

RÉQUIEM POR EL REGLAMENTO 17

Luis BERENGUER FUSTER

Diputado al Parlamento Europeo

Ex Vicepresidente del TDC

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la amplia reforma del Derecho comunitario de la competencia, que está siendo llevada a cabo por la Comisión, definitivamente le ha tocado el turno a la sustitución del Reglamento 17, que databa de 1962 y al que, tanto su antigüedad, como el hecho de que hubiera sido elaborado en un momento en el que la Comunidad era totalmente diferente a la actual, se le notaban en demasía. Tras una dilatada tramitación de la propuesta de la Comisión¹, finalmente se ha publicado el Reglamento CE núm. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado², Reglamento que será aplicable a partir del día 1 de mayo de 2004.

A la hora de enjuiciar las reformas introducidas en el nuevo Reglamento, resulta necesaria una referencia crítica a la norma a la que sustituye. Es cierto que el Reglamento 17 fue elaborado en un momento en el que la Comunidad exclusivamente tenía seis miembros, en la cual la política de la competencia resultaba una novedad, y esas circunstancias han de suavizar considerablemente las críticas que al mismo se le puedan dirigir. Si bien ello es cierto, no es menos cierto que, en la actualidad, su texto resultaba totalmente inadecuado para las necesidades de una nueva Comunidad con quince miembros, y a la puerta de su ampliación, en la cual la política de la competencia constituye una de las políticas fundamentales para la creación de un espacio económico único.

Al Reglamento 17 se le ha criticado, en primer lugar, por no contener un verdadero procedimiento claro y articulado, sino exclusivamente unas normas procedimentales que, aunque hayan sido completadas por otros Reglamentos y las prácticas de la Comisión, no por ello puede afirmarse

¹ La Comisión Europea publicó el 27 de septiembre de 2000 una 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, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 [doc. COM (2000) 582 final].

² DOCE de 4 de enero de 2003.

que exista un verdadero procedimiento, tal y como se viene entendiendo, al menos en un país como España, en el que el procedimiento administrativo es señaladamente garantista. Otra de las críticas más frecuentes era que en el procedimiento no se respetaban suficientemente los derechos de defensa³. En estos apartados, justo es reconocer que el nuevo Reglamento contiene un señalado avance sobre el régimen anteriormente existente, por cuanto que establece mejoras considerables en el procedimiento, al tiempo que delimita los poderes de investigación de la Comisión, si bien, aun reconociendo los avances, cabe formular ciertas objeciones a su contenido, que resulta insuficiente en determinados aspectos, tales como los relativos a los derechos de quienes son parte en el procedimiento, o la no fijación de plazos para la Comisión, por señalar sólo dos de las objeciones más significativas.

Entre los aspectos positivos del nuevo Reglamento, puede señalarse que se han incorporado a un texto normativo algunas de las reglas, tales como las relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que con anterioridad estaban contenidas en simples Comunicaciones⁴, aunque de forma un tanto extraña, no se ha incorporado al texto normativo el contenido de alguna Comunicación, como la relativa a la reducción de multas a quienes colaboren en la investigación⁵, que es susceptible de generar derechos a los particulares. En cualquier caso, para formular una opinión definitiva sobre las reglas de procedimiento, habrá que estar a la publicación del correspondiente Reglamento de la Comisión, cuya aprobación está prevista en el art. 33 del Reglamento.

Como se ha indicado, la derogación del Reglamento 17, y su sustitución por el nuevo Reglamento 1/2003, constituye un hito, si cabe el más importante, dentro del proceso de reforma del Derecho comunitario

³ Aurelio MENÉNDEZ, «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia», en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, 1993, p. 361; Blanca VILÁ COSTA y Santiago GISPÉRT I MARTÍ, «Aproximación a los denominados derechos de defensa en el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de la competencia», en *Información Comercial Española*, diciembre 1987, p. 84; Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-27, marzo 1997, pp. 100-101; Amadeo PETITBÓ y Luis BERENGUER, «Competition-Related Procedures in Spanish and Community Law: Protection of Private Parties», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1997.

⁴ Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CEE (*DOCE*, núm. C, de 13 de febrero de 1993). Comunicación 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 arts. 81 y 82 del Tratado (*DOCE*, núm. C, de 15 de octubre de 1997). En este trabajo va a utilizarse la numeración del Tratado de Ámsterdam, incluso en los documentos anteriores al mismo.

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (*DOCE*, núm. C 45, de 19 de febrero de 2002), que ha sustituido a la de 18 de julio de 1996.

de la competencia que se ha llevado a cabo en los últimos años. Como principios que han estado presentes en esa reforma, cabe señalar una nueva concepción del Derecho de la competencia, que se acerca al modelo americano, concepción que toma en consideración elementos tales como la utilización del análisis económico, la consideración de los efectos de las conductas sobre la competencia, la huida del rigor formalista, o la aplicación descentralizada. Y teniendo en cuenta el contenido de las propuestas contenidas en el Reglamento, particularmente la desaparición del procedimiento de autorización y su sustitución por un régimen de excepción legal, hay que concluir que el Reglamento es coherente con el resto de la reforma emprendida.

Las líneas fundamentales del nuevo Reglamento habían sido anunciadas en el Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE⁶, que, publicado en 1999, supuso la apertura de un debate sobre las propuestas en él contenidas⁷. El balance global de las opiniones vertidas en tal debate, muestra una cierta, aunque no amplia, mayoría de opiniones favorables a las nuevas propuestas, aun con un peso no desdeñable de las opiniones sumamente críticas de las líneas de la reforma anunciada.

Por su parte, la Comisión ha defendido arduamente sus propuestas, argumentando fundamentalmente que la desaparición del procedimiento de notificación y la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia, permitirá una liberación de recursos en la Dirección General de Competencia, recursos que se dedicarán, en el futuro, a la persecución de las infracciones más graves, que son las que afectan más significativamente al interés público comunitario⁸.

⁶ DOCE, núm. C, de 12 de mayo de 1999.

⁷ La publicación del Libro Blanco ocasionó la publicación de un buen número de comentarios sobre las propuestas en él contenidas. Ver Gianfranco ROCCA y Céline GAUER, «Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des arts. 81 et 82 du Traité», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, octubre 1999, pp. 1 ss.; José M. BENEYTO, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación en la aplicación de los arts. 85 y 86», en *GJUE*, núm. 202, pp. 9 ss.; L. BERENGUER FUSTER y L. BERENGUER GIMÉNEZ, «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», en *GJUE*, núm. 208, julio-agosto 2000, pp. 18 ss.; Santiago MARTÍNEZ LAGE, «Revolución en el art. 81 (antiguo 85) del Tratado CE», en *GJUE*, núm. 203, pp. 3 ss.; «Del control preventivo al control represivo: el nuevo enfoque de la Comisión en la aplicación del art. 81 CE», en *GJUE*, núm. 208, julio-agosto 2000, pp. 3 ss.; «¿Próximo Big Bang en el Derecho Comunitario de la Competencia?», en *GJUE*, núm. 210, noviembre-diciembre 2000, pp. 3 ss. Se celebraron también múltiples Jornadas y Seminarios, en Universidades; por ejemplo, las celebradas por iniciativa de la Comisión y el Parlamento en la Universidad de Freiburg, «Reform of European Competition Law», el 9 de noviembre de 2000; y las celebradas en el Instituto Universitario Europeo de Florencia cuyos trabajos fueron publicados en *European Competition Law*, 2000, y que pueden ser consultados en la página web del Instituto.

⁸ Mario MONTI, «La nueva política europea de la competencia», en *El nuevo Derecho español y comunitario de la competencia*, J. M. BENEYTO (dir.) y J. MAILLO (coord.), Barcelona, Universidad San Pablo-CEU-Bosch, 2002, pp. 15 ss.

2. CRÍTICAS A LA NUEVA REGULACIÓN

En la medida en que el Reglamento 1/2003 supone la traslación a un texto normativo de las propuestas que habían sido incluidas en el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, no resulta extraño que su publicación haya supuesto una reedición de las críticas que, desde algunos sectores, se habían formulado a tales propuestas, en especial las relativas a la supuesta renacionalización del Derecho de la competencia, o a la falta de seguridad jurídica que acarrea la sustitución de un sistema de autorización por uno de excepción, a las dificultades de la aplicación descentralizada de las normas e, incluso, a la imposibilidad de variar el sistema sin modificar previamente el Tratado. En tales críticas, tuvo un papel destacado el *Bundeskartellamt* alemán, que, desde el principio, se mostró especialmente beligerante con las propuestas contenidas en el Libro Blanco⁹. Las críticas han ido orientadas en diversas direcciones, algunas de las cuales se exponen a continuación.

A. LA MODERNIZACIÓN IMPLICA LA RENACIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

Uno de los argumentos aducidos por los enemigos de las nuevas propuestas consiste en afirmar que la reforma supone la renacionalización del Derecho comunitario de la competencia, en la medida en la que su aplicación por las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros producirá una tendencia, no tanto a aplicar las normas nacionales sobre las comunitarias, lo cual resulta imposible en virtud del principio de primacía, sino a aplicar el Derecho comunitario en clave nacional. Este argumento ha sido rebatido en diversas ocasiones por el Comisario MONTI, argumentando que, más bien al contrario, el hecho de que la totalidad del Derecho comunitario de la competencia pueda ser aplicado no sólo por la Comisión, sino por las autoridades, y además por los jueces y tribunales nacionales, implica una extensión generalizada de la aplicación de las normas comunitarias¹⁰.

⁹ Los representantes del *Bundeskartellamt* expresaron esa críticas en cuantas ocasiones tuvieron para ello, e incluso elaboraron un informe sumamente crítico con las propuestas del Libro Blanco. Para reflejo de tales críticas ver Dieter WOLF, Presidente del *Bundeskartellamt*, «Modernisation of European Competition Law. Some remarks on the current discussion on the Commission's proposal for the reform of Regulation 17», intervención en la audición celebrada en la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo del día 22 de septiembre de 1999.

¹⁰ Comparecencia del Comisario MONTI ante la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo.

B. EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN ES EL PREVISTO EN EL TRATADO Y NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR UN SISTEMA DE EXENCIÓN SIN SU REFORMA

Otro de los problemas aducidos por los críticos del sistema del Reglamento consiste en afirmar que el sistema de notificación era el previsto en el art. 81.3 del Tratado, y su sustitución por un sistema de excepción no puede efectuarse sin una previa reforma del mismo. Ésta ha sido la posición del *Bundeskartellamt*, y ha motivado la emisión de diversos informes jurídicos que han concluido afirmando que tal reforma no era necesaria¹¹. En apoyo de la opinión contraria a la necesidad de la reforma es preciso recordar que, a la hora de redactar el Tratado, el texto del art. 81.3 constituyó un compromiso entre los partidarios de un régimen de autorización (es decir, Alemania) y los partidarios de un régimen de excepción (Francia), mediante una redacción de un texto que admitía ambos sistemas y que permitió la superación del problema. Posteriormente, en la elaboración del Reglamento 17 se impusieron las propuestas alemanas a las francesas, pero ello no significa que el sistema de autorización fuera el único previsto en el Tratado¹².

C. EL SISTEMA AFECTA A LA SEGURIDAD JURÍDICA

La preocupación por la seguridad jurídica ha estado con frecuencia presente en no pocas de las críticas formuladas a las modificaciones contenidas en el Reglamento, como en su día estuvo presente en las que se realizaron a las propuestas del Libro Blanco¹³. Esta preocupación está motivada en la sustitución del sistema de autorización por el de exención, y, en buena medida, en la aplicación descentralizada, especialmente por los órganos jurisdiccionales, del art. 81.3.

Cuando se habla de los riesgos de una reforma, es necesario comparar la situación preexistente con la que se producirá tras el cambio propuesto. Si tal comparación se efectúa, en modo alguno puede realizarse una lectura crítica de la modificación del sistema. El procedimiento de noti-

¹¹ Informe del *Bundeskartellamt*, citado por D. WOLF, *loc. cit.* Con ocasión del debate en el Parlamento Europeo sobre las propuestas del Libro Blanco, se solicitó un informe al Servicio Jurídico del propio Parlamento, que opinó que el sistema de excepción tenía cabida dentro del texto del art. 81.3.

¹² LUIS BERENGUER, «Modernización de las normas Comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», en *GIUE*, núm. 211, enero-febrero 2001 p. 27; JOSÉ M. GARCÍA-MARGALLO y CRISTINA ASTURIAS, «El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo», en *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, cit., pp. 239-240.

¹³ Ver LUIS BERENGUER, «Modernización de las normas...», cit., pp. 27 ss.; EMILE PAULIS, «Coherent Application of EC Competition Law in a System of Parallel Competences», y ALEXANDER SCHAUB, «The Reform of Regulation 17: The Issues of Compatibility, Effective Enforcement and Legal Certainty», en *Jornadas del Instituto Europeo Universitario de Florencia*, citadas. En todos estos trabajos se rechazan las críticas sobre la falta de seguridad jurídica.

ficación, en el que únicamente terminan en decisión formal el 10 por 100 de las notificaciones efectuadas, es un procedimiento no contradictorio y en el que la mayor parte de los expedientes acostumbra a concluir en una anormal «*confort letter*», puede merecer muchos calificativos, pero en ningún caso merece ser calificado como un procedimiento que ofrezca seguridad jurídica. Si, además, tenemos en cuenta que una de las finalidades de la reforma consiste en preparar a los órganos comunitarios de la competencia para la ampliación de la Unión Europea, no se puede obviar que, tras la ampliación, de seguir con el procedimiento del Reglamento 17, el porcentaje de expedientes de notificación que terminará con una decisión formal, disminuirá considerablemente. En cualquier caso, en la actualidad, el Derecho comunitario de la competencia tiene una madurez que permite a las empresas, y a sus asesores, conocer qué acuerdos están prohibidos y cuáles son merecedores de estar incluidos en la exención del art. 81.3. Esta madurez está sólidamente fundamentada en la doctrina contenida en las decisiones de la Comisión, y en las sentencias de los Tribunales comunitarios, y, en base a ella, puede plantearse un cambio de sistema sin que afecte a la seguridad jurídica, como argumentan quienes añoran el procedimiento de notificación.

Se ha alegado igualmente que una de las posibles consecuencias del cambio de modelo consiste en que, en el futuro, se va a producir una relajación en la persecución de ciertos cárteles¹⁴. Según esta tesis, con el sistema anterior, un acuerdo que planteara dudas sobre sus efectos para la competencia, podría ser denegado si era sometido a autorización. Sin embargo, con el cambio de sistema, y la consideración de esas consecuencias en el seno de un expediente sancionador, los casos dudosos han de ser resueltos a favor del acuerdo, porque en Derecho sancionador ha de regir el principio *in dubio pro reo*, que, en esta materia, termina traducándose en *in dubio pro libertad contractual*. Ello puede significar que acuerdos que, con anterioridad, no iban a ser autorizados, no van a poder ser prohibidos con el nuevo sistema. Si tal es cierto, no es menos cierto que este extremo no constituye un aspecto especialmente negativo del nuevo sistema. El menor formalismo, la extensión de la cultura de la competencia, y la posibilidad de analizar los efectos sobre la competencia, una vez aplicado el acuerdo, la decisión o la práctica, en lugar del examen *ex ante*, constituyen ventajas que compensan sobradamente la posible relajación en la persecución de los cárteles, con independencia de que tal relajación únicamente afectaría a las denominadas «zonas grises» y no a los casos más graves de infracción de las normas comunitarias de la competencia. Antes al contrario, es presumible que las infracciones más graves van a ser objeto de una persecución mayor, por cuanto que una de las razones que justifican la reforma, a juicio de la Comisión, es que la supresión del procedimiento de notificación, liberará recursos de la Dirección General de Competencia, que podrán ser destinados a la persecución de las infracciones más graves.

¹⁴ Ver D. WOLF, *loc. cit.*

Otro de los problemas que se han planteado en relación con la seguridad jurídica, como consecuencia de la aprobación del nuevo Reglamento, como igualmente en su día se planteó con ocasión del debate sobre el Libro Blanco, es el relativo a la posibilidad de que recaigan decisiones contradictorias, cuando sean diferentes órganos, tanto administrativos como jurisdiccionales, los encargados de aplicar las normas comunitarias de la competencia. Esta objeción puede ser rebatida, si se recuerda que, con anterioridad a la aprobación del Reglamento 1/2003, tanto los órganos jurisdiccionales como la mayor parte de las autoridades encargadas de la competencia estaban habilitadas para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, mientras que el Reglamento 17 sólo reservaba a la Comisión el monopolio de la aplicación del art. 81.3, lo cual implicaba no sólo críticas, sino problemas de coherencia, y dudas sobre si era posible realizar una aplicación del art. 81.1 sin el instrumento que constituye el art. 81.3.

La existencia del monopolio de la Comisión en la aplicación del art. 81.3, podría tener sentido en un régimen de autorización, pero carece completamente de tal sentido en un régimen de excepción legal. En ese régimen se realiza el balance concurrencial al analizar conjuntamente si existe una conducta, si tal conducta afecta a la competencia y al comercio entre Estados miembros, y, al mismo tiempo, si existen elementos positivos que compensen los efectos limitativos de la competencia. Al realizarse ese análisis conjunto, no se produce la ruptura entre quien aplica el art. 81.1 y quien aplica el art. 81.3, y, por lo tanto, la aplicación puede ser más coherente.

Se ha señalado por algunos críticos de la modernización que existe un grave problema en el hecho de que los jueces puedan aplicar el art. 81.3 ya que la aplicación de este precepto tiene mayor complejidad que la aplicación del art. 81.1, ya que es necesario realizar complejos razonamientos económicos, que no están al alcance de los jueces. Posiblemente detrás de esa crítica se oculte una concepción del Derecho de la competencia como una rama jurídica sumamente especializada, que se encuentra al alcance de pocos mortales. No parece que las normas de la competencia tengan mayor complejidad que otras normas del Derecho, cuya aplicación exige la realización de estudios técnicos (por ejemplo, en el campo de las patentes) y a nadie se le ocurre proponer la supresión de la intervención judicial en esos campos. En cualquier caso, los estudios económicos siempre podrán ser realizados como prueba pericial, y, además, el propio Reglamento prevé la posible intervención de la Comisión, y de las Autoridades nacionales de la competencia, para auxiliar a los órganos jurisdiccionales en la realización de tales estudios¹⁵.

No se puede ocultar que la aplicación de unas mismas normas por distintas instancias, tanto administrativas como jurisdiccionales, no sometidas a jerarquía, puede producir divergencias de interpretación. Cuando

¹⁵ Como ejemplo de las críticas, ver D. WOLF, *loc. cit.*

existe esa divergencia, se puede solucionar mediante la unificación que supone el sometimiento a una instancia jurisdiccional jerarquizada, pero esa solución no resulta aplicable en la Unión Europea, que no es un Estado, sino una Unión de Estados basada en una transferencia limitada de sus derechos de soberanía, en la que los órganos jurisdiccionales no están jerarquizados, y en la que la aplicación del Derecho comunitario se realiza según las normas del Derecho nacional ¹⁶.

En consecuencia, ante la imposibilidad de un recurso que sirviera para unificar las interpretaciones, el único sistema válido es el previsto en el Reglamento consistente en arbitrar medios de colaboración entre la Comisión y las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales, cuando apliquen el Derecho comunitario, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial.

3. PRINCIPALES INNOVACIONES

El nuevo Reglamento contiene una nueva regulación del procedimiento en los expedientes en los que se persigan las conductas prohibidas por los arts. 81 y 82 del Tratado, regulación que, como se ha indicado, no pocas veces supone incorporar a un texto normativo, bien prácticas de la Comisión, bien reglas que se encontraban en textos que, como las Comunicaciones de la Comisión, carecen de valor normativo. Hay que señalar que no se trata, en este momento, tanto de realizar un análisis exhaustivo y sistematizado del Reglamento 1/2003, como de señalar las innovaciones más importantes que en él se contienen, para, a renglón seguido, analizar cómo pueden afectar tales innovaciones a la legislación española.

A. DESAPARICIÓN DE LA NOTIFICACIÓN

Sin duda, la innovación más importante de las contenidas en el nuevo Reglamento, consiste en la desaparición del procedimiento de notificación, innovación que, como se ha indicado, ha sido objeto de una oposición radical por diversos sectores, especialmente el *Bundeskartellamt*, que adujo incluso la necesidad de modificar el Tratado para establecer el cambio de sistema de aplicación del art. 81.3, y que tal desaparición afectaba a la seguridad jurídica.

¹⁶ Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, «Aplicación del Derecho comunitario europeo por los órganos jurisdiccionales españoles», en *GJCE*, núm. 86, noviembre 1990, pp. 15-16, con expresa mención de la doctrina de la Sentencia TICE de 15 de julio de 1964, en el As. Costa/Enel. En su dictamen acerca del Libro Blanco, el Comité Económico y Social sugirió el establecimiento de un recurso al Tribunal de Justicia cuando los jueces y tribunales nacionales aplicaran el Derecho comunitario de la competencia, pero tal recurso no está previsto en los Tratados y ocasionaría problemas de constitucionalidad en muchos países miembros.

Como se ha señalado anteriormente, la redacción del art. 81.3 a la hora de elaborar el Tratado de Roma constituyó un compromiso entre los partidarios de un régimen de autorización (fundamentalmente Alemania) y los partidarios de un régimen de excepción legal (Francia), mediante una fórmula que admitía ambos sistemas y permitió la superación del problema. Pero el debate continuó en el año 1962, a la hora de elaborar el Reglamento 17, ya que era necesario optar por una de las dos fórmulas. La delegación alemana defendía el régimen de autorización como el más adecuado para ofrecer seguridad jurídica a las empresas, mientras que los franceses argumentaban que los acuerdos entre empresas, en principio, no eran ni buenos ni malos y, en cualquier caso, deberían ser enjuiciados según sus efectos en el mercado, lo cual implicaba, naturalmente, un juicio *a posteriori*, descartándose la autorización previa. En un momento determinado del debate, la delegación francesa recibió instrucciones de plegarse a la postura alemana, y, en consecuencia, el Reglamento 17 reflejó el sistema de autorización, que había sido defendido por Alemania.

El sistema de autorización ha funcionado hasta el presente, aun con ciertas dificultades. La principal de ellas ha consistido en la incapacidad de la Comisión de dar respuesta al ingente número de notificaciones que se producían¹⁷. Tal incapacidad había generado una anómala práctica consistente en las denominadas «cartas administrativas» o «*confort letters*» en las que la Comisión manifestaba que, de los datos que obraban en su poder, no se deducía que el acuerdo notificado constituyera una infracción del art. 81.1, o bien no pudiera acogerse a lo previsto en el art. 81.3. El problema de tales cartas administrativas consistía en que carecían de fuerza jurídica, y no vinculaban ni a las autoridades nacionales, ni, por supuesto, a los jueces y tribunales de los Estados miembros, por lo que el efecto de la seguridad jurídica del sistema no aparecía por ninguna parte. Por otra parte, cuando la Comisión se decidía a iniciar el procedimiento encaminado a otorgar una autorización, empleaba tanto tiempo en su tramitación, que cuando, finalmente, recaía una Decisión formal, podía darse el caso de que las empresas ya no estuvieran interesadas en poner en marcha el acuerdo.

El nuevo sistema se materializa en el art. 1 del Reglamento 1/2003. En este precepto, junto a los apartados en los que se dispone que están prohibidos los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1 (art. 1.1) y las conductas abusivas (art. 1.3), equivalentes a cuanto se establecía en el art. 1 del Reglamento 17, se contiene un nuevo apartado (art. 1.2) en el que se dispone que los acuerdos, decisiones y prácticas contempladas en el art. 81.1, que reúnan las condiciones del art. 81.3, «no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto».

¹⁷ Según los datos obtenidos de los informes anuales sobre la política comunitaria de la competencia, en el año 1999 se presentaron 162 notificaciones, y 101 en 2000. Del conjunto de expedientes relativos a los arts. 81 y 82 en 1999, 68 terminaron en decisión formal y 514 en decisiones informales. En 2000 fueron 36 y 343, respectivamente.

A la hora de enjuiciar el cambio de sistema, debe tenerse en cuenta que la reforma del Reglamento de procedimiento forma parte de la reforma global del Derecho comunitario de la competencia, de la que forman parte igualmente la modificación de los Reglamentos de exención por categorías, y en esa reforma, que está presidida por principios tales como la utilización del análisis económico para analizar los efectos de las conductas, sustituyendo criterios formalistas, resulta coherente la desaparición del procedimiento de notificación, y su sustitución por un sistema en el que la evaluación de los efectos sobre la competencia se realiza *a posteriori*.

El art. 10 del Reglamento regula las declaraciones de inaplicabilidad, que, en cierta medida, pueden ser consideradas como una consecuencia de la desaparición del sistema de autorización. En este precepto se establece que la Comisión podrá declarar, de oficio, que determinado acuerdo, decisión o práctica, no infringe el art. 81.1, o bien que reúne las condiciones para aplicar el art. 81.3. Tal declaración también podrá realizarse respecto del art. 82 del Tratado.

Este precepto, indudablemente relacionado con el cambio de sistema, no implica que la declaración en él prevista vaya a constituir, de forma indirecta, una reintroducción del sistema de notificación¹⁸. Para evitar ese efecto, en el Reglamento se contienen una serie de cautelas, que introducen significativas diferencias respecto del sistema de autorización. A tales efectos puede señalarse, en primer lugar, que la declaración de inaplicabilidad puede afectar no sólo al art. 81, sino que se extiende al art. 82; y, en segundo término, que siempre se realizará de oficio, y cuando concurren razones de interés público comunitario. Queda, en consecuencia, descartado, que las empresas puedan acudir a solicitar una declaración de inaplicabilidad, ya que carecen del derecho a instar tal pronunciamiento. Finalmente debe destacarse que estas decisiones de no infracción de la Comisión tienen naturaleza meramente declarativa¹⁹, y no crean derechos *erga omnes*, por lo que pueden ser ignoradas por los órganos jurisdiccionales, y aun por las autoridades nacionales. En consecuencia, en cuanto respecta a la seguridad jurídica y los efectos de la decisión, estas declaraciones podrían mostrar más similitudes con las cartas administrativas que con las decisiones de autorización, pero en cualquier caso debe huirse de buscar ningún tipo de similitud. Las decisiones en las que se realice una declaración de inaplicabilidad están reservadas, y así es la voluntad de la Comisión para «los nuevos tipos de acuerdos o prácticas o cuestiones que no se han fijado definitivamente en la jurisprudencia y en la práctica decisoria existentes»²⁰.

¹⁸ Eduardo PRIETO KESSLER y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, «Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 107.

¹⁹ Considerando 14 del Reglamento 1/2003.

²⁰ Exposición de Motivos de la propuesta de la Comisión.

B. PRINCIPIO DE PRIMACÍA

El art. 3 del Reglamento, en sus tres apartados, delimita las relaciones entre las legislaciones nacionales y el Derecho comunitario de la competencia, en unas reglas que parecen formular de forma peculiar el efecto de primacía del Derecho comunitario.

En el primero de los párrafos del art. 3 se establece un principio de carácter general, según el cual cuando las autoridades o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen a las *ententes* colusorias o las conductas abusivas las normas nacionales de la competencia, si se afecta al comercio entre los Estados miembros, deberán aplicarse también los arts. 81 y 82 del Tratado. En el párrafo segundo se establece la norma según la cual, cuando haya afectación al comercio comunitario «la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas a que alude el apartado 1 del art. 81 del Tratado, no puede conducir a su prohibición, a no ser que también estén prohibidos por el Derecho comunitario de la competencia»²¹. Sin embargo, no se impide que las legislaciones nacionales apliquen normas más estrictas para las conductas unilaterales de las empresas. Finalmente, el apartado 3 establece que las reglas anteriores no se aplicarán cuando las legislaciones nacionales establezcan normas para el control de las concentraciones, o bien persigan un objetivo diferente al de los arts. 81 y 82 del Tratado.

El contenido de este precepto resulta difícilmente explicable, si no se tiene en cuenta el proceso de su elaboración, especialmente la propuesta de la Comisión. En efecto, en su Propuesta de Reglamento, la Comisión formulaba de manera muy sencilla el proyecto del precepto que había de regular las relaciones entre los arts. 81 y 82 y las normas nacionales de la competencia. Según esa propuesta, cuando los acuerdos, decisiones o prácticas colusorias, o las conductas abusivas de una posición dominante, pudieran afectar al comercio entre los Estados miembros, se aplicaría el Derecho comunitario, «con exclusión de los derechos nacionales de la competencia».

La propuesta de la Comisión contenía una formulación del principio de primacía del Derecho comunitario que, de hecho, suponía la derogación del principio de «doble barrera» en los términos que habían sido formulados en la Sentencia del TJCE *Wilhelm/Bundeskartellamt*²², y no ocultaba la pretensión de conseguir una aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia, en un escenario de aplicación descentralizada.

En el proceso de elaboración del Reglamento, se formularon objeciones a la propuesta de la Comisión, especialmente por Francia, que veía peligrar la aplicación del precepto de su legislación nacional relativo

²¹ Considerando octavo del Reglamento.

²² Sentencia de 13 de febrero de 1969, *Rec.* 1969, pp. 1 ss.

al abuso de situación de dependencia, y como consecuencia de tales objeciones se obtuvo una fórmula de compromiso, reflejada en la redacción del art. 3, que, en definitiva, viene a suponer que el principio de «doble barrera» se aplica a las conductas abusivas de una posición dominante, pero cuando se trate de *ententes* colusorias, la «doble barrera» se aplica de forma diferente, consistente en que las legislaciones nacionales no pueden prohibir conductas que no estén prohibidas por el ordenamiento comunitario.

C. APLICACIÓN DESCENTRALIZADA

Otra de las principales innovaciones del Reglamento 1/2003 respecto de la regulación contenida en el Reglamento 17 es la posibilidad de aplicación descentralizada del art. 81.3 del Tratado, poniendo fin al monopolio que el art. 9 del Reglamento 17 reservaba a la Comisión.

Mientras este último Reglamento estaba vigente, el monopolio de la Comisión quedaba reducido al precepto del art. 81.3, por lo que estaba abierta la posibilidad de la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82, que, obviamente, podían ser aplicados tanto por las autoridades nacionales como por los jueces y tribunales de los Estados miembros. La existencia de tal monopolio no permitía una aplicación pacífica del art. 81.1, hasta el punto que en no pocas ocasiones se había planeado la paradoja que suponía trocear el art. 81, permitiendo que sólo una parte del mismo (art. 81.1) pudiera ser aplicada de forma descentralizada, y la imposibilidad de realizar una adecuada aplicación por aquellos órganos a quienes les estaba vedada la aplicación de otra parte (art. 81.3), que indudablemente formaba parte de un todo²³. El Reglamento 1/2003 pone fin a esa anomalía por cuanto que en el art. 5 dispone que las autoridades nacionales serán competentes para aplicar los arts. 81 —en su totalidad— y 82. Igual previsión se contiene en el art. 6 para los órganos jurisdiccionales. Esta posibilidad de aplicación descentralizada del art. 81.3 es, también, una consecuencia de la desaparición del procedimiento de autorización, por cuanto que, al desaparecer éste, desaparece también la razón de ser del monopolio de la Comisión. No resulta, por lo tanto, de extrañar que los mismos sectores que, en su día, se opusieron a la desaparición del procedimiento de autorización se hayan opuesto igualmente a la aplicación descentralizada del art. 81.3.

a) *Cooperación con las autoridades nacionales encargadas de la competencia*

El art. 9.3 del Reglamento 17 disponía que las autoridades nacionales podrán aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, «mientras la Comisión

²³ L. BERENGUER, «Modernización de las normas comunitarias de la competencia y seguridad jurídica», cit., pp. 29-30.

no inicie procedimiento alguno». Por su parte, el art. 10 del mismo Reglamento contenía una regla de colaboración entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros, aun cuando de su contenido no se dedujera más que un principio genérico de información y de colaboración de las autoridades nacionales con la Comisión en los procedimientos que ésta tramite. Con estas escuetas reglas no se solucionaban los problemas que podían plantearse cuando las autoridades nacionales aplicaban el Derecho comunitario, por lo que, aun en momento muy tardío, la Comisión publicó una Comunicación 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 arts. 81 y 82 del Tratado²⁴, en la que se establecían determinadas normas de reparto de los casos entre la Comisión y las autoridades nacionales, así como ciertas normas de procedimiento para los supuestos en los que intervinieran en el conocimiento de un mismo asunto, bien una autoridad nacional, bien la Comisión Europea.

Obviamente la Comunicación parte del texto normativo del Reglamento 17, que prevé la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, pero concede el monopolio de la aplicación del art. 81.3 a la Comisión Europea. Este monopolio planteaba problemas considerables para la aplicación descentralizada del art. 81.1, a cuya consideración se dedica buena parte del contenido de la Comunicación.

Ahora bien, con el nuevo texto, la realidad ha cambiado, ya que una de las innovaciones más importantes contenidas en el Reglamento 1/2003 consiste precisamente en poner fin al monopolio de la Comisión para la aplicación del art. 81.3, que el futuro podrá ser aplicado igualmente por las autoridades nacionales —y los órganos jurisdiccionales—, por lo que buena parte del contenido de la Comunicación carece de virtualidad.

Con frecuencia se indica que una de las innovaciones del Reglamento 1/2003 consiste en que prevé la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia, afirmación que conviene relativizar, ya que la aplicación descentralizada de los arts. 81.1 y 82 estaba prevista en el propio texto del Reglamento 17, si bien con el nuevo texto se amplía la posibilidad de aplicación descentralizada, pues las autoridades nacionales podrán igualmente aplicar el art. 81.3. Esa nueva posibilidad evita los problemas que se presentaban a las autoridades nacionales al analizar conductas que podían vulnerar el art. 81.1, pero podrían ampararse en el art. 81.3, si bien plantea otras cuestiones, tales como la eficacia supranacional de las decisiones de una autoridad nacionales cuando aplica el art. 81.3.

A la solución de los problemas que genera esa aplicación descentralizada dedica el nuevo Reglamento los preceptos incluidos en los arts. 11, 12 y 13. El primero de los comentarios que debe hacerse a la nueva regulación consiste en señalar el avance que supone que las normas

²⁴ DOCE, núm. C 313, de 15 de octubre de 1997.

relativas a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales hayan sido incluidas en un texto normativo, obviando una de las críticas que, en su momento, se hicieron a la Comunicación de 1997²⁵.

En segundo término puede indicarse que, a diferencia de lo establecido en la Comunicación de 1997, el texto del Reglamento no incluye criterios para la asignación de casos entre la Comisión y las distintas autoridades, más allá de los que pueden deducirse de las reglas de los arts. 11.6 y 13. Según este último precepto, una autoridad nacional podrá suspender el procedimiento, o desestimar la denuncia cuando otra autoridad se encuentre instruyendo un expediente por el mismo hecho. Asimismo una autoridad, o la Comisión, podrán desestimar una denuncia, cuando la misma conducta haya sido tratada con anterioridad por otra autoridad. Por su parte, el art. 11.6 dispone que cuando la Comisión esté actuando, las autoridades nacionales no podrán incoar un expediente por los mismos hechos, mientras que si una autoridad nacional ha iniciado sus actuaciones, la Comisión únicamente podrá iniciar un procedimiento tras consultar con esa autoridad. Debe indicarse que el primero de los incisos de este precepto, resulta equivalente a lo previsto en el art. 9.3 del Reglamento 17.

En tercer lugar, el art. 12 del Reglamento establece los criterios que permiten el intercambio de información y de pruebas entre las distintas autoridades, que suponen una cierta derogación de los criterios contenidos en la Sentencia del TJCE en el asunto Banca Española²⁶, según la cual, las autoridades de los Estados miembros no tienen derecho a utilizar como medio de prueba la informaciones contenidas en las respuestas a las solicitudes de información, dirigidas a las empresas en un procedimiento seguido ante la Comisión.

Finalmente debe señalarse que, para la aplicación coherente de las normas comunitarias de la competencia, y para facilitar la asignación de casos a la autoridad mejor situada, se ha procedido a la creación de una Red de autoridades de la competencia, formada por la Comisión y las autoridades nacionales. En el texto del Reglamento no se contiene ninguna mención a la existencia de la Red, mención que se realiza en los Considerandos 15, 16, 17 y 18. En el primero de ellos se menciona la conveniencia de la constitución de la Red, mientras que en los tres siguientes se justifican los preceptos contenidos en los arts. 11, 12 y 13, relativos a la cooperación entre autoridades, de cuya mención se deduce que la Red —por otra parte, ya creada— se concibe como una asociación voluntariamente constituida para facilitar, y en cierta medida institucionalizar, la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales, y de éstas entre sí. Aunque la Red no aparezca citada en el texto normativo, sí aparece regulado en el art. 14 del Reglamento el Comité consultivo, que

²⁵ Amadeo PETITBÒ y Luis BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 62-63.

²⁶ Sentencia TJCE de 16 de julio de 1992, *Rep.* 1992, Asunto C 67/91, p. 4820.

ya fue creado en el Reglamento 17, y que continuará teniendo las funciones allí previstas.

b) *Aplicación judicial*

El art. 15 del nuevo Reglamento, bajo el título «cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales», establece algunas normas de carácter procesal para los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho comunitario de la competencia.

La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces y tribunales de los Estados miembros ha sido posible en virtud de la construcción jurisprudencial de los tribunales comunitarios, y es una consecuencia del efecto directo de las normas comunitarias. Desde la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*) una reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal de Primera Instancia²⁷ ha venido admitiendo que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar las normas de la competencia, aun de forma simultánea a la Comisión. Caben, en consecuencia, procedimientos simultáneos y paralelos, tales como un procedimiento en el que se persiga por parte de la Comisión (o una autoridad nacional) determinada conducta por ser contraria a los arts. 81 o 82 del Tratado, y un litigio entre particulares, en el que se persiga la nulidad de un acuerdo por ser contrario al art. 81, o una indemnización de los perjuicios causados por una conducta anticompetitiva; y cuando existen procedimientos simultáneos por los mismos hechos, tramitados por órganos diferentes, caben resoluciones contradictorias, con la posible afectación a la seguridad jurídica²⁸.

Para tratar de resolver los problemas relacionados con la seguridad jurídica, la Comisión publicó el 13 de febrero de 1993 una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CEE²⁹, en

²⁷ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*); 3 de enero de 1974 (*BRT-1*); de 3 de febrero de 1976 (*Founderies Roubaix/Roux*); de 10 de julio de 1980 (*Anne Marty/Estée Lauder*); de 30 de abril de 1986 (*Lucas Asjes*); de 28 de febrero de 1981 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*), así como del TPI, la Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*).

²⁸ En la Sentencia *Brasserie de Haecht* el TJCE resolvió que el juez puede decidir si suspende el procedimiento hasta que resuelva la Comisión, a menos que constate que el acuerdo sobre el que se litiga (un contrato de suministro exclusivo de cerveza) no ejerce efectos considerables sobre la competencia o el comercio entre Estados; en la Sentencia de 30 de enero de 1974 (*BRT/SABAM-1*) el TJCE declaró que el procedimiento entre particulares no debería suspenderse por la existencia de un procedimiento ante la Comisión. El problema de la seguridad jurídica se plantea en la Sentencia de 28 de febrero de 1991 (*Stergios Delimitis/Henninger Brau*) y en ella el TJCE sugirió ciertas normas de actuación para evitar decisiones contradictorias: si claramente no se cumplen los requisitos del art. 81.1, el juez puede continuar el procedimiento; si se considera que puede ser objeto de una exención, o puede haber riesgo de soluciones contradictorias, el juez puede suspender el procedimiento, o adoptar medidas cautelares, y, en todo caso, puede plantear la cuestión prejudicial.

²⁹ DOCE, núm. C 39, de 13 de febrero de 1993.

la que sistematizan los criterios jurisprudenciales, para los supuestos en los que puedan recaer decisiones contradictorias.

Los criterios de la Comisión se dividen en una serie de recomendaciones —en ningún caso pueden resultar obligatorias, en primer lugar, porque se trata de una simple Comunicación, y en segundo lugar, porque los criterios de la Comisión no pueden vincular a los órganos jurisdiccionales— sobre la forma de actuar de los jueces y tribunales nacionales, cuando hay una decisión o cualquier otra toma de posición por parte de la Comisión. Si la Comisión ha iniciado un procedimiento, el órgano jurisdiccional puede aplazar su decisión a la espera de la acción de la Comisión.

Junto a estas recomendaciones contenidas en el apartado 4 de la Comunicación, se incluyen algunas normas de carácter procesal (en un apartado V que lleva el título «Cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión»), en las que se establece que, para la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, el juez o tribunal puede dirigirse a la Comisión para solicitar información procesal relativa a la existencia de procedimientos, y los plazos probables para su resolución. Igualmente puede dirigirse a la Comisión para formular consultas sobre cuestiones jurídicas, así como para recabar información sobre datos concretos: estadísticas, estudios de mercado y análisis económicos.

Con todos estos antecedentes, el art. 15 del Reglamento 1/2003 contiene algunas normas de carácter procesal para la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales. En el número 1 de ese artículo se establece que los órganos jurisdiccionales podrán solicitar que la Comisión les remita la información que obre en su poder, o les emita dictámenes. Comparando estas previsiones con el contenido de la Comunicación de 1993, no existe ninguna innovación. En efecto, dentro del apartado «información que obre en su poder», cabe incluir las distintas modalidades de petición de información, tanto las que la Comunicación denomina «información de tipo procesal»³⁰, como la referida a los datos concretos relativos a estadísticas, estudios de mercado y análisis económicos³¹. En cuanto a la emisión de dictámenes, existe un paralelismo en el extremo referido a la emisión de consultas jurídicas, que ya se contenía en la Comunicación³².

Por su parte el número 2 del mismo art. 15 establece la obligación de los Estados miembros de remitir una copia de las sentencias de los tribunales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado³³.

³⁰ Apartado 37 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³¹ Apartado 40 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³² Apartado 38 de la Comunicación de 13 de febrero de 1993.

³³ Este precepto ha sufrido una considerable modificación respecto de la propuesta de la Comisión, que proponía que esa obligación fuera impuesta a los órganos jurisdiccionales. El texto aprobado por el Consejo impone, de una forma más adecuada, la obligación a los Estados, y limita la obligación de remisión, que sólo afectará a las sentencias de los tribunales.

El art. 15.3 contiene la aportación más novedosa en este apartado, por cuanto establece la posibilidad de intervenir como *amicus curiae*, tanto por parte de las autoridades nacionales como de la Comisión, en los procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. Tanto las autoridades nacionales como la Comisión podrán presentar observaciones, verbales o por escrito, dependiendo de las normas procesales de los correspondientes Estados, y por propia iniciativa. La intervención de la Comisión se hará cuando lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 y 82. La propuesta de la Comisión tan sólo preveía su intervención en los procedimientos, pero el texto del Reglamento ha ampliado la posibilidad a las autoridades nacionales, seguramente para responder al escepticismo de quienes, con fundamento, pensaban que si la Comisión se había mostrado incapaz de resolver las notificaciones con un número limitado de Estados miembros, con mayor motivo iba a ser capaz de intervenir en todos los procedimientos que pudieran tramitar los órganos jurisdiccionales «de Tallín a Lisboa, y de Cork a Lárnaca»³⁴. En cualquier caso, esa figura del *amicus curiae* resulta desconocida en la mayor parte de los ordenamientos procesales de los Estados miembros, por lo que su actuación precisará la introducción de reformas en las normas procesales³⁵.

El problema para la aplicación de este precepto no sólo radica en la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales, sino en determinar cómo pueden tener la Comisión, o las autoridades de la competencia, la información de la existencia de tales procedimientos para participar en los mismos. En el Considerando 21 del Reglamento, se incluye una mención según la cual «procede adoptar las medidas necesarias para garantizar que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros puedan disponer de información suficiente con respecto a los procedimientos judiciales nacionales», pero en el texto del Reglamento no se contiene más previsión que la remisión de las sentencias de los Tribunales, es decir, cuando el procedimiento, incluso el de apelación, en su caso, ha concluido. Por todo ello es necesario mostrar un cierto escepticismo acerca de las posibilidades de que esta intervención pueda llevarse a cabo.

La inclusión de tales reglas constituye un intento de lograr que la aplicación descentralizada de las normas de la competencia sea coherente, teniendo en cuenta los limitados mecanismos que para ello se disponen, y en particular, que se trata de órganos jurisdiccionales que no están jerarquizados, y, por lo tanto, sus resoluciones no pueden estar sometidas a un recurso unificador. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la aplicación de algunas de estas normas precisa de la modificación de la legislación procesal de los Estados miembros, y, por lo tanto, no basta

³⁴ David EDWARD, «The Modernization of EC Antitrust Policy. Issues for Courts and Judges», en *Instituto Universitario Europeo de Florencia*, cit.

³⁵ Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, p. 120; David EDWARD, *loc. cit.*

con que estén contenidas en el Reglamento para que se conviertan en realidad.

Cabe plantearse la cuestión relativa a si el Reglamento supone la derogación de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales. Si se analiza el contenido de las normas referidas a la cooperación con las autoridades jurisdiccionales con las contenidas en la Comunicación de 13 de febrero de 1993, salta a la vista el carácter más reducido de las primeras respecto de estas últimas. El texto del Reglamento recoge las previsiones contenidas en el apartado V de la Comunicación (Cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión), pero no incluye ninguna de las previsiones contenidas en el apartado 4, relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 por los órganos jurisdiccionales nacionales. Existen diferentes razones para la no inclusión de tales reglas en el texto del Reglamento. En primer lugar, una parte considerable del contenido del apartado V de la Comunicación está referida a la aplicación del art. 81.3, que en el momento de la publicación de la Comunicación únicamente podía ser aplicado por la Comisión, mientras que en el texto del Reglamento ha desaparecido tal monopolio. En cuanto a las restantes normas, referidas a la aplicación de los arts. 81.1 y 82 (números 20 a 23 de la Comunicación), pueden seguir teniendo validez, ya que si se tiene en cuenta que contienen criterios que se refieren a la posible actuación de los órganos jurisdiccionales, se llega a la conclusión de que son simples recomendaciones que pueden ser objeto de una Comunicación, pero difícilmente pueden serlo de un texto normativo, como lo es un Reglamento. En efecto, el contenido de los números 20 a 23 de la Comunicación se refiere a la forma de actuar los órganos jurisdiccionales nacionales cuando han de aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado, y solamente incluye una serie de recomendaciones dirigidas a tales órganos jurisdiccionales, recomendaciones que, lógicamente, carecen de valor normativo. Tales recomendaciones no podrían, por lo tanto, ser convertidas en normas incluidas en un texto como el Reglamento, porque ello supondría una intromisión en la normativa de los Estados miembros relativa a la organización de su sistema judicial.

En consecuencia, estas reglas del apartado 4 de la Comunicación, que sólo contienen una sistematización de la interpretación realizada por el TJCE, pueden seguir teniendo vigencia en los mismos términos en los que están formuladas, es decir, como normas interpretativas y sin valor normativo alguno.

D. MEDIDAS ESTRUCTURALES

Habitualmente se ha considerado que una de las novedades de mayor alcance contenidas en el nuevo Reglamento se refiere al contenido de la decisión en la que se constate la existencia de una infracción, en especial a la posibilidad de imposición de medidas estructurales. El art. 7 establece

que cuando la Comisión constate la infracción de los arts. 81 y 82 podrá ordenar a las empresas que pongan fin a la misma, pudiendo imponerles cualquier remedio, sea estructural o de comportamiento. Seguidamente se especifica que las medidas estructurales sólo podrán imponerse cuando no existan otros remedios menos gravosos para las empresas.

En el proceso de elaboración del Reglamento se han introducido considerables modificaciones respecto de la propuesta de la Comisión, en la que no se contenía ninguna limitación a la facultad de imponer medidas estructurales. En la tramitación de la propuesta, algunos países habían formulado objeciones a la posibilidad de adopción de remedios estructurales, y el Parlamento Europeo se había pronunciado a favor de la excepcionalidad de tal medida³⁶. Finalmente se ha recogido la facultad de adopción de medidas estructurales, respetando en cualquier caso los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad.

Los términos en los que ha quedado recogida la propuesta de la Comisión refleja el temor de los sectores empresariales hacia medidas que pueden afectar considerablemente al Derecho de propiedad. Para obviar las críticas producidas por tales temores, se han introducido una serie de salvedades, tales como la exigencia de que las medidas estructurales sean proporcionadas a la infracción, o bien que sólo sean impuestas cuando no existan otras que puedan alcanzar una eficacia equivalente. A pesar de las reformas introducidas en el texto, se puede afirmar que no se añade nada significativo a la propuesta de la Comisión, nada que no pudiera obtenerse por la aplicación de los principios generales que han de estar presentes en el Derecho sancionador.

En refuerzo de la afirmación anterior, puede argumentarse que la adopción de medidas estructurales se configura en el texto del Reglamento como una medida sancionadora y, por lo tanto, han de regir los mismos principios que rigen en el Derecho sancionador, entre ellos los principios de proporcionalidad y necesidad. Además, en la medida en la que las medidas estructurales afectan al derecho de propiedad de las empresas, se trata de una limitación a tal derecho, y, como tal limitación, ha de ser interpretada restrictivamente.

La Comisión manifestó reiteradamente, a lo largo del proceso de elaboración del Reglamento, que la medida no suponía ninguna novedad sobre la realidad existente, por cuanto que la Comisión había adoptado medidas estructurales en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado (Decisiones Continental, Can, Philip Morris y Gillette)³⁷, pero tal argumento

³⁶ El Parlamento Europeo, en su sesión plenaria de 6 de septiembre de 2001, aprobó su Dictamen acerca de la Propuesta de Reglamento, y entre otros extremos, aprobó una enmienda al art. 7, en la que se proponía que se pudieran adoptar medidas estructurales, siempre que «sean proporcionales y necesarias para poner fin efectivamente a la infracción».

³⁷ La Decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971 (*DOCE*, núm. L, de 7 de enero de 1972) declaró que la adquisición de una empresa holandesa por quien ya tenía una posición dominante constituía una infracción del art. 82 y ordenó la desconcentración. La Sentencia *TJCE* de 21 de febrero de 1973 (*Rec.* 1973, pp. 213 ss.) anuló la Decisión por considerar incorrecta la

debe ser aceptado con ciertos matices, ya que las decisiones Continental, Can y Philip Morris habían sido adoptadas con antelación a la aprobación del Reglamento de control de concentraciones, y estaban referidas a supuestos a los que les sería aplicable tal Reglamento, mientras que la Decisión Gillette, que fue posterior a ese Reglamento, no fue objeto de recurso, por lo que el TJ no pudo pronunciarse sobre la legalidad y adecuación al Tratado de las medidas de carácter estructural adoptadas por la Comisión³⁸. En cualquier caso, no puede dejar de obviarse la importancia de la posibilidad de adopción de medidas estructurales en los expedientes de persecución de conductas anticompetitivas, y el carácter fundamental de un instrumento, en cierta medida novedoso, que concede a la Comisión nuevos poderes para la lucha contra los cárteles y las conductas abusivas de una posición dominante, y en favor del reestablecimiento del orden concurrencial.

E. OTROS EXTREMOS

Hasta el momento, se han comentado algunas de las innovaciones más significativas contenidas en el nuevo Reglamento 1/2003. Ahora bien, los cambios introducidos por la nueva regulación se extienden a otros muchos extremos que, al menos de forma sucinta, deben ser mencionados.

a) *Regulación del procedimiento*

En el apartado relativo a las normas de procedimiento puede afirmarse que se mantienen las diferentes fases: instrucción, comunicación de cargos, audiencia de los interesados, dictamen del Comité Consultivo de la Competencia y, finalmente, la decisión, aun cuando no aparezcan diferenciadas claramente en el texto del Reglamento.

En la regulación del procedimiento, aun cuando no se diferencien claramente los diferentes trámites, el Reglamento 1/2003 contiene una mejora sustancial sobre la regulación contenida en el Reglamento 17, e incorpora al texto normativo ciertas normas de procedimiento que constituían la práctica de la Comisión, con una especial preocupación por los derechos de defensa. En este apartado, el art. 27 regula las audiencias de los implicados, de los denunciantes y de los terceros, y recoge principios

delimitación del mercado efectuada por la Comisión, si bien no cuestionó la facultad de la Comisión de adoptar medidas estructurales. La Decisión Philip Morris aceptó los compromisos presentados por las partes y acordó poner fin al expediente abierto como consecuencia de una adquisición de una sociedad, que podría vulnerar los arts. 81 y 82. Los denunciantes presentaron recurso de anulación, pero el TJCE, en su Sentencia de 17 de septiembre de 1987 (*Rep.* 1987, pp. 4487 ss.), consideró que no se había demostrado que la adquisición vulnerara el art. 81. En la Decisión Gillette (de 10 de noviembre de 1992, *DOCE*, núm. L 116, de 12 de mayo de 1993) la Comisión declaró que debería ponerse fin a la adquisición de participaciones en el capital de un competidor.

³⁸ Eduardo PRIETO KESSLER y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, pp. 102-103.

básicos en Derecho administrativo sancionador, tales como aquel según el cual nadie podrá ser condenado sino en virtud de cargos previamente formulados y sobre los que haya podido formular alegaciones.

Las normas relativas al procedimiento serán completadas en los correspondientes Reglamentos de la Comisión previstos en el art. 33, en los aspectos relativos a las denuncias, intercambio de información y consultas y audiencias.

Entre las normas de procedimiento, el art. 8 del nuevo Reglamento prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de la Comisión, posibilidad que, si bien no estaba contemplada entre las previsiones del Reglamento 17, formaba parte de las prácticas de la Comisión, prácticas que habían sido refrendadas por la Jurisprudencia.

b) *Poderes de investigación de la Comisión*

El capítulo V del Reglamento, bajo la denominación «poderes de investigación», incluye una serie de poderes para la Comisión que en ciertos aspectos suponen el mantenimiento de las reglas precedentes, mientras que en otros la nueva regulación contiene novedades respecto de aquello que se establecía en el Reglamento 17. Entre los primeros puede citarse que incluye (art. 17) la posibilidad de realizar investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdos, ya prevista en el art. 12 del Reglamento 17, y también puede citarse la regulación del art. 18 relativa a las solicitudes de información, con modificaciones no significativas respecto del Reglamento precedente. Tampoco ofrecen novedades dignas de ser resaltadas los apartados relativos a la inspección de libros y documentos [art. 20.2.b) y c)].

Resulta novedosa, sin embargo, la posibilidad de proceder al precinto de locales, libros y documentos durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección [art. 20.2.d)], que puede dar lugar a problemas si la duración de la inspección se alarga, por lo que ha sido contemplada con recelo³⁹. En cualquier caso, parece que es una medida que resulta necesaria para realizar las necesarias comprobaciones, en supuestos de cierta complejidad, y no tiene por qué causar problemas, siempre que sea utilizada con mesura.

Posiblemente, las dos novedades que provocan una mayor polémica sean las relativas a la toma de declaraciones y a los registros de los domicilios, extendiéndose la posibilidad de registro domiciliario, no sólo a los locales de la empresa, sino a los domicilios particulares del empresario, los administradores y los miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas.

En cuanto a la toma de declaraciones, se plantea la cuestión relativa a si debe reconocerse a los implicados el derecho a no declarar contra

³⁹ Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, p. 109.

uno mismo, derecho que se recoge entre las garantías constitucionales en los Estados miembros. En este apartado, la Comisión se acoge al argumento según el cual el derecho a la no autoinculpación sólo se aplica a las personas físicas y en los procesos penales, tal y como habían reconocido la Sentencia del TJCE en el asunto Orkem⁴⁰, por lo que tal derecho no les asiste a los implicados en los procedimientos en materia de competencia, y en ningún caso a las personas jurídicas.

Ahora bien, esa afirmación de que el derecho a no declarar contra uno mismo no debe estar presente en estos procedimientos, puede no resultar definitiva. Por una parte, no hay que olvidar que, en algunos Estados miembros, entre ellos España, los principios que rigen el Derecho penal son aplicables a todos los procedimientos sancionadores —y el procedimiento en materia de competencia lo es— y, por lo tanto, a los implicados les asiste el derecho a no declarar contra sí mismos, y, además, tanto para las personas físicas como para las jurídicas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, con posterioridad a la Sentencia Orkem, se ha aprobado en la Unión Europea una Carta de Derechos Fundamentales, que, aunque no sea aducible ante los Tribunales, ha de marcar un impulso hacia el incremento de las garantías de los particulares, también en los expedientes de la Comisión. Por todo ello, no sería de extrañar que, en el futuro, la jurisprudencia del TJCE se encamine en favor del reconocimiento del principio de no declarar contra uno mismo en los procedimientos en materia de competencia, y tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.

En cuanto a los registros domiciliarios, el Reglamento establece una diferencia en cuanto a la solicitud de autorización judicial, según se trate de inspecciones llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa (art. 20) o de inspecciones efectuadas en otros locales (art. 21), pues mientras en las segundas hará falta en cualquier caso la autorización judicial, en los primeros sólo se necesitará mandamiento judicial cuando lo exija la legislación nacional. Esta última salvedad, introducida en el texto elaborado por el Consejo, ha supuesto un avance considerable respecto de la propuesta de la Comisión, que no incluía tal previsión, y no contemplaba, por ello, la situación de países como España, en los que se equipara, a efectos de garantías, el domicilio e instalaciones de las empresas, al domicilio de las personas físicas, y en los que se exige mandamiento judicial, tanto para un supuesto como para el otro.

A la hora de someter a consideración la concesión de un mandamiento judicial, el Reglamento dispone que el juez nacional podrá pedir explicaciones sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de la medida, pero no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección, ni exigir que se le facilite la información que

⁴⁰ Sentencia de 18 de octubre de 1989 (*Rep.* 1989, Asunto 374/87, p. 3283). En la misma fecha se dicta la Sentencia Solvay, en la que las declaraciones en contra de admitir el principio de no autoincriminación en procedimientos en materia de competencia aparece más matizada. Ver Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa...», cit., pp. 106-107.

obre en el expediente, ya que el control de legalidad de la decisión de la Comisión se reserva al Tribunal de Justicia (art. 21.3). Esta fórmula parece un compromiso, que responde a la búsqueda de un equilibrio entre posiciones encontradas, e indudablemente puede dar lugar a conflictos. En efecto, no se entiende cómo el juez nacional puede pedir detalles para «verificar la proporcionalidad» de la medida, si no puede poner en cuestión la necesidad de la inspección ⁴¹.

c) *Compromisos*

En la actualidad, con la vigencia del Reglamento 17, y aun sin una regulación específica que lo permita, la Comisión concluye la mayoría de los expedientes mediante decisiones que aprueban compromisos, que son el resultado de acuerdos negociados, es decir, pactos entre la Comisión y el infractor. Estas decisiones han sido objeto de considerables críticas por cuanto que ni se publican ni intervienen los denunciantes u otros interesados, ni vinculan a las autoridades nacionales o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros ⁴².

En el Reglamento 1/2003, con buen criterio, se ha optado por incluir en el texto normativo una regulación, tal vez insuficiente, de estos acuerdos negociados, bajo el epígrafe «Compromisos» (art. 9). El precepto dispone que la Comisión podrá convertir en obligatorios los compromisos ofrecidos por las empresas, mediante decisión, cuando se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de una infracción. En el número 2 del mismo art. 9 enumera los supuestos en los que se podrá reabrir el procedimiento ⁴³.

A pesar de los avances, algunas de las críticas que se efectuaban a los acuerdos negociados pueden seguir teniendo virtualidad, especialmente la referida a la no intervención en los mismos de los denunciantes y otros interesados. En realidad, el sistema por el que se ha optado en el Reglamento consiste en establecer una decisión rápida, liberar recursos para la persecución de otras conductas, y dejar que los derechos de los denunciantes, y otros posibles perjudicados por las conductas, puedan ser defendidos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

⁴¹ La redacción de este precepto fue introducida en el último momento. Resulta más clarificadora la redacción obtenida en el Comité de Representantes Permanentes (CORREPER) en fecha 24 de mayo de 2002, en cuyo texto, el art. 20.8 tenía el siguiente tenor literal: «Se reserva al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión. El control del juez nacional se referirá exclusivamente a la autenticidad de la decisión de la Comisión y a la ausencia de arbitrariedad o exceso en las medidas de apremio previstas en relación con el objeto de la inspección. 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».

⁴² Aurelio MENÉNDEZ, *loc. cit.*, p. 361; Luis BERENGUER, «Los derechos de defensa...», *cit.*, p. 100.

⁴³ En la redacción definitiva del Reglamento se ha suprimido el número 2 que obraba en el texto obtenido en el CORREPER de 24 de mayo de 2002 en el que se decía que la Comisión no tenía necesidad de «averiguar si se ha producido o no una infracción», inciso que había sido objeto de críticas. Ver Eduardo PRIETO y Diego CASTRO-VILLACAÑAS, *loc. cit.*, pp. 107-108.

Es cierto que estos compromisos no afectan a los terceros, ya que no intervienen en los mismos, y, por lo tanto, podrán ejercitar sus acciones ante la jurisdicción ordinaria, lo cual pone también de manifiesto que una decisión en la que se recojan compromisos no ofrece suficiente seguridad jurídica para el autor de las conductas. Tal vez hubiera sido más conveniente que los interesados, entre ellos los denunciantes, hubieran intervenido en el compromiso, con lo cual se hubieran evitado conflictos posteriores en otras instancias. Finalmente, cabe la duda de si la existencia de una decisión de la Comisión, en la que se acepten los compromisos, impide la actuación de las autoridades nacionales de la competencia. Parece que a esa conclusión hay que llegar si se interpreta conjuntamente lo dispuesto en los arts. 9.1 y 11.6 del Reglamento, ya que la aprobación del compromiso tendrá lugar «cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción» (art. 9.1), es decir, una vez incoado el procedimiento, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.6, la iniciación de un procedimiento por la Comisión priva a las autoridades nacionales de competencia para actuar.

d) *Multas*

En el apartado referido a las multas, el Reglamento 1/2003 diferencia entre las multas sancionadoras (art. 23) y multas coercitivas (art. 24). En ambos tipos de multas se suprimen los límites cuantitativos específicos contenidos en el Reglamento 17, y, en su lugar, como único criterio limitativo, queda el relativo al porcentaje de la cifra de negocios. Esta modificación conlleva importantes consecuencias en cuanto se refiere a las multas impuestas a las asociaciones de empresas, que no tienen cifra de negocios, e implica que, en tal caso, la cifra de negocios, que ha de servir como base de cálculo, es la del volumen de negocios de sus miembros.

La innovación más importante en este apartado consiste en la facultad contenida en el art. 23.4, según la cual cuando se imponga una multa a una asociación de empresas, basada en el volumen de negocios de sus miembros, si la asociación no recaba su importe de éstos, en el tiempo que le fije la Comisión, ésta podrá exigir su pago a cualquier miembro, con el límite del 10 por 100 del volumen de negocios del miembro al que se le exija el pago.

4. REPERCUSIONES DE LA REFORMA PARA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A la hora de analizar las consecuencias de la aprobación del nuevo Reglamento para la legislación española, se debe señalar que, mientras el Derecho comunitario de la competencia ha sido sometido a transformaciones tan sustanciales, en España parece ignorarse tal realidad. A pesar de las múltiples modificaciones introducidas en nuestra legislación

de la materia desde 1996, y, sobre todo, a pesar de haberse tramitado un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, no se ha aprovechado la ocasión para modificar nuestro Derecho en paralelo a cuanto estaba ocurriendo en la Unión Europea. También se ha desperdiciado la ocasión de la reforma de nuestras normas procesales civiles, para adaptar ciertos extremos imprescindibles para permitir la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por nuestros jueces y tribunales. Como resultado de esa doble imprevisión, ahora nos encontramos, por un lado, con el evidente hecho de que tenemos unas normas que difieren en aspectos muy importantes del Derecho europeo, a diferencia de cuanto con anterioridad había ocurrido, y, por otra parte, con la existencia de dificultades para la aplicación del Derecho comunitario.

Si tenemos en cuenta cuanto con anterioridad había ocurrido, la realidad nos hace llevar a la conclusión de que el Derecho español siempre había ido en paralelo al Derecho europeo. Incluso en el ya lejano año 1963, cuando se elaboró y aprobó la LRPRC, esa primera norma española en materia de defensa de la competencia, era totalmente compatible con las normas de un Derecho europeo que estaba iniciando su andadura, incluso en tiempos en los que pensar en nuestra adhesión a la Comunidad Económica Europea era poco menos que una entelequia. Posteriormente cuando se aprueba la Ley de 1989, se adapta totalmente nuestra legislación a la normativa europea en aquellos momentos vigente, como, por otra parte, parece de una elemental lógica. Pero si tenemos en cuenta que recientemente se han llevado a cabo al menos siete modificaciones de la Ley de Reforma de la Competencia⁴⁴, entre las que se encuentra la modificación de mayor calado introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, en cuya tramitación se debieron plantear todas las adaptaciones necesarias para concordar nuestras normas con las comunitarias, resulta inconcebible que no se haya llevado a cabo la adaptación. No sólo no se hizo así, sino que con ocasión de su tramitación parlamentaria se rechazaron las propuestas de quienes proponían tal concordancia. Hasta tal punto en la tramitación de esa Ley no existió preocupación por lograr el paralelismo con el Derecho comunitario, que no se tuvo en cuenta que ya había habido modificaciones de las normas comunitarias, en las que, por ejemplo, desaparecía el requisito de que en los contratos únicamente formaran parte dos empresas para que pudieran acogerse a una exención por categorías⁴⁵, permitiendo que pudieran acogerse a la exención acuerdos multilaterales, y no se modi-

⁴⁴ Como es sabido, la Ley de Defensa de la Competencia ha sido modificada sucesivamente por el RD-1 7/1996; la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y Fiscales de 1997; el RD-1 de 16 de abril de 1999; la Ley 52/1999; el RD-1 de 23 de junio de 2000; el RD-1 2/2001, posteriormente tramitado como proyecto de Ley, siendo objeto de nuevas modificaciones durante tal tramitación, y convertido en Ley 9/2001 de 4 de junio, y finalmente, la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 2001, y todo ello sin contar con la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

⁴⁵ Reglamento 1215/1999, de 10 de junio (DOCE, núm. L 148, de 15 de junio de 1999).

ficó el precepto español que exigía la bilateralidad. No fue hasta la Ley de 4 de junio de 2001 cuando se corrigió tal error, modificando el art. 5 LDC, para permitir que los reglamentos de exención por categorías pudieran amparar acuerdos multilaterales⁴⁶. En definitiva que, a pesar de las múltiples reformas introducidas en nuestro ordenamiento *anti-trust*, no parece que se haya considerado oportuno introducir las modificaciones necesarias, para adaptar nuestro Derecho a las principios que inspiran la reforma del Derecho comunitario de la competencia, y ello resulta grave, porque implica que esas modificaciones se harán tarde, y posiblemente de forma precipitada y sin la necesaria reflexión, tal y como debería haberse efectuado con ocasión de la reforma de diciembre de 1999.

Para justificar tal omisión, no cabe decir que en aquel momento algunos de los puntos contenidos en la reforma del Reglamento 17 no habían sido aprobados, porque sus puntos esenciales estaban contenidos en el Libro Blanco para la modernización de las normas de la competencia, y desde luego era cosa bien sabida, incluso mucho antes de diciembre de 1999, que el sistema de autorización singular tenía los días contados.

Lo mismo podría decirse de la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que no ha incluido entre sus preceptos la posibilidad de que la Comisión Europea intervenga como *amicus curiae*, en los procedimientos en los que los jueces y tribunales tengan que aplicar el Derecho comunitario de la competencia, extremo éste que no sólo está incluido en el Reglamento 1/2003, sino que su inclusión ya estaba anunciada en el Libro Blanco sobre modernización. Otro tanto cabría decir sobre determinados extremos, tales como la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales soliciten informes e incluso opiniones de carácter jurídico a la Comisión, que no ha aparecido por primera vez en el nuevo Reglamento, sino que estaba ya incluida en la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE⁴⁷. Pues bien, todos estos extremos implicarán la reforma de las normas procesales españolas, lo cual no habría sido necesario si el legislador hubiera sido más previsor.

Vaya por delante que la aprobación del Reglamento, no implica estrictamente la necesidad de adaptación de la legislación española a todos sus extremos. No hay que olvidar que se trata de una norma que tiene efecto directo, y no de una norma de armonización. Pero, aunque así sea tal, parece que defender el paralelismo entre el Derecho comunitario y el Derecho español, en todas sus modalidades de aplicación, supone la opción más coherente y adecuada.

La realidad es que, una vez aprobado el Reglamento 1/2003, su contenido choca en diversos puntos con el contenido de la legislación vigente

⁴⁶ Este precepto no estaba incluido en el RD 2/2001, si bien al tramitarse como proyecto de ley y por vía de enmienda se introdujo su modificación.

⁴⁷ Comunicación de 13 de febrero de 1993 (93/C 39/05) (DOCE de 13 de febrero de 1993).

en España, entre los que cabe señalar algunos de los más significativos, y sobre los cuales será preciso una próxima —y es de esperar que pronta— modificación.

A. EL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN

Desaparecido el sistema de autorización del Derecho comunitario, a la fecha de hoy aún persiste en los arts. 3 y 4 LDC. El sistema español mantiene esos preceptos, referidos a los supuestos de autorización (art. 3), y al procedimiento para conceder las autorizaciones singulares por el TDC (art. 4). El sistema tiene todas las características de rigorismo y formalismo que motivaban las críticas al procedimiento de notificación contenido en el Reglamento 17, si bien, a diferencia de cuanto ocurría en el procedimiento comunitario, no se ha producido en España una acumulación de notificaciones⁴⁸, y, por lo tanto, los expedientes son resueltos, incluso la mayor parte de ellos dentro del breve plazo establecido por el Real Decreto 157/1992⁴⁹, lo cual no debe producir extrañeza si se tiene en cuenta que la mayor parte de las solicitudes de autorización singular, que se tramitan por los órganos de la competencia españoles, consisten en registros de morosos.

El formalismo de la Ley española, obliga a considerar que el balance concurrencial tiene que ser necesariamente efectuado en un expediente de autorización, en cuya resolución se establecerá la fecha a partir de la cual será efectiva, «sin que pueda dicha fecha ser anterior a la de la solicitud» (art. 3.2 LDC). En definitiva, el sistema implica que el acuerdo se considera prohibido, y de las consecuencias de esa prohibición sólo puede eximirle una autorización específica. Es cierto que en los últimos años, en las resoluciones del TDC se ha abierto una corriente interpretativa encaminada a realizar el balance concurrencial, en ciertos casos, en el momento de aplicar el art. 1 LDC, en lugar de residenciarlo exclusivamente en los expedientes de autorización, rompiendo en cierta manera el excesivo formalismo de la LDC. En esa línea, el TDC ha declarado que determinados sistemas de distribución selectiva que no vulneraran ciertos principios (principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación) no constituían una infracción del art. 1 LDC, aunque carecieran de auto-

⁴⁸ Por poner un ejemplo, cabe señalar que, en el año 2000, el TDC solamente dictó 19 resoluciones de autorización. El procedimiento para las solicitudes de autorización singular se desarrolla en el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en el que se contienen unas reglas de procedimiento diferentes para los diferentes supuestos, que si bien agilizan considerablemente la tramitación del expediente en los supuestos más sencillos, en otros más complejos, la complican considerablemente (este Real Decreto ha sido sustituido por un nuevo RD de 28 de marzo de 2003).

⁴⁹ El SDC practicará los trámites a su cargo en el plazo de treinta días desde la entrada de la solicitud y en ese plazo la calificará y remitirá al TDC (art. 6 RD 157/1992). El Tribunal, por su parte, deberá resolver en el plazo de tres meses desde la recepción del expediente, o caso contrario, el acuerdo notificado podrá aplicarse provisionalmente, salvo que se haya dictado una resolución por la que se declare que no procede esa aplicación provisional (art. 16 RD 157/1992).

rización singular⁵⁰, o bien que determinadas conductas, sea por su escasa trascendencia o por sus escasos efectos anticompetitivos, no eran susceptibles de afectar a la competencia, y, por lo tanto, no infringían el art. 1 LDC, siguiendo la jurisprudencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998, según la cual determinadas conductas que carecían de «aptitud» para afectar a la competencia no deberían considerarse prohibidas por el art. 1 LDC⁵¹. Incluso podría afirmarse que esa corriente ha tenido repercusiones en el texto de la LDC, si se tiene en cuenta la redacción del art. 1.3 LDC⁵², que permite no perseguir acuerdos de escasa importancia, mientras que en el texto de la Ley de 1989, el hecho de que los acuerdos fueran de escasa importancia, era uno de los supuestos que permitían una resolución de autorización, naturalmente tras la tramitación del correspondiente expediente.

Pero frente a estos argumentos, el criterio de que, en cualquier caso, era necesario una autorización ha continuado presente en otras resoluciones del Tribunal que optan por asumir una posición de mayor formalismo⁵³. En consecuencia, puede afirmarse que frente a una concepción, que va orientada en el mismo sentido que la reforma del Derecho comunitario, consistente en permitir que el balance concurrencial se haga a la hora de decidir si determinadas conductas están incluidas en la prohibición de conductas colusorias, persiste —con el peso de que esta segunda postura es la que recibe plena apoyatura en el texto de la LDC— la interpretación según la cual mientras no sean objeto de autorización por el TDC, todas las conductas que puedan estar incluidas en la tipificación del art. 1, deben ser calificadas como conductas prohibidas.

Si se tiene en cuenta que la vía para introducir en la aplicación española del Derecho de la competencia una interpretación más flexible, es una vía limitada (supuestos de distribución selectiva, acuerdos de menor importancia, criterio de la aptitud...) y que el texto de la Ley mantiene la existencia del expediente de autorización, resulta necesario concluir que, en cualquier caso, será necesario derogar los arts. 3 y 4 LDC en su actual redacción, para conseguir la concordancia entre el esquema del Derecho comunitario contenido en el Reglamento 1/2003, y la legislación española; en definitiva, para sustituir el régimen de autorización por uno de excepción legal.

Esta modificación se hace particularmente más urgente si tenemos en cuenta que el nuevo Reglamento ha puesto fin al monopolio de la

⁵⁰ Resoluciones del TDC de 14 de octubre de 1997 (Perfumería) y 13 de mayo de 1998 (Relojes joya).

⁵¹ Resolución de 6 de mayo de 1999 Vileda/Tervi. Esta resolución contó con el voto en contra del Vocal Sr. Bermejo Zofío, que siempre se había mostrado partidario de residenciar el balance concurrencial en el expediente de autorización singular.

⁵² Este precepto fue introducido por el RD-1 7/1996 y posteriormente fue objeto de modificaciones.

⁵³ Los términos de la polémica están perfectamente reflejados en la Resolución de 11 de diciembre de 1998 Sandoz, en la que se especifica que «el balance competencial debe realizarse en sede de autorización, que ha de solicitarse, y no en la fase previa de tipificación de la conducta». El ponente de esta resolución fue el vocal Sr. Bermejo.

Comisión en la aplicación del art. 81.3, y, por lo tanto, en el futuro, este precepto podrá ser aplicado igualmente por las autoridades nacionales, es decir, por el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta novedad puede conducir a situaciones curiosas en el supuesto de que no se modifique la LDC, ya que una conducta puede, en principio, vulnerar tanto el art. 81.1 del Tratado como el art. 1 LDC, y el art. 3.1 del nuevo Reglamento dispone que cuando un acuerdo, decisión o práctica sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, la autoridad nacional deberá aplicar el Derecho comunitario, junto al nacional, lo cual resulta imposible en el caso español en el supuesto de que tales conductas merezcan acogerse a la excepción del art. 81.3, pues mientras para conseguir ser exceptuada de la prohibición del art. 81.1, no cabe la autorización, un expediente de autorización será necesario para conseguir que esa conducta no se considere incluida en la prohibición del art. 1 LDC, lo cual conduce al absurdo. La solución a esa anomalía posiblemente consistirá en que las empresas seguirán solicitando autorización, de acuerdo con el procedimiento español, y el TDC concederá las autorizaciones cuando se cumplan los requisitos legales, aun en el supuesto de que el acuerdo, decisión o práctica, sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. En definitiva, que las autoridades españolas de la competencia no aplicarán las normas del Reglamento 1/2003 y el art. 81.3 del Tratado, a pesar de estar habilitadas para hacerlo.

Mayor complicación puede plantearse cuando el TDC enjuicie en un expediente sancionador una conducta susceptible de infringir, al mismo tiempo, los arts. 1 LDC y 81 del Tratado y no se haya obtenido autorización. En tal caso, la respuesta que nos ofrecería la estricta aplicación de las normas actualmente vigentes consistiría en algo tan absurdo como condenar por esa conducta por infracción del art. 1 LDC, por cuanto que, aun cuando sea merecedora de una exención, no se ha acogido al formalismo de solicitar autorización, y, al tiempo, realizar la evaluación concurrencial, y si de tal evaluación resulta que tal conducta puede acogerse al art. 81.3, no sancionar por la infracción del art. 81.1 del Tratado. Como puede observarse, de la mera formulación de la propuesta, todo un despropósito, además agudizado por la formulación de la regla de primacía contenida en el art. 3.1 del Reglamento, según la cual la aplicación del Derecho nacional de la competencia, no puede conducir a una prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas colusorias, a no ser que también estén prohibidas por el art. 81.1 del Tratado.

B. LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS

La formulación del principio de primacía del Derecho comunitario, contenida en el art. 3 del Reglamento, obliga a la consideración de si la tipificación de las conductas contenida en la LDC debe ser modificada. Evidentemente, la excepción contenida en el mencionado precepto, según la cual las legislaciones nacionales podrán adoptar medidas más estrictas

cuando se trate de perseguir conductas unilaterales, permite que permanezcan en nuestra legislación la tipificación de las conductas abusivas de una relación de dependencia, así como las relativas a las conductas desleales del art. 7 LDC. Sin embargo, al haberse formulado de forma diferente el principio de la «doble barrera», para la aplicación de la prohibición de las *ententes* colusorias, es preciso comparar los preceptos contenidos en el art. 81.1 del Tratado y en el art. 1 LDC, por si la redacción de este último precisa de alguna modificación para mantener el paralelismo entre el Derecho español y el comunitario.

De la comparación entre ambos preceptos resulta que la norma española contiene una ligera diferencia respecto de la comunitaria, diferencia que consiste en el hecho de que la Ley española contempla el supuesto de las conductas conscientemente paralelas, supuesto que no está contemplado en el art. 81.1 del Tratado. Por las mismas razones anteriormente expuestas, relativas al paralelismo entre el Derecho español y el comunitario, ha de abogarse por una supresión de ese supuesto, que ha sido objeto de tradicionales críticas, por cuanto que supone el mantenimiento como colusoria de la prohibición de una conducta en la que no interviene el concierto de voluntades⁵⁴.

Una segunda conducta, no contemplada en el art. 81.1 del Tratado, pero que se contempla en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, es la relativa a las «recomendaciones colectivas». Del texto de la Ley española puede deducirse que, al contemplar las recomendaciones colectivas junto a las decisiones, se está refiriendo a dos modalidades de conductas equivalentes a las que se denominan «decisiones de asociaciones de empresas» en el art. 81.1 del Tratado, por lo que no resulta necesaria una modificación de la Ley española en este apartado, si se quiere, como resulta deseable, un mayor paralelismo entre la norma comunitaria y la española. Puede interpretarse que las expresiones de nuestra Ley están referidas a dos modalidades de decisiones de las asociaciones de empresas, la primera («decisión») de contenido obligatorio, y la segunda («recomendación colectiva») sin tal contenido, y, por lo tanto, no parece desprenderse que, en este apartado, la LDC contemple un supuesto no contemplado en el art. 81.1 del Tratado⁵⁵.

C. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMUNITARIO

La Ley española no facilita la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y si tal hecho aconsejaba la necesidad de reformar los preceptos que la impedían, incluso antes de la aprobación del Reglamen-

⁵⁴ Joaquín GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, pp. 45 ss.; Luis BERENGUER, «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJCE*, D-29, septiembre 1998, pp. 188-189.

⁵⁵ Jordi SAGRERA, «Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia», *Derecho de los Negocios*, Año 1, núm. 0, p. 28; Luis BERENGUER, «Reflexiones sobre la tipificación...», cit., p. 186.

to 1/2003, esta norma no sólo acentúa la necesidad de esa reforma, sino que pone de manifiesto la necesidad de modificar también las normas procesales.

a) *El art. 13.2 LDC: necesidad de su supresión*

Desde momentos relativamente tempranos, la Jurisprudencia, tanto del TJCE⁵⁶ como del TPI⁵⁷, ha venido reconociendo que las normas de la competencia contenidas en el Tratado tenían efecto directo y, por lo tanto, podrían ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, en España no ha podido llevarse a cabo la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la aplicación de la jurisprudencia contenida en la Sentencia CAMPSA, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1993, y en segundo término, por el precepto contenido en el art. 13.2 LDC, según el cual la acción de daños y perjuicios basada en conductas anticompetitivas sólo podrá llevarse a cabo una vez sea firme la declaración de ilicitud de tales conductas, que ha de ser realizada por el TDC.

Es cierto que los efectos nocivos de la Sentencia CAMPSA no se han producido tanto por el texto de la misma sentencia, sino por la interpretación que del mismo se ha hecho, tanto por los órganos jurisdiccionales como por el propio TDC, interpretación según la cual era imposible la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales, sin una decisión previa del TDC⁵⁸, pero esa línea jurisprudencial

⁵⁶ Sentencias de 6 de febrero de 1973 (Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen), 3 de enero de 1974 (BRT-1), de 3 de febrero de 1976 (Founderies Roubaix/Roux), de 10 de julio de 1980 (Anne Marty/Estée Lauder), de 30 de abril de 1986 (Lucas Asjes), de 28 de febrero de 1991 (Stergios Delimitis/Henninger Brau).

⁵⁷ Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (Automec).

⁵⁸ Esta sentencia ha sido objeto de múltiples comentarios, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en Derecho español (STS de 30 de diciembre de 1993)», I, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín 9, mayo de ..., pp. 1-3, y II, Boletín 95, junio de 1994, pp. 1-3; «La aplicación del Derecho de los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín 97, septiembre de 1994, pp. 1-3; «La aplicabilidad directa del Derecho de la competencia comunitario y nacional por los tribunales ordinarios españoles (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas Jurídicas Actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez Bella Carswell*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del art. 86 TCE en el ordenamiento español. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1993», en *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCE y de las normas internas de la competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 233-236; A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999, pp. 57-59; A. PETITBÒ y L. BERENGUER, «La aplicación de Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 40-46, y C. FERNÁNDEZ, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*; Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, pp. 193-197. En el trabajo de PETITBÒ y BERENGUER se realiza una interpretación de la Sentencia CAMPSA, según la cual el Tribunal Supremo impedía la aplicación del Derecho de la competencia

dencial parece haberse superado por la Sentencia DISA, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵⁹, que permite acudir a los Tribunales civiles en ejercicio de acciones derivadas de la infracción de los arts. 81.1 y 82 del Tratado, incluso formulando reclamaciones de daños y perjuicios, sin necesidad de exigir una declaración administrativa previa acerca de la ilicitud de tales conductas.

Parece, por lo tanto, que se va a imponer una línea jurisprudencial a favor de la posibilidad de que los jueces y tribunales españoles puedan aplicar el Derecho comunitario de la competencia, en línea con lo establecido en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, en la Comunicación de 1993 y en el Reglamento de 2003, y, sin embargo, se da la paradoja de que el art. 13.2 LDC impide una paralela aplicación del Derecho nacional, al menos en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, sin la previa declaración administrativa de la ilicitud de la conducta. Si con anterioridad a la vigencia del Reglamento 1/2003, la posibilidad de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia venía impuesta por la jurisprudencia comunitaria y por una Comunicación, tras la aprobación del Reglamento, no puede haber duda alguna respecto a tal aplicación, y resulta nuevamente paradójico que existan unas reglas diferentes para aplicar las normas de la competencia, según sean tales normas nacionales o comunitarias. En consecuencia, la aprobación del Reglamento constituye un argumento de peso para solicitar la derogación pura y simple del art. 13.2 LDC. Esa derogación se hace, aun si cabe, más perentoria si tenemos en cuenta que la Ley española contempla como conductas anticompetitivas algunas conductas que están incluidas en la Ley de Competencia Desleal (conductas desleales que falsean de manera sensible la competencia —art. 7 LDC— y tras la reforma de 1999 el abuso de la situación de dependencia) y que una interpretación estricta podría incluso llegar a impedir unas acciones de resarcimiento de daños y perjuicios basada en la acción por competencia desleal, si se llega a considerar que esa conducta desleal afecta al interés público, y, por lo tanto, afecta también a la libre competencia y, en consecuencia, ha de aplicarse el denostado art. 13.2 LDC.

Para facilitar la aplicación judicial del Derecho de la competencia, sería también conveniente reformar el art. 1 de la Ley española e introducir un precepto similar al contenido en el art. 1.1 del Reglamento comu-

«a título principal» pero no «a título incidental», lo cual está en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, por cuanto que se trata de una diferenciación realizada por el Abogado General Mayrás en el procedimiento BRT/SABAM, y el TS desestima la demanda por considerar que la petición de los demandantes implicaba una aplicación a «título principal». Esta Sentencia tuvo continuidad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999, que ha sido comentada por Juan Manuel FERNÁNDEZ, «Órganos encargados de la aplicación del derecho interno sobre competencia», en *GJUE*, núm. 211, enero-febrero 2001, pp. 42 ss.

⁵⁹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000. Para el comentario de esta sentencia y su trascendencia a la hora de establecer una ruptura con la Sentencia CAMPSA, ver Cani FERNÁNDEZ VICIEN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 2002, pp. 193 ss.

nitario, cuando establece que los acuerdos contemplados el art. 81.1 están prohibidos «sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto». Ese mismo inciso debería incluirse como un añadido al final del art. 1.2 LDC, con lo cual se aclararía que para instar la declaración de nulidad de los acuerdos, decisiones y prácticas colusorias, no es necesaria una declaración previa del TDC. También debería incluirse en el art. 6, al tipificar las conductas abusivas de una posición dominante.

b) *Necesidad de adaptar la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Las normas contenidas en el art. 15 del Reglamento, referidas a la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales, contienen algunos extremos para cuya aplicación será preciso modificar las leyes procesales españolas. Es cierto que el Reglamento no pretende modificar la jurisprudencia *Rewe*, según la cual la aplicación directa de las normas comunitarias no significa que los órganos jurisdiccionales asuman competencias que no les correspondan según el Derecho interno⁶⁰, pero no es menos cierto que las modalidades de colaboración entre la Comisión y los jueces y tribunales, previstos en el indicado precepto, ponen de manifiesto la necesidad de adecuar las normas, para establecer mecanismos que hagan posible las previsiones allí contenidas.

Aun cuando en el Reglamento no se especifican cuáles son los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho de la competencia, y aun cuando cabe, por ejemplo, la aplicación de tal derecho por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en las recursos interpuestos contra las resoluciones del TDC, e incluso por la penal, el supuesto que ha planteado los problemas que han hecho necesaria tanto la Comunicación de 1993 como este precepto del Reglamento es el de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por los órganos de la jurisdicción civil, en procedimientos entre partes en los que se busca la protección de derechos subjetivos⁶¹. En consecuencia, las cuestiones relativas a la afectación de la aprobación del Reglamento por las leyes españolas, van a referirse exclusivamente a las leyes procesales civiles.

⁶⁰ La Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1976 (*Rewe-Zentralfinanz/Land Wirtschaftskammer*) forma parte de una reiterada jurisprudencia en el sentido de que la modalidad de la aplicación del Derecho comunitario constituye una cuestión de Derecho interno.

⁶¹ Que la preocupación por la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales de los Estados se refiere a los procedimientos civiles, aparece claramente en la Comunicación de 13 de febrero de 1993, en cuyo apartado 4 se hace referencia a que los jueces y tribunales, al aplicar el Derecho comunitario de la competencia, «tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas». En tal sentido es de señalar que igualmente los procedimientos en los que se plantearon las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, que dieron motivo a las sentencias en las que se ha elaborado la jurisprudencia relativa a la aplicación judicial, eran procedimientos civiles. Finalmente, en el Considerando 7 del Reglamento 1/2003 se menciona que el contenido de la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales, consiste en salvaguardar los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario, al pronunciarse en los litigios entre particulares.

La primera norma contenida en el art. 15.1 del Reglamento se refiere a la solicitud, por parte de los órganos jurisdiccionales, de información y de elaboración de dictámenes a la Comisión. En las normas españolas, si se trata de petición de información, la cuestión podrá consistir en una prueba documental, mientras que si se trata de elaboración de dictámenes, consistirá en una prueba pericial. La cuestión radica en el hecho de que tratándose de procedimientos civiles, es a las partes a quienes corresponde la solicitud de la práctica de estos medios de prueba, si bien puede caber, excepcionalmente, que el juez solicite tales documentos o pruebas, como sugerencia en la audiencia previa, o bien como diligencias finales. Un problema puede plantearse en el apartado relativo a la emisión de dictámenes, ya que si bien es cierto que se podría enfocar ese extremo como una solicitud de prueba pericial, la prueba pericial no puede extenderse a extremos que sean jurídicos, y, en consecuencia, no podría solicitarse la opinión de la Comisión sobre si determinada conducta está incluida en el art. 81.1, o bien puede acogerse a una exención del art. 81.3, pues ello son cuestiones jurídicas⁶². Por ello, y en cualquier caso, en las leyes procesales españolas deberían introducirse mecanismos que mejoraran la colaboración entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales, cuando éstos apliquen el Derecho comunitario de la competencia, facilitando bien la solicitud de información, bien la emisión de los correspondientes dictámenes, aun cuando éstos sean de contenido jurídico.

El art. 15.2 del Reglamento prevé la remisión a la Comisión de la copia de las sentencias en las que se apliquen los arts. 81 y 82. En el texto del Reglamento se especifica que dicha remisión deberá realizarse por los Estados, modificando lo previsto en la propuesta de Reglamento remitida por la Comisión, según la cual tal remisión debería ser realizada por los órganos jurisdiccionales, lo cual habría implicado modificaciones en la legislación española, modificaciones que no resultan necesarias con el texto aprobado. En cualquier caso deberá establecerse cuál es el órgano del Estado encargado de tal remisión, si el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia o de Asuntos Exteriores, o bien el Consejo General del Poder Judicial.

Mayores problemas se plantean en la previsión contenida en el art. 15.3 del Reglamento. Este precepto prevé la participación como *amicus curiae*, tanto de las autoridades nacionales como de la propia Comisión Europea, en los procedimientos en los que se aplique el Derecho comunitario de la competencia. Esta figura, como se ha señalado anteriormente, tiene una honda tradición en el Derecho anglosajón, pero tiene escasos precedentes en Derecho procesal español, y, fundamentalmente, no está prevista su inclusión en procesos civiles como aquellos en los que se puede aplicar el Derecho comunitario de la competencia, por lo que será necesaria una reforma de la recientemente aprobada Ley de Enjuiciamiento Civil. La necesaria reforma deberá incluir un procedimiento por el que los órganos judiciales deban dar traslado a la Comisión

⁶² En el proceso español sigue vigente la norma *Da mihi factum, ego dabo tibi ius*.

(o a la autoridad nacional, debiendo establecer si al Servicio o al Tribunal de Defensa de la Competencia) de los procedimientos en los que se apliquen las normas comunitarias, para facilitar la información necesaria para que tal intervención pueda tener lugar. Y en cualquier caso, aun cuando la reforma solamente resulta necesaria para los supuestos en los que se aplique el Derecho comunitario, debería incluirse idéntica previsión cuando vaya a aplicarse el Derecho nacional de la competencia, aun cuando, en tal caso la comunicación a la Comisión Europea, como resulta obvio, no sería precisa y bastará con la comunicación a la autoridad nacional.

D. LAS MEDIDAS ESTRUCTURALES

Una de las mayores novedades incluidas en el Reglamento 1/2003, consiste en la potestad que se concede a la Comisión de adoptar medidas estructurales que sean necesarias para poner fin a las conductas que infrinjan los arts. 81 y 82 del Tratado. La cuestión a dilucidar consiste en determinar si ese precepto puede ser aplicado por las autoridades nacionales, y la respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto que así se desprende de los preceptos contenidos en los arts. 5.7 y 11.2 del propio Reglamento. Podría pensarse del contenido del art. 5 que esa potestad no puede ser ejercitada por las autoridades nacionales, ya que, en ese precepto, solamente se mencionan las decisiones relativas a la cesación de la infracción, las medidas cautelares, la aceptación de compromisos y la imposición de multas, pero esa interpretación resultaría errónea, ya que la adopción de medidas estructurales, tal y como queda configurada en el art. 7 del Reglamento, no es una medida independiente, sino simplemente un medio para conseguir el cese de la infracción y forma parte de la correspondiente decisión.

Como consecuencia de esta atribución de competencias, deberá procederse igualmente a la reforma de la legislación española, y ello por dos razones. En primer lugar, al igual que en otros apartados, por establecer un paralelismo entre el Derecho español y el Derecho comunitario cuando lo aplican las autoridades españolas, y, en segundo término, para establecer los límites —y al tiempo revestir de garantías— de la aplicación de una medida de tanta importancia para la vida de las empresas como la adopción de medidas estructurales, que el propio texto del Reglamento reserva para circunstancias excepcionales.

E. COMPROMISOS

La regulación de los compromisos contenida en el nuevo Reglamento supone la incorporación a un texto normativo de cuanto, con anterioridad, se llevaba a cabo en la práctica de la Comisión. Por su parte, la legislación española ha incorporado en una de sus últimas reformas⁶³ el supuesto

⁶³ Ley 52/1999 de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

de terminación convencional, trasladando a esta Ley esa forma de terminación de los expedientes, ya previsto en la legislación general de procedimiento⁶⁴.

El procedimiento establecido en la Ley española para los supuestos de terminación convencional (art. 36 bis LDC) contiene indudables mejoras respecto del establecido en el Reglamento comunitario, por cuanto que prevé la participación en su tramitación, no sólo de los inculcados y la autoridad (SDC), sino de cualquier interesado, y concede, a quienes no hubieran participado en el mismo, la posibilidad de interponer recurso.

Si ello constituye una ventaja, es preciso señalar que en el procedimiento español, a diferencia del comunitario, intervienen dos órganos (SDC y TDC), y la terminación convencional se lleva a cabo en la fase de instrucción, ante el Servicio, sin más intervención del Tribunal que la posible Resolución, en el supuesto de que se interpusiera recurso, lo cual ha sido interpretado como un reforzamiento de las facultades de un órgano, como el SDC, que no es independiente, en detrimento del TDC⁶⁵. Si tal es así, no se debe ocultar que el sistema previsto en la Ley, supone la terminación del procedimiento en el momento de instrucción, y con ello, una intervención en un momento anterior, con mayor ahorro de recursos e incremento de la seguridad jurídica. Tal vez la solución debería consistir, de una vez por todas, en la supresión del SDC como órgano dependiente del Gobierno, y, o bien hacerlo depender del TDC, o bien asignar al Tribunal la función instructora, con la debida separación entre la instrucción y la resolución.

En cualquier caso, la reforma de la legislación española llevada a cabo en este apartado es una de las pocas en las que parece haber habido consonancia con cuanto se llevaba a cabo, o bien se estaba preparando, en Derecho comunitario de la competencia, y, por lo tanto, no se precisa una nueva adaptación.

F. MULTAS

En el apartado relativo a las multas, las innovaciones más importantes del nuevo Reglamento consisten en la supresión del doble límite (cifra monetaria y porcentaje de cifra de negocios) y la responsabilidad subsidiaria de las empresas miembros de una asociación, cuando haya imposibilidad de cobrar la multa a ésta.

Parece más oportuno que la Ley española mantenga el límite referido a la cifra monetaria, por cuanto que supone un criterio de imposición

⁶⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁵ Luis BERENGUER, «¿Son independientes los órganos encargados de la defensa de la competencia en España?», en *La liberalización en Europa. El mito de España*, Madrid, Grupo del PSE. Delegación española, 2002, p. 199.

de multas, cuando el inculpado (por ejemplo, una asociación de empresas) no tenga cifra de negocios, y la multa no haya sido impuesta teniendo en cuenta la cifra de negocios de sus miembros. Téngase también en cuenta que, el TDC ha impuesto también multas a organismos de las Administraciones Públicas, que carecen de cifra de negocios, y, por lo tanto, la supresión de la cifra monetaria podría conducir a un callejón sin salida.

Sin embargo, resulta conveniente establecer el criterio de responsabilidad subsidiaria, en términos parecidos al Reglamento 1/2003, para evitar una realidad que se da con mucha frecuencia: la imposibilidad de cobrar multas a asociaciones de empresas que son insolventes.

5. CONCLUSIONES

Como con anterioridad se ha señalado, al Reglamento 17 le ha tocado el fin. Y, como siempre que se redacta un obituario, las críticas que se le podían haber dirigido en vida quedan muy matizadas a la hora de la muerte. Valgan todas las críticas que en su día se le efectuaron, pero, junto a ellas, hay que tener en cuenta su antigüedad y el hecho de que, con todos sus defectos, ha permitido la actuación de la Comisión en la persecución de los cárteles y las conductas abusivas, y también una cierta actualización de sus reglas mediante prácticas de la Comisión. Y bienvenido sea el nuevo Reglamento, que nadie podrá negar que supone un considerable avance sobre su predecesor. Y en cuanto a sus innovaciones, sean igualmente bienvenidas, porque permitirán un nuevo Derecho comunitario de la competencia, menos sometido a corsés formalistas y a trámites burocráticos inútiles y poco eficaces.

Queda ahora el turno de la legislación española. De nada sirve que se amplíe la posibilidad de aplicación de las normas comunitarias de la competencia, tanto por nuestras autoridades como por los jueces, si continuamos con una legislación que sigue anclada en un Derecho comunitario que ya ha pasado a mejor vida.

