

# CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Eduardo PRIETO KESSLER

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ \*

Subdirección General Conductas Restrictivas  
Servicio Defensa de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho europeo de la competencia se encuentra en estos momentos embarcado en la reforma más radical desde 1962. La travesía comenzó el 27 de septiembre de 2000 cuando la Comisión Europea elevó al Consejo una propuesta de nuevo reglamento para la aplicación de los arts. 81 y 82<sup>1</sup>, en sustitución del vigente Reglamento núm. 17 de 1962.

El año anterior la Comisión había realizado un primer viaje de reconocimiento mediante el «Libro Blanco sobre la Modernización de los arts. 85 y 86 del Tratado CE»<sup>2</sup>. Tras numerosas consultas y foros, así como la creación de un Grupo de Trabajo con los Estados miembros, la Comisión elaboró una propuesta definitiva de reglamento del Consejo para sustituir al Reglamento 17/62. Dicha propuesta se encuentra actualmente en discusión bajo la Presidencia española de la UE y se espera que pueda ser aprobada antes de que finalice el año en curso. Los debates se han sucedido durante los últimos dieciocho meses bajo las presidencias francesa, sueca y belga, y la propuesta de Reglamento ha sido estudiada en tres Consejos de Industria consecutivos, que han proporcionado la imprescindible guía para la continuación de los trabajos.

Según el Comisario MONTI *«la modernización del Reglamento 17, aunque de elevada importancia por sí misma, no debe contemplarse aislada-*

\* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales.

<sup>1</sup> Documento COM (2000) 582, DOCE, núm. C 365 E, de 19 de diciembre de 2000, p. 284.

<sup>2</sup> Documento COM (1999) 101, DOCE, núm. C 132 E, de 12 de mayo de 1999.

*mente, sino como parte de una reforma mucho más amplia. Estas reformas persiguen los mismos objetivos fundamentales, a saber, la aplicación más eficiente de la normativa comunitaria de defensa de la competencia; menos burocracia para las empresas; y la creación de unas mismas reglas de juego para las empresas mediante el desarrollo de una cultura de la competencia común y una mayor aplicación del Derecho comunitario»<sup>3</sup>.*

A pesar de estas palabras no puede negarse que la modernización del Reglamento 17 representa un cambio mucho más radical y ambicioso que las reformas o actualizaciones de Reglamentos de Exención por categorías o propuestas similares en el ámbito del control de conductas restrictivas. Un breve recorrido histórico muestra la importancia de esta reforma.

Las normas comunitarias de defensa de la competencia forman parte del Tratado de Roma aprobado en 1957. Este Tratado, además de normas sustantivas contenidas en los arts. 85 y 86 (actuales arts. 81 y 82), ordenaba al Consejo decidir la forma de aplicación de los principios enunciados en dichos preceptos. De acuerdo con este mandato el Consejo promulgó en 1962 el Reglamento núm. 17/62, vigente durante los últimos cuarenta años y principal norma reguladora de la competencia en el viejo continente.

Si los arts. 81 y 82 contenían el Derecho sustantivo en materia de prácticas restrictivas (prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y de abuso de posición de dominio), el Reglamento 17 proporcionó el marco en el que estas prohibiciones habían de desenvolverse. El Reglamento 17 optó por un sistema de tratamiento de los acuerdos prohibidos pero autorizables basado en la autorización previa y la centralización de dichas autorizaciones en un solo órgano, la Comisión. Ello implica que los acuerdos restrictivos que cumplan las condiciones establecidas en el 81.3 deben de ser autorizados previamente, incurriendo en causa de nulidad hasta su notificación y siendo la Comisión la única que tiene potestad para ello (el monopolio). Es decir, mientras las autoridades nacionales y los jueces pueden aplicar la prohibición (el art. 81.1) no pueden conceder exenciones individuales.

Este sistema de control *ex ante* de los acuerdos, pese a su claro potencial preventivo y sus ventajas en términos de seguridad jurídica, no parece responder a los requerimientos actuales de una eficaz política de defensa de la competencia.

El monopolio de la aplicación del art. 81.3 por la Comisión y el sistema de notificaciones utilizado han causado a largo plazo problemas en la ejecución de la normativa comunitaria. Ya a mediados de los años sesenta la Comisión, agobiada por el elevado número de notificaciones, ideó dos métodos para tratar de frenar dicha avalancha:

<sup>3</sup> M. MONTI, «Opening Speech» delivered at the Fifth EU Competition Law and Policy Workshop *The modernization of EC Antitrust Policy*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Traducción propia.

— Los Reglamentos de exención por categorías, que declaraban inaplicable el art. 81.1 a categorías enteras de acuerdos<sup>4</sup>.

— Las denominadas *comfort letters*, que, sin la seguridad de las decisiones formales en aplicación del art. 81.3, daban ciertas garantías —aunque no formales— a los firmantes de los acuerdos.

A pesar de estos esfuerzos, la Comisión nunca consiguió eliminar totalmente la carga de trabajo que le causaban las notificaciones pendientes. La tendencia no cambió en las tres décadas siguientes: las notificaciones seguían acumulándose y las decisiones formales representaban un porcentaje cada vez menor de las mismas<sup>5</sup>.

En este contexto y ante la demanda de los Estados miembros de acabar con el monopolio de aplicación del art. 81.3, permitir la aplicación descentralizada y de paso descargar de trabajo a la Comisión, ésta ha optado por un cambio radical de sistema en el que desaparece la autorización previa y se propone un sistema de excepción legal.

Bajo el nuevo sistema las empresas deberán proceder a la autoevaluación de sus acuerdos a la luz de los criterios del art. 81.3 y sobre la base de la amplia jurisprudencia existente al respecto. Ello supone pasar a un sistema de control *ex post* de los acuerdos, en el que ya no será necesaria —ni posible— una decisión administrativa de la Comisión para que los acuerdos que cumplan las condiciones de exención incluidas en el art. 81.3 sean válidos. Éstos serán válidos desde su inicio sin necesidad de declaración a tal efecto. La Comisión junto con las autoridades nacionales y los jueces podrán aplicar el art. 81 en su conjunto, en un sistema de competencias paralelas en el que a la hora de aplicar la prohibición del art. 81.1 podrán decidir sobre el cumplimiento de las condiciones del 81.3 y, en caso afirmativo, cerrar el caso.

De este modo, las autoridades podrán centrar sus esfuerzos en la persecución de las prácticas más dañinas y las empresas se verán, en principio, liberadas de la carga administrativa de la notificación.

Lógicamente una reforma de tal envergadura trae consigo muchos otros cambios necesarios para que el nuevo sistema funcione con unas garantías mínimas tanto de eficacia en la persecución de prácticas prohibidas como de seguridad jurídica para los operadores económicos.

En este contexto a lo largo de este artículo se pretende analizar algunos de los elementos de la propuesta de la Comisión que por su relevancia

<sup>4</sup> Reglamento 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (*DOCE*, núm. 36, de 6 de marzo de 1965).

<sup>5</sup> Algunos autores han cuestionado que el número de notificaciones que recibe la Comisión anualmente sea tan elevado que le impida desarrollar eficientemente su tarea. Ian S. FORRESTER, «The Modernization of EC Antitrust Policy. Compatibility, Efficiency, Legal Security». European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies». Recogido en *European Competition Law Annual 2000. The modernisation of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001.

o novedad creemos que gozan de interés para el lector, siendo conscientes, no obstante, de que la amplitud de la reforma propuesta impide analizar otros de similar importancia <sup>6</sup>.

Para ello hemos centrado nuestra atención, en primer lugar, en los nuevos poderes otorgados por la propuesta a la Comisión. Dichos poderes no se refieren en exclusiva a aquellas reformas propuestas para potenciar la eficacia investigadora de la Comisión, sino también a los nuevos tipos de decisiones que ésta puede adoptar y que pueden tener gran repercusión para las empresas y para la potenciación de la eficacia del Derecho de la competencia como instrumento de reestablecimiento de la competencia en el mercado.

En segundo lugar abordamos el proceso de descentralización desde la perspectiva del análisis de la Red de autoridades de competencia, organización carente de personalidad propia que, sin embargo, goza de gran importancia en un contexto de descentralización en el que es fundamental garantizar una cierta armonía entre todos los responsables de la aplicación del Derecho comunitario de competencia. No podemos olvidar tampoco el protagonismo que la propuesta reserva a los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario, por lo que nos referiremos asimismo a los mecanismos previstos en el texto de la Comisión para tratar de lograr una aplicación homogénea y los problemas que ello plantea.

Finalmente trataremos los problemas que pueden surgir con el cambio de sistema desde la perspectiva de la seguridad jurídica de las empresas y las soluciones que se barajan para minimizarlos.

## 2. NUEVOS PODERES DE LA COMISIÓN

Algunos autores han señalado que *«bajo el manto de la aparente descentralización que la reforma persigue, se producirá también un reforzamiento del papel central de la Comisión, tanto desde la perspectiva de sus antiguas competencias, que se verán robustecidas, como de las nuevas funciones que asumirá como consecuencia de la reforma»* <sup>7</sup>. Este incremento de los poderes la Comisión se concreta en aspectos distintos en la propuesta de Reglamento, merecedores cada uno de ellos de un análisis detallado. Trataremos de analizar en cada caso la novedad de la propuesta, su fundamento y los posibles problemas que pueden presentarse para su ejecución.

---

<sup>6</sup> El lector interesado puede hallar información adicional en el libro *European Competition Law Annual 2000. The modernization of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001. Los estudios que contiene son también accesibles en la página web del Instituto Europeo Universitario, de Florencia ([www.iue.it/RSC/competition/papers.htm](http://www.iue.it/RSC/competition/papers.htm)).

<sup>7</sup> J. M. BENEYTO, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», *Gaceta Jurídica*, núm. 202, agosto-septiembre de 1999, p. 18.

En general, la Comisión ha tratado de justificar estos nuevos poderes tanto en el cambio de sistema como en los cambios en la economía, que obligan a disponer de poderes distintos para ejecutar una política de la competencia adaptada a los tiempos actuales. En una división funcional puede decirse que la reforma otorga a la Comisión nuevos poderes en dos ámbitos diferenciados: nuevos poderes de decisión y nuevos poderes de investigación y sanción.

#### A. NUEVOS PODERES DE DECISIÓN

El vigente Reglamento 17 es muy escueto en lo relativo a los poderes de decisión concedidos a la Comisión. Su art. 3 permite «obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada».

La propuesta de Reglamento en negociación presenta en su Capítulo III (arts. 7 a 9) hasta cuatro tipos de decisiones distintos a disposición de la Comisión para afrontar las diferentes eventualidades que puedan surgir en la aplicación de las normas de competencia del Tratado:

##### a) *Decisiones de comprobación y cese de infracción (art. 7): la posibilidad de adoptar medidas estructurales*

El art. 7 de la propuesta, titulado «Comprobación y cese de infracción», regula un tipo de decisiones semejante a las que actualmente puede adoptar la Comisión en base al art. 3. Se trata de decisiones que podemos denominar de prohibición, a adoptar tras la acreditación de una infracción de los arts. 81 y 82 del TCE con el objetivo de poner fin a la misma. El comienzo del ap. 1 y todo el ap. 2 del art. 7 son prácticamente una reproducción del vigente art. 3. Pero dos importantes novedades se esconden en la segunda parte del ap. 1.

La primera de estas novedades viene referida a la posibilidad de adoptar medidas estructurales. Según la propuesta, con el objeto de poner fin a la infracción la Comisión podrá imponer a las empresas o asociaciones infractoras todas las obligaciones necesarias, «incluidas soluciones de carácter estructural».

Esta mención de la posible imposición de medidas de carácter estructural es una novedad importante respecto al precepto vigente. También son una novedad dentro del proceso de reforma de la normativa comunitaria, ya que no estaban contempladas en el Libro Blanco de Modernización. Aparecen por primera vez en la propuesta de Reglamento 17 presentada por la Comisión en septiembre de 2000.

En primer lugar, es necesario identificar qué tipo de soluciones o medidas pueden ser calificadas como estructurales. Parece que la Comisión utiliza este término en un sentido amplio, ya que comprende todas

aquellas medidas que obligan a una empresa a desprenderse de activos que posea, tanto de carácter tangible como intangible (derechos de propiedad industrial, etc.). Esta perspectiva podría abarcarse desde la venta de una patente o un pequeño paquete de acciones hasta la separación de una empresa en dos. Según la Comisión, este tipo de medidas vendría justificada por la necesidad de poner fin de forma efectiva a determinado tipo de infracciones que de otra manera no sería posible, refiriéndose especialmente a «*ciertos acuerdos de cooperación y abusos de posición dominante*»<sup>8</sup>.

Para la Comisión la mención de las «soluciones de carácter estructural» no representa una novedad sobre la legislación vigente, al tratarse de un poder implícito en el Reglamento vigente que ha sido ya utilizado en varias ocasiones. Existen, no obstante, voces críticas que consideran que este tipo de medidas, especialmente en su vertiente más extrema de la separación de empresas, es incompatible con el Tratado<sup>9</sup>.

Es cierto que algunas decisiones adoptadas por el Comisión relativas a infracciones de los arts. 81 y 82 del TCE adoptan cierto tipo de medidas que se acercan a la solución de carácter estructural que ahora propone la Comisión. Así, por ejemplo, *Continental Can*<sup>10</sup>, *Philip Morris*<sup>11</sup> o el caso *Gillette*<sup>12</sup>, en el que la Comisión resolvió que Gillette, empresa dominante, infringió el art. 81 al celebrar acuerdos restrictivos con su principal competidor, y el art. 82 por la participación en el capital de dicho competidor, declarando que debía poner fin a la infracción deshaciéndose de la citada participación.

No obstante, cabría apuntar varias observaciones respecto al presunto poder de la Comisión para adoptar este tipo de medidas estructurales al amparo del actual Reglamento 17:

— Varias de las decisiones citadas son infracciones del art. 82 (abuso de posición dominante) que tuvieron lugar antes de la aprobación del Reglamento comunitario de concentraciones, por lo que pudiera presu-

<sup>8</sup> *Explanatory Memorandum* de la propuesta de Reglamento del Consejo, p. 18.

<sup>9</sup> El Dictamen del Comité Económico y Social de 29 de marzo de 2001 sobre la «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) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado)» afirma textualmente: «esta solución, a la cual, por otra parte, el Libro Blanco no hacía mención alguna, parece completamente incompatible con el sistema y el propio espíritu del Derecho comunitario de la competencia (...) los remedios estructurales constituyen por sí solos medidas con un coste —económico y social— elevadísimo y de difícil aplicación, cuya eficacia para la propia competitividad y la eficiencia económica global suele ser incierta y limitada».

<sup>10</sup> Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 86 del Tratado CEE (IV/26.811, *Continental Can Company*), *DOCE*, núm. L 55, de 4 de marzo de 1972.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, *British-American Tobacco* y *R. J. Reynolds*, *Rec.* 4487.

<sup>12</sup> Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE (IV/33.440, *Warner-Lambert/Gillette* y otros, y IV/33.486, *BIC/Gillette* y otros), *DOCE*, núm. L 116, de 12 de mayo de 1993.

mirse que las mismas pudieran estar justificadas por el vacío legal que se producía ante la inexistencia de normativa en materia de concentraciones, justificación que desaparece desde su aprobación en diciembre de 1989<sup>13</sup>.

— Por otro lado, no existe un refrendo jurisprudencial de la postura de la Comisión. En *Continental Can*<sup>14</sup> el Tribunal sentenció que la Comisión había definido mal el mercado y anuló su decisión. En *Philips Morris*<sup>15</sup> el Tribunal confirmó que la adquisición citada podría violar los arts. 81 y 82, pero también que ese efecto no se había producido, sin entrar a abordar la solución propuesta por la Comisión. En el caso *Gillette* no hubo pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Dejando a un lado la justificación o no de las mismas bajo la actual regulación, la postura de los EEMM ante la propuesta de la Comisión ha oscilado entre el rechazo de algunos y la aprobación de otros, dando lugar a una solución de compromiso consistente en admitirlas bajo determinados supuestos y siempre que se haga un uso excepcional de las mismas. En este contexto el Consejo de Industria decidió en su reunión de mayo de 2001 aceptar la posibilidad de que la Comisión imponga remedios de naturaleza estructural siempre que las mismas tengan en cuenta los principios de proporcionalidad y excepcionalidad. Las discusiones en curso se centran ahora en la redacción concreta del referido artículo a fin de lograr que dichos principios se manifiesten de forma expresa sin que por ello se limite excesivamente la capacidad de la Comisión para utilizar este instrumento. El Parlamento Europeo también ha apoyado la inserción de ciertas cautelas en la redacción referidas a la proporcionalidad y necesidad de las soluciones a imponer<sup>16</sup>.

La segunda novedad la introduce la última frase del art. 7.1. El mismo hace referencia a aquellas situaciones en las que una empresa ha cometido una infracción a la que ya se ha puesto fin y respecto de la cual la Comisión no tiene intención de imponer una multa.

Normalmente en estos casos se considera que no hay necesidad de adoptar una decisión de prohibición como las previstas en el art. 7 dado que la infracción ha terminado. No obstante, pueden darse dos situaciones en las que puede existir un interés legítimo en adoptar una decisión que declare la existencia de una infracción en el pasado:

— Cuando exista riesgo de que las empresas involucradas puedan cometer de nuevo la infracción.

<sup>13</sup> Reglamento (CEE) 74064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *DOCE*, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Caso 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company, ECR*, p. 215.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, *British-American Tobacco y R. J. Reynolds*, ya citada.

<sup>16</sup> Enmienda 5 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la 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) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87.

— Cuando el caso plantea cuestiones cuya aclaración sea de interés público (de forma similar, en alguna medida, a las decisiones de no aplicación del art. 10). Mediante este tipo de decisión la Comisión puede indicar al mercado cuál es su valoración de cierto tipo de prácticas.

En este aspecto el art. 7 trata de codificar la jurisprudencia establecida por el TJCE en el asunto 7/82<sup>17</sup>, en el que el Tribunal sostuvo que cuando exista un interés legítimo, la Comisión puede adoptar decisiones que determinen la existencia pasada de una infracción. En el caso aludido el interés considerado fue la prevención de la posible repetición de la infracción.

#### b) *Medidas cautelares (art. 8)*

El art. 8 permite a la Comisión, mediante decisión, la adopción de medidas cautelares en caso de que exista riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia y existan indicios razonables de infracción. Una decisión de este tipo tendrá una duración máxima de un año pero será renovable.

Mediante este artículo se inscribe en el Reglamento un poder reconocido a la Comisión por la Jurisprudencia<sup>18</sup>.

En principio, la propuesta no exige que este tipo de decisiones deban ser sometidas al Comité Consultivo. La Comisión alega que la necesidad de la adopción rápida de estas medidas, con objeto de limitar al máximo el perjuicio a la competencia, impide someterlas al trámite del Comité para evitar demoras en su aplicación. No obstante, parece que una solución más correcta sería permitir la consulta al Comité Consultivo regulando un procedimiento especial para estos casos más ágil y rápido, que permitiera aunar las condiciones de eficacia en la aplicación con las de cooperación en la Red y máxima seguridad jurídica.

#### c) *Decisiones con compromisos (art. 9)*

Contempladas en el art. 9 de la propuesta, se trata de decisiones de cese de infracción en las que las empresas afectadas ofrezcan compromisos para solucionar la restricción provocada por su comportamiento. Mediante la decisión prevista (que se adoptará por un período de tiempo determinado) la Comisión puede convertir estos compromisos en obligatorios y poner término a su procedimiento sin determinar la existencia

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, ECR, 1983, p. 483.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, *Camera Case contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto 792/79, ECR, p. 119. Sentencias posteriores han ratificado este poder.



o no de infracción. El ap. 3 del artículo establece los casos en que la Comisión puede reabrir el procedimiento.

Actualmente, el ejecutivo comunitario ya negocia con las empresas la adopción de decisiones e incluso cierra procedimientos utilizando este instrumento.

¿Cuál es, por tanto, la necesidad de esta expresa regulación si la Comisión ya acepta compromisos en algunas decisiones? Convertir estos compromisos en obligatorios para las empresas que los ofrecen y permitirle, en su caso, reabrir el procedimiento que cierre con una decisión de este tipo. Y ello porque, actualmente, en caso de que la Comisión cierre un procedimiento con aceptación de compromisos, se ve obligada a instruir un procedimiento nuevo (probar la infracción y sancionarla) en el caso en que se produzca un incumplimiento de los compromisos.

Adicionalmente los arts. 22.2.c) y 23.1.c) de la propuesta permiten a la Comisión imponer multas o multas coercitivas, respectivamente, por la ruptura de los compromisos adquiridos.

Parece que la Comisión pretende utilizar el instrumento de las decisiones con compromisos tan sólo en casos donde la infracción no resulte fácil de probar y la/s empresa/s ofrezca compromisos suficientes para solucionar los problemas de competencia que hayan motivado la investigación. Nunca será utilizada en casos claramente susceptibles de sanción.

El interés que ofrece este tipo de decisiones es el ahorro de costes administrativos, al resolver mediante los compromisos adoptados los problemas de competencia sin tener que dedicar recursos a una investigación de resultado dudoso.

No parece que el artículo imponga restricciones a los compromisos que pueden ser ofrecidos por las empresas, por lo que éstos podrán ser tanto de mero comportamiento como de carácter estructural. A diferencia del art. 7, aquí las soluciones estructurales serán el resultado de una petición de las empresas y no de una imposición de la Comisión. Es lógico pensar que la naturaleza de los compromisos ofrecidos estará en consonancia con el problema de competencia que deba resolverse.

A pesar de estos antecedentes, la alternativa planteada por la Comisión para la emisión de decisiones que acepten compromisos presenta interrogantes que es preciso esclarecer:

— En primer lugar el ap. 2 del precepto establece que la Comisión no prejuzga la existencia o no de infracción. Por lo tanto, la decisión de la Comisión no despeja la incertidumbre jurídica del caso, ya que no establece conclusiones acerca de las conductas investigadas. Las actuaciones simplemente se archivan. Esta indefinición tiene consecuencias difíciles de prever, como se examina a continuación.

— El artículo no determina que la decisión de la Comisión impida el enjuiciamiento de la conducta por autoridades nacionales o tribunales

civiles. En un sistema de competencias paralelas el caso cerrado por la Comisión podría volver a plantearse en cualquiera de dichos ámbitos.

— Es cierto que el art. 16 establece la obligación de procurar evitar resoluciones contradictorias con las decisiones de la Comisión, pero, según el art. 9.2, la Comisión no declara que no exista infracción, por lo que una decisión judicial o de la autoridad nacional que declarara la existencia de infracción no sería realmente contradictoria. En todo caso, la posibilidad de que una vez aceptados por la Comisión los compromisos y ejecutados éstos por la empresa, ésta pueda resultar condenada por un tribunal civil o una autoridad nacional de competencia, reduce, al menos potencialmente, el interés de las empresas para avenirse a este tipo de compromisos.

— El precepto no aclara cuáles son los derechos de los denunciantes o de terceros (competidores en ese mismo mercado, por ejemplo) en este procedimiento, ya que no prevé la participación de los mismos antes de que la Comisión acepte los compromisos.

— Finalmente, este tipo de decisiones puede plantear problemas de aplicación discrecional y se puede prestar a una utilización indebida del mismo si no se establece algún tipo de criterio que determine cuándo se puede utilizar, dado que, evidentemente, si bien el cese de la práctica se producirá en ambos casos, las consecuencias para las empresas no serán las mismas ante una decisión de prohibición que ante una decisión con compromisos.

#### d) *Declaraciones de inaplicación (art. 10)*

El art. 10 regula el tercer y último tipo de decisión novedosa. Las llamadas declaraciones de inaplicación corresponden a las que podríamos denominar decisiones positivas, es decir, aquellas que afirman la compatibilidad de un acuerdo o una práctica con el art. 81 del Tratado. Como ya hemos advertido, en el nuevo sistema desaparecen las decisiones de autorización de acuerdos conformes al 81.3. Sin embargo, en caso concretos, «*por razones de interés público comunitario*», la Comisión puede estar interesada en declarar que una práctica o acuerdo es compatible con el Tratado, tanto por resultar prohibido y cumplir los requisitos del art. 81.3 como por no vulnerar las prohibiciones establecidas en el art. 81 u 82.

Se trata de uno de los mecanismos ideados para aportar seguridad jurídica al sistema respecto de aquellos acuerdos o prácticas sobre los que no haya pronunciamientos claros en la jurisprudencia o en la práctica decisoria de la Comisión. Ésta, sin embargo, quiere evitar que las decisiones de inaplicación se utilicen como coartada para reintroducir el sistema de autorización y ha dejado claro que las mismas «*sólo pueden adoptarse por propia iniciativa de la Comisión y en interés público de la Comunidad. Estas condiciones garantizan que las decisiones por las que se com-*

*prueba la inexistencia de infracción no pueden ser obtenidas por las empresas con solo solicitarlas»*<sup>19</sup>. La Comisión teme que si se concede a las empresas el derecho a obtener por esta vía un pronunciamiento, se pondría en peligro uno de los objetivos de la reforma, reintroduciéndose por la puerta trasera el sistema de notificaciones que quiere abandonar. Por ello nunca ha deseado unir este tipo de decisiones, adoptadas exclusivamente en interés de la Comunidad, con cualquier otro tipo de instrumento para incrementar la seguridad jurídica del sistema, como pueden ser los dictámenes, a los que nos referiremos más adelante.

## B. NUEVOS PODERES DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

Otra de las novedades más significativas e importantes de la reforma se encuentra en el art. 20 de la propuesta que recoge los poderes de la Comisión en materia de inspección. El art. 14 del Reglamento 17 ya otorga a la Comisión los poderes de examinar libros y documentos, obtener copias, pedir explicaciones orales y registrar locales de negocios, terrenos y medios de transporte. La propuesta de Reglamento amplía estos poderes de forma significativa en aspectos importantes que pasamos a examinar:

### a) *Registro en domicilios privados*

El ap. 2.b) del art. 20 establece, sin duda, el nuevo poder de investigación más destacado de la reforma: la posibilidad de inspección en cualquier local, no necesariamente empresarial (con referencia expresa a los domicilios de los empresarios, administradores, directores y otros miembros del personal de la empresa). Para justificar esta inspección es necesario que existan sospechas de que en dichos domicilios se conservan documentos de carácter profesional.

El ap. 7 del mismo art. 20 aclara que la intervención previa de la autoridad judicial del país donde se desarrolle el registro es siempre obligatoria en este tipo de registros, a diferencia del registro de locales empresariales del art. 20.2.a), donde, siguiendo la Sentencia *Hoescht*<sup>20</sup>, sólo debe acudir a la autoridad judicial cuando así lo prevea la legislación nacional.

Adicionalmente la Comisión aprovecha la ocasión para codificar en el ap. 8 del art. 20 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control de legalidad de los registros. De este modo se determina que el control de legalidad de la decisión de la Comisión que exige el registro se reserva al Tribunal de Justicia, mientras que el control del «*juez nacional se referirá únicamente a la autenticidad o exceso en las medidas de*

<sup>19</sup> *Explanatory Memorandum* de la propuesta de Reglamento del Consejo, p. 18.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst contra la Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 46/87 y 227/88.

*apremio previstas*». En concreto se recuerda que «*el juez nacional no podrá controlar la necesidad de la inspección ni exigir que se le presenten otros elementos distintos de los expuestos en la decisión de la Comisión*».

El interés de los registros y la supervisión judicial de los mismos reside, por su importancia, en la afectación a derechos reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, limitándonos a apuntar algunas dudas que surgen de la regulación presentada.

— El art. 20 codifica en su ap. 8 la Sentencia *Hoescht*. Sin abordar lo ajustado de la recepción de esta sentencia, confirmada recientemente en el asunto *Roquette Frères, S. A.*<sup>21</sup>, sí puede plantearse la duda de si su aplicación directa y sin matizaciones a un registro en domicilios privados es absolutamente correcta. La Sentencia *Hoescht* se refiere a registros en locales empresariales que, como la misma sentencia reconoce, no gozan de la misma protección que el domicilio privado en todos los Estados miembros. Su concepción del control del juez nacional no puede separarse de este punto de partida. Por tanto su aplicación a un supuesto de hecho distinto debe efectuarse con suma delicadeza.

— Por otro lado, la inserción del registro en domicilios privados en el propio art. 20 podría llevar a consecuencias indeseadas como, por ejemplo, la utilización de este tipo de registro en las investigaciones por sectores económicos previstas en el art. 17 de la propuesta, que permite la utilización en estos casos de lo previsto en los arts. 18 a 23. Para evitar el uso de medios desproporcionados en unas investigaciones de carácter general sería necesario una previsión específica al respecto en el art. 18.2.

— Finalmente, desde algunos ámbitos se ha pedido que el registro en domicilios privados no se limite a «locales» sino que se permita también el registro de vehículos privados, tras la comprobación de que en algunos casos pruebas importantes se localizaban en los automóviles privados de un directivo de la empresa.

Quizás la mejor respuesta para estas y otras dudas que sugiere el artículo sea su tratamiento en un precepto específico separado del resto de los poderes de investigación previstos para la Comisión. De tal modo podrían solucionarse tanto problemas de mera estructura del Reglamento, de cara a llamadas desde otros artículos del mismo, como los específicos problemas de control judicial del nuevo poder de la Comisión.

## b) *Precinto de locales y documentos*

El art. 20.2.e) regula el poder de la Comisión para precintar los locales o documentos profesionales mientras dure la inspección. La necesidad de utilizar estos precintos es absolutamente necesaria para impedir la

<sup>21</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 20 de septiembre de 2001, asunto C-94/00, *Roquette Frères, S. A.*, contra *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation* (Francia).

destrucción o sustracción de documentos en inspecciones en grandes empresas, en las que la inspección puede durar varios días.

La regulación de este poder, sin otro límite temporal que la duración de la inspección, podría ser contemplado con recelo. Es prácticamente seguro que una estadística de las inspecciones llevadas a cabo por la Comisión revelaría que éstas no duran más de cuarenta y ocho horas y es impensable que la Comisión precinte empresas durante semanas. Por ello, la inclusión de unos límites temporales más precisos no restaría eficacia a la regulación y la mejoraría en términos de seguridad jurídica.

c) *Comprobación de libros y documentos profesionales en cualquier soporte*

Este poder no puede decirse que sea nuevo, ya que la verificación de documentación profesional ya se encontraba prevista en el art. 14.1.a) del Reglamento 17. La única novedad se encuentra en la específica previsión de que la consulta de este material podrá llevarse a cabo sea cual sea el soporte elegido. Es una forma de adecuar la legislación a las prácticas actuales de documentación y evitar cualquier interpretación cerrada de los poderes de la Comisión al respecto.

d) *Solicitud de información oral a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o la asociación*

El art. 20.2.f) presenta varias novedades respecto al precepto correspondiente en la actual regulación [art. 14.1.c) del Reglamento 17]:

— En primer lugar se permite la grabación de las respuestas de las personas interrogadas en línea con lo también recogido por la legislación española (art. 147 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).

— Se especifica que el objeto de la encuesta es amplio: «*datos en relación con el asunto y el objetivo de la inspección*».

— También se especifica que estas explicaciones pueden pedirse a cualquier representante o miembro del personal de la empresa.

Nuevamente se ha cuestionado desde diversas instancias esta previsión específica, aduciendo que puede lesionar el derecho a la no autoinculpación reconocido en los textos constitucionales de los Estados miembros y en el Convenio de Roma de 1950<sup>22</sup>. Se trata de un asunto demasiado complejo para ser abordado en unas breves líneas, limitándonos a señalar que la Comisión codifica jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo,

<sup>22</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

en este caso concreto las Sentencias *Orkem*<sup>23</sup> y *Solvay*<sup>24</sup>, que reconocen y explican el ejercicio de estos poderes por la Comisión.

e) *Nuevos poderes en la sanción: la capacidad de cobrar sanciones a miembros de asociaciones empresariales multadas*

La experiencia sancionadora de la Comisión ha puesto de manifiesto que cuando las multas recaen sobre asociaciones empresariales, con frecuencia su recaudación resulta imposible, tal y como también ocurre en nuestro ordenamiento. Se ofrece de este modo un cauce muy ventajoso para que los acuerdos y prácticas anticompetitivas no se desarrollen directamente por empresas, sino que éstas se sirvan de una asociación como pantalla de sus acuerdos que les permita eludir la sanción en caso de ser multados.

Los arts. 22.4 y 23.2 de la propuesta tratan de resolver esta situación autorizando a la Comisión a acudir a cualquier miembro de la asociación para el cobro de la multa, con el límite del 10 por ciento del volumen de negocios de dicha empresa en el ejercicio social precedente. El nuevo Reglamento establece de este modo una responsabilidad solidaria (con el citado límite del 10 por ciento del volumen de negocios de cada uno) entre los miembros de la asociación sancionada.

La propuesta de la Comisión parece necesaria para evitar que la adopción de acuerdos o prácticas por medio de asociaciones se convierta en un método sistemático para evitar las multas. Ello no obsta para que la misma esté exenta de problemas, como los relativos a su aplicación en los casos de asociaciones de adscripción obligatoria (como los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, o similares), en los que la posibilidad de proceder al cobro de parte de la multa a uno de estos miembros, incluso con el citado límite del 10 por ciento del volumen de negocios, resulta conflictivo.

### 3. LA RED DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Con la reforma propuesta la Comisión cede el monopolio en la aplicación del art. 81.3, lo que implica que tanto las autoridades nacionales como los órganos judiciales podrán realizar una aplicación completa del art. 81; considerar al tiempo la prohibición de su ap. 1 y las condiciones de exención del ap. 3.

Resulta claro que si bien la descentralización permitirá de un lado una mayor aplicación de la legislación comunitaria de competencia y un

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, S. A., antes *Cdf Chemie*, S. A., contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *S. A. Solvay & Cie.* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 27/88, *Rec.*, 1989, p. 3355.

mayor control de las posibles prácticas prohibidas, de otro plantea el problema de la aplicación homogénea, al aumentar el número de órganos con capacidad para aplicarlo. Para evitar o, al menos, minimizar esta falta de homogeneidad, la propuesta desarrolla un conjunto de instrumentos destinados a asegurar una cierta coherencia.

La denominada Red de autoridades de competencia, compuesta por la Comisión y las quince autoridades de competencia de los Estados miembros, constituye un instrumento fundamental para el logro de este propósito. Ajenos a la Red, aunque también encargados de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, quedarían los tribunales nacionales, para los que se diseña otro conjunto de mecanismos tendentes a este fin.

La memoria explicativa de la propuesta de Reglamento menciona explícitamente la Red: «*un elemento básico de la propuesta de la Comisión es la conveniencia de que esta institución y las autoridades nacionales de competencia formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de los arts. 81 y 82*»<sup>25</sup>. También el considerando 14 habla de «*una red de autoridades públicas que apliquen las normas de la competencia*». Sin embargo, la palabra Red está ausente del articulado. El art. 11 se limita a enunciar: «*La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración*». Ni éste ni ningún otro artículo de la propuesta contienen una definición de la Red de autoridades de competencia, que se configura más como un instrumento funcional que jurídico.

La Red no es, por tanto, una nueva institución ni agencia comunitaria<sup>26</sup>. No dispone de ningún tipo de organización, secretaría general, ni de personal específico a su disposición. Únicamente el Comité Consultivo regulado en el art. 14 —y ya existente bajo el régimen actual del Reglamento 17— permite a la Red adoptar una mínima apariencia externa en determinadas ocasiones.

La Red de autoridades se encuentra conformada por un conjunto de instrumentos que permiten a las autoridades nacionales de competencia y a la Comisión consultarse, intercambiar información y coordinar sus esfuerzos en aplicación del Derecho comunitario de competencia. Estos instrumentos quedan definidos en varios artículos del Reglamento, en concreto en los arts. 11, 12, 13, 14 y 21.

El art. 11 es ciertamente uno de los preceptos principales al respecto. El mismo contiene tres de las características fundamentales de la Red:

— Una obligación de informar a la Comisión del inicio de procedimientos nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 (ap. 3).

<sup>25</sup> Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento, p. 6.

<sup>26</sup> El Libro Blanco mencionaba la posibilidad de crear una nueva agencia comunitaria independiente para la aplicación del Derecho europeo de competencia, propuesta que, pese a ciertos apoyos doctrinales, no prosperó.

— Una obligación de consulta a la Comisión cuando las autoridades nacionales pretendan adoptar determinados tipos de resoluciones de aplicación de los arts. 81 y 82 (ap. 4).

— La privación de competencia de las autoridades nacionales cuando la Comisión incoe un procedimiento (ap. 6).

El resto de los artículos mencionados ofrecen otras posibilidades de colaboración en la Red, como el intercambio de información entre autoridades (art. 12); la realización de investigaciones por parte de una autoridad por cuenta de otra (art. 21); la suspensión o finalización de procedimientos si el caso está siendo instruido (o ya lo ha sido) por otra autoridad; y el mencionado reforzamiento del papel del Comité Consultivo como fórum de discusión de casos y suministro de información entre todos los participantes de la Red.

Todos estos artículos determinan el funcionamiento de la Red de autoridades de competencia desde el comienzo de un caso hasta el fin del procedimiento de investigación, sea mediante la correspondiente resolución sancionadora o el archivo del mismo. Examinemos este iter procedimental.

#### A. INFORMACIÓN A LA RED DE LA EXISTENCIA DE UN CASO

Conocido un caso por una autoridad nacional de competencia (sea mediante denuncia o de oficio) en el que se proponga aplicar los arts. 81 o 82 del Tratado, el art. 11.3 de la propuesta establece la primera obligación de colaboración: la información a la Red de la existencia del mismo.

Este deber de información a la Red se hace efectivo a través de un deber de información a la Comisión exclusivamente. Dos son las razones que aconsejan limitar este deber de información a la autoridad comunitaria y no extenderlo a las 15 autoridades nacionales existentes. La primera es evitar sobrecargar a las autoridades nacionales con unas obligaciones burocráticas excesivas que supongan un desaprovechamiento de sus recursos. La segunda, de similar importancia, evitar los posibles recursos derivados del incumplimiento de esta obligación. Y ello porque incluir en el articulado del Reglamento un deber de información a todas y cada una de las autoridades proporcionaría un cauce fácil para el recurso en caso de que se incumpliera con sólo una de ellas.

La Exposición de Motivos del Reglamento declara (aunque, quizás, fuera conveniente que el articulado lo recogiese expresamente) que la autoridad comunitaria pondrá a disposición de todas las autoridades nacionales de competencia la información requerida, pues de otro modo no se cumpliría el objetivo del precepto: el conocimiento del inicio de un caso por todas las autoridades de competencia de modo que pueda instruirlo la mejor situada para hacer cesar y sancionar la conducta anti-competitiva.



Este acceso a la información es de suponer que se consiga a través de medios electrónicos o informáticos. Se ha hablado de una Intranet puesta a disposición de la Red por la Comisión (recuérdese que la Red carece de organización o recursos para hacerlo por sí misma) para que las autoridades les remitan la información sobre los casos a través de un sencillo formulario. Este mismo dispositivo electrónico será el que permita acceder a la información transmitida al resto de las autoridades. La utilización de estos procedimientos informáticos para la transmisión de la información es esencial para lograr agilidad en el cumplimiento del deber de informar.

En cuanto al momento en que esta información debe transmitirse, la propuesta de la Comisión habla de informar «*al comienzo de su procedimiento*». Desafortunadamente esta expresión puede conducir a soluciones tan distintas como procedimientos hay entre en los 15 EEMM. Únicamente parece claro que la Comisión descarta que se dé una transmisión mecánica de todas las denuncias presentadas a cada autoridad. Hablar de «*comienzo del procedimiento*» limita el deber de información a aquellos casos en los que se abra un procedimiento formal, en el caso español cuando se admita a trámite el expediente. Para aclarar esta cuestión y conseguir la transmisión de la información de modo homogéneo por todas las autoridades no debe descartarse la posibilidad de concretar el momento de la remisión de la información desde una perspectiva material y no formal, como sería la primera medida de investigación adoptada (una solicitud de información formal o una inspección domiciliaria). No obstante, esta expresión también suscita dudas y podría interpretarse de diferentes maneras, si bien dota a las autoridades de cierta flexibilidad para decidir cuándo se remiten los casos a la Red.

Un problema previo al anterior se suscita si tenemos en cuenta que en aplicación del art. 3 de la propuesta (aplicación excluyente de Derecho nacional y comunitario) antes de informar a la Red habrá que determinar si el caso ha de regirse por normas de Derecho interno o comunitario, para lo cual habrá que decidir sobre si existe o no afectación del comercio comunitario, lo que, a su vez, puede no estar claro sin antes haber realizado algunas averiguaciones sobre el mercado/s afectado/s por la práctica denunciada.

## B. ELECCIÓN DE LA AUTORIDAD MEJOR SITUADA

Una vez informada la Red de la existencia de un caso, se pretende que éste sea instruido por la autoridad mejor situada para investigar la conducta prohibida, intimar su cese y sancionarla, en su caso.

La propuesta de la Comisión no incluye en su articulado criterios que decidan la asignación de casos entre las distintas autoridades de competencia al modo que realiza la nueva Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autó-

nomas en materia de Defensa de la Competencia, en su art. 1. Esta ausencia de criterios claros de asignación de casos ha sido uno de los principales inconvenientes señalados ya en la primera propuesta de reforma inicial que constituyó el Libro Blanco<sup>27</sup>.

Para solventar la no inclusión de criterios de asignación en el texto de la propuesta de Reglamento —y de este modo impedir la posibilidad de recurso por este motivo— la Comisión ha optado por establecer un sistema de competencias paralelas y a la vez abordar la cuestión del reparto del trabajo fuera de la propuesta de Reglamento.

Mediante el sistema de aplicación paralela todas las autoridades de competencia pueden aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. Dado que el Reglamento no proporciona unas reglas que vinculen jurídicamente determinados casos a una autoridad en concreto, ello permite que un mismo caso sea instruido en paralelo por diversas autoridades, aunque dicha posibilidad se pretende emplear únicamente de manera excepcional.

Existirán una serie de criterios de asignación para tratar de lograr el principio de ventanilla única u *one stop shop*, aunque con las siguientes particularidades:

— Los criterios serán más orientadores que vinculantes, por lo que la Red tendrá libertad para decidir la autoridad mejor situada a la vista de los factores que afecten a cada caso. Dentro de los posibles criterios de asignación estarán seguramente el lugar donde se producen los efectos anticompetitivos y la capacidad de cada autoridad para reunir pruebas, sancionar y poner fin a la infracción.

— Estos criterios no se incluyen en el articulado sino que se opta por utilizar otro instrumento de más fácil revisión, que permita conjugar la seguridad para los operadores del mercado con la necesaria flexibilidad para la rápida adaptación del sistema a circunstancias imprevistas. El instrumento elegido será una Comunicación sobre la cooperación en la Red de autoridades de competencia que abordará, entre otros aspectos, estas cuestiones. No obstante, el Consejo de Industria de diciembre de 2001, bajo Presidencia belga, estudió la posibilidad de que la Comisión y el Consejo emitan una declaración conjunta (de carácter político y no jurídico) para detallar los principios de cooperación que deben informar la Red. Entre dichos principios, desarrollados *a posteriori* por la Comunicación de la Comisión, deberá incluirse una primera aproximación a los criterios de asignación.

— Los criterios de asignación deben respetar la independencia de las autoridades de competencia: ninguna puede ser obligada a tratar un caso por decisión de la Red. Igualmente tampoco pueden despojar de competencia a ninguna de ellas: esto abre la posibilidad a la existencia de procedimientos paralelos si no existe acuerdo entre las autoridades

<sup>27</sup> U. IMMENGA, «Coherence: a sacrifice of decentralization», *European Competition Law Annual 2000. The modernisation of EC Antitrust Policy*, de C. D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2001.

sobre cuál es la mejor situada para ocuparse del caso. Sólo la Comisión, a través de la apertura de sus procedimientos, puede hacer decaer la competencia de la autoridades nacionales. Esto sucederá cuando el número de autoridades que deseen ocuparse del caso sea demasiado elevado para permitir una instrucción en paralelo eficiente (más de dos o tres autoridades nacionales actuantes).

— La elección de la autoridad (o autoridades) mejor situada deberá realizarse en un plazo breve que no obstaculice la instrucción del caso. Este plazo tendrá también un carácter indicativo.

— Una vez decidida la autoridad mejor situada, las demás autoridades que, en su caso, hubieran iniciado procedimiento podrán utilizar el mecanismo previsto en el art. 13 para suspenderlo o desestimar la denuncia. La elección de uno u otro método se deja al criterio de cada autoridad nacional según se adapte mejor a su procedimiento o de acuerdo con las circunstancias del caso. La Comisión también podrá hacer uso de este instrumento para desestimar una denuncia que le haya sido presentada.

### C. COOPERACIÓN EN LA RED DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CASO

Aparte del aludido deber general de aplicar la legislación de competencia en estrecha colaboración, la propuesta de Reglamento incluye dos instrumentos específicos de colaboración entre autoridades:

- a) *La posibilidad de intercambio de información entre autoridades, que alcanza incluso la información confidencial, y supera cualquier restricción normativa nacional al respecto (art. 12)*

Este precepto pretende crear un fundamento jurídico que permita superar los impedimentos para el intercambio de información entre autoridades que supuso la Sentencia *Banca española*<sup>28</sup>. Dicha sentencia consideró prohibida por el Reglamento 17 la utilización de informaciones recabadas por la Comisión para fines distintos del ejercicio por la Comisión de sus propias competencias.

El intercambio de información se permite para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, objeto de la propuesta de Reglamento, y no para otros propósitos distintos, lo que hará necesaria una aclaración al respecto en el texto del artículo. Se ha propuesto que el mismo artículo permitiera la autorización del intercambio de información para la aplicación de la legislación nacional, pero se duda que el Tratado ofrezca base jurídica suficiente para regular esta materia que deberá quedar, como

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia contra Asociación Española de Banca Privada y otros, asunto C-67/91, *Rec.*, 1992, p. I-4785.

hasta ahora, a lo que concreten las autoridades mediante acuerdos al efecto.

Debe destacarse también que el art. 12 prohíbe que se utilice la información intercambiada para la imposición de sanciones no pecuniarias. Es una forma tangencial y limitada de armonizar sanciones y evitar que algunas autoridades se nieguen al intercambio (el intercambio de información es una posibilidad y no un deber para las autoridades) ante la posibilidad de penas de cárcel en el país destinatario de la información. Las sanciones de tipo pecuniario que permite el precepto incluyen las multas a directivos de las empresas previstas en el art. 10.3 de la LDC.

- b) *El art. 21 de la propuesta de Reglamento permite a una autoridad nacional de competencia llevar a cabo cualquier medida de investigación en nombre de la autoridad de competencia de otro Estado miembro*

Esta posibilidad, que no obligación, se une a la obligación de llevar a cabo investigaciones por encargo de la Comisión que ya se encontraban prevista en el art. 13 del Reglamento 17. Las investigaciones por cuenta de otra autoridad nacional serán aquellas que permita el Derecho nacional de la autoridad que realice la investigación y se llevarán a cabo bajo su procedimiento. Realizada esta investigación la información se transmitirá de acuerdo con lo previsto en el art. 12.

#### D. PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL CASO

El art. 11.4 establece un deber de consulta previa a la Comisión cuando una autoridad nacional se disponga a dictar, en aplicación de los arts. 81 y 82, una Resolución de prohibición, de aceptación de compromisos o de retirada del beneficio de un Reglamento de exención por categorías. Con ello se pretende fiscalizar por parte de la Comisión las decisiones de las autoridades nacionales para conseguir una aplicación coherente de los arts. 81 y 82.

La Comisión se ampara en su papel de guardián del Tratado y máximo responsable de la política de competencia de la Comunidad para realizar esta supervisión de las decisiones de las autoridades nacionales. Sin embargo, este deber de consulta debe interpretarse y regularse de tal modo que no signifique un menoscabo de la independencia de las autoridades nacionales.

La obligación prevista exige remitir un borrador de la decisión proyectada. La autoridad nacional no debe recibir un visto bueno formal de la Comisión ni suspender su procedimiento. En caso de discrepancia con la Resolución proyectada, la Comisión podrá entablar contactos con

la autoridad concernida y, en última instancia, utilizar el instrumento de retirada del caso previsto en el art. 11.6.

Asimismo se entiende que el deber de consulta a la Comisión debe conectarse con un deber de información a la Red similar al descrito con respecto al art. 11.3, de modo que la Comisión deberá hacer fácilmente accesible mediante medios electrónicos la información proporcionada al resto de los actores de la Red.

Por último, debe señalarse que esta obligación de consulta a la Comisión debe realizarse, según el Reglamento, «*a más tardar un mes antes de adoptarse la decisión*». Desde algunas instancias se ha interpretado que esta previsión, en el caso de las autoridades de competencia divididas en dos órganos —uno instructor, otro decisor—, se refiere a la elevación del «pliego de cargos». No nos parece que sea ésta la interpretación adecuada en el caso español, donde el pliego de cargos no constituye siquiera el momento procesal correspondiente a la finalización de la fase instructora, debiendo entenderse el momento anterior a la Resolución del TDC, quien además puede adoptar una postura distinta a la propuesta por el Servicio ante las posibles alegaciones, pruebas y, en su caso, vista que se produzca en la fase ante el Tribunal. A la luz de lo anterior parece que deberá ser el Tribunal de Defensa de la Competencia el que remita el proyecto de su Resolución un mes antes de su adopción definitiva, lo que reducirá el margen de temporal maniobra de la autoridad nacional de competencia en la tramitación de determinados expedientes en los que los plazos actualmente vigentes resultan insuficientes.

#### E. LA PARTICIPACIÓN DEL COMITÉ CONSULTIVO

La estrecha cooperación establecida para la Red de autoridades de competencia debía tener traducción en la configuración de un punto de encuentro para el análisis y el intercambio de posiciones sobre la política de competencia. Éste lo establece el art. 14 de la propuesta de Reglamento, donde se regula el Comité Consultivo, órgano ya existente en el vigente Reglamento 17 (art. 10).

Básicamente su cometido será el mismo que desempeña actualmente: servir de órgano de consulta con carácter previo a la adopción de las decisiones de la Comisión. Dado que el nuevo Reglamento amplía la naturaleza de las decisiones que puede adoptar la Comisión, el Comité Consultivo deberá poder expresar su opinión sobre las mismas. Incluso debería poder expresar su opinión respecto de la adopción de las medidas cautelares prevista en el art. 8 de la propuesta de Reglamento.

La nueva regulación, no obstante, abre la posibilidad de que la función consultiva del Comité se extienda, de acuerdo con el ap. 6 del art. 14, también a casos tramitados por autoridades nacionales. La consulta no será entonces sistemática y obligatoria, como en el caso de las decisiones de la Comisión, sino ocasional, a iniciativa de la autoridad comunitaria

o de alguna autoridad nacional. Esta posibilidad resulta particularmente interesante para permitir que el Comité opine sobre el ejercicio por parte de la Comisión de sus poderes de advocación de casos del art. 11.6, por lo que no cabe descartar una mención específica de dicha función.

Otra importante novedad es la contenida en el ap. 5 del nuevo Reglamento que establece que, en el futuro, el Comité podrá recomendar la publicación del dictamen, dado que actualmente está expresamente prohibido dar publicidad al mismo. El artículo no aclara si la Comisión está obligada a llevar a cabo esta publicación tras la recomendación del Comité, pero parece difícil que pueda desentenderse con frecuencia de la misma. En todo caso, el dictamen queda incorporado como apéndice al proyecto de decisión y deberá ser valorado por el Colegio de Comisarios antes de adoptarla.

Una última novedad, de carácter procesal, es la posibilidad de dar cumplimiento por escrito al trámite de consulta a las autoridades nacionales, con el fin de dotar al mismo de cierta dosis de flexibilidad en los casos que se considere necesario.

#### F. DISPARIDAD DE SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS

El modelo propuesto por la Comisión para el funcionamiento de la Red sin duda contribuirá a una aplicación más uniforme del Derecho de la competencia en la Unión Europea, aunque, como es lógico, no va a poder resolver todos los problemas de divergencia consustanciales a un sistema descentralizado como el propuesto.

Si bien, de alguna manera, se asegura cierta homogeneidad en la persecución de las restricciones a la competencia por la doble vía de la aplicación del mismo cuerpo legislativo (art. 3) y del control previo de las resoluciones por parte de la Comisión, ello sin embargo no garantiza que las consecuencias de la aplicación por parte de una autoridad u otra vayan a ser las mismas.

Y ello fundamentalmente por la falta de armonización en materia de procedimientos y sanciones. Está claro que los resultados de una investigación y las consecuencias que de la misma se deriven no van a ser las mismas en los países que gocen de programas de clemencia que en aquellos en que éstos no estén previstos; lo mismo ocurrirá en el caso de regímenes diferentes de cuantificación de multas —sin mencionar los países que cuentan con penas de cárcel—; plazos para resolver, derechos de las partes en el proceso, recursos disponibles por la investigación, medios humanos, etc.

A pesar de ello ni el Libro Blanco ni la propuesta actualmente en discusión ponen en duda la autonomía procesal de los Estados miembros en la aplicación de los arts. 81 y 82, ni su capacidad para decidir las sanciones que imponen.

Estos peligros ya han sido advertidos por los que han tenido oportunidad de analizar la propuesta, advirtiendo de la amenaza que ello puede suponer para la coherencia interna del sistema. Así el Comité Económico y Social ha destacado la importancia de la normativa procesal al estimar que *«la práctica, tan diversificada en los Estados miembros, desvirtúa la unicidad de los principios que, sin embargo, todos comparten»* y, recordando el art. 83 del Tratado, aboga por la directiva como instrumento flexible (permite elegir entre diversas opciones y concede un plazo adecuado para la aplicación de las normas) para armonizar cuestiones tan complejas como las relativas a los procedimientos<sup>29</sup>. Por su parte, una de las enmiendas del Parlamento Europeo a la propuesta de Reglamento sugiere que al aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado las autoridades nacionales de la competencia sólo puedan aplicar las sanciones previstas en los arts. 22 y 23 de la misma propuesta<sup>30</sup>.

Éste es, sin duda, un tema delicado y complejo que posiblemente exija un acercamiento «de mínimos» entre las diferentes normas de procedimiento nacionales, en la medida en que la aplicación del futuro Reglamento ponga de manifiesto divergencias importantes en los resultados de la aplicación consecuencia de las diferentes normativas procesales nacionales.

#### 4. COOPERACIÓN CON JUECES Y TRIBUNALES

El Reglamento 17 no estableció ninguna previsión respecto a la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia por los jueces nacionales. A pesar de este silencio, el TJCE reconoció que las prohibiciones establecidas en los arts. 81.1 y 82 del TCE producían por su propia naturaleza efectos directos en las relaciones entre individuos, creando derechos individuales que los tribunales nacionales debían salvaguardar.

Hasta ahora los tribunales nacionales tenían la obligación de aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, pero se veían sometidos, al igual que las autoridades nacionales, al monopolio de la Comisión respecto de la aplicación del art. 81.3.

El nuevo sistema previsto por la propuesta abandona este monopolio y extiende la aplicación de la totalidad del art. 81 tanto a autoridades nacionales de competencia como a tribunales. El art. 6 de la propuesta de Reglamento es claro al respecto.

<sup>29</sup> Dictamen del Comité Económico y Social de 29 de marzo de 2001 sobre la «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) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado)».

<sup>30</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la 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) núm. 1017/68, núm. 2988/74, núm. 4056/86 y núm. 3975/87, Enmienda 4.

Esto, si bien refuerza la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, plantea el problema de la disparidad de pronunciamientos, ante la proliferación de órganos competentes para su aplicación. La propuesta de Reglamento dedica su art. 15 a diseñar varios instrumentos para tratar de prevenir estos peligros de inconsistencia.

#### A. SISTEMA DE *AMICUS CURIAE*

El ap. 3 del art. 15 establece la posibilidad de que la Comisión presente observaciones (escritas u orales) ante cualquier órgano jurisdiccional donde se encuentre abierto un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Esta intervención, que la Comisión desarrollará de oficio (no a petición del juez) y por razones de interés público comunitario (no en interés de una de las partes), se conoce como *amicus curiae*.

«... *el amicus curiae puede definirse como aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva*»<sup>31</sup>.

La figura del *amicus curiae* («amigo de la Corte o del Tribunal») es una institución procedente del *Common Law* altamente consolidada en países cuyo sistema jurídico se adscribe al modelo anglosajón, como los EEUU o Canadá. Ésta resulta, sin embargo, extraña para la mayoría de los Estados miembros de la UE, y prácticamente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

El Reglamento extiende las posibilidades de actuación en el juicio no sólo a la Comisión, sino también a cada autoridad nacional de competencia frente a los tribunales de su propio Estado.

Este poder general de intervención en el juicio es uno de los aspectos más contestados de la propuesta comunitaria dadas sus implicaciones en términos de injerencia en el ámbito judicial.

#### B. REMISIÓN A LA COMISIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82

El ap. 2 del art. 15 establece un deber de información a la Comisión similar al establecido en el art. 11.4 para las autoridades nacionales de competencia. En caso de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado los tribunales deberán remitir en el plazo de un mes sus sentencias a la autoridad comunitaria. La información se ha de transmitir cuando la sentencia ya haya sido dictada y no con carácter previo, como en el caso de las

<sup>31</sup> L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto Amianto», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, p. 2, en [www.reei.org](http://www.reei.org) (sitio visitado el 5 de febrero de 2002).



autoridades nacionales (un mes antes de la resolución del caso, como determina el art. 11.4). Por otra parte, la Comisión carece en el ámbito judicial de la capacidad de advocación de que goza en el ámbito administrativo mediante el art. 11.6, principio lógico ya que el propósito de los procedimientos es distinto.

La capacidad de la Comisión para garantizar la coherencia se sitúa *a posteriori*. A diferencia del sistema alemán de *amicus curiae* el deber de informar a la Comisión no se establece a la apertura del proceso sino cuando éste ya ha finalizado, emitida la sentencia. Esta regulación limita capacidad de intervención de la Comisión y la autoridad nacional de competencia a los casos en los que tenga conocimiento del proceso. El Reglamento tampoco dota a la Comisión de un poder de recurso en interés de ley para cuestionar las sentencias emitidas que le permita reabrir un caso cuya sentencia utilizara criterios contradictorios con la práctica o la jurisprudencia comunitaria. Por todo ello el sistema de control diseñado queda supeditado a la interposición de un recurso por las partes que permita a la Comisión utilizarlo en la segunda instancia. Si ninguna de las partes recurren, la Comisión no podrá intervenir en el proceso y la sentencia se incorporará al acervo judicial nacional. La Comisión no parece temer estas sentencias de primera instancia y parece guardar sus fuerzas para las apelaciones y las casaciones.

Por otro lado, no está claro si el deber de transmitir las sentencias debe recaer directamente sobre los jueces. Ello produciría una comunicación directa entre los tribunales y la Comisión que puede resultar efectiva pero que excluye no sólo a las autoridades nacionales que integran la Red sino a los propios Estados miembros. En este aspecto cabría la posibilidad de que el Reglamento se limitase a recoger la obligación de que las sentencias se comuniquen a la Comisión en el plazo debido, dejando libertad a los Estados miembros para que determinen si esta comunicación debe ser realizada directamente por los jueces o debe centralizarse a través de algún órgano nacional intermedio, que podría ser la autoridad nacional de competencia o, centrándonos en el caso español, el Ministerio de Justicia, o incluso el Consejo General del Poder Judicial. Esta alternativa daría mayor libertad de autoorganización a cada Estado miembro, siempre que se dictasen las disposiciones necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo del deber de remisión en el plazo establecido.

### C. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA POR LOS JUECES

Sin embargo, estos problemas de organización y adaptación de la normativa interna no son los principales que deberá afrontar la aplicación del Derecho de la competencia por los jueces.

Las aproximaciones más escépticas a la modernización han argumentado que los tribunales nacionales y, en particular, los de carácter civil,

no se encuentran preparados para la tarea de aplicar el art. 81. Algunos han sugerido que la aplicación del Derecho europeo de la competencia debería quedar limitada a una serie de tribunales especializados, como los actualmente existentes en Alemania. Esta sugestiva idea, no obstante, no está exenta de problemas, ya que la aplicación del Derecho de la competencia no se encuentra limitada a una reclamación directa de la ilegalidad de un acuerdo o práctica, sino que puede surgir como cuestión colateral en un juicio civil ordinario en el que una parte pida la ejecución o resolución de un contrato y la parte demandada alegue la ilegalidad del contrato en aplicación de la normativa de competencia.

Este problema no debería descartar de antemano la existencia de tribunales especializados para la aplicación de estas normas. La creación de tribunales mercantiles especializados en quiebras prevista en el proyecto de Ley Concursal puede servir como ejemplo de cómo se puede tratar de concentrar una materia compleja en órganos jurisdiccionales que dispongan de los medios y los conocimientos para abordarlas. Otra posibilidad sería la especialización de determinadas Secciones en la materia de defensa de la competencia, de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normativa aplicable, siguiendo el ejemplo de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y otros similares.

## 5. SEGURIDAD JURÍDICA

El problema de la seguridad jurídica y el Derecho de la competencia puede valorarse de muy distintas maneras. Para algunos autores *«el riesgo provocado por el Derecho de la competencia no se diferencia sustancialmente de otros riesgos relacionados con la inversión. De hecho, se asume que el empresario debe afrontar muchos otros riesgos, en particular los riesgos relacionados con el mercado, que surgen de la inseguridad respecto de factores tales como el nivel de la demanda futura, el cambio tecnológico, el comportamiento de los competidores y los costes de producción, pero también los riesgos relacionados con su propia gestión y con su personal, y otros muchos riesgos jurídicos o normativos»*<sup>32</sup>.

Sin embargo, no puede afirmarse que esta posición sea mayoritaria y los cuarenta años de experiencia de la aplicación del Reglamento 17 han demostrado que la búsqueda de la seguridad jurídica ha sido una constante en el proceder de las empresas, tal y como lo demuestra el gran número de notificaciones de acuerdos a la Comisión, a sabiendas que seguramente la notificación no sería respondida con una decisión formal de la Comisión sino únicamente con una *comfort letter*.

<sup>32</sup> Wouter P. J. WILS, «The Modernisation of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for the new Regulation Replacing Regulation No. 17», *Corporate Law Institute 27<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Policy*.

Es por ello que el cambio radical de sistema propuesto por la Comisión debe tomar en consideración adecuadamente las consecuencias del mismo sobre la seguridad jurídica.

Acerca de estas repercusiones existe divergencia de opiniones. Para unos el nuevo sistema de excepción legal contiene, *a priori*, más elementos para la seguridad jurídica que el actual sistema de notificación. Otros, sin embargo, auguran una total desorientación y desmotivación de las empresas para afrontar nuevas inversiones, ante el riesgo inherente a la toma de decisiones en un contexto de seguridad jurídica insuficiente.

Los primeros defienden que el actual sistema de notificación no proporciona suficiente seguridad jurídica, ya que aunque los acuerdos cumplan las condiciones del art. 81.3, son nulos mientras no se beneficien de una autorización formal de la Comisión. Frente a esto, en el nuevo sistema los acuerdos que cumplan el art. 81.3 serán válidos desde su inicio, lo que favorece la seguridad jurídica de las empresas. Además, aunque debido a la necesaria flexibilidad que caracteriza al Derecho de la competencia resulte imposible lograr que la totalidad de nuevos casos que puedan presentarse sean absolutamente predecibles en su enjuiciamiento, el nuevo sistema proporcionará diversos instrumentos para facilitar la labor de adecuación de los acuerdos a la legalidad. Así, las decisiones de no aplicación del art. 10, los Reglamentos de exención por categorías, la amplia jurisprudencia existente en esta materia y la continua guía prestada por la Comisión mediante la publicación de directrices constituirán una buena base de partida para la evaluación por parte de las empresas y sus asesores legales de la adecuación de sus acuerdos a lo estipulado en el art. 81.3. Por otro lado, la Comisión sólo suele sancionar aquellos casos en los que está claramente establecido, por la jurisprudencia, práctica u otros instrumentos, la ilegalidad de un comportamiento, por lo que las empresas no se arriesgan a una sanción inesperada.

Por el contrario, numerosas voces apuntan a la incertidumbre que va a representar para las empresas el carecer de un instrumento que les dote de seguridad plena respecto a la validez o invalidez de los acuerdos y prácticas que pueden adoptar. El Derecho de la competencia no limita sus prohibiciones a los denominados cárteles duros (reparto de mercados, acuerdos de precios, etc.), sino que cada vez con mayor frecuencia ha de abordar asuntos complejos en mercados nuevos y no tan nuevos, donde se hace necesario un análisis riguroso y a veces no del todo claro para poder determinar la bondad o maldad de la práctica analizada. Dicho análisis y los resultados del mismo, además, puede variar en función de quién lo realiza o del momento en que se hace, lo que, sin duda, tiene importantes consecuencias para las empresas que han de enfrentarse a decisiones vinculadas a la calificación que a futuro se pueda realizar de esos acuerdos. No se trata únicamente del riesgo a ser sancionado, sino de la posibilidad de que determinados negocios no se lleven a la práctica ante el riesgo de que los acuerdos en los que se basan puedan verse sustancialmente modificados en el futuro como consecuencia de

una intervención de la autoridad de competencia cuya justificación pueda ser discutible.

Esta preocupación por la seguridad jurídica en el futuro sistema se ha puesto de manifiesto tanto desde medios académicos o profesionales como desde las propias instituciones comunitarias (Parlamento Europeo o Comité Económico y Social). Así las resoluciones del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2000 y del Comité Económico y Social de 8 de diciembre de 1999 incidieron en la necesidad de mantener un nivel adecuado de seguridad jurídica.

La Comisión ha valorado la importancia de esta cuestión y parece aceptar la introducción de un nuevo instrumento para reforzar la seguridad jurídica: los dictámenes o *written opinions*. Así lo reconoció el propio Comisario MONTI<sup>33</sup> al señalar: *«la Comisión considera que sería apropiado introducir un nuevo instrumento que permitiera suministrar guía a las empresas en aquellos casos donde existen verdaderas dudas acerca de la aplicación de las normas de competencia. Lo que tenemos en mente es un sistema de dictámenes mediante el que las empresas podrían plantear a la Comisión preguntas en aquellos casos donde las normas generales existentes y la jurisprudencia no ofrezcan una guía suficiente. Se requerirá a las empresas que remitan un memorando explicatorio junto a las preguntas que planteen a la Comisión. Sobre esta base la Comisión emitiría un dictamen en los casos apropiados. Estos dictámenes serían razonados y publicados y contribuirían, por lo tanto, a la claridad general de las normas. Por consiguiente, no sólo ofrecerían guía a las empresas que los solicitaran sino también a otros operadores del mercado. El valor de este instrumento no debería ser menospreciado, en especial si se compara con el sistema actual de comfort letters que no son razonadas ni publicadas».*

Esta visión del Comisario MONTI se ha incorporado a la memoria explicativa que acompaña a la propuesta de Reglamento, donde se apunta que *«la Comisión seguirá estando dispuesta a debatir casos específicos con las empresas, cuando lo considere oportuno. En especial, asesorará en relación con los acuerdos, las decisiones o las prácticas concertadas que planteen cuestiones de interpretación sin resolver o genuinamente nuevas. A tal efecto la Comisión publicará una Comunicación en la que establecerá las condiciones en las que podrá emitir dictámenes motivados».* No obstante, advierte: *«un sistema de este tipo no debe implicar para las empresas el derecho a obtener un dictamen, ya que esto supondría introducir una especie de sistema de notificación».*

El Comité Económico y Social ha reconocido la importancia de este compromiso de diálogo entre la Comisión y las empresas. En su Dictamen del de 29 de marzo de 2001, esta institución expresó su confianza en que *«la supresión del sistema de notificación preventiva no impedirá en modo*

<sup>33</sup> M. MONTI, «Opening Speech» delivered at the Fifth EU Competition Law and Policy Workshop *The modernization of EC Antitrust Policy*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Traducción propia.

*alguno —sino que favorecerá— la instauración de un diálogo (preventivo) entre las empresas, la Comisión y las autoridades nacionales, cuando lo soliciten las mismas empresas».* El Comité Económico y Social reconoce que este diálogo no puede sustituir a las «decisiones» pero podrá constituir una indispensable verificación preventiva de carácter informal y no vinculante. El Comité enlaza este diálogo con el «dictamen motivado» que se contempla al final del Capítulo II de la Exposición de Motivos de la propuesta.

Según el Comité Económico y Social, la Comisión no sólo debe estar dispuesta a emitir un dictamen en «escasos asuntos», sino también en caso de importantes inversiones y de importantes o irreversibles modificaciones estructurales.

Existe, por tanto, un compromiso para que la seguridad jurídica cuente con un nuevo instrumento a su favor: los dictámenes. A pesar de ello, la Comisión los contempla con cautela. Prueba de ello son las salvaguardas con que recoge este compromiso y el hecho evidente de que el anuncio del mismo en la memoria explicativa de la propuesta no tenga continuidad ni en el articulado ni en los considerandos del nuevo texto. La Comisión se limita a recoger su compromiso de emitir una Comunicación sobre la materia que no podrá suponer nunca un derecho de obtención de dictámenes para las empresas.

Por las características enunciadas todo apunta a que la Comisión desarrollará un sistema de dictámenes que le garantice la suficiente flexibilidad para poder decidir sus prioridades y utilizar sus recursos. Por ello, la atención del requerimiento de dictamen de una empresa se basará en determinadas condiciones como la novedad de la cuestión planteada (sin respuesta en el marco legal ni en la jurisprudencia, práctica administrativa o, incluso, en dictámenes ya existentes), o la existencia de suficiente interés público (que podría basarse en factores como la importancia económica del acuerdo, la extensión del mismo, las inversiones que conlleve, etc.).

En principio, la petición de dictámenes deberá afectar a acuerdos reales y no a meras cuestiones hipotéticas, no pareciendo posible tampoco que pueda referirse a cuestiones planteadas en un caso sujeto a un procedimiento ante una autoridad o tribunal nacional.

En cuanto a los efectos del dictamen, todo apunta a que no impliquen una salvaguarda frente a actuaciones ulteriores de la Comisión, de autoridades nacionales o tribunales civiles, y sin prejuzgar la valoración que puedan realizar posteriormente el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia.

## 6. CONCLUSIÓN

La reforma del Reglamento 17/62 propuesta por la Comisión ha resultado un auténtico ejercicio de autoevaluación de la normativa comunitaria

y de su relación con el Derecho de la competencia de los 15 Estados miembros.

No cabe duda que en cuarenta años de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia se han tenido numerosas ocasiones para evaluar la eficacia y posibles mejoras a introducir en los instrumentos contenidos en la actual regulación, y que la propuesta que actualmente se debate intenta resolver muchos de los problemas prácticos a los que se ha enfrentado el Derecho de la competencia comunitario en su afán de lograr un correcto funcionamiento de la competencia en los mercados. Es claro que algunas de las propuestas presentadas por la Comisión pueden plantear ciertas dudas desde la óptica del Derecho interno de los Estados miembros, dada la disparidad de normativas nacionales y de los modelos sobre las que se sustentan. Sin embargo, esto no ha de resultar un obstáculo para reconocer la necesidad de que hay que dotar a las autoridades de competencia encargadas de aplicar el Tratado de la legislación que mejor permita una persecución eficaz de las prácticas contrarias a la competencia.

En una comunidad ampliada, el actual sistema de notificación previa centralizado en la Comisión parece de imposible mantenimiento, por lo que las opciones pasaban por la descentralización de su aplicación o por el cambio de sistema. Se ha optado por la segunda, lo que para aquellos países, como España, acostumbrados al régimen de autorización supone, sin duda, un cambio de mentalidad que lógicamente puede resultar más costoso cuando el nuevo sistema entre en vigor. Preocupan, principalmente, los aspectos relativos a la seguridad jurídica, posiblemente porque, acostumbrados a un sistema de notificación —por muy burocrático y poco ágil que pueda haber resultado—, el paso a un sistema más libre en el que las empresas han de soportar una mayor responsabilidad a la hora de evaluar sus acuerdos sin poder recurrir a la decisión de la autoridad administrativa puede resultar inicialmente menos atractivo. Sin embargo, creemos que es cuestión de tiempo, el necesario para adaptarse a las nuevas circunstancias, y que la propuesta contiene suficientes mecanismos para facilitar la labor de las empresas y los expertos a la hora de realizar una evaluación correcta de la compatibilidad de los acuerdos con la legislación. A esto hay que añadirle que el nuevo enfoque económico, más centrado en el poder de mercado, debe liberar a la gran mayoría de las empresas europeas del requisito de la notificación, afectando únicamente a aquellas que por su relevancia en el mercado han de preocuparse por los efectos de su comportamiento en el mismo.

La propuesta plantea asimismo un nuevo modelo de cooperación reforzada entre autoridades de competencia que, sin duda, puede tener importantes consecuencias en el ámbito de la defensa de la competencia tanto a nivel interno como comunitario. Por un lado un reforzamiento de la vigilancia de los mercados a nivel europeo, alentado por la mayor implicación de las autoridades nacionales —y jueces— en la aplicación del Derecho comunitario. Esto va a exigir, a su vez, una mayor dedicación



