el Reglamento 1/2003 desde el principio al fin, lo que lleva a ocuparse de la misma a diversos artículos, creando o reforzando dispositivos al efecto.

Así, buscando evitar la disparidad interpretativa mediante un cierto “control remoto” de la Comisión, el apartado 6 del art. 11 del nuevo Reglamento reconoce a ésta que pueda inhibir la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE a las autoridades nacionales de competencia cuando aquélla se disponga a incoar un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión. En Declaración conjunta del Consejo y la Comisión, anexa al Acta de la sesión del Consejo, se limita, sin embargo, esta prerrogativa de la Comisión a las tres siguientes circunstancias: *a)* Que exista peligro de adopción de decisiones divergentes por distintas autoridades nacionales en un mismo caso. *b)* Que la decisión prevista de una autoridad nacional entre de manera evidente en conflicto con precedentes consolidados. *c)* Que la Comisión tenga interés en pronunciarse para desarrollar la política de competencia en un determinado caso.

También el nuevo Reglamento consagra en su art. 15 la facultad general de la Comisión y particular de las autoridades de competencia en sus respectivos Estados miembros, de presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado ⁴⁵.

Por otra parte, el art. 16 del Reglamento 1/2003 dispone que los jueces y las autoridades nacionales de competencia, cuando se pronuncien sobre conductas de los arts. 81 y 82 del Tratado CE que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán dictar resoluciones incompatibles con la misma. El propio art. 16 dispone también que los jueces nacionales, cuando se pronuncien sobre un asunto sometido a procedimiento por la Comisión sin que aún exista decisión, evitarán dictar resoluciones contradictorias con la decisión prevista de la Comisión, otorgándose a los jueces nacionales la facultad de apreciar si procede suspender el procedimiento ⁴⁶.

⁴⁴ GALÁN CORONA (2003, p. 512).

⁴⁵ MARTÍNEZ LAGE (2003a, p. 8) plantea la cuestión, que podrá suscitarse en España, relativa a qué autoridad nacional corresponderá esta importante función de *amicus curiae* en nuestro país, si al Tribunal de Defensa de la Competencia, al Servicio o a ambas.

⁴⁶ La obligada actuación de los jueces nacionales de no dictar resoluciones incompatibles con la decisión de la Comisión se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el art. 234 del Tratado CE.

H. CREACIÓN DE LA RED EUROPEA DE COMPETENCIA Y OTROS DISPOSITIVOS DE COOPERACIÓN

A la cooperación entre Comisión y autoridades de competencia y jueces nacionales dedica el nuevo Reglamento su Capítulo IV, precisamente titulado así: «Cooperación». Además se crea una «Red Europea de Competencia»⁴⁷, fundamentalmente con el objeto de optimizar, según el «principio de la autoridad mejor situada»⁴⁸, el reparto de tareas entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. El funcionamiento de esta Red Europea se regula en una «Declaración conjunta del Consejo y la Comisión» *ad hoc*, incorporada al Acta de la sesión del Consejo donde se aprobó el Reglamento⁴⁹.

Esta Red estará integrada por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, instrumentándose la cooperación entre los miembros de la Red mediante intercambios de información que se regulan en el art. 12 del Reglamento.

En el apartado 1 de este artículo se faculta a la Comisión y a las autoridades nacionales «para intercambiar y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de Derecho, incluida información confidencial».

El apartado 2 del mismo art. 12 matiza esta facultad al disponer que la información intercambiada «sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación de los arts. 81 u 82 del Tratado y respetando la finalidad para la cual fue recopilada». No obstante, cuando se aplique a un mismo asunto el Derecho de competencia nacional y comunitario en paralelo y hacerlo así no conduzca a resultados diferentes, la información intercambiada podrá ser utilizada también para aplicar el Derecho nacional de la competencia.

El apartado 3 del art. 12 del Reglamento 1/2003 prevé que la información intercambiada con arreglo al apartado 1 pueda ser utilizada como medio de prueba para imponer sanciones a las personas físicas «cuando la legislación de la autoridad remitente prevea dicho tipo de sanciones en relación con las infracciones de los arts. 81 u 82 del Tratado o, si no es ése el caso, cuando la información se haya obtenido respetando el mismo nivel de protección de los derechos de las personas físicas

⁴⁷ El considerando 15 del Reglamento 1/2003 anticipa la idea de esta Red cuando señala que «conviene que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros formen conjuntamente una red de autoridades públicas que apliquen las normas de competencia comunitarias en estrecha cooperación». La Red se pergeña luego en el art. 11 del Reglamento, que articula un sistema de colaboración entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión, instrumentado principalmente a base de un intenso intercambio de información.

⁴⁸ «Autoridad mejor situada» quiere decir, según la Declaración, la autoridad que mejor puede mantener o restablecer la competencia en el mercado principalmente afectado por la conducta.

⁴⁹ *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities*, Doc. 15435/02, ADD 1, de 10 de diciembre de 2002.

que el que establecen las normas nacionales de la autoridad receptora. Sin embargo, en este caso, la información intercambiada no podrá ser utilizada por la autoridad receptora para imponer penas privativas de libertad».

En evitación de que las autoridades se “pisen” unas a otras los casos, o se solapen en la resolución de los mismos, el art. 13 del Reglamento 1/2003 establece que, cuando la Comisión y o las autoridades nacionales de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado de oficio un procedimiento contra la misma conducta en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado, el hecho de que una de estas autoridades esté instruyendo el asunto será motivo suficiente para que las demás suspendan su propio procedimiento o desestimen la denuncia, desestimación que también podrá hacerse cuando la conducta haya sido ya tratada por otra autoridad de competencia.

Para salvaguardar la seguridad jurídica de las empresas, se establece que la asignación de cualquier asunto, que habrá de hacerse en un plazo no superior a tres meses, deberá de seguir un curso previsible, a cuyos efectos la Comisión preparará una Comunicación que sirva de guía.

El criterio general de asignación es que cada caso corresponderá a la autoridad que lo haya comunicado a la Red, aunque otra autoridad puede oponerse si se considera “mejor situada”. De cada asunto, en principio, deberá ocuparse una sola autoridad, particularmente si los autores de la conducta están domiciliados en el mismo Estado miembro y sus efectos se producen sólo en el mismo. No obstante, cuando los efectos se proyecten en más de un Estado miembro, las autoridades respectivas deberán ponerse de acuerdo en cuál de ellas se ocupa del caso y, si el acuerdo no es posible, las autoridades deberán coordinarse y designar a una de ellas como principal⁵⁰.

En cuanto a la asignación de casos en favor de la Comisión, la citada «Declaración» considera que la misma se encuentra “mejor situada” en los siguientes supuestos: *a)* La conducta afecta a más de tres Estados miembros. *b)* La conducta está relacionada con disposiciones comunitarias que pueden ser aplicadas en exclusiva o mejor por la Comisión. *c)* El interés comunitario aconseja que se adopte una decisión comunitaria para desarrollar la política de competencia. *d)* Para garantizar una aplicación efectiva de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. En todo caso, el apartado 6 del art. 11 del nuevo Reglamento —como más arriba se ha indicado— otorga a la Comisión la facultad de recabar los casos para sí, aunque el apartado 3 del art. 35 del propio Reglamento restrinja esta potestad de la Comisión a los casos que se encuentren en sede de las autoridades administrativas o en las judiciales que actúan como autoridades nacionales de competencia.

⁵⁰ Esta manera tan poco precisa de asignación de asuntos entre las autoridades nacionales no trabaja en beneficio de la seguridad jurídica desde luego y ha creado cierta inquietud entre los abogados que parece justificada. Ver, en este sentido, MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 4).

Como perspicazmente se ha advertido⁵¹, el apartado 4 del art. 35 establece una excepción al principio general que puede ser de aplicación al caso español, que tiene institucionalmente separada la instrucción (Servicio de Defensa de la Competencia) y la resolución (Tribunal de Defensa de la Competencia) de los expedientes. La excepción al principio general consistiría, en el caso español, en que la Comisión únicamente podría inhibir la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia («incoando ella misma su propio procedimiento»), pero no podría inhibir al Tribunal de Defensa de la Competencia, una vez en su sede el expediente.

En efecto, el apartado 4 del art. 35 del Reglamento 1/2003 dice así: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 y siempre y cuando se cumplan las condiciones del presente apartado, en los Estados miembros donde esté previsto que una autoridad instructora presente sus conclusiones ante otra autoridad específica de “carácter judicial” para la adopción de determinados tipos de decisiones previstos en el art. 5 del presente Reglamento, la aplicación del apartado 6 del art. 11 sólo afectará a la autoridad instructora que, en consecuencia, retirará su demanda poniendo así fin efectivo al procedimiento nacional ante la autoridad judicial cuando la Comisión incoe su propio procedimiento».

Ciertamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia no es una autoridad de “carácter judicial” *stricto sensu*. Estimamos, sin embargo, que puede considerarse al mismo incluido en el supuesto del apartado 4 del art. 35 del Reglamento al concurrir en nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia la facultad de adoptar las decisiones previstas en el art. 5 del Reglamento y haber sido reconocido su carácter de “órgano jurisdiccional” por el Tribunal Superior de las Comunidades Europeas, si bien lo fue a los efectos de plantear cuestiones prejudiciales conforme al art. 234 del Tratado CE⁵².

I. AUMENTAN LAS POTESTADES DE LA COMISIÓN

El Reglamento 1/2003 extiende los poderes de investigación de la Comisión, pudiendo destacarse entre las principales novedades en esta materia las siguientes: a) La Comisión podrá recabar declaraciones (art. 19), si bien con la aceptación de la persona física o jurídica afectada. b) La Comisión podrá inspeccionar, además de los propios de la empresa, los domicilios y vehículos particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal (art. 21), así como precintar temporalmente los mismos, aunque contando con mandato del juez nacional, quien apreciará la proporcionalidad de las medidas, tomando en consideración los

⁵¹ MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 5).

⁵² Así, en la Sentencia *Dirección General de Defensa de la Competencia vs. Asociación Española de Banca Privada y otros*, de 16 de julio de 1992 (C 67/91, Rec., 1992, p. I-4786), en que el Tribunal de Justicia acepta pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Defensa de la Competencia español. Ver, en este sentido, PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 332).

motivos de sospecha de la infracción, su gravedad, la naturaleza de la participación en la misma de la empresa en cuestión y la probabilidad de encontrar documentos incriminatorios. El juez nacional no podrá poner en cuestión, sin embargo, la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión, reservándose al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el control de la legalidad de la decisión de la Comisión (art. 20.8).

También las sanciones que puede imponer la Comisión se ven modificadas en el Reglamento 1/2003, aunque en aspectos concretos que respetan los criterios generales anteriores. Así, mientras se mantiene en el 10 por 100 del volumen de negocios total del ejercicio anterior el límite de las multas sancionadoras, se establece en el 5 por 100 del volumen de negocios medio diario el límite para las multas coercitivas, frente al anterior rango de 50-1.000 euros diarios por obligación incumplida. También se modifica el nivel de las multas por no colaborar con la Comisión durante la instrucción que, frente al anterior rango de 100-5.000 euros, ahora pueden llegar hasta el 1 por 100 del volumen total de negocio del ejercicio anterior.

Sin embargo, como se ha destacado⁵³, la principal novedad del Reglamento en materia de sanciones es la que tiene lugar con respecto a las asociaciones de empresas. En efecto, el art. 23 («Multas sancionadoras»), que faculta a la Comisión para, en determinadas circunstancias, imponer multas de este carácter a las asociaciones de empresas de hasta el 1 por 100 del volumen de negocios del año anterior, también establece, con respecto a su pago y subsidiariamente, la responsabilidad solidaria de las empresas asociadas cuyos representantes sean miembros de los pertinentes órganos de gobierno⁵⁴, con el límite para cada una del 10 por 100 de su respectiva cifra de negocios del ejercicio anterior (apartado 4)⁵⁵.

J. COMUNICACIONES ACLARATORIAS

El art. 33 del nuevo Reglamento 1/2003 faculta a la Comisión para dictar “normas de desarrollo” del mismo, exigiéndola que, antes de dictar cualquier disposición, publique un proyecto e invite a todas las partes

⁵³ GALÁN CORONA (2003, p. 515).

⁵⁴ Quedan relevadas de esta responsabilidad las empresas asociadas miembros de los órganos de gobierno que demuestren que no han aplicado la decisión constitutiva de infracción tomada por ésta y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso (párrafo 4 del art. 23.4 del Reglamento).

⁵⁵ GALÁN CORONA (2003, p. 516) hace, a este respecto, una puntualización sagaz: «Siendo la aludida responsabilidad de las empresas miembros de la asociación (pertenecientes a los órganos de gobierno) el resultado de la normativa comunitaria, habrá de atenderse a la específica naturaleza jurídica de la asociación de empresas, conforme al Derecho nacional, para establecer el derecho de regreso de la empresa o empresas que hayan satisfecho el importe de la multa frente a la asociación y, en su caso, los demás miembros de ésta».

interesadas a presentar sus comentarios en el plazo de un mes, así como que recabe la opinión del Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes.

En este sentido, la Comisión hizo públicas en octubre de 2003 dos comunicaciones de gran interés. Una, mediante la que invita a enviar comentarios sobre el proyecto —que se adjunta— de Reglamento (CE) de la Comisión relativo a sus procedimientos con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE⁵⁶ y, otra, por la que se invita a presentar comentarios sobre los siguientes proyectos —adjuntos—, de comunicación de la Comisión⁵⁷:

1. Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.

2. Proyecto de 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 del Tratado CE.

3. Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

4. Comunicación relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación).

5. Proyecto de Comunicación-Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado.

6. Proyecto de Comunicación-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado.

En la fecha de redacción de estas páginas (marzo de 2004), al parecer la Comisión está preparando otros proyectos de comunicaciones sobre compromisos de comportamiento y estructurales en el marco de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y sobre empresas en participación de producción sin “plenas funciones” que, por ello, están fuera del control de concentraciones pero, por lo mismo, sujetas al art. 81 del Tratado.

6. EFECTOS PREVISIBLES DEL REGLAMENTO 1/2003 EN ESPAÑA

Como decíamos al principio de este trabajo, el Reglamento 1/2003 revoluciona el sistema de control de conductas en la Comunidad Europea, lo que acabará afectado a la política de competencia particular de cada Estado miembro. Además, las autoridades nacionales de competencia y

⁵⁶ «Comunicación de conformidad con el art. 33 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», *DOCE*, núm. C 243/03, de 10 de octubre de 2003, pp. 3-9.

⁵⁷ «Comunicación por la que invita a terceros a presentar comentarios sobre los proyectos de comunicación de la Comisión (citados arriba)», *DOCE*, núm. C 243/04, de 10 de octubre de 2003, pp. 10-79.

los jueces habrán de acometer nuevas tareas, y las empresas tendrán que asumir responsabilidades que antes, en el sistema de notificación/autorización, podían trasladar a la Comisión. En fin, incluso la naturaleza del asesoramiento profesional en materia de competencia cambia con el nuevo sistema, pasando a desempeñar un papel primordial en el mismo el análisis económico. El cambio afectará ampliamente, por ello, a los agentes públicos y privados de todos los Estados miembros, involucrados en asuntos que tengan que ver con la competencia y el comercio interior en el mercado común. España particularmente se verá afectada. Las siguientes reflexiones se proponen barruntar cómo.

A. EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

La norma básica que configura el Derecho español de la competencia en la actualidad es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)⁵⁸ —modificada por el legislador en diversas oportunidades—⁵⁹, que tiene su antecedente inmediato en la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia⁶⁰.

La defensa de la competencia se concibe en nuestra Ley 16/1989, según su *Exposición de Motivos*, «como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución», donde «se reconoce la libre empresa en el marco de una economía de mercado» y se encomienda a esos poderes públicos que la garanticen y protejan su ejercicio.

Pero, al mismo tiempo que se propone el ejercicio de actualizar el Derecho de la competencia español en consonancia con nuestra Constitución, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se propone también la tarea de “europeizar” la norma básica española en esta materia. Lo cual se logra bastante bien en la concepción del “control de conductas”. En efecto, los arts. 1 y 6 de la Ley española son casi un calco de los arts. 81 y 82 (antes 85 y 86) del Tratado CE, los cuales prohíben, respectivamente, las conductas colusorias y las conductas abusivas de posición dominante.

Lo que principalmente diferencian las normas de “control de conductas” de nuestra Ley respecto de las comunitarias es que el art. 7 de la LDC contiene una prohibición por completo extraña a las normas de competencia comunitarias. Es la relativa al “falseamiento de la competencia por actos desleales” que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, afectando al interés público. Pero dejando

⁵⁸ BOE, de 18 de julio.

⁵⁹ Para más detalle, ver la voz «Derecho de la Competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 188).

⁶⁰ BOE, de 23 de julio.

aparte este casticismo, el enfoque y la concreción de las conductas prohibidas es paralelo en una y otra normativa, la española y la comunitaria ⁶¹.

Son también análogos los enfoques prohibición/autorización de ambas normativas acerca de las conductas colusorias. En efecto, el apartado 1 de los arts. 81 del Tratado y 1 LDC prohíben en ambos casos determinadas conductas, pero luego el apartado 3 del Tratado y el art. 3 LDC permiten que se exima de la prohibición a aquellas conductas colusorias que reúnan determinadas características especificadas.

Durante la vigencia del Reglamento 17/1962, el mecanismo de excepción de la prohibición era también análogo en la normativa europea y en la española, ya que —en la Comunidad— el Reglamento 17/1962 facultaba en exclusiva a la Comisión para autorizar singularmente una conducta que, estando prohibida por el apartado 1 del art. 81, reuniera, a su juicio, los requisitos del apartado 3; y, asimismo, la facultaba para eximir en bloque de la prohibición, mediante Reglamento, a toda una categoría de conductas que, a su juicio, reunieran los requisitos del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE. Y, paralelamente, el art. 4 LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para otorgar la correspondiente autorización singular a las conductas que, prohibidas por el art. 1, reúnan los requisitos del art. 3; y al Gobierno, previo informe ⁶² del TDC, le faculta el art. 5 de la Ley de Defensa de la Competencia para dictar Reglamentos de exención por categorías de la prohibición del art. 1.1.

El paralelismo descrito ha quedado roto, sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, puesto que la Comunidad ha cambiado la pauta de aplicación del art. 81: la prohibición del apartado 1 queda “legalmente” exenta de prohibición, según el apartado 3, si concurren los requisitos que el mismo establece; serán los operadores económicos quienes deban asumir la responsabilidad de que sus conductas sean legales en estas condiciones y la Comisión, las autoridades de competencia o los jueces nacionales serán quienes —*a posteriori*, en su caso— habrán de comprobar que no se ha cometido infracción o que, por el contrario, ésta sí ha tenido lugar.

Es decir, mientras que en la legislación española sigue vigente el sistema de autorización singular, en la normativa comunitaria europea el sistema de autorización singular ha sido sustituido por el de excepción legal.

La cuestión que cabe plantearse ahora es la siguiente: ¿debe el sistema español mantener por mucho tiempo esta importante diferencia entre la aplicación del art. 1 LDC y la del art. 81 del Tratado? Estando en el telar la reforma europea, recién publicado el Libro Blanco, algún autor ⁶³

⁶¹ El régimen de conductas prohibidas en el ordenamiento nacional, antes y después de la reforma de la Ley 17/1989 por la Ley 52/1999, se estudia en PASCUAL Y VICENTE (2000a y 2002b).

⁶² Obligatorio pero no vinculante.

⁶³ BENEYTO (1999).

ya decía que la reforma prevista, de llevarse a cabo íntegramente, iba a implicar tal conjunto de modificaciones que el resultado sería un nuevo Derecho comunitario de la competencia que habría de tener repercusiones significativas en los sistemas nacionales de competencia, de tal suerte que podría decirse —se afirmaba entonces— que la Comisión, con su empeño reformador, estaba diseñando un nuevo sistema de defensa de la competencia a nivel europeo. Creemos que los pronósticos se han cumplido y que España no puede hacer oídos sordos a la reforma. De hecho, aunque modestamente, ya ha dado algún paso en la dirección que marca la reforma europea, aunque no todavía en la asimilación a la norma española del Reglamento 1/2003: en efecto, por lo que se refiere a las restricciones verticales a la competencia en particular, el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que contiene un nuevo régimen nacional de exenciones por categorías y autorizaciones singulares, es un hijo natural del proceso reformador europeo ⁶⁴.

Es importante, a nuestro juicio, que el legislador español aborde decididamente el cambio de sistema del control de conductas adaptándolo al comunitario europeo. Pero porque lo consideramos importante, creemos que la reforma completa no debe abordarse con prisas (el cambio, por ser importante, no debe ser urgente). Por eso estaríamos en condiciones de suscribir lo dicho por un comentarista de la reforma europea: el nuevo Reglamento 1/2003 «podría poner en cuestión la idoneidad e incluso legitimidad de la continuidad del vigente sistema de notificación en España... (pero) nos inclinamos por el mantenimiento del actual sistema, al menos durante algunos años, hasta que el nuevo sistema comunitario haya demostrado que es mejor que el actual» ⁶⁵.

B. EFECTOS EN LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

En España, las autoridades nacionales de competencia están definidas y reguladas por el Título II de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece dos órganos, uno de instrucción y otro de resolución. Son el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, respectivamente ⁶⁶.

El Servicio es parte del Ministerio de Economía, una Dirección General del mismo en este momento, y le corresponden, en materia de control de conductas, los papeles siguientes: instruir los expedientes y, en su caso, promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados por las conductas previstas en la Ley de Defensa de la Competencia española, así como llevar a cabo las funciones de cooperación entre la Administración española y la Comisión Europea en la aplicación

⁶⁴ Puede verse un estudio al respecto en PASCUAL Y VICENTE (2003a).

⁶⁵ MARTÍNEZ LAGE (2003b, p. 9).

⁶⁶ Para más detalle, ver la voz «Órganos de defensa de la competencia», en PASCUAL Y VICENTE (2002a, pp. 288-289).

en España de las reglas comunitarias de competencia. En la práctica, esto supone que al Servicio de Defensa de la Competencia corresponde actuar como órgano instructor en los expedientes sancionadores relativos a las conductas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC y —dentro del Régimen del Reglamento 17/1962— por los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE, y también en los expedientes de autorización singular relativos a conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero incursas en los supuestos del art. 3. En el régimen de control de conductas instaurado por el Reglamento 1/2003 para la Comunidad Europea, al Servicio corresponderá ahora instruir los expedientes sancionadores por conductas enjuiciables a la luz del art. 81 del Tratado en su integridad y del art. 82. Es decir, el Servicio antes no podía entender del art. 81.3 del Tratado CE y, ahora con el Reglamento 1/2003 en vigor, sí lo hará.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, aunque adscrito orgánicamente al Ministerio de Economía, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Es un organismo autónomo colegiado compuesto por nueve miembros al que compete, por lo que respecta al control de conductas, resolver los expedientes instruidos por el Servicio, ya sean sancionadores por conductas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC y —dentro del Régimen del Reglamento 17/1962—, por los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE o de autorización singular relativos a conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero incursas en los supuestos del art. 3. En el régimen comunitario europeo de control de conductas instaurado por el Reglamento 1/2003, al Tribunal corresponde ahora resolver los expedientes sancionadores por conductas enjuiciables a la luz del art. 81 del Tratado en su integridad y del art. 82. Es decir, como paralelamente ocurría al Servicio por lo que se refiere a la instrucción, el Tribunal, que antes no podía entender del art. 81.3 del Tratado CE, sí puede hacerlo ahora con el Reglamento 1/2003 en vigor.

Si consideramos que los supuestos de excepción del apartado 3 del art. 81 del Tratado y los del apartado 1 del art. 3 de la Ley española de Defensa de la Competencia son los mismos ⁶⁷, así como que el Servicio y el Tribunal —con equipos bidisciplinarios de economistas y juristas, en ambos casos— tienen una dilatada experiencia, cada uno en su papel,

⁶⁷ Será útil ahora recordarlos. El apartado 3 del art. 81 del Tratado CE hace referencia a las conductas «que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate». El apartado 1 del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por su parte, se refiere a las conductas «que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada en sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados». Contenidos iguales, pues, como hemos señalado.

en la aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, puede fácilmente comprenderse que no represente, para ninguna de las dos instituciones, reto alguno, desde el punto de vista del conocimiento, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que otorga también a las autoridades nacionales la facultad de interpretar el apartado 3 dentro de una aplicación completa del art. 81 del Tratado: el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia están muy acostumbrados a aplicar el análisis económico en un contexto jurídico, en procesos permanentes de fertilización cruzada de conocimientos técnicos entre los economistas y los juristas que forman sus equipos.

Sí puede significar un reto para ambos, sin embargo, hacer bien el papel de “orientadores” de la judicatura en este campo, que el Reglamento 1/2003 les asigna —conjuntamente con la Comisión, como antes ya se indicó— al facultarles su art. 15 para presentar «observaciones a los órganos jurisdiccionales» sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado.

A estos efectos, conviene hacer algunas consideraciones. La primera es que la redacción del art. 15 del Reglamento 1/2003 no ofrece dudas, a nuestro juicio, respecto de a quién se otorga esta facultad en España: consideramos que es a ambas autoridades nacionales de competencia: al Tribunal y al Servicio. La segunda observación es que el art. 15 es, sin embargo, confuso respecto a que las observaciones que puedan hacer las autoridades nacionales de competencia a los órganos judiciales deban referirse sólo a asuntos en curso o también a casos hipotéticos, pues su apartado 2, que faculta a las autoridades nacionales de competencia para remitir a los órganos jurisdiccionales nacionales por propia iniciativa observaciones escritas y verbales, exigiendo «la venia del Tribunal de que se trate» para estas últimas, precisa que las autoridades nacionales podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita todos los «documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate». ¿Quiere eso decir que no caben las observaciones generales sobre casos hipotéticos? La tercera observación se refiere al destinatario de las observaciones de las autoridades nacionales de competencia: ¿es el juez concreto del asunto en curso, si los casos hipotéticos no caben?; ¿podría ser el Consejo General del Poder Judicial, pongamos por caso, si las observaciones fueran “en hipótesis”? Finalmente, el art. 15 no despeja si cabe petición judicial de “observaciones” ¿concretas o abstractas?, ni si habría obligación de emitirlas por las autoridades nacionales.

Las cuestiones que acabamos de plantear aconsejarían, en todo caso, dictar las correspondientes normas interpretativas para que temas tan importantes como éstos no queden al albur. Una primera ya ha sido dictada; en efecto, el apartado 5 del art. 95 de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos para 2002, modificativo de la Ley 16/1989, introduce una disposición adicional única en la Ley de Defensa de la Competencia donde se establece que los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia, simultáneamente a su notificación a las

partes, copia de las sentencias de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado recaídas en los procedimientos civiles ⁶⁸.

Es decir, el Servicio de Defensa de la Competencia se convierte en receptor de las sentencias judiciales de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, lo que aconsejará crear en su seno una “unidad de análisis”, que permita a nuestras autoridades nacionales de competencia disponer de un material imprescindible para emitir observaciones esporádicas sobre sentencias individuales e informes periódicos —con las correspondientes observaciones— sobre aplicación por los Tribunales de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

En nuestra opinión, y con independencia de que la “unidad de observación” se inscriba en el Servicio, respondería al espíritu de nuestra legislación de competencia que de tales “orientaciones” a los órganos jurisdiccionales —ya fueran ocasionales o periódicas— se responsabilizara al Tribunal de Defensa de la Competencia, a cuyo Pleno habría de corresponder su aprobación ⁶⁹.

C. EFECTOS EN LA JUDICATURA

Como la Comisión apreciaba en su Propuesta del nuevo Reglamento 1/2003, los órganos jurisdiccionales nacionales ejercen una función esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia porque «salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares». Ciertamente, las autoridades judiciales españolas han venido gozando de la facultad de aplicar el apartado 1 del art. 81 y la totalidad del art. 82 del Tratado durante la vigencia del Reglamento 17/1962. Pero, como ya se ha dicho en estas mismas páginas, esto ha sido así sólo en teoría hasta muy recientes fechas, porque el Tribunal Supremo ha estado manteniendo durante bas-

⁶⁸ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, de 31 de diciembre, p. 46934). La mencionada nueva Disposición Adicional de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice expresamente lo siguiente:

«Disposición Adicional Única. *Adaptación al Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.*—A efectos del cumplimiento del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de las sentencias recaídas en los procedimientos judiciales civiles de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea a los que se refiere el art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

⁶⁹ No debe desconocerse que la única referencia legal a una relación entre los jueces y las autoridades nacionales de competencia, de la que se derive para aquéllos criterios procedentes de éstas, es el apartado 3 del art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, que reza así: «El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá, cuando le sea requerido por órgano judicial competente, emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los arts. 1, 6 y 7 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y terceros que hubieran resultados perjudicados como consecuencia de aquéllas».

tante tiempo una línea jurisprudencial limitativa para el ejercicio de esta facultad por los Tribunales ordinarios⁷⁰. Y es además significativo que, en una de sus sentencias limitativas de hace apenas cinco años⁷¹, el Tribunal Supremo llegara a decir que el problema de dilucidar si se han llevado a cabo conductas prohibidas «alimenta una polémica que no puede ser enjuiciada por los órganos de la jurisdicción civil», sino únicamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia. No puede calificarse de aventurada la hipótesis según la cual nuestro alto Tribunal pensara eso entonces conociendo que la formación de los jueces españoles —de muy elevado nivel en el ámbito jurídico— es generalmente muy limitada o nula en el ámbito del análisis económico, que tan necesario es para poder apreciar fundadamente las infracciones de los arts. 81 y 82 del Tratado, máxime si, como ocurre en España, los jueces civiles españoles no disponen de equipos permanentes de asesoramiento económico.

La realidad, sin embargo, es que, sin que estas limitaciones de conocimiento y asesoramiento hayan sido superadas, los jueces españoles han de aplicar al día de hoy plenamente los arts. 81 y 82 del Tratado CE, según el régimen del Reglamento 1/2003, que les lleva a tener que pronunciarse —ahora por primera vez— sobre cuestiones tan ajenas a su formación y a su disposición de asesoramiento como las relativas a si una conducta colusoria anticompetitiva —y debe apreciar el juez que sí lo es—, que estaría prohibida en principio, es susceptible de no incurrir en la prohibición porque contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esto es sólo un ejemplo y no, por cierto, de los más complejos que pueden ponerse⁷².

Ciertamente a la judicatura española, como a las demás, este tipo de reto vinculado a la necesidad de un cierto conocimiento de la ciencia económica se le viene planteando desde hace tiempo y el Reglamento 1/2003 no hace más que agravar una deficiencia ya existente antes. También es verdad que se viene intentando dar respuesta al reto, aquí y en los demás países, desde hace tiempo, aunque de manera muy limitada y tímida. La creación de los Juzgados de lo Mercantil en España responde precisamente a la necesidad de atajar el problema que venimos comentando. Pero valdría la pena reflexionar sobre si lo hecho es bastante. Me consta que nuestro Consejo del Poder Judicial está preocupado por la necesidad de conocimiento económico de los jueces y que acertadamente ha puesto en marcha alguna iniciativa para lograrlo. Aplaudámoslo, pero sin dejar de interrogarnos sobre si no ha llegado la hora de incorporar a los programas de las oposiciones a la judicatura una sección bien pensada de temas de

⁷⁰ Como más arriba se apuntó, de esta evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo da cuenta la voz «Exclusividad del Tribunal de Defensa de la Competencia», en nuestra obra PASCUAL Y VICENTE (2002a, p. 217).

⁷¹ Sentencia *United International Pictures/Salsa Hermanos*, de 4 de noviembre de 1999.

⁷² Se ha sugerido [R. SALVADOR ROLDÁN (2003)] que las nuevas funciones que el Reglamento 1/2003 otorga a los jueces nacionales van a estimular la presentación ante ellos de reclamaciones por daños y perjuicios. Ésta es, sin embargo, una hipótesis que nos parece aventurada.

Economía. No conviene ignorar que probablemente haya en estos momentos ya una masa crítica suficiente de licenciados que lo son a la vez en Derecho y Economía, como para pensar en crear un cuerpo de opositores con el perfil doblemente jurídico-económico necesario, aunque quizá habría que revisar el sistema de incentivos para que un joven universitario licenciado en Derecho y en Economía se disponga a prepararse para ser juez, asumiendo los costes de oportunidad de dedicaciones profesionales alternativas.

Con todo, hay que decir que el legislador español no ha permanecido impasible ante los nuevos hechos, sino que, por el contrario, ha hecho algo interesante a corto plazo: la Ley Orgánica 8/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985⁷³, en su art. 2.7, añade un nuevo art. 86 ter a esta última, cuyo apartado 2 dispone: «Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil, respecto... f) De los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado». Mejor para estos asuntos un juez de lo mercantil que uno cualquiera, desde luego.

Creo, sin embargo, que no es bastante. Entre mi propuesta para el largo plazo —Economía en los programas de oposiciones a la judicatura— y esta medida para el corto —reservar ciertos asuntos que exigen conocimiento económico a los jueces mercantiles—, sería aconsejable asimilar lo hecho por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea —fundamentalmente en cuanto a dotación a los jueces de equipos permanentes bidisciplinarios de asesoramiento—, para haber logrado dictar unas sentencias que son —también en lo económico— de una calidad admirable.

D. EFECTOS EN LAS EMPRESAS

La aplicación del Reglamento 1/2003 va a tener una incidencia muy notable en las empresas, para las cuales el nuevo régimen significará más libertad de actuación, pero simultáneamente un cambio de escala importante en el nivel de responsabilidad de sus directivos.

Antes, con el Reglamento 17/1962, si a la dirección de una empresa se le ocurría llevar a cabo una acción concertada con otras, le bastaba para actuar dentro de la legalidad con consultar a su asesor jurídico en *antitrust*, ya fuera interno o externo. El experto legal advertiría entonces a su consultante, si fuera el caso, acerca de la prohibición que hipotéticamente podía pesar sobre dicha conducta, en virtud del art. 81.1 del Tratado (o del art. 82, si la conducta fuera susceptible de ser considerada abusiva de una posición de dominio).

⁷³ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, de 10 de julio, pp. 26901 ss.).

Ahora bien, en el régimen vigente con el Reglamento 17/1962, el asesor, pensando que la conducta tiene alguna probabilidad de contravenir el art. 81.1 del Tratado o el art. 82, aconsejaría al director notificar la conducta a la Comisión a fin de obtener de ella una certificación negativa. Si tal certificación fuera conseguida, la empresa podría llevar a cabo la prevista conducta sin miedo a ser inculpada. Con una solicitud de autorización singular para la conducta en cuestión, estaba en condiciones de ver su conducta exonerada de la prohibición siempre que fuera capaz de acreditar ante la Comisión que, aun siendo la conducta de las prohibidas por el art. 81.1, concurrían en la misma las condiciones establecidas en el art. 81.3 del Tratado. Obtenida la autorización singular, la empresa quedaba libre de actuar sin temor a inculpación; por el contrario, habría de desistir en su conducta si la Comisión le denegara la autorización singular solicitada.

Esta forma de actuar permitida por el Reglamento 17/1962, aunque polietápica y procedimentalmente compleja, hacía posible que la dirección de la empresa se curase en salud, siempre que deseara no transgredir la legalidad y estuviera dispuesta a contratar asesores que conocieran el citado procedimiento ante la Comisión.

Pero el Reglamento 1/2003 ha cambiado por completo las reglas de juego, como reiteradamente venimos diciendo. Ahora ya no caben las notificaciones ni las solicitudes de autorización singular que antes podían hacerse a la Comisión. En el nuevo régimen, la dirección de la empresa deberá evaluar, en todos sus procesos de toma de decisión que puedan conducir a conductas susceptibles de infringir el art. 81.1 del Tratado, si estas conductas son al mismo tiempo capaces de generar un cuadro de características compensatorias como el previsto en el art. 81.3 del Tratado. Hecho el correspondiente balance por la dirección de la empresa, ésta habrá de asumir —sin posibilidad de consulta a autoridad alguna— la responsabilidad plena de sus actos, y el riesgo de que su apreciación no coincida con la que posteriormente pudiera hacer la Comisión, el Tribunal de Defensa de la Competencia o el juez en quien recayera, en su caso, la tarea de pronunciarse sobre la legalidad de la conducta empresarial en cuestión.

Si repasamos las condiciones del art. 81.3 del Tratado, veremos que para que una conducta, prohibida en otro caso por el art. 81.1, no lo esté por el conjunto del art. 81 es necesario que tal conducta «contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: *a*) imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; *b*) ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

En esto consistirá el ejercicio de responsabilidad empresarial: en evaluar si en cada proceso de decisiones concurren todas esas circunstancias.

A mí me parece, con todos mis respetos a opiniones que pueda haber en contrario, que el problema que se le viene encima al empresario o al directivo empresarial como consecuencia del cambio de régimen no se resuelve contratando buenos abogados. Contratar buenos abogados ayudará, pero nada más que eso. Lo que el nuevo sistema impone es un cambio de mentalidad en el empresario mediante el cual se dote de una sensibilidad en materia de política de competencia del que hoy en general se carece. Con esa nueva sensibilidad, tendrá conciencia de que, cuando diseñe sus árboles de decisiones, habrá de evaluar, de cada posible curso de acción, no sólo sus consecuencias societarias, tributarias, laborales o medioambientales, como venía haciendo hasta ahora. Dotado de esa nueva sensibilidad, sabrá que en adelante deberá evaluar también las consecuencias de sus decisiones en términos de respeto a la legislación de competencia.

Y es a partir de esta toma de conciencia y adquirida esa nueva sensibilidad cuando el recurso al buen asesor jurídico cobrará todo su sentido. Pero, hasta llegar a este momento, el empresario habrá de descartar diversos cursos de acción sin mucha ayuda exterior a la línea. Por eso es urgente que el empresario mismo y sus colaboradores más directos —es decir, todos los miembros del equipo directivo en una empresa grande o media de nuestro tiempo— se preparen en esta materia urgentemente, no para ser unos expertos en análisis económico o jurídico de la competencia, sino para saber cuándo y sobre qué deben pedir el asesoramiento técnico a profesionales especializados de dentro y de fuera de la empresa. Hoy todo responsable empresarial sabe que, una vez imaginados por él y su equipo diversos cursos de acción alternativos entre los ha de decidir, ha de evaluar las consecuencias de cada uno de ellos en los diversos campos (tributario, laboral, mediambiental, etc.). Pues se trata de que el responsable empresarial asuma a partir de ahora la necesidad de evaluar, como un parámetro más de su posible decisión, las consecuencias probables en la competencia que las mismas van a producir.

E. EFECTOS EN EL ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO

La preeminencia que el asesoramiento preventivo de carácter económico cobra respecto del tradicional asesoramiento jurídico en materia de competencia —característico aunque no muy frecuente tampoco por desgracia— es una característica destacada del proceso de reforma de la política comunitaria de competencia puesto en marcha por la Comisión hace ya algunos años y del que es pieza principal el nuevo Reglamento 1/2003. Algún comentarista ha destacado incluso como el mayor mérito de la reforma de la política de competencia comunitaria el hecho de que el nuevo enfoque implica que el análisis económico pasa a desempeñar un papel muy relevante en el control de conductas que no tenía

en el enfoque anterior, que se basaba casi exclusivamente en examinar el cumplimiento de unos requisitos jurídico-formales ⁷⁴.

En vigor el nuevo Reglamento 1/2003, cada empresario habrá de examinar —y las autoridades retrospectivamente comprobar, llegado el caso— los méritos de cada conducta, en términos de sus efectos netos sobre la competencia, lo cual va a exigir un tipo de conocimiento y de instrumentos analíticos que son prácticamente desconocidos de los equipos internos de asesoramiento de las empresas, y están poco presentes y fragmentados en el mercado de asesoramiento empresarial externo en materia de competencia. Es decir, en las empresas no hay equipos híbridos de economistas y juristas que asesoren a la Dirección en materia de competencia, que van a ser muy necesarios sobre todo en las grandes corporaciones; ni tampoco hay en España todavía —y, sin embargo, ya empieza a haberlos en otros países de la Comunidad Europea— gabinetes para el asesoramiento externo de las empresas en materia de competencia de composición profesional mixta, con abogados y economistas. Los tradicionales gabinetes de asesoramiento externo en la materia son, por ahora en España, de un lado, los bufetes de abogados —algunos muy buenos en Derecho de la competencia— y, de otro lado, gabinetes únicamente económicos. Pero el fecundo mestizaje propio de estructuras anfibia, posible sólo con composiciones profesionales mixtas, de las que nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyo Pleno integran juristas y economistas, ha sido desde hace años un anticipado a su tiempo, está todavía ausente en la realidad profesional española, siendo apremiantemente necesario, sin embargo.

Por eso, me parece que la reforma en su conjunto y, en particular, el nuevo Reglamento 1/2003 van a repercutir en el asesoramiento especializado en materia de competencia, necesariamente en tres direcciones. Por una parte, va a obligar a los directivos empresariales a formarse en política de competencia. Hoy, desgraciadamente, no tienen cómo ni dónde. Un nuevo mercado de formación pone en marcha la reforma: la formación en política de la competencia de los directivos empresariales. Otra dirección previsible de incidencia de la reforma en el asesoramiento especializado es el relativo al asesoramiento interno de las empresas en la materia. Tiene que haber dentro de las empresas de cierto tamaño especialistas en competencia siquiera sea al nivel de saber asesorar sobre el asesoramiento externo necesario. Y, finalmente, el asesoramiento externo también se verá afectado por la reforma. Ya lo hemos dicho: están contados los días en que el asesoramiento legal especializado en materia de competencia pueda seguirse prestando, como hasta ahora, desde gabinetes externos únicamente jurídicos o sólo económicos. La composición profesional mixta —de juristas y economistas— que tienen las autoridades nacionales desde hace tiempo en todos los países se acabará imponiendo por la fuerza de los hechos en los gabinetes que asesoren externamente

⁷⁴ ARRUÑADA (2002, pp. 51-52).

a las empresas en materia de competencia en España, como ya lo están empezando a hacer en los demás países de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, B. (2002), «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 51-67.
- BENEYTO, J. M. (1999), «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 202, agosto-septiembre, pp. 9-19.
- BERENGUER FUSTER, L. (2001), «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, pp. 27-30.
- (2003), «Réquiem por el Reglamento 17», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 93-129.
- BERENGUER FUSTER, L., y BERENGUER GIMÉNEZ, L. (2000), «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 208, julio-agosto, pp. 18-38.
- COMISIÓN EUROPEA (1999a), «Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE», *DOCE*, núm. C 132, de 12 de mayo, pp. 1-33.
- (1999b), «Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas», *DOCE*, de 29 de diciembre, pp. 21-25.
- (2000a), «Directrices relativas a las restricciones verticales», *DOCE*, núm. C 291/01, de 13 de octubre, pp. 1-44.
- (2000b), «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núms. 1017/1968, 2988/1974, 4056/1986 y 3975/1987», *DOCE*, núm. C 365 E/28, de 19 de diciembre, pp. 284-296.
- (2001), «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal», *DOCE*, núm. C 3/02, de 6 de enero, pp. 2-30.
- (2002), «Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos a motor», *DOCE*, de 1 de agosto, pp. 30-41.
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1962), «Reglamento (CE) núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado», *DOCE*, núm. L 13, de 21 de febrero de 1962, pp. 204-262. Este Reglamento ha sido modificado varias veces, la última por el Reglamento (CE) núm. 1216/1999, *DOCE*, núm. L 148, de 15 de junio.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003), «Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado», *DOCE*, núm. L I, de 4 de enero, pp. 1-25.

- FERNÁNDEZ VICIÉN, C. (2002), «La judicialización del Derecho europeo de la competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, pp. 189-206.
- GALÁN CORONA, E. (2003), «Notas sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 15, mayo-agosto, pp. 499-525.
- GARCÍA-MARGALLO Y MARFIL, J. M., y ASTURIAS, C. (2002), «El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 237-257.
- GONZÁLEZ, E. (2000), «Aspectos jurídicos de la modernización de las normas de aplicación del Tratado CE», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 79-96.
- MARTÍNEZ LAGE, S. (2000a), «Del control preventivo al control represivo: el nuevo enfoque de la Comisión en la aplicación del art. 81 CE», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 208, julio-agosto, pp. 3-7.
- (2000b), «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 210, noviembre-diciembre, pp. 3-10.
- (2003a), «Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 223, enero-febrero, pp. 3-10.
- (2003b), «Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE (y II)», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 224, marzo-abril, pp. 3-9.
- MENÉNDEZ REXACH, E. (2002), «Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 259-274.
- MONTI, M. (2002), «La nueva política europea de la competencia», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 15-26.
- PASCUAL Y VICENTE, J. (2000a), «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, enero-febrero, pp. 10-21.
- (2000b), «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 207, mayo-junio, pp. 9-18.
- (2002a), *Diccionario de Derecho y Economía de la competencia en España y Europa*, Madrid, Civitas, 402 pp.
- (2002b), «Modificaciones que la Ley 52/1999 introduce en el régimen de conductas prohibidas de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», en J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAYLLO (coord.), *El nuevo Derecho europeo y español de la competencia*, Barcelona, Bosch, pp. 305-320.
- (2002c), «El abuso de posición dominante», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, julio-septiembre, pp. 1291-1364.
- (2002d), «Abuso de posición dominante en mercados conexos», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 259-279.
- (2003a), «Nueva reglamentación de competencia sobre exenciones por categorías y autorizaciones singulares», *La Gaceta de los Negocios-Documentos. Comentarios Legales*, CP/11/2003, de 29 de abril, pp. 1-8.

- (2003b), «Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación *antitrust* son españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 225, mayo-junio, pp. 113-115.
 - (2003c), «La nueva regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 241-299.
- SALVADOR ROLDÁN, R. (2003), «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?»», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 226, julio-agosto, pp. 71-81.