

Libre competencia y descentralización

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto. Bilbao

Sumario: *I. Introducción. II. Descripción de las principales modificaciones que supone el nuevo Reglamento en comparación con el sistema vigente: 1. Principios fundamentales en que se asienta el régimen del Reglamento 17 y problemas que suscita; 2. Análisis del Régimen propuesto por la Comisión: A. Aspectos procesales derivados de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE; B. El papel de la Comisión en el nuevo sistema; C. Las autoridades administrativas internas de los Estados miembros; D. La intervención de los tribunales internos; E. Criterios de distribución de los asuntos entre las distintas autoridades competentes; F. Otros aspectos importantes de la propuesta; G. Objetivos fundamentales pretendidos por la Propuesta de modificación. III. Problemas que puede acarrear la reforma aprobada por el Consejo: 1. Compatibilidad con la normativa del Tratado; 2. Debilitamiento en el sistema de control; 3. Ausencia de suficiente seguridad jurídica; 4. La especial incidencia del principio «non bis in idem» y los problemas de forum shopping; 5. Desarrollo de una política uniforme de defensa de la libre competencia; 6. Aplicación coherente de la política de competencia en la UE. IV. Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

1. Resulta de sobra conocido para los operadores económicos que intervienen en el comercio dentro de la Unión, que las normas comunitarias de defensa de la libre competencia aparecen recogidas, desde los orígenes de la organización, en los actuales artículos 81 y 82 del TCE. En ellos se establece un conjunto de principios generales reguladores de los acuerdos, prácticas concertadas y abusos de posición dominante restrictivos de la competencia que no precisan las prescripciones de tipo procesal; es decir, el Tratado no recoge regulación alguna sobre los cauces que deben seguirse para que la normativa comunitaria reciba aplicación.

2. La normativa básica de regulación del procedimiento comunitario de defensa de la libre competencia aún vigente es el conocido como Reglamento 17¹. Este Reglamento, primero de los que desarrolló la normativa

¹ Regl. núm. 17 de 6 febrero 1962, JOCE núm. 204/62 de 21 febrero 1962, EE, Capítulo 8, vol. I, pgs. 22 y ss.

material, permitió la puesta en funcionamiento efectiva de la política comunitaria de defensa de la libre competencia. Tal como se ha declarado reiteradamente por la doctrina y las propias instituciones comunitarias, en ausencia de esta norma reglamentaria la aplicación de los artículos 81 y siguientes hubiera dependido, en gran medida, de la autonomía de los propios Estados, lo que hubiera puesto en peligro, llegando incluso a hacer imposible, una interpretación uniforme de la normativa comunitaria en todo el territorio de la actual Unión Europea.

En el citado Reglamento se formula un modelo de procedimiento que ha permanecido sin modificaciones sustanciales en estos 40 años. Este sistema ha dado lugar, no obstante, a importantes problemas que derivan, entre otros, del incremento de tamaño de la organización o del excesivo formalismo del régimen vigente.

3. Esta situación justificó la redacción de un Libro Blanco que derivó en una propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, cuya finalidad era sustituir al citado Reglamento 17, transformando algunos de los principios fundamentales en que aún hoy se basa el sistema de control comunitario². La citada propuesta ha dado lugar, más de un año después de lo que inicialmente estaba previsto, a un Reglamento comunitario que vendrá a sustituir al Reglamento 17. El día 26 de noviembre de 2002, en la reunión del Consejo de Ministros de la Unión Europea, se alcanzó un acuerdo político por unanimidad respecto de la aprobación de un nuevo Reglamento. Ello no obstante, el citado texto está actualmente sin publicar y será objeto de aprobación en una ulterior sesión del Consejo que aún no está determinada³. Las notas de prensa emitidas en este sentido por la Comisión permiten deducir que el texto que en su día será objeto de aprobación respetará en lo fundamental, a pesar de las críticas vertidas, el espíritu de propuesta. Se guarda sin embargo absoluto silencio sobre alguno de los extremos más controvertidos en los que, posiblemente, el texto definitivo podría apartarse de la propuesta⁴.

² Libro Blanco de 28 de abril de 1999, programa de la Comisión núm. 99/27, COM (1999) 101 final, publicado en el DOCE núm. C 132/99 de 12 mayo 1999, y 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, presentada por la Comisión, Bruselas, 27 de septiembre de 2000, COM (2000) 582 final.

³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Specific Dossiers. Reform of Community Competition Rules», 14365/02 (Presse 360), de 26 de noviembre de 2002, en que se dice expresamente «The Council reached a political agreement, on the basis of a compromise suggested by the presidency, on the draft Council Regulation aimed at introducing a new system for implementation of the competition rules laid down in articles 81 and 82 of the Treaty. The Regulation will be adopted at a forthcoming Council session, after finalisation of the text (doc. 14471/02)».

⁴ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Simplificación y consolidación de los procedimientos de defensa de la competencia*, IP/02/1739.

No será objeto de este artículo un estudio sistematizado del sistema vigente, ya realizado por numerosos autores tanto en la doctrina española como en el derecho comparado⁵. Ni siquiera pretendemos un estudio pormenorizado del nuevo régimen que comenzará a aplicarse en mayo de 2004⁶; la finalidad de estas líneas no es otra que subrayar los principales pros y contras de la reforma y poner de manifiesto los problemas más importantes que, en opinión de los autores, acarrearán para las empresas destinatarias del procedimiento comunitario la modificación que acaba de aprobarse⁷.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE SUPONE EL NUEVO REGLAMENTO EN COMPARACIÓN CON EL SISTEMA VIGENTE

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN QUE SE ASIENTA EL RÉGIMEN DEL REGLAMENTO 17 Y PROBLEMAS QUE SUSCITA

4. El actual sistema de aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la libre competencia supone un doble régimen.

Por una parte, la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 81 TCE y la del artículo 82 en su totalidad pueden ser puestas de manifiesto, tanto directamente por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales internas de los Estados como por la Comisión. En estos supuestos en que la competencia es compartida se perfila un principio de prevalencia de la actuación de la Comisión (art. 9 Reglamento 17), en la medida en que reconoce que, incluso en los casos en que las autoridades de los Estados miembros pudieran declararse competentes, dejan de serlo para aplicar De-

⁵ Pueden consultarse, entre otras, las obras CALVO CARAVACA, A. L.: *Derecho mercantil internacional: estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, Ed. Tecnos, 1995; GRABITZ, E., HILF, M. y BANDILLA, R.: *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zur Europäischen Union*, Ed. Beck, 2000; KERSE, C. S.: *E. C. Antitrust Procedure*, Sweet Maxwell, 1998; KORAH, V.: *Cases and materials on E. C. Competition Law*, Ed. Sweet and Maxwell, 1996; ORTÍZ BLANCO, L.: *El procedimiento en derecho de la competencia comunitario. Los procedimientos en particular, procedimientos de infracción, procedimiento de declaración negativa y de exención individual, procedimientos especiales*, Ed. Fundación Universidad-Empresa, 1994; PAPPAS, S.: *Procedural Aspects of E.C. Competition Law*, European Institute of Public Administration, 1995; PELLICER ZAMORA, R.: *Derecho comunitario de la competencia: artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Ed. Trivium, 1986; PLIAKOS, A.: *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Ed. Bruylant, 1987; RITTER, L., DAVID, W. y RAWLINSON, F.: *E. C. Competition Law. A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 1999, o WAELEBROECK, M. y FRIGNANI A.: *Concurrence*, Ed. Université, 2002.

⁶ IP/02/1739, cit. y MONTI, M.: «Les réformes en cours en matière de concurrence: mise en perspective», *Cercle Fédéraliste Européen*, Bruselas, 22 noviembre 2002, Speech, 02/584. <http://europa.eu.int/rapid> (26 noviembre 2002).

⁷ Dado que en el momento en que se entrega este artículo no existe texto definitivo, a la hora de realizar este estudio se hace referencia a la numeración y texto de los artículos de la propuesta publicada en 2000.

recho Comunitario en el momento en que la Comisión inicie un procedimiento.

En estos casos las empresas tienen reconocida la posibilidad de dirigirse a la Comisión mediante una notificación de sus acuerdos, con el fin de obtener una declaración negativa (art. 4.1 Reglamento 17) por medio de la cual la Comisión certifica que, a la luz de los elementos de que tiene conocimiento, no existen razones por su parte para intervenir (art. 2 Reglamento 17). Esta declaración confiere a las empresas destinatarias un umbral adecuado de seguridad jurídica sobre la licitud de las prácticas que llevan o pretenden llevar a cabo.

Por otra parte, el artículo 81.3 TCE exige necesariamente la intervención de la Comisión que determinará las exenciones, tanto individuales como por categorías, previa presentación por parte de las empresas de una solicitud de exención respecto de los acuerdos para los que se pretenda⁸. Se establece por tanto un régimen de autorización centralizado.

En cualquier caso –tal como se deriva de numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia– la aplicación de la normativa comunitaria no implica de ningún modo que deba dejar de aplicarse la normativa interna de defensa de la libre competencia⁹. Se formaliza así lo que se ha venido en denominar teoría de la doble barrera que implica que a un mismo acuerdo entre empresas puede aplicársele la regulación comunitaria y cumulativamente la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose incluso supuestos de doble sanción¹⁰.

5. Tanto el principio de subsidiariedad como un deseo de liberar recursos administrativos para que la Comisión pueda dedicarse a la investigación de los casos más graves o más significativos, recomendaría la mayor participación de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros en la aplicación de la política comunitaria de defensa de la libre competencia¹¹.

⁸ Tanto las notificaciones a que hacíamos referencia en el párrafo precedente como estas solicitudes de exención deben respetar unos requisitos formales muy estrictos y desarrollados por la Comisión en el Reglamento núm. 3385/94 de la Comisión de 21 diciembre 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento 17 del Consejo. En la actualidad la citada norma supone una referencia fundamental para las empresas destinatarias para la normativa comunitaria.

⁹ VIENNOIS, J. P.: «La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national», *Revue Trimestrielle de Droit Communautaire*, 2002, pgs. 1 a 16.

¹⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1995, pgs. 319 y 320. Puede consultarse igualmente CASES PALLARES, L.: *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 62, o ROUX, X. y VOLLEMONT, D.: *Le Droit de la concurrence de la CEE*, Ed. Joly, París, 1982, pg. 6.

¹¹ MONTI, M.: «European Competition for the 21st Century», *Fordham International Law Journal*, junio 2001.

A pesar de los esfuerzos normativos realizados por la Comisión en este sentido, las autoridades internas no se han mostrado muy proclives a la aplicación de la normativa comunitaria¹².

6. Sea por el insuficiente grado de implicación de las autoridades nacionales o por un aumento en las dimensiones y complejidad del mercado no seguido por un incremento proporcional en los efectivos de la Comisión, parece existir un acuerdo generalizado sobre el hecho de que el sistema vigente basado en la notificación no responde adecuadamente a las necesidades actuales del mercado comunitario, al menos si se asume que los recursos con que cuenta la Comisión para enfrentar la aplicación de la política de competencia son los actuales.

La Comisión debe dedicar buena parte de sus efectivos a responder a las notificaciones presentadas en asuntos de escasa importancia, no pudiendo concentrarse en el estudio de los acuerdos de mayor gravedad y más perniciosos para el adecuado desarrollo del mercado comunitario, que normalmente no son objeto de notificación¹³.

Además, en las últimas décadas las autoridades nacionales de defensa de la competencia, evidentemente más próximas a los mercados y empresas afectadas y cuya intervención podría por tanto contribuir a una mejor aceptación por parte de los ciudadanos de la política comunitaria de defensa de la libre competencia, se han desarrollado de manera considerable¹⁴.

¹² Véanse en este sentido 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 CEE, DOCE núm. C 39 de 13 de febrero de 1993, pg. 6 y la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para el tratamiento de los asuntos referentes a los arts. 85 y 96 TCE, DOCE núm. C 313 de 15 de octubre de 1997, pg. 3, y algunos comentarios sobre las mismas como KAMANN, H. G. y HORSKOTTE, C.: «Kommission versus nationale Gerichte, Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001, pgs. 458 a 468; MAITLAND-WALKER, J. H.: «Commission Notice on Cooperation between National Competition Authorities and the Commission in handling cases falling within the scope of Articles 85 and 86 of the E.C. Treaty», *European Competition Law Review*, 1998, pgs. 124 a 126; ZINSMEISTER, U., RIKKERS, E. y JONES, T.: «The application of articles 85 and 86 of the E.C. Treaty by national Competition Authorities», *European Competition Law Review*, 1999, pgs. 275 a 279; PARISI, J. J.: «Enforcement cooperation among antitrust authorities», *European Competition Law Review*, pgs. 133 a 142; O'KEEFE, S.: «First among equals: the Commission and the national courts enforcers of E.C. competition law», *European Law Review* 2001, pgs. 301 a 311; WESSELING, R.: «The Commission Notices on Decentralisation of E. C. Antitrust law: In for a Penny, Not for a Pound», *European Competition Law Review*, 1997, pgs. 94 a 97; o PETITBO, A. y BERENQUER, L.: *La aplicación del Derecho de la Competencia por los órganos jurisdiccionales y administrativo* pgs. 25 a 70.

¹³ El que fue Director General de Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas, Alexander SCHAUB afirmaba que tan sólo nueve decisiones formales de prohibición de las dictadas durante los años de vigencia del Regl. 17 habían tenido base en meras notificaciones. SCHAUB, A.: «Modernisation of the E.C. Competition Law: Reform of regulation n. 17», *Fordham International Law Journal*, marzo 2000.

¹⁴ La información sobre las diferentes autoridades administrativas internas competentes para aplicar la normativa comunitaria puede encontrarse, junto con la de algunos

Alfonso Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

Por todo ello se ha sentido la necesidad de buscar un sistema que permita a la Comisión concentrarse en los casos realmente importantes, para lo cual debe implicar a las autoridades nacionales y establecer un el procedimiento más simplificado, reduciendo su carga burocrática.

La consecución de estos objetivos no resultaría sin embargo eficaz si el sistema propuesto no consiguiera garantizar la aplicación coherente y uniforme del derecho de competencia comunitario y un umbral aceptable de seguridad jurídica para las empresas destinatarias del procedimiento.

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN PROPUESTO POR LA COMISIÓN

7. Éstas son las principales razones que impulsaron a la Comisión –estudiados los posibles modelos alternativos¹⁵– a proponer un nuevo sistema de aplicación que se refleja en el Reglamento objeto de nuestro estudio¹⁶.

Tomando como base una supuesta «excesiva carga» que implicaría para la

países no comunitarios, en la página Web de la Comisión <http://europa.eu.int/comm/competition/nationalauthorities/> (26-11-2002).

¹⁵ Entre los modelos que se barajaron como alternativa al finalmente propuesto, la primera opción implicaría mantener un sistema de autorización y notificación, aboliendo sin embargo el monopolio para emitir exenciones ostentado actualmente por la Comisión. Esta institución pasaría a compartir ese poder con las autoridades internas siguiendo un sistema de distribución competencial entre ellas basado en el principio del «centro de gravedad» de los efectos del acuerdo.

Como desventajas de esta opción se hace referencia al previsible mantenimiento o incluso incremento en el número de notificaciones, que seguirían siendo en su mayoría banales y exigiendo, como en la actualidad, un número elevado de recursos administrativos que no podrían dedicarse a la investigación de infracciones graves. Además, sería necesario introducir sistemas de notificación en aquellos ordenamientos que carecen del mismo (como Luxemburgo o Francia). Habría que tener en cuenta por otra parte que el efecto de las decisiones de exención emitidas por una autoridad nacional estaría restringido al territorio del Estado donde se emitieran, razón por la que las empresas preferirían notificar a la Comisión para obtener una decisión aplicable en todo el territorio comunitario. Esta desventaja no parece compensarse con otra, también puesta de manifiesto por la Comisión, en virtud de la cual, las autoridades internas de los Estados tratarían a las empresas situadas en su territorio de manera más benévola arriesgándose de este modo a la necesaria aplicación uniforme del derecho comunitario.

Una segunda opción abogaría por el mantenimiento del sistema actual acompañado de una simplificación sensible del procedimiento y una extensión de la aplicabilidad del art. 4.2 Regl. 17 que establece un régimen de notificación voluntaria cuando se cumplen unas determinadas circunstancias, como se ha hecho en el caso de las restricciones verticales. Esta opción tampoco se ve como positiva por la Comisión, dado que la simplificación de los procedimientos podría incrementar el número de notificaciones, porque las empresas continuarían realizando esas notificaciones de manera preventiva aunque se ampliara el ámbito de acción del art. 4 Regl. 17 y porque el monopolio de la Comisión continuaría bloqueando la efectiva participación de las autoridades y tribunales nacionales.

¹⁶ Un completo estudio sobre la propuesta en que se basa puede encontrarse en WILS, W.: «The modernisation of the Enforcement of articles 81 and 82 EC: A legal and economic analysis of the Commissions proposal for a new Council Regulation replacing regulation n. 17», *Fordham International Law Journal*, junio 2001.

industria, y especialmente para las PYMES, el actual sistema de notificación previa que impide, o al menos convierte en arriesgada, la puesta en marcha de los acuerdos empresariales si no han sido previamente notificados, se propone crear lo que se ha venido en denominar un «sistema de excepción legal directamente aplicable»¹⁷.

A. *Aspectos procesales derivados de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE*

8. El citado sistema de excepción legal directamente aplicable supone que tanto el artículo 82, como el 81 TCE en su conjunto, podrán ser aplicados directamente, no sólo por la Comisión, sino paralelamente por los tribunales y autoridades internos de los Estados¹⁸.

Se convierte así el artículo 81 en una norma unitaria y directamente aplicable, que contiene una prohibición en su párrafo primero y un principio de exención en el tercero. Sin necesidad de que exista una decisión administrativa expresa, los acuerdos restrictivos que cumplan las cuatro condiciones recogidas en el párrafo tercero del artículo 81 TCE, se considerarán válidos mientras las sigan cumpliendo. No es posible que las empresas partícipes se dirijan a ninguna autoridad, comunitaria ni nacional, para que emita una decisión de exención que cree derechos para las mismas.

9. La modificación que acaba de ser aprobada supone por tanto una abolición del sistema de exención y no meramente una desaparición del monopolio reconocido a la Comisión para acordarlas¹⁹.

Esta opción tiene el fin declarado de evitar, tanto los problemas de competencia que podrían suscitarse entre las autoridades que serían competentes para emitir esas exenciones, como la hipotética laxitud con que las autoridades de un Estado se enfrentarían al conocimiento de los acuerdos realizados por empresas situadas en su territorio²⁰.

De este modo se pretende que, tanto la Comisión como las autoridades internas, puedan asegurar una vigilancia eficaz de los mercados y puedan centrar sus esfuerzos en las denuncias y procedimientos de oficio que deberán previsiblemente llevarles a decisiones de prohibición de aquellos acuerdos que pueden considerarse más lesivos para el mercado comunitario²¹.

¹⁷ Véase el informe explicativo anexo a la propuesta del Reglamento, pg. 4.

¹⁸ NICOLAIDES, P.: «Reform of E.C. Competition Policy: A significant but Risky Project», *Eipascopes*, núm. 2, 2002, pgs. 16 a 21; WESSELING, R.: «The Commission White Paper on Modernisation of E. C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of alternative Options», *European Competition Law Review*, 1999, pgs. 420 a 433.

¹⁹ Sobre los cambios ya vigentes en el ámbito de los acuerdos denominados verticales SUBIOTTO, R. y AMATO, F.: «The reform of the European Competition Policy concerning vertical restraints», *Antitrust Law Journal*, 2001.

²⁰ Problemas que, a nuestro entender y como iremos comentando, aflorarán en numerosas ocasiones cuando comience a aplicarse el nuevo régimen aprobado.

²¹ En este punto pueden consultarse EHLERMAN, C. D.: «The modernization of E.C. antitrust policy: a legal and cultural revolution», *Common Market Law Review*, 2000, pgs. 537 a 590, o SCHAUB, A. y DOHMS, R.: «Das Weissbuch der Europäischen Kommission über

10. Esta modificación implica un considerable incremento en el número de organismos competentes para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 TCE. Tratando de evitar los problemas actualmente existentes que limitan la cooperación entre las autoridades comunitarias entre sí y entre éstas y la Comisión, está prevista la creación de una red de intercambio de información (art. 5 Propuesta)²².

Todas esas autoridades participarán directamente en la aplicación del Derecho comunitario. Sea en procedimientos iniciados por denuncia, de oficio, o, en el caso de las autoridades judiciales, en demandas de reclamación de daños, podrán analizar la consecución de los requisitos del 81.3 TCE²³.

11. A pesar de que la práctica totalidad de los asuntos de los que ha conocido el Tribunal de Justicia a través de recursos presentados por las empresas destinatarias de las decisiones de la Comisión se han basado principal o parcialmente en la quiebra de derechos de defensa de las empresas en las distintas fases del procedimiento, éste permanece en el nuevo Reglamento prácticamente inalterado.

En lugar de sistematizar los derechos de las empresas estableciendo –como la doctrina venía reiteradamente exigiendo²⁴– el germen de lo que podría

die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag» en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1999, pgs. 1055 a 1070.

²² Se denuncia que en la actualidad a la Comisión le resulta más sencillo cooperar con las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia que con las de los Estados miembros, siendo evidentemente deseable que esa situación cambie. Los acuerdos bilaterales en materia de competencia suscritos por la organización pueden consultarse en la página web de la Comisión <http://europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral/> (29-11-2002). En ella se presta atención preferente a los acuerdos celebrados con Estados Unidos.

²³ Lógicamente, las autoridades judiciales nacionales seguirían siendo exclusivamente competentes para conocer de las demandas instando la nulidad civil de los acuerdos y los posibles daños y perjuicios que hubiera conllevado.

²⁴ BIANCARELLI, J.: «Les Principes généraux du Droit communautaire applicables en matière pénale», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1987, pgs. 131 a 166; DANNECKER, G.: «La recente giurisprudenza della Corte federale di giustizia sul significato dei principi “nullum crimen sine lege” e “ne bis in idem” per il diritto penale e penale-amministrativo dell’economia», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, Fasc. 2-3, 1990, pg. 437; EBENROTH, C. T. y STRITTMATTER, M.: *Französisches Wettbewerbs und Kartellrecht im Markt der Europäischen Union*, Ed. Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1995, pgs. 98 y ss.; HARDING, C.: *European Community Investigations and Sanctions. The Supranational Control of Business Delinquency*, Ed. Leicester University Press, Londres, 1993, pg. 123; JOHANNES, H.: «Le droit pénal et son harmonisation dans les Communautés européennes», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1971, pg. 347; LENAERTS, K. y MASELIS, I.: «Procedural rights and issues in the enforcement of the articles 81 and 82 of the E.C. Treaty», *Fordham International Law Journal*, junio 2001; NIETO MARTÍN, A.: «Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia» en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 1994, pgs. 111 a 137; NIETO MARTÍN, A.: *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pg. 167; NIETO MARTÍN, A.: «Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro», *Administración Pública*, núm. 34, sep-

considerarse una parte general del Derecho europeo sancionador, la normativa referente al procedimiento en sí mismo, se modifica tan sólo de manera parcial²⁵.

El nuevo Reglamento tiene una estructura más desarrollada que su predecesor y en concreto está dividido en once capítulos, el quinto de los cuales se refiere a los poderes de investigación. En él se establece una regulación, tanto sobre las solicitudes de información, como sobre los poderes de verificación que, salvando algunas diferencias que analizaremos a continuación, se corresponde fundamentalmente con los poderes reconocidos en la actualidad a la Comisión (arts. 11 y 14 Reglamento 17). Como igualmente comprobaremos seguidamente, establece así mismo una regulación sobre los poderes de investigación de las autoridades internas (art. 21 Propuesta). Este cambio no busca limitar las potestades de la Comisión en los ámbitos de la investigación y sanción, sino precisamente incrementarlas²⁶.

En el artículo 18 Propuesta se recoge la referencia a las «solicitudes de información» emitidas por la Comisión. El procedimiento establecido en ese precepto continúa recogiendo una división en dos fases, paralelo al vigente (art. 11 Reglamento 17) y con unas garantías semejantes. Las principales diferencias en la regulación vienen determinadas, al menos en parte, por la nueva distribución competencial decretada en la normativa que, como sabemos, tiene como fundamento último la sustitución del «régimen de autorización previa» por el de «excepción legal directamente aplicable». En esta situación, ha desaparecido del artículo 18 Propuesta en que se regulan las solicitudes de información a que estamos en este momento haciendo referencia, la obligación de la Comisión de remitir inmediatamente a las autoridades nacionales de competencia copia de la solicitud de información o decisión formal. En su lugar, los artículos 11 y 12 Propuesta establecen un sistema en virtud del cual la Comisión transmitirá sin dilaciones a las autoridades de competencia de los Estados miembros los documentos más importantes que haya recopilado con vistas a la aplicación de su regulación. Igualmente se recoge en los preceptos la obligación de información a la Comisión, a cargo de las autoridades internas de defensa de la competen-

tiembre 1995, pg. 607; TIEDEMANN, K.: «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht» en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, pg. 29; VERVAELE, J. A. E.: «Procédures communautaires: enquête et mise en œuvre des sanctions» en DELMAS MARTY, M.: *Quelle politique pénale pour l'Europe*, Ed. Economica, 1993, pg. 256; o WINKLER, R.: *Die Rechtsnatur der Geldbuße im der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Ein Beitrag zum Wirtschaftsstrafrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1971, pgs. 100 y ss.

²⁵ De hecho algunos autores como FOURGOUX, J. C.: «L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence. Tentative d'extension et coup de frein par la juridiction communautaire», *Revue de Science Criminelle*, 2002, pgs. 599 a 603, ponen de manifiesto la amenaza a los derechos fundamentales que implica la reforma propuesta.

²⁶ Se hace referencia en concreto al incremento de las potestades de la Comisión para interrogar a los individuos en sus oficinas o a la actualización de las sanciones por informaciones incorrectas.

cia²⁷. La información que se transmite afectará a «todo elemento de hecho o de Derecho, incluida la información confidencial» aunque sólo podrá ser utilizada a efectos de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia²⁸.

Otra de las novedades de la nueva regulación es el método que se establece para determinar el importe de las multas²⁹. En lugar de fijarse montantes concretos, el nuevo Reglamento opta por un sistema de determinación que toma como base el volumen de negocios total realizado por la empresa infractora durante el ejercicio social anterior. Para el supuesto de que las empresas faciliten información inexacta, incompleta o desvirtuada en respuesta a una solicitud de información o a una decisión adoptada tomando como base el citado artículo 18, la multa impuesta podrá alcanzar un montante de hasta el 1% del volumen de negocios. Además, cuando las empresas no faciliten la información solicitada por vía de decisión, se establece la imposición de una multa coercitiva de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio anterior por día de retraso a partir de la fecha que se fije en la decisión (La regulación sobre las sanciones se recoge en los arts. 22 y 23 Propuesta)³⁰.

²⁷ Deberán desaparecer las normativas internas vigentes en algunos estados que prohíben la transferencia de información a autoridades extranjeras o internacionales.

²⁸ Sobre las propuestas de modificación normativa en lo que hace a los poderes de la Comisión para recabar información de las empresas, RILEY, A.: «Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition Law», *European Law Review*, 2000, pgs. 264 a 281.

²⁹ STJCE 7 junio 1983, *Musique Diffusion Française/Comisión*, 100 y 103/1980, Rec. 1983; STJCE 8 febrero 1990, *Tipp-Ex GmbH & Co Kg/Comisión*, 279/1987, Rec. 1990, pg. I-261, ap. 39; STJCE 12 noviembre 1985, *Krupp/Comisión*, 183/1983, Rec. 1985, pg. 3609, ap. 37, pg. 1912; STPI 12 diciembre 1991, *Hilti Ag/Comisión*, T-30/1989, Rec. 1991, pg. II-1439, ap. 7; STPI 7 julio 1994, *Dunlop Slazenger International Ltd./Comisión*, T-43/1992, Rec. 1994, pg. II-441, ap. 11; STPI 14 julio 1994, *Parker Pen Ltd./Comisión*, T-77/1992, Rec. 1994, pg. II-549; STPI 21 febrero 1995, *Vereniging Van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties In De Bouwnijverheid y Otros/Comisión*, T-29/1992, Rec. 1995, pg. II-289; STPI 23 febrero 1994, *Groupement des Cartes Bancaires «Cb» Y Europay International Sa/Comisión*, T-39/1992 y T-40/1992, Rec. 1994, pg. II-49, ap. 7; STPI 22 octubre 1997, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (Sck) Y Federatie Van Nederlandse Kraanbedrijven (Fnk)/Comisión*, T-213/1995 y T-18/1996, Rec. 1997, pg. II-1739, ap. 28; STPI 14 mayo 1998, *Finnish Board Association-Finnboard/Comisión*, T-338/1994, ap. 259; STPI 21 octubre 1997, *Deutsche Bahn Ag/Comisión*, T-229/1994, Rec. 1997, pg. II-1689; STPI 6 junio 1995, *Union Internationale des Chemins de Fer/Comisión*, T-14/1993, Rec. 1995, pg. II-1503, ap. 15; STJCE 17 diciembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH/Comisión*, C-185/1995, ap. 136; STJCE 8 febrero 1990, 3/1990, *Tipp-Ex/Comisión*, Rec. 1990, pg. 8.

³⁰ La Comunicación de la Comisión en la que se incluyen directrices sobre cálculo de las multas se considerará sin embargo aplicable tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento. DOCE núm. C 9 de 14 de enero de 1998, pgs. 3 y ss. RICHARDSON, R.: «Guidance without Guidance. A European Revolution in Finning Policy? The Commission New Guidelines on Fines», *European Competition Law Review*, 1999, pgs. 360 a 371. En este sentido resultan realmente interesantes al precisar el alcance de varios de los criterios recogidos en la Comunicación, la STPI 28 febrero 2002, *Cascades SA/Comisión*, T-308/1994, Rec. 2002 pg. II-813, ap. 20, 36-54, y 57-74; STPI 28 febrero 2002, *Stora Kopparbergs*

La nueva regulación no habla de verificaciones sino de inspecciones y dedica a ellas el artículo 20. En sus aspectos procedimentales, el tratamiento de las verificaciones es coincidente con la regulación vigente. Existen no obstante algunas diferencias importantes.

Junto con algunas precisiones menores derivadas de la toma en consideración de los avances tecnológicos –como la posibilidad de grabar las respuestas de las personas consultadas o la de consultar libros o documentos cualquiera que sea su soporte– podemos encontrar una ampliación de los locales en los que pueden realizarse inspecciones en la que expresamente se incluye el «domicilio de los empresarios, administradores, directores y otros miembros del personal de las empresas y asociaciones de empresas, en la medida en que pueda sospecharse que en ellos se conservan documentos de carácter profesional» [art. 20.2 b) Propuesta]. En este caso, será preceptiva la intervención previa de la autoridad judicial (art. 20.7 Propuesta).

Se precisa sin embargo que quien controla la legalidad de la Decisión de la Comisión es el Tribunal de Justicia y que el juez nacional tan solo se podrá referir en su control a la autenticidad de la Decisión y a la ausencia de arbitrariedad o exceso en las medidas de apremio previstas en relación con el objeto de la inspección. Expresamente se establece que la autoridad jurisdiccional interna 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 Comisión³¹.

Se establece igualmente la posibilidad de precintar los locales o documentos profesionales mientras dure la inspección.

La asistencia de los agentes de las autoridades de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, que era facultativa con la regulación precedente en algunos supuestos, se convierte en el nuevo Reglamento en preceptiva (párrafo 5 art. 20 Propuesta). Cuando las empresas se opongan a la inspección ordenada, se prevé que el Estado

Bergslags AB/Comisión T-354/1994, Rec. II-843, ap. 85; STPI 28 febrero 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/1995, Rec. 2002 pág II-1011, ap. 232; STPI 13 diciembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless GmbH y Acciai speciali Terni SpA/Comisión*, T-45/1998 y T-47/1998, Rec. 2001, pg. II-3757, ap. 63; STPI 13 diciembre 2001, *Compañía española para la fabricación de inoxidable, SA (Acerinox)/Comisión*, T-48/1998, Rec. 2001, pg. II-3859, o STJCE 16 noviembre 2000, *SCA Holding Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*, C-297/1998, Rec. 2000, pg. I-10101, en el mismo sentido que STJCE 16 noviembre 2000, *Metsä-Serla Sales Oy/Comisión*, C-298/1998, Rec. 2000, pg. I-10157. No tan significativa pero igualmente interesante, STPI 22 noviembre de 2001, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)/Comisión*, T-139/1998, Rec. 2001, pg. II-3413, ap. 104 y ss.

³¹ Resulta en este punto de la máxima importancia la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia en respuesta a una cuestión prejudicial sobre los poderes de investigación de la Comisión y de la forma en que deben establecerse las relaciones de cooperación entre la institución comunitaria y las autoridades judiciales internas. Ver STJCE 22 octubre 2002, C-94/2000, *Roquette Frères SA, Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Commission of the European Communities*, Rec. 2002.

miembro interesado prestará la asistencia necesaria, lo cual incluye el recurso a la fuerza pública cuando fuera necesario³².

12. En el nuevo Reglamento se establece un precepto en el que se recoge una regulación totalmente novedosa respecto de la participación de las autoridades internas de los Estados en la detección de infracciones a la competencia (art. 21 Propuesta). Al tiempo que sigue facultando a los Estados miembros para llevar a cabo investigaciones en su territorio en nombre de la Comisión, introduce la posibilidad de que las autoridades nacionales de competencia realicen cualquier medida de investigación en nombre de una autoridad de competencia de otro Estado miembro. Esta disposición busca permitir una cooperación efectiva entre las distintas autoridades de competencia. La colaboración permite que las autoridades nacionales de competencia tramiten casos cuyas pruebas puedan encontrarse en parte en otros Estados miembros. De no existir estos mecanismos se obstaculizaría seriamente la descentralización real de la aplicación de las normas comunitarias de competencia³³.

13. Igualmente se presta especial atención a las denuncias, a las que se reconoce un importante papel en la detección de infracciones graves³⁴. Las posibilidades de inicio del procedimiento, como no podía ser de otro modo, se ven modificadas en la nueva normativa ante el cambio de sistema que hemos comentado. No obstante, la denuncia continúa siendo un método regulado de inicio del procedimiento. El artículo 5 Propuesta prevé la posibilidad de presentar la denuncia ante las autoridades de competencia de los Estados miembros, y el artículo 7 plantea la posibilidad de presentar la denuncia ante la Comisión. De acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, estarán habilitados para formular denuncias los Estados miembros y las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo.

14. La instauración de este modelo sirve de justificación para una nueva distribución de los papeles otorgados a las diferentes autoridades internas y comunitarias que supone un cambio cualitativamente muy importante respecto de la situación precedente. Éste, que puede considerarse uno de los más importantes cambios que lleva aparejada la modificación normativa, se

³² Respecto de las multas y multas coercitivas ante tal negativa fijadas en la propuesta, la cuantía viene determinada en los arts. 22 y 23 y coincide con las que se fijan por contravención del art. 20.

³³ El texto del Reglamento no aclara cuáles serán las relaciones existentes entre las diferentes autoridades internas. Queda en concreto por determinar en qué medida la autoridad judicial de un estado miembro deberá colaborar en una verificación ordenada en el curso de un procedimiento incoado por una autoridad administrativa de otro Estado con la que no le une una relación semejante a la que le vincula a la Comisión.

³⁴ En este punto se subraya la importancia de que el interesado conozca en un plazo lo más corto posible si la Comisión va a continuar con el procedimiento (se propone un plazo de cuatro meses) para que, caso de que su intención sea contraria, pueda dirigirse a una autoridad o tribunal nacional. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DOCE núm. C 45 pg. 3, de 19 de febrero de 2002).

recoge en el nuevo artículo 3 y, en este caso, en una línea que consideramos claramente beneficiosa para las empresas.

En el citado precepto se procede a realizar una alteración radical en la relación existente entre las normativas internas de defensa de la libre competencia y el Derecho Comunitario en este ámbito.

Frente a la tesis actualmente vigente que permite la aplicación cumulativa de ambas normativas con una mera y vaga exigencia de «toma en consideración» de la sanción impuesta por la Comisión cuando las autoridades internas deciden sancionar un acuerdo, la normativa propuesta opta por un sistema en el cual a aquellas prácticas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros les será aplicable exclusivamente el Derecho comunitario de la competencia con exclusión de los Derechos nacionales³⁵. A partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, y siempre que no se introduzcan modificaciones sustanciales, cuando un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada a efectos del artículo 81 TCE, o la explotación abusiva de una posición dominante a efectos del artículo 82 TCE, puedan afectar al comercio entre Estados miembros, será aplicable el Derecho comunitario de la competencia, con exclusión de los Derechos nacionales.

Prevalecería por tanto la teoría de la barrera simple frente a la situación actual³⁶. Esta nueva situación implica un giro copernicano en las tesis que,

³⁵ STJCE 10 julio 1980, 253/1978, *Procureur de la République/Giry y Guertain*, Rec. 1980, pág., 2327; STJCE 10 julio 1980, 37/1979, *Anne Marty SA/Estée Lauder*, Rec. 1980, pg. 2481; STJCE 10 julio 1980, 99/1979, *Lancôme et Cosparfrance Nederlands/Étos et Albert Heyn Supermart*, Rec. 1980, pg. 2511; STJCE 11 noviembre 1980, 31/1980, *L'oreal/Poba De Nieuwe Amck*, Rec. 1980, pg. 3775; STJCE 21 enero 1993, *Advanced Nuclear Fuels/Comisión*, C-308/1990, Rec. 1993-I, pgs. 309 y ss.; ATPI 22 noviembre 1995, *Atlantic Container Line Ab y otros/Comisión*, T-395/1994 R II, Rec. 1995-II, pgs. 2893 a 2917; STJCE 26 noviembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG y otros/Comisión*, C-7/1997, ap. 16.

³⁶ CALVO, A. L. y CANEDO, M. P.: «Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE en relación con el principio *non bis in idem*» en CALVO CARAVACA, A. L. y BLANCO MORALES LIMONES, P.: *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pgs. 407 a 428; COLETTE-BASECOZ, N.: «Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales: l'application du principe *non bis in idem*» en *La justice pénale et l'Europe. Travaux des XV journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1996, pgs. 463 a 472; DANNECKER, G.: «La recente giurisprudenza della Corte federale di giustizia sul significato dei principi *nullum crimen sine lege* e *ne bis in idem* per il diritto penale e penale-amministrativo dell'economia», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Fasc. 2-3, 1990, pg. 437; FARINELLI, S.: «Sull'applicazione del principio *ne bis in idem* tra gli stati membri della comunità europea», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991, pgs. 878 a 909. PRALUS, M.: «Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem*: *non bis*», *Revue du Science Criminelle*, núm. 3, juill-sept. 1996, pgs. 551 a 574, o ROBERT, J. H.: «Application ou non application de la regle *Non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives» en *Archives de Politique Criminelle*, 1984, pgs. 136 a 144. SCHERMERS, H. G.: *non bis in idem* en F. CAPOTORTI, EHLERMANN, C. D., FROWEIN, J., JACOBS, F., JOLIET, R.,

Alfonso Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

sin fisuras aparentes, venían manteniendo tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia³⁷.

B. *El papel de la Comisión en el nuevo sistema*

15. El nuevo sistema propugnado en la reforma que analizamos supone una relativamente compleja distribución competencial.

La Comisión, como guardiana de los Tratados y garante del interés comunitario, bajo la supervisión del Tribunal, sigue manteniendo su papel de rectora de la política comunitaria en materia de defensa de la libre competencia.

Para garantizar una orientación uniforme de la política comunitaria, especialmente compleja en un sistema basado en la descentralización en la aplicación, la Comisión empleará, entre otras, la vía de redactar por medio de «Notas», directrices de desarrollo de los artículos 81 y 82 TCE³⁸.

En el nuevo contexto las comunicaciones y decisiones tendrán una importancia crucial para asegurar la coherencia y uniformidad de la aplicación de la legislación y deberán ser respetadas en la aplicación de la regulación comunitaria tanto por la instancia comunitaria como por los aplicadores nacionales.

16. A parte de esta labor normativa, se plantea la posibilidad de que la Comisión emita decisiones de prohibición en casos individuales que tengan especial relevancia. Estas decisiones individuales servirán de precedente a la aplicación de la reglamentación comunitaria por parte de las autoridades y tribunales nacionales.

La nueva reglamentación reconoce excepcionalmente la potestad de la Comisión de adoptar decisiones de «no infracción» o de inaplicación en las que se determine que un acuerdo concreto no resulta contrario a la ordenación comunitaria, sea porque no entra en los supuestos del párrafo primero del artículo 81, o sea porque cumple las condiciones del párrafo tercero del mismo precepto. Estas decisiones serán no obstante meramente declarativas

KOOPMANS, T. y KOVAR, R., eds., *Du Droit International au Droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden Baden, 1987, pgs. 601 a 612.

³⁷ Esta jurisprudencia se inició con la resolución dictada por el Tribunal de Justicia, STJCE de 13 febrero 1969, *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*, As. 14/1968, Rec. 1969, pg. 1, en la que se asienta una doctrina que hasta el momento permanece sin modificaciones, hasta la reciente STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV and DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc (ICI)/Comisión*, C-238/1999 P, C-244/1999 P, C-245/1999 P, C-247/1999 P, C-250/1999 P to C-252/1999 P and C-254/1999 P, Rec. 2002, ap. 54 a 69.

³⁸ El IP/02/1739, de 26 de noviembre de 2002, hace referencia a la publicación por parte de la Comisión, en el transcurso del año próximo, de una serie de Notas que explicarán o aclararán determinados conceptos con objeto de brindar orientaciones generales y seguridad jurídica a las empresas.

y su finalidad no será, en ningún caso, satisfacer el interés individual de las empresas partícipes en los acuerdos sino el interés público comunitario (art. 10 Propuesta que amplía la aplicabilidad del sistema a las infracciones al art. 82 TCE).

No se trata de que la Comisión asuma nuevamente el papel reactivo que ejerce en el sistema actual; más bien, con este sistema se intenta facilitar la labor de las entidades encargadas de la aplicación de la normativa y ofrecer a los operadores económicos en general una muestra de la postura de la Comisión.

Estas decisiones, que previsiblemente serán dictadas en asuntos que susciten nuevas cuestiones jurídicas o de interpretación, buscan proteger el interés general en la medida en que su objetivo es la garantía de la certeza jurídica y una aplicación coherente de las normas comunitarias; es decir, se convierten en un nuevo instrumento para dirigir la política comunitaria en materia de competencia³⁹.

El mismo objetivo se reconoce a las decisiones en que la Comisión acepte las modificaciones –propuestas por las propias empresas o por la propia Comisión pero asumidas en todo caso por los partícipes en el acuerdo– respecto de las prácticas contrarias a la libre competencia, para evitar que éstas sean objeto de sanción. Esos acuerdos serán vinculantes para las partes e impedirán que los terceros puedan llevar la práctica en cuestión ante los tribunales nacionales. Éste sería uno de los casos en que el nuevo sistema implica un umbral razonable de garantía para las empresas partícipes en los acuerdos.

C. Las autoridades administrativas internas de los Estados miembros

17. El papel de las autoridades nacionales para aplicar la normativa comunitaria depende, en primer lugar, de las potestades reconocidas por los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados.

La puesta en práctica de esta normativa exigirá que todos los ordenamientos de los Estados confieran a sus autoridades los poderes necesarios para su ejecución⁴⁰.

Las autoridades nacionales podrán emitir decisiones de prohibición, aceptando modificaciones de los acuerdos, rechazando denuncias, con medidas provisionales, o de rechazo de una exención del beneficio de la exención

³⁹ SCHAUB, A.: «Modernisation...», op. loc. cit.

⁴⁰ En el momento actual Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos y Portugal han conferido potestades de aplicación de la normativa a sus autoridades administrativas internas. Por el contrario Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Suecia y el Reino Unido no lo han hecho. El art. 36 de la nueva normativa concede a los Estados miembros un plazo aún por determinar para designar autoridades competentes para aplicar los preceptos del Tratado.

por categorías cuando un acuerdo cree restricciones en su mercado nacional y sea incompatible con el 81.3 TCE⁴¹.

Es decir, podrán emitir los mismos tipos de decisiones que en este momento adopta la Comisión, salvo las que suponen que los acuerdos son conformes a la normativa comunitaria.

D. *La intervención de los tribunales internos*

18. El protagonismo de las autoridades judiciales internas de los estados se ve profundamente modificado y ampliado con la reforma. Los jueces nacionales podrán decidir, a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, sobre la aplicabilidad o nulidad de un acuerdo, así como, tal como sucede ahora, sobre los posibles daños derivados del mismo.

Este aumento en el papel de los jueces internos puede acarrear problemas derivados, fundamentalmente, de la complejidad no sólo jurídica sino incluso económica que supone la aplicación de esta política. No cabe desconocer el hecho de que, al menos en teoría, las autoridades judiciales internas ostentan ya competencia, de acuerdo con la normativa vigente, para aplicar los párrafos primero y segundo del artículo 81 y el artículo 82 TCE en su totalidad, implicando ambos un nivel de complejidad económica y jurídica semejante al párrafo tercero que, por medio de la reforma, pasará a ser también de su competencia. Además, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido incluso aplicando la normativa vigente la potestad de los tribunales internos para analizar la posibilidad de aplicación de una exención del 81.3 TCE para dar una respuesta apropiada a sus procedimientos en el caso de la adopción de medidas provisionales⁴².

Conscientes no obstante de la entidad del asunto abordado y buscando atenuar los posibles problemas que puedan plantearse, se han tratado de potenciar, como veíamos, las posibilidades de la Comisión de dar orientaciones normativas sobre la aplicación correcta de la normativa comunitaria. Igualmente se prevé el establecimiento de sistemas que permitan a los jueces internos elevar consultas a la Comisión en cuestiones económicas, legales y técnicas.

Finalmente, queda abierta la posibilidad de presentar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, aplicando el artículo 234 TCE.

19. Las dificultades que puede acarrear la competencia real de las autoridades judiciales internas en estos ámbitos trascienden sin embargo las soluciones comentadas y pueden no salvarse en todo caso empleando estos cauces.

⁴¹ Estas posibilidades de actuación de las autoridades internas se recogen ya actualmente en la normativa aplicable a las restricciones verticales. Reglamento núm. 1215/1999, DOCE núm. L 148 de 1999, pg. 1, que afecta al Reglamento 19/1965 y al 2790/1999, DOCE núm. L 336 de 1999, pg. 21.

⁴² STJCE 28 febrero 1991, *Delimitis/Henninger Bräu*, C-234/1989, Rec. 1991, pg. I-935.

Por ello se recomienda a los Estados miembros el establecimiento de tribunales especiales competentes para la aplicación de Derecho de la competencia y se plantea el establecimiento de programas de formación que fomenten la especialización de sus cuerpos judiciales⁴³.

En este punto conviene subrayar que la reiterada jurisprudencia que establece que el artículo 81.3 TCE no deja un margen de discrecionalidad a la Comisión, sería trasladable a la aplicación del precepto por los jueces internos de los Estados. Así, en caso de que se cumplan las condiciones del párrafo tercero, necesariamente debe aplicarse su regulación y consecuentemente debe levantarse la prohibición permitiendo la puesta en marcha de la práctica analizada⁴⁴.

E. *Criterios de distribución de los asuntos entre las distintas autoridades competentes*

20. Analizadas las potestades que tienen reconocidas las distintas autoridades para aplicar la normativa comunitaria, se plantea el auténtico problema de la distribución competencial, dado que en el nuevo sistema las empresas tienen reconocida libertad para dirigirse a cualquiera de las autoridades competentes. Los principios en que se basa la distribución de competencias entre la Comisión y las autoridades de los Estados, tanto administrativas como judiciales, se recogen en los nuevos artículos 4 a 6.

Desde el punto de vista de los intereses de los posibles denunciantes, se impone una aclaración lo más precisa posible de las situaciones en las que se puede o no plantear la existencia de un «interés comunitario» a los efectos de emplear el cauce del nuevo artículo 10. El carácter administrativo de la Comisión le fuerza a guiarse por el principio de oportunidad, lo cual puede llevarle a rechazar denuncias cuando existen prioridades superiores

⁴³ En su día se publicó por la Comisión una convocatoria de propuestas de formación de los jueces nacionales en Derecho Comunitario de Competencia en la que se plantean como actividades del programa la creación y gestión de una red de cooperación judicial en el ámbito del Derecho comunitario de competencia, la realización de seminarios, reuniones, simposios, cursos de corta duración y distribución de documentación e información sobre derecho comunitario de la competencia adaptadas específicamente a las necesidades de los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE. La citada convocatoria contaba con un presupuesto que ascendía a 100.000 Euros para el año 2002 <http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/proposals/> (agosto de 2002).

⁴⁴ Véanse las STJCE 9 julio 1987, *Ancides/Commission*, 43/1985, Rec. 1987, pg. 3131; STJCE 8 junio 1995, *Schöller/Commission*, T-9/1993, Rec. 1995, pg. II-1611; STJCE 27 febrero 1992, *Vichy/Commission*, T. 19/1991, Rec. 1992, pg. II-415; STJCE 15 julio 1994, *Matra Hachette/Commission*, T 17/1993, Rec. 1994, pg. II-595; STJCE 25 octubre 1977, *Metro/Commission*, 26/1976, Rec. 1977, pg. 1875; ATJCE 4 junio 1996, *SCK and FNK/Commission*, T-18/1996, Rec. 1996, pg. II-407. En algunos de ellos se hace referencia al margen de «discrecionalidad» de la Comisión. El citado margen se refiere, no obstante, a la posibilidad de apreciación que ésta tiene reconocido para determinar si se verifican las condiciones del art. 81.3. En el caso de que se consideren cumplidas, deberá necesariamente aplicarse la exención. STJCE 12 julio 1991, *Peugeot/Commission* 23/1990, Rec. 1991, pgs. II-653.

que le aconsejan dedicar sus efectivos a cubrir otros objetivos⁴⁵. En esos casos, los denunciantes podrían preferir dirigirse a una autoridad judicial interna de un Estado⁴⁶. Sin embargo, cuando la Comisión emita una decisión de este tipo situará a las empresas en una posición que les permite una garantía de la legalidad de la práctica que pretenden ejecutar que, de acuerdo con el nuevo sistema, parece excepcional.

21. El nuevo sistema exige lógicamente un nivel de implicación entre las autoridades internas y la Comisión considerablemente más amplio que el existente. De ahí que se dedique un Capítulo del Reglamento, el IV, a la normativa de regulación de esa cooperación.

De acuerdo con la Comisión, una de las características fundamentales del modelo que se plantea es la búsqueda de una protección más eficaz de la competencia. Para ello se considera elemento básico del nuevo sistema, que la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de la normativa comunitaria⁴⁷.

Con el nuevo modelo se trata por una parte de garantizar que se aplica tan sólo un *corpus* jurídico a todas las transacciones con consecuencias transfronterizas. Además se trataría de facilitar una asignación eficiente de los asuntos dentro de la red de autoridades de competencia, de manera que cada caso sea tramitado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo. Este sistema justifica que haya desaparecido de la nueva normativa una garantía que, como veíamos, se recoge en el artículo 20 del Reglamento 17 y que se concreta en el hecho de que las informaciones facilitadas por las empresas no puedan ser utilizadas más que para los fines para los que son solicitadas. En concreto la propuesta establece expresamente el principio de que deberá producirse un intercambio mutuo de información y de ayuda entre las diferentes autoridades que incluye la información confidencial en aras de lograr que cada miembro de la red aplique con la máxima eficacia los artículos 81 y 82 TCE. La red busca así garantizar una asignación eficiente de los asuntos basada en el principio de que éstos deben ser tramitados por la autoridad que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Respecto del intercambio de información el nuevo Reglamento mantiene, como sabemos de manera expresa que dentro de las informaciones objeto

⁴⁵ STJCE 18 septiembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/1990, Rec. 1992, pg. II-2223.

⁴⁶ SCHAUB mantiene que se pretende recoger esos criterios en una comunicación de la Comisión en que se establezcan las líneas básicas de actuación de las diferentes autoridades que permitan a los denunciantes tener elementos de juicio suficientes a la hora de decidir el foro al que acudir a presentar la denuncia. SCHAUB, A.: «Modernisation...» op. cit., pg. 9.

⁴⁷ Puede consultarse la Exposición de Motivos a la Propuesta de Reglamento, punto C, 1, a), pg. 6.

de intercambio entre las diferentes autoridades se incluyen las consideradas confidenciales⁴⁸.

22. En esta situación se considera de la máxima importancia el desarrollo de unas reglas transparentes y flexibles de adjudicación de los asuntos de manera que puedan conocer de los mismos las autoridades que se encuentren en mejor disposición para hacerlo⁴⁹.

Esas normas se basarán fundamentalmente en la «teoría del efecto restrictivo en el mercado», pero sin desconocer la importancia de otros criterios como la efectividad de los poderes de investigación o el interés comunitario. En un sistema como el que se plantea, la posible prohibición de un acuerdo por parte de las autoridades de un Estado podría ser suficiente para convertir en inaplicable la práctica contraria a la competencia en el resto de estados afectados, caso de que la actuación en el Estado en que se dicta la resolución sea consustancial a la puesta en marcha del acuerdo o práctica. Sin embargo no puede descartarse que resulte necesario llevar a cabo más de un procedimiento para conseguir la prohibición total de una determinada práctica.

23. En cualquier caso, si una vez de iniciado un procedimiento ante la autoridad de un Estado, se considera que existe otra autoridad que está en mejores condiciones para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, se prevé la posibilidad de transferencia del asunto. Esta transferencia podrá realizarse de manera voluntaria entre autoridades internas.

La Comisión conserva la potestad, en todo momento del procedimiento, de avocar un asunto para sí, aunque del mismo esté conociendo una autoridad interna. En este supuesto no es necesario el acuerdo de la autoridad que había comenzado a conocer del caso.

En estos casos de transferencia del procedimiento, y en aras de la máxima eficiencia y celeridad, se establece la obligación de transmisión del expediente completo, incluyendo las informaciones confidenciales.

⁴⁸ Resulta interesante en este sentido el art. 12 Propuesta. El nuevo sistema de distribución competencial en la aplicación de la normativa comunitaria propugnado por la propuesta de modificación del Regl. 17 vendría a terminar con el derecho que actualmente tienen las partes en un procedimiento en virtud del cual las autoridades no podrían utilizar la información más que para los fines para los que se había recogido, estableciéndose cautelas especiales en los casos de información confidencial. Por el contrario, y dado el nuevo sistema que se decanta por la teoría de la barrera simple, el nuevo art. 12, referido al intercambio de información establece que «no obstante toda disposición nacional contraria, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán comunicarse y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de Derecho, incluida información confidencial».

⁴⁹ Se plantea incluso como posibilidad óptima en algunos asuntos la actuación conjunta de varias autoridades nacionales.

Las pruebas contenidas en el procedimiento inicial podrán ser empleadas directamente por la autoridad receptora⁵⁰.

24. El nuevo artículo 14 mantiene la figura del Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes, dado que este órgano puede considerarse en consonancia con el principio de colaboración entre las autoridades comunitarias y las internas. Como modificaciones fundamentales del nuevo sistema, pueden destacarse la posibilidad de tramitar los procedimientos por escrito para lograr métodos de trabajo más flexibles y eficientes y la posibilidad de tramitar casos abordados por las autoridades de los Estados miembros. Con esta posibilidad se pretende contribuir al mantenimiento de una aplicación coherente de las normas de competencia comunitarias. Normalmente a petición de un Estado miembro, la Comisión podrá incluir un procedimiento nacional en su orden del día de trabajo.

Es el nuevo artículo 16 el que, consciente del riesgo de aplicación fraccionada a que puede dar lugar la aplicabilidad de la normativa comunitaria por parte de las autoridades de los Estados, trata de garantizar una aplicación coherente de la regulación que garantice el correcto funcionamiento del mercado interior.

F. Otros aspectos importantes de la propuesta

25. La nueva normativa establece un sistema de sanciones que busca potenciar las facultades de la Comisión y actualizar las cuantías de la normativa actual que se habían fijado en los años 60⁵¹.

Se mantiene la distinción entre multas coercitivas y ordinarias y dentro de éstas la diferencia entre sanciones por incumplimiento de normas procesales y sustantivas.

El apartado 1 del nuevo artículo 22 modifica las multas por incumplimiento

⁵⁰ El principio en virtud del cual la carga de la prueba de una infracción recae en la Comisión se había derivado durante la vigencia del Regl. 17 de la jurisprudencia del Tribunal (Pueden consultarse, en sus distintos aspectos, las STJCE 15 julio 1970, *ACF Chemiefarma*, 41/1969, aps. 145-153; STJCE 21 febrero 1973, *Continental Can*, 6/1972, aps. 35-37, o STJCE 16 diciembre 1975, *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» y Otras/Comisión*, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, Rec. 1975, pgs. 1663 y ss., aps. 199 a 210; STPI 9 julio 1992, *Publishers Association/Comisión*, T-66/1989, Rec. 1992, pg. II-1995, aps. 5 y 6; STJCE 7 junio 1983, *S. A. Musique Diffusion Française [Pioneer]*, 100 a 103/1980, o STPI 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa Y Ppg Vernante Pennitalia Spa*, T-68/1989, T-77/1989 y T-78/1989; STJCE 28 marzo 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA y Rheinzink gmbh*, 29/1983 y 30/1983, ap. 16; o STJCE 31 marzo 1993, *C-89/1985, C-116 y 117/1985, C-125 a 129/1985*, aps. 126 y 127). Este principio es el objeto del artículo segundo de la nueva propuesta de Reglamento. De acuerdo con él, en todos los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82, la carga de la prueba de una violación del 81.1 o del 82, recaerá en quien la alegue. Se deduce que incumbirá a quien invoque el beneficio de las disposiciones del art. 81.3, aportar la prueba de que se cumplen las condiciones de dicho apartado.

⁵¹ MONTI, M.: «The international Dimension of Competition Policy», *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, 31 octubre 2002, pg. 5.

de las normas procesales buscando garantizar el efecto disuasorio. El nuevo Reglamento también introduce sanciones por negarse a contestar a preguntas orales durante las investigaciones o por romper precintos.

El apartado 2 del mismo precepto se refiere a multas por incumplimiento de las normas sustantivas. En esta normativa no se modifica el nivel de las multas impuestas (de hasta un 10% del volumen de negocios anual total), simplemente se añade a la lista de infracciones la violación de una decisión por la que se conceden medidas cautelares y el incumplimiento de los compromisos que la decisión ha hecho obligatorios.

El apartado 4 establece una nueva norma relativa a la infracción cometida por las asociaciones de empresas que infringen la normativa de defensa de la libre competencia proponiendo que, en caso de impago por insuficiencia de recursos de la asociación, se hagan cargo los que fueran sus miembros en la fecha de la infracción.

Respecto de las multas coercitivas la regulación del nuevo artículo 23 implica una modificación en la cuantía de las medidas. Se propone definir un límite máximo en relación con el volumen de negocios total: el 5% del volumen de negocios diario medio por día de retraso. Además, la creación de nuevas categorías de decisiones, a saber, aquellas por las que se aceptan compromisos y decisiones por las que se adoptan medidas cautelares, requiere que puedan imponerse multas coercitivas a las empresas si no cumplen dichas decisiones.

26. La normativa sobre audiencia de las partes, junto con el secreto profesional, pasa a integrar un nuevo Capítulo de la regulación (el VIII). La redacción del nuevo artículo 26 recoge una referencia a los derechos de audiencia de las partes interesadas en el procedimiento. Sobre sus derechos de defensa se establece que «estarán garantizados plenamente en el desarrollo del procedimiento» precisándose el derecho a acceder al expediente. Se reconoce igualmente el derecho de audiencia a las personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés legítimo. La citada regulación recoge algunas referencias a los datos confidenciales y al secreto profesional (art. 27 Propuesta)⁵².

27. Los nuevos artículos 24 y 25 recogen la normativa del Reglamento

⁵² No parece que una regulación tan sucinta venga a terminar con los problemas de audiencia que se han venido suscitando en los procedimientos ante la Comisión durante estos cuarenta años, ni que convierta en inaplicable la regulación recogida en el Reglamento núm. 2842/1998 de la Comisión de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los arts. 85 y 86 del TCE, DOCE núm. L 354 de 30 de diciembre de 1998, pgs. 18 a 21, complementado con la Decisión de la Comisión de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia, DOCE núm. L 162, de 19 de junio de 2001, pgs. 21 a 24.

Alfonso Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

2988/1974 y la integran en el texto del Reglamento⁵³. Las disposiciones sobre la prescripción se han adaptado al nuevo sistema de aplicación, de manera que, teniendo en cuenta la aplicación descentralizada de la normativa que propugna la propuesta, la prescripción se ve interrumpida por medidas de las autoridades nacionales de competencia que apliquen los artículos 81 ó 82 TCE, con independencia de cualquier solicitud de la Comisión.

G. Objetivos fundamentales pretendidos por la Propuesta de modificación

28. Este sistema tiene como objetivos básicos fomentar la protección de la competencia dentro del mercado común, incrementando la competencia no sólo para las empresas situadas dentro de la Comunidad sino para aquellas que, aprovechando las oportunidades del mercado globalizado, pretenden operar en él a pesar de estar establecidas en otras zonas.

Se pretende así conseguir una protección más efectiva de los intereses de los consumidores que en un sistema de libre competencia real, podrán obtener los mejores servicios en óptimas condiciones.

Respecto de las empresas, se pretendería aligerar la tramitación burocrática y evitar los consiguientes retrasos.

Desde el punto de vista legal, y aunque la modificación del sistema comunitario no implica necesariamente un cambio en las normativas internas de defensa de la libre competencia, la aplicabilidad directa del artículo 81 TCE en su conjunto por parte de las autoridades internas, podría derivar en una mayor convergencia de los sistemas nacionales.

III. PROBLEMAS QUE PUEDE ACARREAR LA REFORMA APROBADA POR EL CONSEJO

1. COMPATIBILIDAD CON LA NORMATIVA DEL TRATADO

29. Algunos autores han considerado que la dicción literal del Tratado resulta incompatible con el sistema que acabamos de reflejar, dado que el artículo 81.3 TCE mantiene que la prohibición recogida en el párrafo primero «puede declararse inaplicable» y este mandato exigiría una declaración administrativa expresa.

Semejante afirmación parece quizá un poco excesiva. Fundamentalmente, dado que el artículo 83 TCE encomienda al Consejo la labor de desarrollar procesalmente la legislación material y es, precisamente en cumplimiento

⁵³ Regl. 2988/1974 del Consejo de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y competencia de la Comunidad Económica Europea. DOCE núm. L 319, de 29 de noviembre de 1974, pgs. 1 a 3.

de ese mandato, por medio del Reglamento 17, cuando se opta por el vigente sistema de notificación⁵⁴.

2. DEBILITAMIENTO EN EL SISTEMA DE CONTROL

30. Se alega igualmente que podría producirse un debilitamiento en el sistema de control por parte de la Comisión ante la desaparición de la posibilidad de notificación. En este sentido cabe afirmar que, a pesar de la desaparición de la notificación previa, los acuerdos contrarios al artículo 81.1 TCE se consideran nulos en origen e incluso debe decirse que con el procedimiento recogido en el nuevo Reglamento estos acuerdos no se benefician de una validez provisional de la que en la actualidad gozan.

En este sentido cabe afirmar, no obstante, que si bien es cierto que las autoridades de los Estados estarán en mejor disposición para actuar dada su proximidad con las prácticas analizadas, su mayor número de efectivos disponibles y los remedios jurídicos a su disposición, se corre el riesgo de que éstas no centren su actuación en la aplicación de la normativa comunitaria, sino más bien en la normativa interna, más conocida y sencilla para ellas, como han venido haciendo hasta el momento.

Una de las características que sin duda tiene el nuevo sistema es que, con la desaparición del procedimiento de la notificación desaparece la eficacia condicional de los acuerdos y la inmunidad contra las multas. Este cambio, que parece ir en contra del debilitamiento del sistema, acentúa sin embargo la situación de inseguridad de las empresas que analizaremos a continuación y sí parece una consecuencia realmente negativa de la modificación.

3. AUSENCIA DE SUFICIENTE SEGURIDAD JURÍDICA

31. El régimen que acaba de ser aprobado implica para las empresas afectadas la ausencia de un mecanismo de revisión oficial de las prácticas que llevan o pretenden llevar a cabo. El abandono del sistema de notificación existente hasta el momento supone una disminución de las garantías para las empresas. Debe en este punto tenerse en cuenta que la disminución en el umbral de seguridad jurídica supone para los operadores económicos consecuencias no solo legales sino también económicas⁵⁵.

Sabemos que, para iniciar investigaciones y procedimientos de sanción, la Comisión y las autoridades internas se basarán en denuncias y en su propio conocimiento de prácticas llevadas a cabo por las empresas. En esas circunstancias, las diferentes autoridades competentes adoptarán decisiones, bien

⁵⁴ Cabe destacar igualmente que si se hubiera pretendido establecer en el propio Tratado un sistema de notificación, se habría podido optar por la vía del TCECA que en su art. 65 establece que «La Comisión autorizará...». Si se optó por la vía del art. 81.3, parece que fue para dejar un margen de decisión al Consejo.

⁵⁵ LEVER, J.: «The german Monopolies Commission's Report on the Problems Consequent upon the Reform of the European Cartel Procedures», *European Competition Law Review*, julio de 2002, pgs. 321 a 325.

de rechazo de las denuncias, bien de compromiso con las empresas que han puesto en marcha una determinada práctica para poder considerarla acreedora de exención.

La Comisión, por tanto, en el futuro no adoptará, al menos de modo rutinario, decisiones en las que establezca que un acuerdo no entra en el ámbito del artículo 81 TCE, ni tampoco que cumple las condiciones de su párrafo tercero (Recordemos que la Comisión considera tan sólo la posibilidad de adoptar decisiones de no-infracción en casos en que lo requiera el interés público con el objeto de que sirvan como modelo en casos semejantes tanto para las empresas como para las autoridades judiciales y administrativas internas encargadas de aplicar la normativa comunitaria).

En el caso de asuntos de los que conozca una autoridad interna, puede concluirse que ésta no adoptará decisiones estableciendo que un acuerdo no entra en el ámbito del artículo 81 TCE, ni que cumple las condiciones de su párrafo 3. En esos supuestos está previsto simplemente que las autoridades internas procedan a cerrar el procedimiento.

La atribución de competencias de aplicación de la normativa a las autoridades internas lleva aparejada otra situación que podría resultar problemática. Las decisiones de las autoridades internas tan sólo serán vinculantes en el territorio donde se han adoptado y cada Estado miembro decidirá si las decisiones de las autoridades administrativas serán vinculantes para las autoridades judiciales⁵⁶.

32. Podría concluirse, ante este panorama de regulación, que la normativa aprobada no reconoce suficientemente la diferencia existente entre el estatuto legal que ostentan una empresa o grupo de empresas destinatarias de una exención y las que tan sólo reciben como respuesta a su notificación una declaración negativa.

Una declaración negativa no garantiza la legalidad absoluta del acuerdo en la medida en que podría simplemente reflejar el hecho de que la práctica llevada a cabo no afecta al comercio interestatal. Ésta no es por tanto una decisión vinculante que garantice a la empresa su situación frente a terceros ni frente al resto de autoridades de los Estados concernidos por la práctica en cuestión.

Por el contrario la declaración de exención es una decisión vinculante que garantiza la ejecutividad de los acuerdos y consecuentemente la seguridad jurídica de los partícipes en los mismos.

Una de las principales consecuencias prácticas de la reforma aprobada es, por tanto, que las empresas tendrán posiblemente que formarse una opinión sobre la legalidad de su acuerdo o práctica y, previsiblemente, para

⁵⁶ FIKENTSCHER, W.: «Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weissbuch und VO Entwurf zu art. 81, 82 EG-Vertrag» en *Wirtschaft und Wettbewerbs*, 2001, pgs. 446 a 458.

hacerlo deberán pedir opinión a sus asesores legales, no sólo sobre si el acuerdo, en el momento de la conclusión es contrario a la normativa recogida en los artículos 81.1 u 82 TCE, sino igualmente sobre la circunstancia de si la práctica en cuestión satisface o no, en el momento indicado, las condiciones del párrafo tercero del citado artículo 81. Lógicamente, esas opiniones deberán ser revisadas cada cierto tiempo atendiendo a los cambios del mercado⁵⁷.

La Comisión siempre ha reconocido la existencia de acuerdos contrarios al artículo 81.1 TCE que son beneficiosos para el mercado y para los consumidores. La determinación de cuándo nos encontramos ante uno de estos supuestos, debería implicar, en principio, ante la inversión que la ejecución de la práctica por parte de las empresas puede implicar y las ventajas que puede aportar no sólo a sus partícipes sino a la sociedad en general, una mayor certidumbre sobre el impacto que la conducta va a suponer en el mercado y sobre la interpretación que va a realizarse de la normativa aplicable a la situación concreta analizada⁵⁸.

Para garantizar los derechos de las empresas, la Comisión se ofrece en la nueva regulación a discutir casos individuales y en algunos supuestos a emitir notas con su opinión. Esta vía de solución plantea dos problemas fundamentales.

⁵⁷ Esta práctica podría ser seguida por programas de conformidad en comparación a lo que sucede en el régimen antitrust estadounidense. En este punto, pueden consultarse FLEISCHER, H. y KÖRBYER, T.: «Der einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht» en *Wirtschaft und Wettbewerbs*, 2001, pgs. 6 a 19; THE EU COMMITTEE OF THE AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE: *Position Paper on the Draft Regulation implementing Articles 81 and 82 of the E.C. Treaty*, febrero 2001; SCHAUB, A.: «Cooperation in Competition Policy Enforcement between The EU and the US and New Concepts Evolving at the World Trade Organisation and the International Competition Network», *Fordham International Law Review*, abril 2002, pgs. 1 a 15, o BANNERMAN, E.: *The future of EU Competition Policy*, Centre for European Reform, enero 2002, pgs. 31 a 33.

⁵⁸ Sobre el Libro Blanco que sirve de precedente a este régimen pueden consultarse las obras de ARZOZ SANTIESTEBAN, X.: «Las reformas del sistema comunitario de intervención administrativa en materia de competencia», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2001, pgs. 81 a 117; BENEYTO, J. M.: «Hacia un nuevo derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 202, 1999, pgs. 9 a 19; DERINGER, A.: «Stellungnahme zum Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der art. 85 und 86 EG-Vertrag» en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pgs. 5 a 11; GEIGER, A.: «Das Weissbuch der EG-Kommission zu Arts. 81, 82 EG Eine Reform besser als ihr Ruf» en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pgs. 165 a 169; MESTMÄCKER, E. J.: «Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU» en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, pgs. 523 a 529; MÖSCHEL, W.: «Change of Policy in the European Competition Law?», *Common Market Law Review*, 2000, pgs. 495 a 499; NAZERALI, J. y D. COWAN: «Modernising the Enforcement of E. U. Competition Rules, Can the Commission claim to be preaching to the Converted?», *European Competition Law Review*, 1999, pgs. 442 a 445, o RODGER, B. J.: «The Commission White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 E. C. Treaty», *European Law Review*, 1999, pgs. 653 a 663.

En primer lugar, la Comisión sólo adoptará notas con su opinión a instancia de parte sobre una determinada práctica, cuando pueda hacerlo sin necesidad de llevar a cabo medidas de investigación.

Como segunda objeción al sistema, debemos subrayar el hecho de que en ningún caso, las decisiones emitidas por la Comisión, tendrán el mismo efecto que una exención. Además la Comisión tan sólo las emitirá cuando considere que son útiles para clarificar la interpretación de la norma o su aplicación a una situación particular. De este modo, las empresas no pueden confiar en que la Comisión vaya a analizar la práctica que le presenten a estudio. Si considera, en aplicación del principio de oportunidad, que resulta más importante dedicar sus esfuerzos al estudio de otras medidas que están siendo investigadas, las empresas deberán asumir la puesta en marcha de la práctica sin la certeza de cómo se interpretará la normativa comunitaria y, con el agravante añadido, de cara a las posibles reclamaciones de daños, de que los acuerdos se considerarán nulos «ab initio», al haber desaparecido el sistema de eficacia provisional e inmunidad transitoria contra las multas.

Hemos visto que la Comisión podrá emitir igualmente decisiones de no-infracción. Éstas pueden adoptarse como fin de una investigación de la Comisión llevada a cabo de oficio o a raíz de una denuncia, pero las empresas protagonistas del acuerdo no tienen derecho a exigir de la Comisión la emisión del citado acto administrativo. Son discrecionales de la Comisión y no a instancia de parte⁵⁹.

33. Es cierto que ni los ordenamientos jurídicos internos de los Estados ni la normativa comunitaria suelen garantizar un derecho de los destinatarios de la normativa a obtener confirmación de la legalidad de las prácticas que llevan a cabo y que suele considerarse suficiente garantía al principio de seguridad jurídica el que el ordenamiento aplicable esté redactado de manera clara y suficientemente previsible⁶⁰.

También, a la hora de realizar un análisis crítico de la nueva reglamentación, hay que tener en cuenta que en la actualidad el 95% de las notificaciones no finalizan con una decisión formal sino con una carta de archivo formal o informal que carece de carácter vinculante y no protege a las empresas contra procedimientos ante autoridades internas ni tribunales nacionales. La Comisión pone reiteradamente de manifiesto el hecho de que, en los cuarenta años de aplicación de la normativa comunitaria, se ha desarrollado un cuerpo suficientemente completo de normas y decisiones que per-

⁵⁹ Ante esta situación, tal como comenta WESSELING, R.: «The draft regulation modernising the competition rules: The Commission is married to one idea», *European Law Review*, 2001, pg. 377, no resulta evidente que el cambio previsto reduzca el volumen de trabajo de la Comisión permitiéndole dedicarse al estudio de los casos más graves.

⁶⁰ Sobre la especial incidencia del principio de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho Internacional Privado, CALVO CARAVACA, A. L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, 3ª ed., Ed. Comares, Granada, 2002, pg. 8.

mite a las empresas predecir si un acuerdo es o no válido⁶¹. Mantiene igualmente que la propuesta favorece la seguridad jurídica porque convierte en válidos acuerdos que no lo eran por no haber sido notificados para evitar gastos y retrasos⁶².

34. Estas afirmaciones nos parecen en su mayoría fácilmente rebatibles.

Cuando se establece que existe un cuerpo de normas, decisiones de la Comisión y Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y Primera Instancia, que puede permitir a las empresas prever la aplicación de la normativa comunitaria, se desconocen, en nuestra opinión, dos realidades sustanciales.

En primer lugar, que el análisis de ese entramado normativo y jurisprudencial no resulta en absoluto sencillo y puede implicar un costo económico considerable y en algunos casos inasumible para las PYMES. Este nuevo sistema podría llegar a inhibir a determinadas pequeñas y medianas empresas de la realización de los acuerdos, ante el que resultará imprescindible recurso a asesores jurídicos especializados, cuyas minutas pueden estar fuera del alcance de estos operadores económicos a los que se pretendería proteger.

Esta consecuencia resulta claramente negativa para la consecución del mercado único en el que se pretende la potenciación del comercio a escala comunitaria y en cualquier caso acabará repercutiendo negativamente en los consumidores. No sólo se perjudicará la posición del consumidor final en la medida en que la competencia se verá disminuida si los pequeños operadores no entran en el mercado multinacional, sino además ante el hecho de que el incremento de costo que puede suponer para los operadores económicos el recurso generalizado a especialistas en materia jurídica, se repercutirá sin lugar a dudas en los precios de mercado de las mercancías y los servicios.

En segundo lugar, la nueva regulación no tiene a nuestro entender suficientemente en cuenta el hecho de que en un plazo de tiempo relativamente breve está previsto que pasen a formar parte de la Unión un grupo de Estados procedentes fundamentalmente de Europa Central, Oriental, cuya cultura en materia de competencia empresarial es acusadamente diferente a la existente en la organización⁶³. La puesta en marcha del sistema vigente de

⁶¹ Lo cual no parece compadecerse muy adecuadamente con afirmaciones mantenidas por la propia Comisión que admite la necesidad de dictar normas más claras, desarrollar directrices de interpretación y emitir decisiones en los *leading cases*. SCHAUB, A.: «Modernisation...», op. cit.

⁶² De esta afirmación parecería derivarse una invitación a las empresas a que desobedezcan las normas vigentes cuando éstas les supongan cargas que consideren excesivas o quiebras económicas. El hecho de que esta interpretación implique un aumento en el umbral de protección de la seguridad jurídica resultaría, cuando menos, dudoso.

⁶³ En concreto se prevé la entrada a formar parte de la organización de Bulgaria, Malta, Chipre, Polonia, República Checa, Rumanía, Estonia, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Letonia, Lituania y Turquía. Como se puede comprobar, salvo en el caso de Malta, Chipre y Turquía, en que los problemas podrían derivarse de las diferentes condiciones de desarrollo económico y jurídico (ver en este sentido las páginas web de la Comisión

defensa de la libre competencia, precisamente en el mismo momento en que estos nuevos Estados pasen a formar parte de la organización, podría acarrear problemas que tendrían un impacto negativo para las empresas. Si éstas pudieran integrarse en el sistema con el régimen de notificación vigente, realizarían una adaptación paulatina quizá tan sólo algo más lenta, por lo diferente de la situación, a la que se ha producido en el resto de Estados que se han ido integrando en la organización a lo largo de la historia. Si el sistema de libre competencia tiene que implantarse en los nuevos Estados miembros con el «procedimiento de excepción legal directamente aplicable», el papel que jueguen las autoridades administrativas y judiciales internas de esos Estados será de enorme trascendencia y resultados, cuando menos, imprevisibles⁶⁴.

35. Ante esta situación, se hubiera podido considerar conveniente reconocer un procedimiento que, al menos en determinadas circunstancias, por ejemplo de acuerdos que reúnan ciertas condiciones, garantice el derecho de las empresas a tener una adecuada seguridad jurídica sobre la opinión de la Comisión. De esta forma, aun haciendo desaparecer con carácter general el sistema de notificación se permitiría el recurso al mismo en ciertos acuerdos cuyas circunstancias habría que determinar de manera clara, razonable y totalmente precisa de modo que resultara claramente predecible para las empresas⁶⁵. Esta opción se podría por ejemplo ampliar a determinadas categorías de acuerdos, a aquellos en que se exige una inversión significativa o a los que afectan a más de dos o tres Estados. Cabría incluso plantear la creación de una cuota a cargo de las empresas que paliara en parte el costo que el procedimiento supone para la Comisión, que podría ampliar sus efectivos en lugar de optar por la descentralización absoluta⁶⁶.

sobre los candidatos que no proceden de países del Este de Europa, <http://europa.eu.int/comm/enlargement/cyprus/index.htm> sobre Chipre, <http://europa.eu.int/comm/enlargement/malta/index.htm>, sobre Malta y <http://europa.eu.int/comm/enlargement/turkey/index.htm> sobre Turquía), en el resto de candidatos el perfil de los regímenes políticos en que se han desarrollado en los últimos años, ha tenido una incidencia directa en las prácticas económicas jurídicas y comerciales que dificultará sin duda la puesta en práctica de un sistema de garantía de la libre competencia. En general sobre la ampliación, con información completa y actualizada de los candidatos, la situación de los procedimientos, las cifras económicas y condicionantes de todo tipo, <http://europa.eu.int/comm/enlargement/presscorner.htm> (28 noviembre 2002).

⁶⁴ De hecho esta situación podría plantear un acusado problema de *forum shopping* ante resoluciones de contenido imprevisible, que dañarían indudablemente la aplicación uniforme de la normativa y podrían favorecer a determinadas empresas con capacidad económica para llevar a cabo sus prácticas comerciales en Estados más alejados pero menos cuidadosos de la aplicación de la normativa comunitaria.

⁶⁵ En esta misma línea de argumentación HOLMES, K.: «The EC White Paper on Modernisation» en *World Competition*, núm. 23, 4, 2000, pgs. 51 a 79, subraya que la House of Lords manifestó, en su informe de análisis a la propuesta, que habría que garantizar el derecho de las partes a conseguir una decisión positiva en los casos en que el proyecto empresarial no pueda razonablemente ser implementado sin una mayor garantía de la seguridad jurídica.

⁶⁶ Esta propuesta, que parece rechazada por la Comisión, se apuntó por la House of Lords tal como también recoge HOLMES, K.: «The EC...», op. cit.

36. En un sistema en que ni la Comisión ni las autoridades internas emiten exenciones a instancia de las partes sino tan sólo prohibiciones, las empresas estarán sometidas a una incertidumbre sobre el futuro de sus acuerdos aunque los consideren pro competitivos. Ante la innegable afirmación de que en la actualidad el un tanto por ciento realmente significativo de las notificaciones no finalizan con una decisión de la Comisión sino que se verifica un fin informal del procedimiento, podría rebatirse que, siendo esta situación efectivamente criticable, lo deseable sería que se confiaran a las Instituciones comunitarias medios suficientes para acabar con este problema. La opción propugnada vendría a nuestro entender a agravar un problema existente, en lugar de solucionarlo⁶⁷.

37. La ampliación en la aplicación de la normativa de exención por categorías a un espectro mayor de los acuerdos, sí podría considerarse, como mal menor, como beneficiosa para las empresas más pequeñas que serán, previsiblemente las que más negativamente van a verse afectadas por el cambio.

4. LA ESPECIAL INCIDENCIA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LOS PROBLEMAS DE *FORUM SHOPPING*

38. La distribución de competencias en la aplicación de la normativa comunitaria y el nuevo régimen establecido plantea una serie de consecuencias respecto de la incidencia del principio *non bis in idem*.

39. Comenzando por la influencia positiva de la reforma, la opción por la tesis de la barrera simple (establecida como veíamos en el art. 3 Propuesta), supone por primera vez un auténtico respeto del principio *non bis in idem* en la relación existente entre la normativa comunitaria y la normativa interna de los Estados en materia de defensa de la libre competencia, al menos cuando hablamos de Estados miembros de la organización⁶⁸.

El reconocimiento de que, cuando un acuerdo se le aplica la normativa comunitaria no se le puede aplicar la normativa interna, vendría a terminar con una situación respaldada, tanto por la práctica de la Comisión como por la jurisprudencia del Tribunal, que, basándose en una supuesta diferencia en los intereses jurídicamente protegidos por las diferentes normas de defensa de la competencia, permitía la doble sanción de los mismos acuer-

⁶⁷ En este punto, FOURGOUX, J. C.: «Un nouvel Antitrust européen. Espoirs et craintes», *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2001, pgs. 51 a 65.

⁶⁸ LILLICH, K.: *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Ed. Dunker & Humblot, Schriften zum Prozeßrecht, Band. 56, Berlín, 1978, pgs. 66 y ss. SCHERMERS, H. G.: *Non bis in idem* en F. CAPOTORTI, C. D. EHLER-MANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR, *Du Droit International au Droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Eds. Nomos, Baden Baden, 1987, pgs. 601 a 612; BÖSE, M.: *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Studien zum Internationales Wirtschaftsrecht und Atomenergierrecht. Band 94, Institut für Volkerrecht der Universität Göttingen, Ed. Karl Heymans, Berlín, 1996, pg. 175.

dos estableciéndose únicamente una cierta modulación de la segunda de las sanciones impuestas⁶⁹.

A pesar del carácter extraterritorial de la normativa comunitaria, no se hace referencia en el nuevo texto a la posible incidencia de la aplicación de la normativa comunitaria en el enjuiciamiento llevado a cabo por autoridades procedentes de terceros Estados ni la influencia de los procedimientos llevados a cabo por parte de esas autoridades en las competencias de las autoridades comunitarias⁷⁰. Será previsible que en estos casos se mantenga la tesis de doble barrera que ha inspirado la actuación de las instituciones comunitarias desde el comienzo del desarrollo de la política⁷¹.

⁶⁹ STJCE 13 febrero 1969, *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*, 14/1968, Rec. 1969, pg. 1. Esta Sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios entre los que pueden destacarse los de LAUWAARS, R. H.: «Annotation», *Common Market Law Review*, 1969, pgs. 489 y 490; ZULEEG, M.: «Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht» en *Europarecht*, 1990, pgs. 123 a 134; HENRIKSEN, U. B.: *Anti-competitive State Measures in the European Community. An Analysis of the Decisions of the European Court of Justice*, Ed. handelshojskolens, Dinamarca, 1994, pg. 21; HOOTZ, C.: «Anmerkung» en *Europarecht*, 1969, pgs. 151 a 153, o BOULOUIS, J. y CHEVALIER, R. M.: *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, t. I y II, Ed. Dalloz Sirey, 1983, pgs. 249 y ss. Pueden consultarse igualmente otras resoluciones como la dictada en *Farbwerke Hoechst A. G. y Cassella Farbwerke Mainkur A. G.*, 14/1968, Rec. 1969, o más recientemente la STJCE 10 julio 1980, *Procureur de la République/Giry y Guerlain*, 253/1978, Rec. 1980, pág. 2327; STJCE 10 julio 1980 *Anne Marty Sa/Estee Lauder*, 37/1979, Rec. 1980, pg. 2481; STJCE 10 julio 1980, *Lancôme et Cosparfrance Nederlands/Étos Et Albert Heyn Supermart*, 99/1979, Rec. 1980, pg. 2511; o STJCE 11 noviembre 1980, *L'oreal/Poba de Nieuwe Amck*, 31/1980, Rec. 1980, pg. 3775 (comentadas por R. PARDOLESI, en *Il Foro Italiano* 1981, IV, pgs. 201 a 204; DURAND, C. F.: «Annotation» en *Common Market Law Review*, 1982, pgs. 332 a 340, o DELANNAAY, P.: «Commentaire» en *Journal des Tribunaux*, 1980, pgs. 662 a 663); STJCE 30 enero 1985, *Bureau National Interprofessionnel Du Cognac (Bnic)/Clair* 123/1983, Rec. 1985, pg. 2327, o STJCE 30 abril 1986, *Minister Public/Lucas Asjes*, 209 a 213/1984, Rec. 1986, pg. 1425; STPI 6 abril 1995, *Trefilunion SA/Comisión*, T-148/1989, Rec. 1995, pg. II-1063, ap. 10, o STJCE 26 noviembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG y otros*, 7/1997, ap. 16.

No debe desconocerse el hecho de que precisamente esta modificación es una de las que se critica más duramente por parte de algunos autores y, fundamentalmente, por los representantes de los Estados que tienen normativas más desarrolladas sobre defensa de libre competencia y una mayor tradición de correcta aplicación por parte de sus autoridades internas. Véase en este punto el informe redactado por la GERMAN MONOPOLIES COMMISSION, «Problems consequent upon the reform of the European Cartel Procedures» que en sus recomendaciones finales comienza precisamente afirmando que el cambio propuesto se considera inaceptable, pg. 51. Precisamente por ello los autores temen que en el texto definitivo del Reglamento se de marcha atrás respecto de la propuesta, precisamente en este extremo que puede considerarse uno de los más ventajosos para las empresas destinatarias del procedimiento.

⁷⁰ Sobre este tema, SCHWARZE, J.: «Die extraterritoriale andwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts. Vom durchführungsprinzip zum prinzip des qualifizierten auswirkung» en *Wirtschaft un Wettbewerb*, 2001, pgs. 1190 a 1202.

⁷¹ STJCE 14 diciembre 1972, *Boehringer/Comisión*, 7/1972, Rec. 1972, pg. 1290; GROEBEN, THIESING y EHLERMANN: *Kommentar zum EWG Vertrag*. Nomos, 4ª ed., 1991, §139. Resultan interesantes los comentarios de LEGROS, R.: «Commentaire», *Journal des Tribunaux*, 1973, pgs. 444 a 445.

40. Más problemática resulta la posibilidad de *bis in idem* en los casos en que un acuerdo o práctica afecte a más de un Estado comunitario, dado que el mismo podrá recurrirse en dos o más estados de manera simultánea.

Este problema puede suscitarse por recurso ante autoridades judiciales de diferentes Estados, distintas autoridades administrativas internas, por confluencia de procedimientos entre autoridades judiciales y administrativas o por cualquiera de ellas con la Comisión. En todos los casos los problemas jurídicos que se plantean tienen distinta naturaleza.

Cuando la duplicidad se produce porque se suscitan dos procedimientos ante autoridades judiciales de los distintos Estados miembros, se cuenta en la actualidad con una norma comunitaria que podría ser una ayuda para enfrentarse al problema. La citada norma es lógicamente el Reglamento 44/2001 que establece una normativa satisfactoria de reconocimiento de resoluciones judiciales dentro del territorio y unas normas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional entre las que se recoge una regulación razonable sobre la cuestión de la litispendencia⁷².

De acuerdo con el concepto autónomo de litispendencia, esta normativa, recogida en el artículo 27 del Reglamento, tan solo puede ser aplicable cuando entre los diferentes asuntos existe identidad de objeto, causa y partes. Desde el momento en que las partes en los procedimientos no coincidan, no cabría aplicar esta regulación. De este modo cuando, como es perfectamente previsible, un acuerdo fuera llevado ante los tribunales de estados diferentes por distintos afectados, no cabría aplicar la normativa sobre litispendencia, quedando tan solo abierta la vía de la conexidad (art. 28 Reglamento 44 que no establece la acumulación de los procedimientos como regla general de funcionamiento sino tan solo de manera facultativa y como excepción).

41. Cuando hablamos de confluencia de procedimientos llevados a cabo por autoridades administrativas de distintos Estados, los problemas suscitados tendrían quizá una solución más sencilla. En este caso, como sabemos la Comisión ha propuesto la creación de una extensa red de comunicación e intercambio de información entre las autoridades. Este régimen implicará que una autoridad interna suspenda su procedimiento (o rechace una incoación) en el caso de que otra autoridad esté conociendo del mismo acuerdo. Quedará por determinar el cauce procesal para instarlo y la posible obligatoriedad de la citada decisión.

Una solución alternativa podría ser el desarrollo de un Convenio internacional entre los Estados tomando con base el artículo 293 TCE. Este posible

⁷² El citado Reglamento, Regl. (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DOCE núm. L 12 de 16 de enero de 2001 pgs. 1 a 23, tiene como base jurídica el nuevo Título IV TCE y está actualmente vigente en todos los Estados miembros de la Unión salvo en Dinamarca en que respecto del que continúa siendo aplicable el Convenio de Bruselas de 1968.

Convenio tendría como objetivo conseguir que las decisiones de una autoridad administrativa interna de un Estado fueran reconocidas por las autoridades de los demás y la determinación de unos criterios claros de atribución de los asuntos.

42. Vemos por tanto que cuando un mismo acuerdo tiene efectos en más de un mercado, puede ser denunciado por diferentes partes ante distintas autoridades. Así por ejemplo un acuerdo de distribución puede ser la base de litigio en numerosos estados. Dada la evolución del mercado parece claro que cada vez habrá más acuerdos paneuropeos o idénticos acuerdos que tengan efecto simultáneamente en más de un estado. Si el acuerdo es contrario a la competencia parece previsible que diferentes personas afectadas decidan litigar. Las autoridades administrativas pueden decidir no incoar el procedimiento por considerar que la práctica es lícita o por razones de oportunidad, pero, evidentemente, nada impide a las partes acudir a los tribunales.

Dado que no existe un mecanismo que impida el enjuiciamiento simultáneo, se puede producir la circunstancia de que en un Estado se llegue a la conclusión de que el acuerdo cumple las condiciones del artículo 81.3 TCE y en el otro se considere ilícito.

Si un tribunal considera que un acuerdo quiebra el artículo 81 TCE, las restricciones serán prohibidas en ese estado pero el acuerdo o los acuerdos restantes seguirán teniendo efecto en los demás estados que están afectados. Así las empresas que realicen acuerdos con efectos paneuropeos podrán ser objeto de litigio en varios estados salvo que la Comisión decida llevar a cabo el enjuiciamiento⁷³.

Ante este problema la solución no es fácil. En algunos casos el acuerdo o la práctica no podrá ser ejecutado por el mero hecho de haber sido considerado ilícito en un territorio, y entonces la resolución que aplica el artículo 81.3 TCE carecería de efectos⁷⁴. Si la práctica se puede ejecutar parcial-

⁷³ Cuando la Comisión no esté de acuerdo con la decisión de un tribunal interno que sea negativa, normalmente dejará a las partes la posibilidad de recurrir a un tribunal superior. Si éste es de última instancia, y el supuesto presenta dudas de interpretación, el tribunal estará obligado a plantear la cuestión prejudicial. En el caso de que la decisión sea positiva aunque no formal y se permita un acuerdo o se entienda beneficiario del régimen establecido en el párrafo tercero del art. 81, la Comisión podrá anularlo con efecto *erga omnes*.

En el caso de que una resolución judicial se convierta en definitiva antes de que la Comisión emita su decisión, el principio de cosa juzgada afectará a las partes en el procedimiento pero no a los terceros.

⁷⁴ Barajando todas las posibles situaciones, se puede plantear la circunstancia de que conozcan del asunto una autoridad administrativa de un estado (E1) y una judicial de otro (E2). En el caso de que la administrativa (E1) llegue a la conclusión de que el acuerdo es nulo y la judicial (E2) de que se cumplen las condiciones del 81.3 TCE, se podría tratar de ejecutar la resolución judicial dictada en el Estado 2 en el Estado 1, aplicando la normativa del Reglamento 44. No cabría rechazo de la ejecución aunque hubiera identidad absoluta de las partes, porque la resolución dictada en el Estado de

mente, nos encontraremos con una aplicación no uniforme de la normativa comunitaria, que podría derivar en *forum shopping*. La Comisión ha planteado como posible solución a este problema el que sus agentes actúen en los procedimientos judiciales internos como *amicus curiae*, asistiendo a las autoridades internas en la aplicación de la normativa comunitaria⁷⁵. Esta opción planteará, a parte de dificultades desde el punto de vista jurídico, un claro problema de medios económicos.

43. El problema del *forum shopping* puede igualmente suscitarse y en este caso resulta posible porque las partes que deciden iniciar un procedimiento tienen abiertas ante sí una serie de posibilidades. El citado Reglamento 44, ofrece al demandante una serie de opciones de comienzo del procedimiento entre las que, a parte del foro general del domicilio del demandado, se recogen otros foros de ataque como la obligación que sirve de base a la demanda en relaciones contractuales, o el lugar de producción del hecho dañoso (arts. 2, 5.1, 5.3 y 5.4 Reglamento 44). El problema se agrava al ostentar competencia las autoridades administrativas entre las que el sistema de distribución de los asuntos, al menos por el momento no resulta tan claro.

Si no se consigue una aplicación totalmente uniforme de la normativa comunitaria, objetivo que se dificultará considerablemente cuando entren a formar parte del sistema autoridades de Estados no familiarizados con la interpretación de la normativa, la práctica del *forum shopping* podrá generalizarse de manera preocupante.

44. Las posibles soluciones a estos problemas, no pueden considerarse totalmente adecuadas.

Se podría establecer un sistema en el que la Comisión conozca de los asuntos cuando el mercado relevante para analizar la quiebra del artículo 81 TCE afecte a más de un Estado⁷⁶.

Otra posible vía sería la introducción de una norma dentro de la regulación que imponga a las autoridades judiciales nacionales la obligación de tener en cuenta los casos en que se afecte al mismo demandado, materia y mercado que hayan sido decididos por tribunales o autoridades de otro estado. Esta nueva interpretación afectaría tanto a los casos de litispendencia como a los supuestos de reconocimiento o ejecución de las resoluciones.

destino de la resolución es administrativa y no judicial. De este modo la autoridad judicial del Estado 2 privaría de efecto a la decisión administrativa del Estado 1. El acuerdo se aplicaría en el Estado 1 en que existía una decisión que lo prohibía.

⁷⁵ Vid. infra.

⁷⁶ En esta hipótesis, y tal como hemos visto, si la Comisión considerara que el asunto no es ilícito, no emitiría una decisión formal, sino que simplemente rechazaría la denuncia. Esta solución estaría privando a los individuos de la posibilidad de recurso a una autoridad judicial. Como alternativa HOLMES, K.: «The EC White...» propone la atribución de la competencia en esos supuestos al Tribunal de Primera Instancia, lo cual evidentemente, tendría implicaciones jurídicas importantes.

Mayor problema implica el hecho de que, un adecuado funcionamiento del sistema exigiría que una instancia judicial tuviera en cuenta las decisiones de infracción dictadas por las autoridades administrativas de otros estados miembros. El recelo que muestran los Estados a introducir en sus legislaciones normativa abierta de eficacia extraterritorial, que por supuesto hace referencia tan solo a resoluciones judiciales, podría indicarnos las dificultades que implicaría semejante opción.

5. DESARROLLO DE UNA POLÍTICA UNIFORME DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

45. En los asuntos llevados a cabo por los tribunales internos, éstos intentarán guiarse por las decisiones del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y las decisiones u opiniones de la Comisión.

Independientemente de las implicaciones para las empresas a que nos referíamos en epígrafes precedentes, se cuestiona si ese *case law* resulta suficientemente accesible para los jueces y les permitirá llegar a decisiones razonables en los casos de aplicación del artículo 81 TCE⁷⁷. De no ser así, los operadores económicos y sus asesores se encontrarán indefensos e incapaces de predecir el resultado de los asuntos con un nivel suficiente de certidumbre⁷⁸.

Resulta imprescindible subrayar la circunstancia de que, buena parte de las decisiones emitidas por la Comisión no son públicas en la medida en que un tanto por ciento elevado de los asuntos finalizan por medio de acuerdos informales y no publicados, de manera que las reglas emanadas de la Comisión no resultan lo suficientemente predecibles, además de tener lagunas⁷⁹.

46. Ante este problema, se barajan diferentes soluciones:

El recurso a la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE podría ser una de ellas. Si un tribunal interno no conoce con exactitud cómo debe aplicar la normativa, puede por medio de esta vía solicitar que sea el Tribunal de Justicia quien lo aclare.

El principal problema de esta solución es el incremento en los retrasos de

⁷⁷ Sobre los efectos de la reforma propuesta en la actuación de los jueces internos, puede consultarse JAEGER, W.: «Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte» en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2000, núm. 11, pgs. 1063 a 1075.

⁷⁸ Tal como comentábamos, este sistema supone depositar un nivel de confianza mucho mayor en los asesores legales que tendrán que emitir detallados informes legales y económicos sobre las consecuencias de los acuerdos. Los citados dictámenes de aspectos económicos y jurídicos se convertirán previsiblemente en estándar en las transacciones en que sea posible aplicación de la normativa comunitaria sobre competencia.

⁷⁹ MESTMÄCKER, J.: «Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU. Zum Weissbuch der Kommission die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV. A F (art. 81 und 82 EGV n F)» en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, pgs. 523 a 529.

las cuestiones prejudiciales que se produciría caso de generalizarse su empleo. Además con esta solución se consigue tan sólo una guía de actuación pero no una decisión final, dado que el Tribunal de Justicia interpretará la normativa comunitaria pero la aplicación de la misma quedará en manos de los jueces internos. De ahí que la capacidad del Tribunal de Justicia para asegurar la cohesión en la aplicación de la política comunitaria pueda considerarse limitada.

Estos problemas podrían paliarse si se atribuyera competencia al Tribunal de Primera Instancia para resolver de las cuestiones prejudiciales modificando el sistema para conseguir que éste resuelva del asunto en lugar de dar simplemente la guía de interpretación. Esto obligaría al Tribunal de Primera Instancia a abordar todos los asuntos importantes y favorecería no solo el desarrollo de la política uniforme sino la mayor seguridad jurídica.

En esta misma línea se ha planteado la posibilidad de que otorgar a la Comisión competencia para emitir informes escritos a petición de los tribunales internos. Esta posibilidad no parece que debiera ser alternativa a la anterior sino más bien complementaria. No en vano, el carácter administrativo de la Comisión le facultaría para analizar la situación fáctica del asunto junto con el entramado jurídico que sería objeto de atención principal por parte del Tribunal. Además el principio de oportunidad le permitiría, en aras de una adecuada garantía del bien común, no entrar a analizar el asunto por considerarlo de escasa importancia y tener efectivos limitados. Esta vía de solución podría considerarse alternativa o complementaria de la capacidad de la Comisión para actuar como *amicus curiae*.

Podría considerarse deseable que la Comisión, de oficio, emita notas aclarando cómo evoluciona la interpretación del artículo 81.1 TCE. Hasta el momento, las empresas se han basado en decisiones pasadas de la Comisión para adecuar su conducta a la legalidad dado el protagonismo que ésta tiene reconocido a la hora de dirigir la política de competencia. Los efectos negativos que para una empresa podía tener el cambio en la interpretación de los preceptos comunitarios se veían paliados por el sistema de notificación aún vigente que confiere protección temporal a las empresas. Resulta evidente que un cambio en la interpretación de los preceptos comunitarios por parte de la Comisión puede convertir en ilegal un acuerdo que se consideraba legal con carácter previo. La inherente incertidumbre que esta práctica implica, resulta aceptable cuando existe un sistema de notificación que garantiza la seguridad y períodos transitorios para las exenciones por categorías. La desaparición del sistema de notificación convierte el nivel de incertidumbre en excesivo⁸⁰. En una materia como la política de competencia, la flexibilidad y adecuación a los cambios económicos resulta imprescindible. Por ello la referencia exclusiva a los asuntos previamente resueltos plan-

⁸⁰ Además, esta desaparición dificulta considerablemente la posibilidad que tienen las autoridades internas de defensa de la libre competencia de estar adecuadamente informadas sobre los desarrollos del mercado.

tea graves problemas para los operadores económicos. La posibilidad de emitir notas aclaratorias que hemos visto la Comisión propone redactar durante esta fase previa a la entrada en vigor de la normativa resultará de la máxima importancia.

En cualquier caso, la posibilidad reconocida a la Comisión de participar en los asuntos internos situará a algunos de los litigantes en una posición de ventaja contraria al principio de igualdad de trato a los administrados. Por ello resultaría conveniente reglar la intervención de la Comisión en los asuntos internos objetivando unos parámetros que eviten que la intervención de la institución comunitaria se haga depender de cuestiones de agenda de sus funcionarios en lugar de atender a razones jurídica y económicamente objetivas. En este punto cabría quizá reconocer un mayor protagonismo al Comité Consultivo.

En el mismo sentido, tampoco se determina en la nueva regulación cuál será el peso que se reconoce a la Comisión en los procedimientos internos, ni cuál sería exactamente su papel, ni la libertad de apreciación que queda a las autoridades internas⁸¹.

47. La aplicación del párrafo tercero del artículo 81 TCE por parte de los jueces internos puede, a parte de otras consideraciones, resultar dudosa por el importante peso que en su interpretación supone el análisis del beneficio económico. La trascendencia de la interpretación económica –alejada del análisis jurídico a que los jueces están habituados– junto con el carácter de las condiciones del párrafo tercero, puede acarrear como consecuencia la existencia de decisiones inconsistentes⁸².

Esta situación, realmente problemática, tan sólo podría paliarse por medio de la previsión de cursos de formación y sensibilización ante la nueva tarea, del establecimiento de jueces especiales encargados del enjuiciamiento de estos asuntos, o promoviendo los contactos entre los jueces internos y la Comisión para conseguir en ellos una mayor cultura en materia de competencia comunitaria⁸³.

48. La intervención de las autoridades internas, tal como se ha previsto por la Comisión en su nueva normativa, implica un problema añadido. Las citadas autoridades tendrán que investigar las prácticas presuntamente con-

⁸¹ Ello no obstante, ya en el Asunto Delimitis STJCE 28 febrero 1991, Delimitis/Henninger Bräu, Rec. 1991, pg. I-935, ap. 47, el Tribunal de Justicia establece que los tribunales internos están obligados a evitar conflictos con las decisiones dictadas por la Comisión en materia de competencia.

⁸² En este punto resultan interesantes las reflexiones de EDWARD, D.: «Competition and the law. Where are we going?» en *Wirtschaft un Wettbewerb*, 2001, pgs. 1185 a 1190. Una reflexión sobre las implicaciones de la descentralización en el ámbito de las ayudas de Estado puede encontrarse en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Intervenciones del Estado y Libre Competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2001, pgs. 238-9.

⁸³ Contactos que podrían producirse tanto de manera informal como fomentando la participación de la Comisión en los procedimientos internos como *amicus curiae*.

trarias al derecho comunitario, bien en respuesta a denuncias, bien de oficio. Evidentemente y consecuentes con el sistema propuesto, se establece que estas autoridades carecerán de competencia para emitir decisiones aprobando una práctica o declarando que un acuerdo no infringe el 81 TCE, ni que reúne las condiciones del párrafo 3. Los procedimientos sólo pueden finalizar con anuncios no formales sin eficacia legal. De otro modo se piensa que se estaría reintroduciendo el sistema de la notificación de manera indirecta. A pesar de que –como sabemos– se propone un mecanismo para distribuir los asuntos entre las autoridades internas, esta situación deriva en el hecho de que el recurso a una autoridad interna que ha considerado que un acuerdo es lícito no impide ni la investigación posterior, ni el recurso a los tribunales. La posibilidad de que las ulteriores investigaciones den lugar a conclusiones contrarias, dificulta de manera considerable el desarrollo uniforme de la política comunitaria.

49. Como conclusión a lo expuesto hasta el momento podría decirse que en los acuerdos paneuropeos se plantea un serio problema de decisiones contradictorias en caso de que haya que litigar en los diferentes estados afectados⁸⁴. En este sentido, se impondría el establecimiento de un mecanismo en virtud del cual, de ser posible, se eviten las acciones llevadas a cabo con base en un mismo acuerdo y sobre un mismo mercado o, de no serlo, se asegure que se da a la primera de las sentencias el peso adecuado en los demás estados miembros. Una posible solución pasaría por el establecimiento de una obligación para los tribunales de tener en cuenta decisiones anteriores de tribunales o autoridades que hayan tratado el mismo asunto. Esta obligación, que debería ser adecuadamente precisada para determinar qué supone exactamente la toma en consideración, podría completarse con un posible recurso final ante el Tribunal de Primera Instancia.

A falta de un precedente claro, conocido y consistente, el riesgo de existencia de decisiones arbitrarias, se verá incrementado de manera inaceptable.

6. APLICACIÓN COHERENTE DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA UE

50. El nuevo sistema de aplicación de la normativa comunitaria se basa, como hemos reflejado, en la existencia de competencias paralelas de la Comisión, las autoridades administrativas internas de los Estados y los tribunales nacionales. Con esta nueva situación se corre evidentemente el riesgo de que las diferentes autoridades apliquen la normativa empleando diferentes interpretaciones. De este modo el derecho de la competencia podrá ser interpretado de manera no concordante en los diferentes estados y ello llevará consigo una incertidumbre para las empresas que puede considerarse contraria a los principios básicos del TCE.

⁸⁴ Lo mismo podría decirse de las soluciones de autoridades administrativas aunque en este caso parece más sencilla la solución por medio del establecimiento de una adecuada red de autoridades internas con protocolos de relación entre ellas convenientemente desarrollados.

Además llevará consigo el empleo por parte de las empresas del *forum shopping* que será prácticamente imposible de evitar en este nuevo régimen.

51. Consciente de este problema –al que no obstante se resta importancia⁸⁵– la Comisión propone algunas medidas aplicables con carácter general y otras que atienden a las diferentes situaciones de las autoridades afectadas.

Entre las primeras, se destaca la importancia de la normativa de desarrollo emitida por la Comisión y la posibilidad de emitir decisiones aplicables a casos concretos que sirvan de guía a la actuación de las autoridades internas.

Cuando la aplicación de la normativa comunitaria se lleva a cabo por los tribunales internos, la Comisión plantea diferentes medidas para paliar los problemas de falta de seguridad jurídica:

Se plantea en primer lugar la posibilidad que debería tener la Comisión de actuar en los procedimientos internos como *amicus curiae* para asegurar la consistencia en las decisiones. Para ello sería necesario establecer un sistema en virtud del cual se informe a la Comisión de todos los asuntos en que se pretende la aplicación de derecho comunitario de la Competencia por parte de autoridades judiciales internas.

A parte de que una previsión de información e invitación a la Comisión en todos los asuntos podría calificarse quizá de excesivamente optimista al suponer una carga para las autoridades internas administrativas y judiciales, se suscita el problema de que en algunos estados las tradiciones jurídicas impiden al juez buscar consejo en los que no son parte en el litigio.

Además no está suficientemente precisado cuál sería el peso jurídico que tendría la opinión de la Comisión en el proceso. Podrían plantearse problemas si interviene rara vez y las partes consideran que cambia sustancialmente la evolución del caso.

La Comisión ha llegado a aceptar que la carga administrativa de notificar los casos puede resultar excesiva para los tribunales y que podría además resultar no efectiva por una sobrecarga de trabajo de la propia Comisión, caso de producirse. Como solución a esos problemas se ha planteado la posibilidad de que las autoridades internas de defensa de la competencia también intervengan en los procedimientos internos.

La Comisión plantea que también se podría conseguir que los jueces internos tengan en cuenta las sentencias extranjeras tratando de favorecer el contacto entre los jueces de los estados.

Otra solución propuesta sería que la Comisión, al tener noticia de las sentencias internas que apliquen los artículos 81 y 82 TCE, pudiera ejercer un derecho de recurso ante los tribunales internos. Esta opción supondría sin

⁸⁵ Se subraya el hecho de que en la actualidad y durante varias décadas los arts. 81.1 y 83 se han aplicado de manera paralela por autoridades internas administrativas y judiciales y por la Comisión, sin que se hayan suscitado problemas de importancia.

embargo un coste económico para las empresas partícipes en el acuerdo que no parece asumible.

52. La aplicación coherente de la normativa comunitaria por parte de las autoridades administrativas internas suscita menos problemas jurídicos al tratarse de un problema de relación entre autoridades administrativas con diferente ámbito geográfico de actuación. En este punto se llegó a plantear, en algunos casos excepcionales, que la Comisión emitiera decisiones en contra de las autoridades internas actuando como autoridad superior a semejanza de lo que sería un recurso de corrección. Podría considerarse que tanto la industria como los gobiernos considerarían positivo que la Comisión controle a las autoridades internas pero en aras de una mayor seguridad jurídica prefieren el control preventivo en lugar del correctivo. De este modo, las empresas podrían confiar en la decisión de sus autoridades sin que exista la posibilidad de revocación por parte de la Comisión.

El establecimiento de una red de autoridades internas relacionadas con la Comisión aboga sin duda a favor de la consistencia en la aplicación de la normativa comunitaria. La Comisión podrá pedir a una autoridad nacional que modifique la decisión planeada y, en última instancia, podrá como hemos comentado avocar para sí la competencia para conocer del asunto⁸⁶. Se plantea igualmente que las decisiones definitivas dictadas por las autoridades administrativas pasarán a integrar una base de datos que, por medio de una intranet, se podrá consultar por todas las encargadas de la aplicación de la normativa comunitaria⁸⁷.

53. El Comité Consultivo podría jugar un papel de coordinación en el desarrollo de la política de competencia, planteándose incluso la posibilidad de que llegue a emitir informes no vinculantes en determinados asuntos ante las autoridades internas pudiendo incluso convertirse en un foro de discusión de los asuntos más importantes. Se plantea igualmente que podría tener papel de revisión en la decisión sobre la participación de la Comisión como *amicus curiae* y analizar las decisiones de las autoridades internas pudiendo proponer cambios.

IV. CONCLUSIÓN

54. A lo largo de estas líneas hemos tratado de dar una visión crítica de la

⁸⁶ Cabría analizar qué podría suceder en el caso de que una autoridad interna se niegue a asumir la interpretación de la Comisión. En este punto debe recordarse que el art. 10 TCE establece un requisito de lealtad que impondría a las autoridades internas la obligación de respetar las decisiones de la Comisión. Además, debemos recordar que la Comisión siempre podrá atraer el asunto a su ámbito competencial privando a las autoridades internas de su capacidad de decidir.

⁸⁷ No parece que la existencia de este sistema implique que las autoridades de competencia tengan un papel consultivo en las decisiones adoptadas por el resto, a parte del que juegue el Comité Consultivo. A pesar de la desaparición del art. 20 del Regl. 17, parece previsible que esa intranet dará lugar a problemas de confidencialidad.

nueva normativa en materia de procedimiento en defensa de la competencia. No puede negarse que la citada modificación puede ser calificada de histórica. Tras varios años de espera, finalmente se ha conseguido alcanzar un acuerdo sobre cuestiones espinosas. La desaparición de la teoría de la doble barrera, caso de confirmarse, supondría un importante avance en la protección de los derechos fundamentales dentro de la organización.

A parte de esta consecuencia positiva, hemos visto que las críticas que se habían venido realizando sobre la efectividad en la puesta en práctica del procedimiento comunitario de defensa de la competencia se basaban, fundamentalmente, en una inadecuación de un sistema legal previsto en los años 60 a la nueva situación de un mercado comunitario que ha experimentado una importante evolución y al desarrollo de una cultura de defensa de la competencia que la Comisión y el Tribunal han favorecido en estos cuarenta años.

En esta situación un excesivo empleo por parte de la Comisión de los finales informales de los procedimientos que limitaban la seguridad jurídica de las empresas y una quiebra casi sistemática en los derechos de defensa de las empresas en la segunda fase del procedimiento sancionador, resultaban ciertamente negativos para los operadores económicos e indirectamente para los consumidores.

Ambas críticas se mantienen totalmente vigentes con el régimen aprobado. Por una parte porque en lugar de optar por un sistema que termine con el fin informal de los procedimientos, se instaura un régimen en que el final formal no está previsto salvo en los casos de decisión negativa.

Por otra parte porque esa cultura de la competencia que se ha desarrollado en los estados actualmente comunitarios, no es tal en la mayoría de los nuevos candidatos, muchos de los cuales han estado sometidos hasta hace poco tiempo a regímenes comunistas y desconocen los rudimentos básicos de funcionamiento del libre mercado.

Por fin por el hecho de que los derechos de defensa de las partes en la segunda fase del procedimiento no se vean modificados con la nueva normativa que, al contrario, se encarga solamente de desarrollar los poderes de investigación de la Comisión, quedando el procedimiento de imposición de multas básicamente inalterado salvo por la lógica abolición de la inmunidad temporal y la agravación en la cuantía de las mismas.

La evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la aplicación de los principios desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales dentro de la Unión han supuesto hitos importantes en la defensa de los derechos de las empresas. Lástima que la Comisión no haya aprovechado esta modificación tan largamente esperada para sistematizar estos avances y, en su lugar trate de enmascarar bajo el principio de subsidiariedad un sistema que deja a las pequeñas empresas en situación de indefensión.

Libre competencia y descentralización

Esperemos que los desarrollos normativos anunciados vengán a aclarar las sombras que plantea este sistema y arrojen la necesaria luz sobre empresas, consumidores y autoridades internas.