

LA INTERVENCIÓN CONCURRENTES DE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO CE. REFLEXIONES DESDE LA PRÁCTICA

Marcos ARAUJO BOYD

Abogado
Garrigues & Andersen

«La existencia de procedimientos paralelos ante la Comisión, por una parte, y ante una autoridad de competencia de un Estado miembro, por otra, supone un coste para las empresas cuyas actividades entran tanto en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario como en el de las normativas nacionales de competencia. Dichos procedimientos pueden dar lugar a una proliferación de controles sobre una misma actividad ejercidos, por un lado, por la Comisión, y por otro, por las autoridades de competencia de los Estados miembros afectados» (Comisión Europea, Comunicación de 15 de octubre de 1997).

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una característica del ordenamiento concurrencial vigente en España, imposible de olvidar, es que se encuentra regido, en lo material, por dos conjuntos normativos formalmente independientes: de una parte, el comunitario europeo; de otra, el ordenado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»).

Junto a esta duplicidad de ordenamientos materiales, encontramos otra de autoridades y procedimientos; dos Administraciones Públicas, al menos tan legalmente independientes entre sí como los conjuntos normativos materiales, que tienen atribuida competencia a título principal

para la aplicación del Derecho de la competencia ¹; a saber: de una parte, a la Comisión europea, a la que corresponde la aplicación de las disposiciones comunitarias, y de otra al Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC»), órgano que no sólo tiene encomendada la aplicación de la LDC sino, asimismo, la aplicación en España de los artículos 85 y 86 del Tratado CE ².

La presencia de dos ordenamientos materiales y la realidad de su posible conflicto, de una parte, y la existencia de dos autoridades administrativas ante las que se sustancian procedimientos de rasgos bien distintos, pero ambas con título bastante, son el contexto en el que los operadores económicos ven la aplicación de la disciplina concurrencial. Dos *fora*, dos *iura*. Un contexto en el que será comprensible la tentación de comprar un procedimiento concreto, por ofensiva que sea esta idea para una materia regida por el orden público económico como el que preside la normativa de competencia.

En este contexto que las empresas encuentran se enmarca la presente exposición, que aborda únicamente la cuestión de la intervención concurrente; esto es, aquella que se produce cuando las dos autoridades administrativas en presencia tienen algo que decir sobre un problema determinado. Un tema abordado por la Comunicación de la Comisión de cooperación con las autoridades administrativas, publicada en octubre de 1997 ³ y sobre el cual se han producido interesantes Resoluciones de nuestro Tribunal administrativo.

2. LA INTERVENCIÓN CONCURRENTE DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS Y EL TDC EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO. PRINCIPIOS BÁSICOS

La intervención concurrente, o coincidencia de procedimientos ante las autoridades administrativas comunitaria y nacional, puede producirse de dos maneras bien diferentes. De una parte, cabe encontrar supuestos de «*mera concurrencia de procedimientos*», en la cual se llevan a cabo iniciativas paralelas en aplicación de las *mismas* normas de Derecho. Esta situación resulta de la posibilidad, expresamente recogida en la normativa comunitaria, de que tanto la Comisión como las autoridades nacionales intervengan en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁴. De otra

¹ No olvidamos, desde luego, que los artículos 85 y 86 del Tratado pueden ser aplicados por otras autoridades administrativas, especialmente aquellas a las que el ordenamiento atribuye competencias para la vigilancia sectorial ni, desde luego, a los Tribunales, cuestiones de las que no se ocupa el presente trabajo.

² Véase artículo 1.1 del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, BOE de 7 de marzo de 1998.

³ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, DOCE C 313, de 15 de octubre de 1997.

⁴ Véanse artículos 87 y 88 del Tratado CE y el artículo 9 del Reglamento 17, cfr., apartado (5) de la Comunicación *cit. supra*, nota 3.

parte, encontramos supuestos de «*conurrencia de procedimientos en aplicación de normas diferentes*». En este segundo caso, la intervención de las autoridades nacionales se funda en su propio ordenamiento, aun cuando coincida con otra actuación, esta última de las instancias comunitarias, evidentemente en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

De estas dos situaciones se derivan consecuencias distintas. El ordenamiento comunitario contiene reglas para solucionar el supuesto de intervención concurrente en el cual ambas autoridades pretenden adoptar una decisión a su amparo, al que hemos llamado «*mera concurrencia de procedimientos*». Pero si la intervención de las autoridades nacionales se produce en aplicación de su ordenamiento interno, no es tan sencillo hallar una solución. Seguidamente se examinan estos temas por separado.

A. CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS EN APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO

Dispone el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17 que «*mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2 (Declaraciones negativas), 3 (Decisiones de infracción) o 6 (Decisiones de exención), las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado*». Con estas palabras resume esta norma una atribución de competencias en favor de las autoridades nacionales y una regla de solución de conflictos: las autoridades nacionales —en nuestro caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia— puede aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado, pero deberán cesar en ello si la Comisión inicia un procedimiento al respecto ⁵.

Del tenor literal de esta disposición podría llegarse a la conclusión de que no puede existir, estrictamente hablando, una concurrencia de procedimientos sino, a lo más, una *sucesión* de procedimientos. La autoridad nacional, en efecto, podría comenzar un procedimiento en aplicación de las normas comunitarias; pero lo debería cerrar tan pronto se produjese la intervención de la Comisión. A lo más, surgiría duda sobre las condiciones de la sucesión en las tramitaciones ante una u otra autoridad, pero nunca casos de aplicación concurrente.

La cuestión dista, en la práctica, de ser tan sencilla, especialmente por las dificultades que ocasiona determinar la existencia y el momento inicial de un «procedimiento» iniciado por la Comisión europea. Por razones de todos conocidas y por todos criticadas, la Comisión lleva a cabo frecuentemente trámites de diversa importancia y contenido, incluyendo

⁵ Obsérvese que, a pesar de la remisión que la norma contiene en favor del artículo 84 del Tratado, lo que sugiere la posibilidad de que las autoridades nacionales apliquen el apartado 3 del artículo 85, expresamente mencionado en esta disposición, esta competencia no existe en virtud de la «competencia exclusiva» proclamada a este respecto por el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento 17.

solicitudes de información, verificaciones o inspecciones domiciliarias, estudio de denuncias o recepción de notificaciones, a lo largo de meses o incluso años, sin que se haya iniciado formalmente un «procedimiento». Todas estas gestiones, preparatorias de procedimientos en sentido estricto, pueden coincidir y de hecho coinciden frecuentemente con actuaciones nacionales. Éste es el campo en el que encontramos tramitaciones concurrentes.

Buena parte de las dificultades provienen de qué debe entenderse por que se haya iniciado un «procedimiento» en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento 17/62. De la respuesta a esta pregunta depende que la intervención de las autoridades nacionales al amparo de las normas comunitarias siga siendo posible a pesar de haber comenzado la Comisión actuaciones al respecto.

La respuesta a la cuestión no la encontraremos en el Reglamento 17⁶ sino en la jurisprudencia del Tribunal. Recordaremos, a este respecto, el asunto *Brasserie de Haecht c. Wilkin (número 2)*⁷, en la que se preguntaba al Tribunal si la recepción de un acuse de recibo a resultas de la presentación de una notificación en solicitud de certificación negativa o, subsidiariamente, exención, implicaba la existencia de un «procedimiento» en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento 17.

Como es sabido, el Tribunal respondería negativamente: la remisión por la Comisión de un acuse de recibo es un simple «acto de corrección administrativa» de parte de la Comisión, y no implica que se haya iniciado un procedimiento. Pero la Sentencia irá más allá, sentando criterios respecto a cuándo habría que entender que se ha iniciado un procedimiento. Cuando los actos de la Comisión, dirá el Tribunal, manifiesten la intención de la Comisión de adoptar una Decisión formal.

A partir de aquí, el tema queda en la habitual nebulosa que rodea los conceptos de procedimiento comunitario. Un acto «de autoridad», nos dice el Tribunal, que muestra la intención de la Comisión de adoptar una decisión formal. Viene entendiéndose que tiene este carácter una comunicación de cargos, si bien no olvidaremos lo frecuente que es que no se adopte Decisión formal tras su emisión. Incluso ha llegado a proponer a este respecto el Abogado general Mayras, en las Conclusiones al asunto *BRT/SABAM*⁸ que la emisión por la Comisión de una solicitud de información del artículo 11 del Reglamento 17 sería un «acto de autoridad» en este sentido. Una opinión que nos parece inicialmente extrema. Aunque, por otra parte, nunca dejará de extrañar que cualquier ini-

⁶ Sorprende, en efecto, que un Reglamento cuya finalidad es ordenar los procedimientos de aplicación de los artículos 85 y 86 no se haya ocupado de algo tan básico como definir cuándo se inicia un procedimiento. La única explicación de ello, que no excusa, es la manifiesta carencia de unas reglas procedimentales adecuadas, la falta de un Derecho administrativo razonablemente vertebrado en el sistema comunitario. Defecto, por lo demás, conocido y denunciado repetidamente.

⁷ Sentencia del TCE de 6 de febrero de 1973, asunto 48/73, *Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen* (núm. 2). Recopilación, p. 77.

⁸ Sentencia de 30 de enero de 1974, as. 127/73, *BRT c. SABAM*. Recopilación, p. 51.

ciativa de la Comisión (una solicitud de información del artículo 11 del Reglamento 17; una verificación de las previstas en el artículo 14 del mismo Reglamento) baste para interrumpir la prescripción de una conducta a los efectos del Reglamento 2988/74⁹, pero no sea bastante para entender que existe un procedimiento a los efectos del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17.

En la práctica, la Comisión europea adopta un acuerdo formal, del que se traslada copia a los Estados miembros, incoando el procedimiento, bien antes o simultáneamente al envío de la comunicación de cargos. Del mismo modo que es de lamentar la inadecuada doctrina creada por el Tribunal respecto a cuándo se entiende que existe un procedimiento, es de agradecer que la práctica haya creado un trámite específico. Al menos, existe una razonable seguridad jurídica, si bien a través de un acto que difícilmente podría ser impugnado directamente¹⁰.

En cualquier caso, una vez iniciado el procedimiento, decae la capacidad de la autoridad nacional para aplicar autónomamente los artículos 85 y 86 del Tratado al supuesto de que se trate. A partir de ese momento, y a través de los procedimientos de colaboración que prevé el Reglamento 17, la autoridad nacional sólo podrá intervenir en el marco del procedimiento comunitario. Pero no ha perdido con ello toda posibilidad: si el asunto sigue siendo de interés ante la autoridad nacional, si hay algún afectado o interesado por el tema en cuestión que reclama una solución y no se contenta con esperar a que la Comisión europea resuelva en cuanto al fondo —normalmente mucho más de lo que tardaría al autoridad nacional— puede exigir que nuestras autoridades cumplan con su función al amparo de otras disposiciones: las normas nacionales de protección de la libre competencia. Seguidamente se considera esta posibilidad.

B. CONCURRENCIA EN APLICACIÓN DE ORDENAMIENTOS DIFERENTES

Es sabido que el Derecho comunitario de la competencia no implica el ejercicio de una competencia legislativa exclusiva. En efecto, además de existir una «competencia de aplicación» compartida entre las autoridades comunitarias y nacionales respecto a los artículos 85 y 86, estas disposiciones no impiden la adopción y aplicación por los Estados miembros de sus propias normas sobre libre competencia, reconociendo el Tratado¹¹ a los Estados miembros jurisdicción —esto es, «decir Derecho»— para disciplinar la libre competencia. Y en la ordenación de esta materia, gozan de una muy amplia libertad. No existen Directivas u otras normas

⁹ Reglamento 2988/74, de 26 de noviembre, JOCE L 319 de 29.11.74, p. 1.

¹⁰ En efecto, si bien la iniciación de un procedimiento por la Comisión tiene efectos jurídicos claros —especialmente, privar a las autoridades administrativas nacionales a aplicar los artículos 85 y 86 del Tratado— el acto que la dispone no parece ser una decisión atacable en virtud del artículo 173 del Tratado.

¹¹ Cfr. artículo 87.e) del TCE.

de Derecho derivado que, armonizando las legislaciones nacionales, impongan una cierta manera de legislar en este ámbito.

La razón de esta realidad es simple: el ordenamiento comunitario mira al Derecho de la competencia como un medio de los enumerados en el artículo 3 del TCE al objeto de alcanzar los fines o «misión» de la Comunidad, no como una política en sí misma. De ahí que se aplique únicamente en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Quedan fuera de su ámbito de aplicación los comportamientos que no producen tal efecto, que debe, además, revestir un carácter «sensible».

Planteado en estos términos, parecería que la aplicación concurrente de los ordenamientos nacional y comunitario de la competencia no es posible. De afectar a los intercambios intracomunitarios, una conducta ofendería al ordenamiento comunitario; de afectarse a la competencia a nivel nacional, se aplicaría el Derecho interno. Pero el tema dista de ser tan sencillo, por cuanto un determinado comportamiento puede, a la vez, ofender al Derecho comunitario y al Derecho interno al distorsionar los intercambios entre Estados miembros y, a la vez, la competencia en el interior de un Estado miembro¹². Es en estos casos que se da el supuesto de aplicación concurrente de ordenamientos.

Como es sabido, ya en fecha temprana el Tribunal de Justicia zanjó la —por otra parte, estéril— discusión entre las denominadas «doctrina de la barrera única» y «doctrina de la doble barrera» en la Sentencia *Walt Wilhelm*¹³, confirmando la posibilidad de aplicación simultánea de los artículos 85 y 86 del Tratado y las legislaciones nacionales. De acuerdo con los términos de esta jurisprudencia, y dado que el ordenamiento comunitario y el nacional consideran las conductas anticompetitivas desde diferentes perspectivas, un determinado comportamiento puede ser censurado doblemente e, incluso, doblemente sancionado. El único límite que el Derecho comunitario impone a este respecto es el derivado del principio de primacía, que impide al Derecho interno amparar una decisión nacional incompatible con una decisión adoptada por la Comisión. Éste sería el caso si el Derecho interno pretendiera autorizar conductas prohibidas por el ordenamiento comunitario y, según una opinión extendida —aunque pendiente de ratificación por el Tribunal de Justicia—, si el Derecho interno se opusiera a una exención otorgada por la Comisión al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. No habrá, en cualquier caso, obstáculo para que el ordenamiento nacional prohíba comportamientos declarados «no prohibidos» por el ordenamiento comunitario, como los resultantes de las certificaciones negativas contempladas en el artículo 2 del Reglamento 17/62.

La Sentencia *Walt Wilhelm* dispone, en aplicación del principio antes enunciado, que si en el curso de un procedimiento nacional parece posible

¹² En realidad, cuando un comportamiento afecte a los intercambios entre Estados miembros, será normal que afecte, asimismo, a la competencia en el interior de uno o varios Estados.

¹³ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, as. 14/68. Recopilación, p. 1.

que una futura decisión de la Comisión relativa a un procedimiento en curso será incompatible con aquella que las autoridades nacionales se disponen a adoptar, corresponde a estas últimas tomar las medidas apropiadas. Este principio, que en parte recuerda la regla de aplicación concurrente del ordenamiento comunitario contenida en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17, es ciertamente menos severo. No impone el Derecho comunitario, a la autoridad nacional una suerte de abstención, que llevaría a esta última a cerrar su procedimiento y esperar pacientemente a la resolución de la Comisión. Únicamente es requerida a adoptar las «medidas necesarias» para evitar una decisión incompatible; medidas que pueden suponer consultas con la Comisión —expresamente recogidas en nuestro ordenamiento como causa de suspensión de los plazos para la resolución del expediente¹⁴, y contempladas en la Comunicación de 15 de octubre de 1997— o, simplemente, una adecuada toma en consideración del posible impacto de la duplicidad de procedimientos.

Sobre esta cuestión, el artículo 44 de nuestra vigente Ley de Defensa de la Competencia propone al Tribunal de Defensa de la Competencia la simple suspensión del expediente. No se trata ciertamente de una norma que pretenda agotar todas las posibilidades, sino recoger expresamente una de ellas. Su redacción merece en todo caso una severa crítica, por cuanto impone requisitos innecesarios (tales como que haya petición de parte, la acreditación documental o la identidad de los hechos) y una rigidez en el levantamiento de la suspensión (una vez acordada la suspensión, parece admisible su alzamiento únicamente cuando haya resolución firme de las autoridades comunitarias) que mal se coheren con la flexibilidad que debe presidir la adopción de este tipo de medida¹⁵.

Puede concluirse destacando que ni el Derecho comunitario ni el artículo 44 de la LDC impiden al Tribunal continuar el procedimiento a pesar del procedimiento en curso. Pero sí exige el ordenamiento comunitario al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de «medidas apropiadas» para evitar potenciales incompatibilidades. Y a este respecto puede plantear algún problema la opción que nuestro ordenamiento ha efectuado respecto de la autoridad encargada de mantener las relaciones con la Comisión europea en materia de competencia¹⁶.

¹⁴ Véase artículo 100 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que introduce el nuevo artículo 56 en la Ley de Defensa de la Competencia, BOE de 31 de diciembre de 1997.

¹⁵ Buena parte de las dificultades de esta norma pueden solventarse considerándola implícitamente derogada por el artículo 100 de la Ley 6/1977, que introduce un nuevo artículo 56 a la LDC.

¹⁶ En efecto, como resulta del Real Decreto 295/1988 y ratificado luego el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE del 17 de abril de 1999), la labor de coordinación entre la Comisión y las autoridades nacionales para la aplicación de los procedimientos comunitarios ha sido confiada al Servicio de Defensa de la Competencia, órgano encargado de la instrucción de los expedientes, si bien es el TDC el órgano encargado de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado en España.

3. APLICACIÓN CONCURRENTENTE DEL DERECHO CE POR LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Examinada ya la base teórica de la cuestión, interesa asomarse a los casos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha visto en la necesidad de aplicar los principios antes comentados; esto es: casos en los que la Comisión había ya intervenido o estaba interviniendo simultáneamente a la intervención del TDC. Seguidamente se considera esta práctica.

A. LÍMITES EN LA COLABORACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DERIVADA DEL EMPLEO POR ESTAS ÚLTIMAS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ANTE LA COMISIÓN: LA RESOLUCIÓN «AEB»

En el supuesto de expedientes paralelos ante la Comisión y las autoridades nacionales de competencia se produce de manera inevitable el acceso de esta última a determinados documentos presentes en el expediente ante la Comisión. En efecto, en aplicación de los mecanismos de colaboración previstos en el Reglamento 17/62, esta última remite automáticamente a las autoridades nacionales copia de los documentos más importantes de su expediente. Entre los mismos, se encuentran aquellos que los operadores a los que se aplica el ordenamiento concurrencial han notificado, así como las respuestas a solicitudes de información ordenadas por el artículo 11 del Reglamento 17/62.

Es indudable que las autoridades nacionales de competencia han recibido copia de esta documentación al objeto de cooperar en el procedimiento comunitario, y no para otro propósito; pero en el expediente pueden aparecer indicios o pruebas de comportamientos que interesan a la aplicación del Derecho interno. Si las autoridades nacionales que reciben copia de la documentación comunitaria instruyen en paralelo un procedimiento en aplicación de sus propias Leyes, se comprende la tentación de emplear las informaciones obrantes en el expediente comunitario para confirmar o descartar su punto de vista sobre el tema de referencia.

Éste es el conflicto al que el Tribunal de Defensa de la Competencia se enfrentó en el asunto «*Asociación Española de Banca*» o «*AEB*»¹⁷. Se trataba de un expediente iniciado en 1987 al amparo de la Ley 110/63, de 20 de julio, respecto a determinadas iniciativas en materia de tarifas de intereses y comisiones. En el mismo surgió pronto la tentación a que se ha hecho referencia, por cuanto a los pocos meses de iniciadas las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia, la AEB presentó

¹⁷ Resolución del TDC de 30 de abril de 1993, expediente 283/90.

una notificación ante la Comisión europea en aplicación del artículo 4 del Reglamento 17/62 en solicitud de una exención.

Tramitado el expediente ante el Servicio, éste hizo su trabajo teniendo en cuenta no sólo actuaciones propias, sino, asimismo, informaciones de documentos procedentes del expediente comunitario. Al elevarse lo actuado al Tribunal de Defensa de la Competencia, se planteó en el mismo lo inadmisibles de este proceder del Servicio. Al objeto de encontrar una respuesta, el Tribunal acordó suspender las actuaciones, remitiendo al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas una cuestión prejudicial de las contempladas en el artículo 177 del Tratado CE, en la hasta ahora única ocasión en que el TDC ha hecho uso de esta posibilidad¹⁸.

La respuesta del Tribunal comunitario¹⁹ fue firme, pero moderada: Las autoridades nacionales no pueden emplear las informaciones que la Comisión ha recibido de las empresas en aplicación del Reglamento 17/62 para probar infracciones a su Derecho interno. Ello no obliga a estas autoridades, sin embargo, a un —por otra parte imposible— ejercicio de «amnesia aguda», en expresión que la misma Sentencia recoge. Las autoridades nacionales están, por el contrario, facultadas para tomar en consideración datos del expediente comunitario como relevantes a los efectos de iniciar un procedimiento de Derecho interno, pero no podrán incorporar sin más los datos del expediente comunitario como prueba de infracciones²⁰.

La Sentencia hace referencia a informaciones obtenidas en contestación a requerimientos de información de los previstos en el artículo 11 del Reglamento 17 y a las notificaciones de los artículos 2, 4 y 5 del mismo Reglamento. Su argumentación, sin embargo, sugiere que esta regla es aplicable, asimismo, a informaciones obtenidas por otros medios; en especial, verificaciones del artículo 14 del Reglamento 17.

La Sentencia del Tribunal merece un juicio claramente positivo, en la medida que refuerza las garantías del notificante en el procedimiento comunitario. Pero es, sin duda, algo menos positiva desde la óptica de la intervención de la autoridad nacional, que queda relegada al papel de consejero no ejecutivo de la Comisión. No puede, en efecto, emplear estas informaciones ni para aplicar las normas nacionales, ni para aplicar las comunitarias. Dejando de lado el incentivo que ello puede suponer para que las empresas notifiquen iniciativas que quedarían al abrigo de

¹⁸ Como es sabido, el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJCE está restringido a los órganos jurisdiccionales, en el sentido que esta expresión tiene en la jurisprudencia comunitaria. No se discutió en el asunto que el TDC tuviera este carácter, a pesar de su configuración como órgano administrativo en el Derecho interno.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 16 de julio de 1992, asunto C-67/91, Recopilación, p. I-4785.

²⁰ En la práctica, como tantas veces, el tema se simplifica bastante: la autoridad nacional, concedora de una información cualquiera por el expediente comunitario puede fácilmente requerir al interesado la aportación de una copia del documento o respuesta a una pregunta al amparo, según sea el caso, del artículo 28 o el artículo 32 de la LDC, sabiendo anticipadamente de la existencia de la información. No parece que la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo impida esta posibilidad.

las autoridades nacionales, se trata de una doctrina que deberá ser reexaminada en el proceso actualmente en curso para la eventual reforma del Derecho europeo de la competencia. Porque si la autoridad nacional es incapaz de decidir sobre la base de los documentos entregados a la Comisión, será difícil asegurar la descentralización que pretende la Comunicación de la Comisión de 28 de abril de 1999.

B. DEJACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO CONCURRENCIAL INTERNO POR PREVISIBLE DECISIÓN COMUNITARIA. LAS RESOLUCIONES «ROLEX»

Una situación distinta es la que se plantea en varias Resoluciones, de idéntico contenido y fechas cercanas, todas referidas a la política de distribución del fabricante suizo de relojes *Rolex*²¹. En este caso, el Servicio de Defensa de la Competencia venía instruyendo expedientes sancionadores a diversas empresas fabricantes y distribuidoras de relojes de alta gama. Una de las empresas, el fabricante de relojes Rolex, hizo valer que su sistema de distribución había sido notificado a la Comisión europea. En esa situación, el Servicio debería, al entender de Rolex, abstenerse de aplicar tanto el ordenamiento interno como el comunitario, al objeto de evitar el riesgo de que la resolución que pudiera adoptar la autoridad nacional deviniera incompatible con la que en su día pronunciase la Comisión europea. Sobre la base de esta petición, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó suspender la tramitación de su procedimiento hasta tanto la Comisión decidiera acerca de la concesión de la exención.

Algunos interesados en el expediente formaron varios recursos, que serían tramitados de manera independiente, contra este acuerdo del Servicio, que estimaron equivalente en sus efectos a un archivo. Estos recursos fueron parcialmente acogidos en la que fue la primera aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunicación de la Comisión sobre cooperación, publicada apenas un mes antes. En sus Resoluciones el Tribunal aceptó en lo esencial la posición del Servicio, tanto respecto al fondo de la cuestión (la relación entre distribución selectiva y piezas de recambio) como respecto a la necesidad de evitar el riesgo de resoluciones incompatibles. No obstante, valoró el hecho de que la Comisión había recibido la notificación de Rolex el año 1977, estimando que existía un riesgo apreciable de retrasos adicionales. Tras ello, reconoció que los denunciantes tenían derecho a una contestación, en un sentido o en otro, a su denuncia, y solicitó del Servicio que, tras intentar coordinar su posición con la Comisión, adoptara una resolución definitiva.

De la lectura de estas Resoluciones se desprende con facilidad que la suspensión *sine die* de un procedimiento, a la espera de una resolución de la Comisión, no será una solución admisible desde el Derecho español. Sin discutir por un momento la obligación que le compete en tanto autoridad nacional de adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo

²¹ Resoluciones del TDC de noviembre de 1997, asuntos r 233/97 a r 238/97.

de una resolución incompatible con aquella que en un futuro la Comisión pudiera adoptar, sí traza aquí el Tribunal español un claro límite: los derechos de los interesados, en particular los denunciantes, a una respuesta. Y, sabedor del largo tiempo que en ocasiones lleva a la Comisión decidir sus procedimientos, nuestro Tribunal se ocupa especialmente de que se obtenga una contestación de la Comisión en plazo. Con el claro propósito de evitar que la inexigibilidad de plazos de respuesta en el sistema comunitario «contagie» a los procedimientos nacionales, estas Resoluciones imponen a la Comisión términos extraídos de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para evacuar las consultas a que se refiere la Comunicación de 15 de octubre de 1997²².

C. APLICACIÓN CAUTELAR DEL ORDENAMIENTO CONCURRENCIAL EN PRESENCIA DE ACTUACIONES CONCURRENTES DE LA COMISIÓN. LA RESOLUCIÓN «GLAXO WELLCOME»

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1998, otorgando medidas cautelares en favor de determinados mayoristas farmacéuticos es, indudablemente, una de las más importantes Resoluciones en materia de procedimiento de los últimos tiempos. En efecto, con independencia de la cuestión de fondo —esto es, la licitud desde el ordenamiento concurrencial de sistemas de doble precio y otros mecanismos aptos para restringir el comercio paralelo de medicamentos—, destaca esta Resolución por considerar un supuesto de intervención de la autoridad nacional en paralelo a la Comisión.

El supuesto de hecho era básicamente el siguiente: el 6 de marzo de 1998, la empresa Glaxo Wellcome envió una carta a los distribuidores mayoristas farmacéuticos con los cuales venía manteniendo relaciones comerciales, anunciando un cambio en las condiciones. Este cambio consistiría en la aplicación de un precio distinto para las especialidades que los distribuidores fueran a comercializar en España a través de Oficinas de Farmacia y para las ventas destinadas a la exportación. Respecto a las primeras, se aplicaría el precio aprobado por la Administración española. Los productos destinados a la exportación serían gravados con un precio superior.

La carta enviada por Glaxo Wellcome a los almacenes mayoristas mencionaba que los términos contenidos en la misma habían sido notificados a la Comisión europea en solicitud de declaración negativa o exención. Esta notificación se había producido en la misma fecha que el envío de la carta a los distribuidores; esto es, el 6 de marzo.

²² No cabe olvidar el supuesto de hecho considerado en estas resoluciones: una notificación presentada ante la Comisión en el año 1977, esto es, hace veinte años, a cuya vista el Servicio propone suspender la tramitación del procedimiento nacional hasta que la Comisión resuelva.

A partir del día 13 de marzo, según recoge la Resolución, Glaxo dejó de suministrar a los almacenes mayoristas que no hubieran suscrito las nuevas condiciones. Frente a ello, se presentaron diversas denuncias ante el Servicio de Defensa de la Competencia y, en este contexto, se solicitó la adopción de medidas cautelares. El Tribunal concedió efectivamente medidas cautelares en su Resolución.

Con independencia de los aspectos de fondo, relativos a la licitud de sistemas de doble precio y su compatibilidad con el ordenamiento concurrencial comunitario y nacional, la Resolución es, como ya se ha apuntado, importante desde la perspectiva procedimental, especialmente por matizar la protección que el ordenamiento debe reconocer a un comportamiento contemplado por el artículo 85 del Tratado que ha sido objeto de notificación a la Comisión. Una protección que ya sabemos amplia. Para empezar, inmunidad de multas: la conducta notificada no podrá ser objeto de sanción por la Comisión²³, salvo que la misma adopte una decisión para la retirada de esta inmunidad²⁴. Además de ello, protección respecto al empleo de las informaciones que pudiera contener, en los términos que resultan de la Sentencia AEB, ya citada. Y, desde luego, constituir a la autoridad nacional en la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo de una resolución eventualmente incompatible. Beneficios todos ellos que suponen una razonable contrapartida a los riesgos que la puesta en conocimiento de la conducta a la Comisión suponen para la entidad notificante, y que son adecuados para animar a los operadores económicos a notificar sus iniciativas a la Comisión.

Frente a ello, sin embargo, recuerda esta Resolución, algunos límites que impiden considerar la protección otorgada por la notificación como absolutos. En primer lugar, la autoridad nacional puede intervenir en aplicación del ordenamiento comunitario sin menoscabo del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento 17/62 a pesar de haberse presentado una notificación e, incluso, haber enviado la Comisión una solicitud de información de las previstas en el artículo 11 del mismo Reglamento, por cuanto, ni lo uno ni lo otro suponen la iniciación de un procedimiento en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento. En segundo lugar, y probablemente *a fortiori*, la autoridad nacional puede intervenir con arreglo a su propio ordenamiento tras haber valorado el riesgo de una eventual resolución incompatible. En tercer lugar, y ésta es la aportación indudablemente más importante, nada impide a la autoridad nacional adoptar medidas cautelares respecto de un comportamiento a pesar de haber sido objeto de notificación, adoptando medidas que, por su propia naturaleza, son incapaces de causar problemas de incompatibilidad con eventuales resoluciones futuras, ya sea de la autoridad nacional o de la Comisión europea.

Es lícito preguntarse en qué medida esta decisión nacional se vio influida por dos elementos que la Resolución recoge, sin valoración espe-

²³ Véase artículo 15.5 del Reglamento 17/62.

²⁴ Véase artículo 15.6 del mismo Reglamento.

cífica; a saber: la coincidencia de la fecha de notificación a la Comisión con la de envío de las condiciones comerciales a los mayoristas y la inmediata interrupción de suministro a quienes no firmaron, lo que sugiere una estrategia de las denominadas «notificaciones dilatorias» a que se refiere la Comunicación de la Comisión de 15 de octubre de 1997; y la aportación al expediente de una «carta de advertencia» de la Comisión europea, en la que esta Institución expresaba sus serias dudas en cuanto a la compatibilidad de la conducta de Glaxo con las normas comunitarias sobre la competencia. En todo caso, esta Resolución confirma lo adecuado de un sistema de aplicación concurrente de las normas de competencia entre la Comisión y las autoridades nacionales, esquema en el que puede confiarse más en la rapidez de la autoridad nacional (relativa, por cuanto la adopción de las medidas exigió cerca de seis meses en este caso, tiempo durante el cual diversos mayoristas españoles carecían de productos de la multinacional) que en la de la Comisión, que en el mismo período poco más pudo hacer que requerir información y emitir una carta de advertencia.

D. PROCEDIMIENTOS NACIONALES EN PRESENCIA DE RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN. LAS RESOLUCIONES «POTASAS», «CAMPSA» Y «UNESPA»

Encontramos en la doctrina del Tribunal situaciones en las que la actuación concurrente de la Comisión y la autoridad nacional ha tenido como fruto ya una toma de posición definitiva de la Comisión, una resolución que pone fin al expediente comunitario, y que debe valorar el Tribunal como cuestión de hecho. En estos casos no se trata de un expediente paralelo que se mantiene en el tiempo, como puede ser el supuesto en las Resoluciones *Rolax*, ya tratadas, o en la Resolución *Glaxo Wellcome*. La autoridad comunitaria ya ha decidido, y corresponde a la nacional comprobar si se contenta con la solución adoptada o la corrige, así como atender a los aspectos que hayan quedado expresamente prejuzgados por la Comisión.

Las Resoluciones cuyo análisis se propone coinciden, además de en tratarse por el Tribunal supuestos ya resueltos por la Comisión europea, en que el procedimiento comunitario ha finalizado mediante un acto informal, una carta de archivo. Ello ha permitido al Tribunal pronunciarse sobre los efectos de este tipo de resoluciones.

El asunto Potasas

Uno de los primeros expedientes en los que el Tribunal resolvió tras una previa decisión informal de la Comisión fue el asunto de las Potasas²⁵. Se trataba de un cártel que el Tribunal había autorizado originariamente

²⁵ Resolución de 16 de octubre de 1990, expediente 76/70.

mediante Sentencia de 29 de marzo de 1971, autorización que había sido prorrogada sucesivamente. Al producirse la adhesión, el cártel de exportación fue notificado a la Comisión, que exigió el desmantelamiento del cártel en la medida que se aplicara al interior de Europa, emitiendo tras obtener la conformidad de los notificantes una carta de archivo.

Tras ello, los interesados presentaron solicitud de prórroga de la autorización (o declaración de práctica exceptuable, en la terminología de la Ley 110/1963) ante las autoridades españolas. Éstas, tras valorar el expediente, decidieron respetar los términos de la resolución comunitaria, y mantuvieron la autorización para el mercado internacional en tres años más; pero fueron considerablemente más estrictos con el cártel nacional, imponiendo su desmantelamiento antes de un año, además de declarar a las partes libres de actuar en el mercado con independencia desde la fecha de la resolución.

Una solución compatible en lo formal, pero que suponía una muy distinta manera de concebir la aplicación del Derecho de la competencia a nivel intracomunitario y español. Y ello, como recoge la Resolución, habida cuenta que *«la dualidad de intereses protegidos hace posible la aplicación conjunta de unas y otras normas si se dan los respectivos supuestos»*, por lo que *«la legislación nacional sigue siendo aplicable en su propio ámbito, siendo esta aplicación compatible con la que las autoridades comunitarias puedan hacer del Derecho comunitario y siempre que la solución a que se llegue conforme al Derecho nacional no se traduzca en perjuicio al efecto útil del Tratado de Roma»*.

La Resolución CAMPSA

A resultas de la liberalización del suministro de gasóleo para barcos de pesca, se iniciaron distintos procesos y reclamaciones ante la Comisión y ante las autoridades nacionales. Entre ellos se encontraba una denuncia presentada ante la Comisión europea por la Federación Española de Armadores de Buques de Pesca y 208 armadores.

Tras la instrucción del oportuno expediente, la Comisión dio por finalizado el procedimiento mediante sendas cartas dirigidas al denunciante y a CAMPSA. En las mismas, la Comisión viene a declarar, en la equívoca redacción que caracteriza las cartas administrativas de archivo, que se había producido un comportamiento contrario al artículo 86 del Tratado; pero, habida cuenta el escaso efecto en los intercambios y el desmantelamiento del monopolio de CAMPSA —hecho posterior, pero que la Comisión valora positivamente para resolver el asunto— se abstiene de decidir sobre el fondo, remitiendo el asunto a *«las instancias nacionales competentes»*.

Desafortunadamente para los denunciantes, en el —por otra parte, largo— tiempo que ocupó la efectiva remisión del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal español decidió un caso en

buena medida semejante. En efecto, en respuesta a una denuncia presentada por la Confederación Española de Asociaciones Pesqueras, el Tribunal dictó el 8 de febrero de 1993 una Resolución que prejuzgaba ampliamente el asunto. Y, en base a la doctrina del Tribunal, el Servicio archivó estas denuncias por «cosa juzgada».

Los denunciantes interpusieron recurso contra esta decisión de archivo, que el Tribunal resuelve mediante Resolución de 31 de mayo de 1995. En la misma, el Tribunal se enfrenta al dilema de aceptar un caso en el que no cree; un asunto que la Comisión europea ha calificado como abusivo, pero que ya ha sido resuelto por la autoridad nacional en otro sentido.

Como no puede ser de otra forma, el Tribunal confirma el archivo del Servicio. Se apoya para ello en una doble constatación: que la recepción de un expediente remitido por la Comisión no obliga al Servicio a formular acusación, estando el Servicio facultado para sobreseer si así lo estima adecuado; y que no es posible la condena de CAMPSA por estos hechos por cosa juzgada, doctrina aplicable a los procedimientos administrativos de carácter sancionador. Únicamente deja al denunciante el limitado consuelo de interesar al Servicio la investigación de una parte del problema que podría no estar afectada por la previa decisión y, por tanto, no amparada en la «cosa juzgada». Y ello, contra el voto particular del ponente de la Resolución.

El interés principal de esta Resolución reside en la constatación de la facultad del Servicio de archivar los expedientes venidos de Bruselas. En contra de la posición que reflejó otro voto particular de la misma Resolución, suscrito por Cristina Alcaide, el Tribunal se decantó por reconocer al Servicio este derecho, que permite evitar facilitar a la Comisión una estrategia de «tirar la piedra» (declarar una infracción al artículo 86) y «esconder la mano» (remitir para la imposición de infracción a la autoridad nacional).

La Resolución UNESPA

Una solución diferente es la que contiene la Resolución del Tribunal de 30 de enero de 1997²⁶, UNESPA. Se trata también de un recurso contra un acuerdo de archivo, emitido esta vez respecto a una denuncia que había sido presentada frente al acuerdo ASCIDE, en cuya virtud los daños derivados de una colisión de vehículos serían tasados exclusivamente por la compañía del asegurado no responsable de la colisión.

El Servicio archivó la denuncia tras ser informado por UNESPA que el acuerdo había sido notificado a la Comisión. Menciona a este respecto la Resolución incluso el envío por la Comisión de una carta administrativa de conformidad, en la cual la Institución comunitaria había expresado

²⁶ Expediente r 188/96.

un juicio favorable respecto al acuerdo. El denunciante se opone a este archivo, e interpone el correspondiente recurso ante el Tribunal.

Entre los motivos de recurso, el denunciante hace valer que la conducta de UNESPA sería claramente contraria a la propia doctrina del Tribunal sobre acuerdos entre aseguradoras. La Resolución no contiene los detalles que permitan confirmar esta apreciación, aunque el hecho de que ni discuta este extremo sugiere que éste podría ser, al menos en parte, el caso. En efecto, constatada la notificación a la Comisión y, especialmente, la carta administrativa de conformidad, el Tribunal parece no tener nada más que añadir. No se extrae consecuencia alguna para la decisión del hecho de que la forma en que la Comisión se ha expresado es una simple carta ni se plantea una posible «doble barrera». El Tribunal acata la solución de la Comisión dándole sin más un valor equivalente al de una exención formal y aceptando la interpretación más estricta de la doctrina de la doble barrera. Únicamente alza su voz el Tribunal para, en tono menor, elevar una protesta que se reproduce por su interés:

«Una cuestión que, sin afectar al fondo del asunto que se ventila en el presente expediente, este Tribunal desea comentar con oportunidad del mismo es la siguiente. La Comisión Europea está utilizando cada vez más la “carta administrativa” como instrumento para comunicar sus criterios a las empresas y entidades de los países miembros de la Unión cuando es requerida por éstas. Es opinión de este Tribunal que, con carácter general, sería deseable que se utilizara el instrumento de la Decisión, en lugar de la “carta administrativa”, lo que produciría otros efectos positivos, como una mayor seguridad jurídica y la participación de las autoridades nacionales en su elaboración a través del Comité correspondiente.»

Sin dejar de compartir el punto de vista expresado por el Tribunal, cabe preguntarse si la aceptación sin discusión de las cartas administrativas con valor de exención formal es el mejor instrumento para favorecer el abandono por la Comisión de esta cómoda forma de trabajar. Si bien es de entender que el Tribunal desee evitar que los administrados sean rehenes de la estructural incorrección procedimental comunitaria, las cartas de conformidad pueden en muchas ocasiones contener respuestas inadecuadas, habiéndose emitido sin las audiencias de interesados y terceros, incluidas las Administraciones nacionales, que en buena medida justifican el respeto debido a los actos formales de la Comisión.

4. OBSERVACIONES FINALES

El escaso número de Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en el que se ponen de manifiesto situaciones derivadas de procedimientos concurrentes no impide alcanzar algunas conclusiones sobre lo tratado en los apartados anteriores.

La primera idea a retener es que los procedimientos concurrentes, esto es, los procedimientos que se tramitan simultáneamente ante la

Comisión y las autoridades nacionales, crean distorsiones de distinta naturaleza, según se trate de concurrencia en aplicación de las mismas normas o de normas diferentes.

En cuanto a la que hemos llamado «mera concurrencia de procedimientos», se trata de una anomalía que no debería producirse, habida cuenta los claros términos del artículo 9.3 del Reglamento 17/62. Y, si ello no es así, es únicamente por la incertidumbre —que, habida cuenta el largo tiempo transcurrido desde que el problema fue detectado, deberemos reconocer querida— en cuanto al momento en que se entiende iniciado un procedimiento. Este hecho, combinado con la lentitud que frecuentemente presentan los procedimientos comunitarios provoca situaciones en las que la concurrencia de actuaciones se prolonga sin justificación técnica razonable. Ejemplos de ello son la posibilidad de que la autoridad nacional adopte medidas cautelares respecto a iniciativas que la Comisión estudia, como en el asunto *Glaxo Wellcome*, derivadas de la lentitud de la Comisión en la tramitación de un expediente sometido a su consideración; o los problemas que tiene la autoridad nacional para resolver un expediente pendiente de decisión en Bruselas desde hace más de veinte años (asunto *Rolex*).

Más frecuentes, y complejos de resolver, son los casos de intervención concurrente en aplicación de ordenamientos diferentes. Todos los asuntos examinados en esta comunicación participan, de una forma u otra, de este tipo de problema: dos autoridades con plenas facultades, aplicando ordenamientos muy parecidos pero con preocupaciones y prioridades distintas, ven cómo la actuación de la una influye en la libertad de la otra.

En este escenario, es difícil evitar la impresión en la autoridad nacional de que Bruselas dificulta su labor. Las empresas sacan partido de la duplicidad de autoridades, intentando que Bruselas intervenga. La lentitud de los procedimientos y el carácter informal de las soluciones convienen a quienes consideran iniciativas que disgustan a la autoridad nacional. Sólo el que la Comisión acepte una notificación ya resulta en determinadas garantías (asunto *AEB*, asunto *Glaxo Wellcome*). Y si la Comisión toma alguna decisión, incluso informal y sin un procedimiento abierto a la autoridad nacional o eventuales terceros afectados, la autoridad nacional deberá estar y pasar por lo decidido por la Comisión (asunto *UNESPA*). Más aún: Bruselas puede incluso jugar a no decidir, pero prejuzgando decisiones que quedan sobre la espalda de las autoridades nacionales (asunto *CAMPSA*). Estas últimas encuentran ocasionalmente, como en *Potasas*, base para actuar sin contradecir a la Comisión. Es la excepción en un sistema basado en la obligación de la autoridad nacional de no contradecir a la Comisión.

No parece tampoco sencillo encontrar soluciones por la vía de la cooperación entre las Administraciones. Existen demasiados problemas de interlocución. La función de coordinación de las autoridades administrativas españolas con la Comisión no corresponde, como ya se ha destacado, al órgano encargado de la aplicación del Derecho comunitario

de la competencia. Y, del otro lado, la constante huida por la Comisión de los procedimientos en favor de soluciones informales ha vaciado de competencias a los órganos de coordinación, los Comités Consultivos, por los que pasa una ínfima parte de los asuntos que Bruselas resuelve.

Siendo difícil la cooperación, es ésta la única vía para evitar tensiones y asegurar una aplicación correcta de los ordenamientos en presencia. Por ello, habremos de reclamar una redefinición de los Comités como foro adecuado de debate y coordinación; unos Comités no únicamente dedicados a facilitar la participación de las autoridades nacionales en los procedimientos comunitarios, aunque también, sino para hallar respuestas a problemas comunes. Unos Comités a los que Bruselas lleve lo que realmente gestiona con frecuencia, esto es, los procedimientos informales; y a los que las autoridades nacionales lleven también lo que supera su jurisdicción y afecta al conjunto —para empezar, lo que las autoridades nacionales llevan a coordinación en el seno de la OCDE. Lo que es difícil de aceptar es que la coordinación entre las autoridades de competencia de la Unión europea no la lidere la Comisión, sino se haga a sus espaldas, mientras la Comisión organice su propia coordinación con las autoridades estadounidenses, canadienses o japonesas de la competencia.

El debate, en estos días en que se oyen vientos de reforma del Reglamento 17, está servido. Es buena hora para revisar un sistema establecido hace muchos años, en un contexto bien diferente. De los mecanismos que se creen surgirán nuevas soluciones al viejo problema de la intervención concurrente de las autoridades de competencia.