

MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

 EDURNE NAVARRO VARONA
Abogada (*)

1. INTRODUCCIÓN

El Consejo de la Unión Europea aprobó el pasado 26 de noviembre de 2002 el Reglamento 1/2003¹, por el que se introduce una modificación radical del sistema de aplicación de las normas de competencia en la Unión Europea.

Los cambios introducidos afectan a varios aspectos de la normativa aplicable: (i) se suprime la posibilidad de notificar a la Comisión Europea (la «Comisión») acuerdos y obtener su autorización (epígrafe 2 *infra*), si bien se establecen ciertas fórmulas destinadas a preservar la seguridad jurídica de las empresas (epígrafe 4 *infra*); (ii) se establece un nuevo reparto de competencias entre la Comisión Europea, las autoridades de la competencia nacionales y los jueces nacionales, con el objeto de potenciar la aplicación de las normas comunitarias por parte de las autoridades y jueces nacionales (epígrafes 3, 6 y 7 *infra*); (iii) al tiempo que se regula la prioridad en la aplicación de la normativa comunitaria y nacional de la competencia (epígrafe 5 *infra*). Finalmente se introducen ciertas modificaciones en rela-

ción a las inspecciones, medidas cautelares y sanciones (epígrafe 8 *infra*).

No obstante, un análisis más detenido de las consecuencias prácticas que tendrá la modernización permiten cuestionar en qué medida el objetivo principal perseguido (descargar a la Comisión de ciertas tareas que le permitan concentrarse en asuntos particularmente relevantes) va a ser realmente alcanzado. En efecto, la propia Comisión reconoce que la puesta en funcionamiento y el adecuado seguimiento del nuevo sistema creado va a requerir la dedicación de recursos al menos tan importantes como los que hasta ahora destinaba al tratamiento de los asuntos.

La delegación en las autoridades y jueces nacionales va a exigir una notable y compleja labor de apoyo, control y coordinación por parte de la Comisión. En todo caso, el nuevo Reglamento no define claramente la forma en que operará el nuevo reparto de competencias. En la práctica, serán necesarias disposiciones de desarrollo complementarias que concreten su aplicación efectiva, que la Comisión está elaborando y tiene previsto hacer públicas en Mayo de 2003².

* Destacada en la Oficina de Uría & Menéndez de Bruselas.

¹ Reglamento del Consejo (CE) 1/2003 relativo a las reglas de procedimiento previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado y que modifica los Reglamentos (CEE) 1017/68, 2988/74 y 3975/87, de 26 de noviembre de 2002 (*DOCEL* 1, de 4 de enero de 2003).

² En particular, la Comisión ha anunciado varias comunicaciones, relativas a:

- Concepto de «efectos en el comercio», fundamental a la hora de definir la competencia de los Estados miembros en la aplicación de la legislación nacional cuando existan conflictos con el art. 81;
- Cooperación entre la Comisión y las autoridades y tribunales nacionales, en la que se desarrollará el papel de *amicus curiae* de la Comisión;

2. SUPRESIÓN DEL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

Con arreglo al Reglamento núm. 17³ que venía regulando esta materia, los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia únicamente podían beneficiarse de una exención individual al amparo del artículo 81.3 del Tratado CE si previamente eran notificados a la Comisión y ésta adoptaba una Decisión de autorización.

Este sistema queda suprimido con el nuevo Reglamento, que prevé la autorización automática de los acuerdos restrictivos de la competencia que cumplan las condiciones previstas en el artículo 81.3, «*sin que a tal efecto resulte necesaria una autorización previa*».

Como consecuencia de ello, las empresas no podrán notificar sus acuerdos a la Comisión a fin de obtener una exención individual, sino que deberán evaluar *ex ante* si sus acuerdos reúnen las condiciones necesarias para ser considerados conformes al artículo 81.3. Se pretende así reducir la carga de trabajo de la Comisión y permitir que esta institución pueda destinar más recursos a la persecución de las infracciones más graves.

Sin embargo, la sustitución del sistema de notificaciones por el nuevo sistema de autoevaluación no resultará necesariamente positivo. De una parte, los considerables esfuerzos y recursos que la Comisión deberá invertir en el establecimiento del nuevo sistema (véase *infra*) ponen en entredicho el pretendido objetivo de aligerar su carga de trabajo. De otra parte, el nuevo sistema introduce cierta inseguridad para las empresas al privarlas de la garantía que supone contar con una autorización previa de sus acuerdos.

La supresión del sistema de autorización implica la caducidad de las notificaciones de acuerdos restrictivos que estuvieran pendientes a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento. No obstante, y con carácter transitorio, las Decisiones de exención adoptadas por la Comisión con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento permanecerán vigentes durante el periodo de tiempo que se prevea en las mismas⁴.

3. APLICACIÓN POR LAS AUTORIDADES Y TRIBUNALES NACIONALES DEL ARTÍCULO 81.3 DEL TRATADO CE

Si bien ya se había reconocido el efecto directo de los artículos 81.1 y 82 del Tratado CE y, por tanto, la posibilidad de que tales disposiciones sean directamente aplicables por las autoridades y tribunales nacionales, el Reglamento núm. 17 atribuía competencia exclusiva a la Comisión para aplicar el artículo 81.3 del Tratado CE.

El nuevo Reglamento suprime la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar esta disposición, e instaura un sistema en el que compete tanto a la Comisión como a las autoridades y tribunales nacionales evaluar su aplicación y la compatibilidad de ciertos acuerdos con la misma.

Sin duda, la piedra angular de la reforma radica en el mayor protagonismo asumido por las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que pasan a aplicar el artículo 81 del Tratado CE en pie de igualdad con la Comisión.

- c) Aplicación del art. 81.3 (desarrollo de los elementos requeridos);
- d) Utilización de compromisos y soluciones estructurales;
- e) Forma, contenido y otros detalles de las quejas;
- f) Funcionamiento de la Red de Competencia Europea («European Competition Network») como instrumento para asegurar la aplicación coherente y efectiva del Derecho de la competencia a través del intercambio de información y consultas entre las diferentes autoridades de competencia; y
- g) Valor de los pronunciamientos escritos de la Comisión, que podrán ser publicados en el Diario Oficial en supuestos particulares.

³ Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (DOCE 13, de 21 de febrero de 1962, pág. 204), modificado en último lugar por el Reglamento 1216/1999 (DOCE L 148, de 15 de junio de 1999).

⁴ A este respecto conviene destacar que los borradores del Reglamento preveían la caducidad de tales autorizaciones transcurridos dos años desde la entrada en vigor del mismo. No obstante, esta limitación de la validez de las decisiones de autorización concedidas por la Comisión fue suprimida en la versión definitiva del Reglamento. Se pretendió con ello evitar las dificultades que podrían haber surgido para las empresas que hubieran realizado ciertas concesiones a fin de obtener la autorización de sus acuerdos.

La descentralización de la aplicación del artículo 81 del Tratado CE debería permitir que sean las autoridades más próximas a los particulares las que contribuyan a garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho de la competencia. Para ello, las autoridades nacionales deberán disponer de competencia para aplicar la normativa comunitaria⁵.

Asimismo, los jueces y tribunales ordinarios podrán tutelar los derechos subjetivos de los particulares en el marco de litigios privados y conceder indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por infracciones de las normas de competencia. La función de los órganos jurisdiccionales se concibe así como complementaria a la desempeñada por las autoridades de defensa de la competencia⁶. Conviene destacar a este respecto que por el momento en España (y con carácter general en la Unión Europea) son poco frecuentes las reclamaciones de daños y perjuicios en relación a las infracciones de las normas de defensa de la competencia⁷. No obstante, recientemente se ha constatado una tendencia en ciertos Estados miembros a promover la interposición de demandas de reclamación de daños y perjuicios por grupos de particulares que puedan haberse visto perjudicados por los acuerdos de precios concluidos entre ciertos productores sancionados⁸.

En todo caso, la descentralización prevista suscita múltiples recelos, debido, por una parte, a la escasa formación de los jueces y magistrados en una materia compleja como es el Derecho de la competencia y, por otra, a la lentitud que caracteriza el funcionamiento de la administración de justicia en ciertos Estados miembros.

⁵ En España, el Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») es la autoridad designada para la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, en virtud del RD 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE de 7 de marzo de 1998). Esta disposición prevé asimismo la intervención del Servicio de Defensa de la Competencia («SDC») como órgano instructor. No obstante, esta disposición prevé únicamente la aplicación de los arts. 81.1 y 82, pero no del art. 81.3, por lo que será necesaria su modificación en consonancia con lo previsto en el nuevo Reglamento.

⁶ Considerando 7 del Reglamento 1/2003.

⁷ Véase C. Fernández y P. González Espejo: «Actions for damages based on community competition law: New case law on direct applicability of Articles 81 and 82 by Spanish civil courts», *European Competition Law Review*, 2002, núm. 4, pág. 170.

⁸ Esta tendencia intenta emular la «class action» estadounidense, y ha dado lugar a transacciones en varios países en relación por ejemplo con el cártel de las vitaminas. En el mismo sentido se ha considerado recientemente la posibilidad de interponer reclamaciones contra los productores de cemento en Alemania.

4. MECANISMOS TENDENTES A SALVAGUARDAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS

La supresión del régimen de notificaciones y la introducción del nuevo sistema de autoevaluación no privará a las empresas de la posibilidad en ciertos casos de obtener de la Comisión una orientación *ex ante* acerca de la compatibilidad de sus prácticas con el artículo 81 del Tratado CE. En particular, cabe destacar los mecanismos que a continuación se describen.

4.1. Orientaciones informales y declaraciones de inaplicabilidad

El último expositivo del nuevo Reglamento prevé que «cuando se presente una situación de auténtica incertidumbre debido a la aparición de cuestiones nuevas o sin resolver» las empresas podrán solicitar «orientaciones informales» de la Comisión. Una Comunicación de la Comisión regulará este mecanismo de consultas y establecerá los supuestos de especial complejidad en los cuales podrán formularse las mismas. A diferencia de las cartas administrativas (o «comfort letters») que la Comisión venía adoptando en el pasado, las orientaciones de la Comisión serán motivadas y accesibles al público (mediante publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas).

En este mismo sentido el artículo 10 del nuevo Reglamento permite a la Comisión declarar, mediante Decisión, que el artículo 81 del Tratado CE (o, en su caso, el artículo 82) no resulta aplicable a determinados acuerdos o prácticas, ya sea porque éstos no reúnen las condiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, o porque cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 81. La Comisión adoptará este tipo de Decisiones «de oficio», y con carácter excepcional («cuando así lo requiera el interés público

comunitario»), al objeto de proporcionar orientación sobre nuevos tipos de acuerdos o prácticas o esclarecer cuestiones aún no resueltas por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria.

Cabe destacar que la versión definitiva del nuevo Reglamento no prevé, a diferencia de los borradores anteriores de dicha disposición, la posibilidad de que la Comisión adopte reglamentos de exención por categorías. Tal facultad legislativa seguirá correspondiendo al Consejo de la Unión Europea.

4.2. Decisiones de compromisos

El artículo 9 del nuevo Reglamento establece que cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes manifestadas por la Comisión, ésta podrá, mediante Decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. Con arreglo a esta disposición, las empresas podrían voluntariamente «notificar» o poner en conocimiento de la Comisión acuerdos que no reúnen las condiciones de exención del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, al objeto de negociar una solución con la Comisión que pueda ser objeto de una decisión de compromisos.

4.3. Consultas a las autoridades nacionales de competencia

El nuevo Reglamento no se opone a que las autoridades nacionales puedan emitir, a solicitud de las empresas, orientaciones informales relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. En principio, el artículo 5 del nuevo Reglamento no incluye este tipo de decisiones en la relación de decisiones que pueden adoptar las autoridades nacionales de competencia, pero tampoco las excluye expresamente. Sin embargo, cabe entender que, en la práctica, las orientaciones emitidas por las autoridades nacionales tendrán un valor limitado si no cuentan con el respaldo de la Red Europea de Competencia (véase *infra* epígrafe 7).

4.4. Consultas a los tribunales nacionales

Por último, no cabe excluir la posibilidad de que las empresas recurran al juez nacional con el fin de que

éste determine si un acuerdo resulta compatible con el artículo 81 del Tratado CE. Para ello cabría recurrir a la incoación de un procedimiento que sobre la base de un conflicto suscitado a tal efecto obligue al juez a pronunciarse sobre si se reúnen las condiciones establecidas en el artículo 81.3 del Tratado CE. Sin embargo, la eficacia de este mecanismo es cuestionable en la medida en que el juez se pronunciará únicamente sobre la relación contractual particular y no sobre un modelo abstracto, no prejuzgando por lo tanto los pronunciamientos que pudieran adoptar otros jueces en relación al mismo contrato concluido con otra contraparte.

No obstante los mecanismos analizados en esta sección, queda aún por comprobar si el nuevo sistema basado en orientaciones y contactos informales con la Comisión o con las autoridades nacionales de competencia garantizará a las empresas un nivel de seguridad jurídica similar al proporcionado por el anterior sistema de autorizaciones individuales de la Comisión.

5. PRIORIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y LAS NORMAS NACIONALES

El nuevo Reglamento establece con claridad la prioridad en la aplicación de las normas comunitarias y nacionales por las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Se establece así que cuando las autoridades y jueces nacionales apliquen el Derecho nacional a acuerdos, prácticas concertadas, decisiones de asociaciones de empresas y abusos de posición dominante, «*aplicarán también*» el artículo 81 del Tratado CE o, en su caso, el artículo 82, cuando tales prácticas «*afecten al comercio entre los Estados miembros*»⁹. Se pretende con ello una aplicación homogénea y simultánea de la normativa comunitaria y nacional en aquellos casos en los que las conductas tengan un impacto en el comercio intracomunitario (cuando no se afecte el comercio entre Estados miembros las autoridades y jueces nacionales serán libres de aplicar únicamente el Derecho nacional). No obstante, el Reglamento no precisa cuándo una conducta afecta al comercio entre los Estados miembros, materia que será objeto de desarrollo en una de las comunicaciones de la Comisión en curso de elaboración.

⁹ Art. 3 del Reglamento 1/2003.

En este mismo sentido, y siguiendo las pautas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ¹⁰, el nuevo Reglamento establece que las normas nacionales de defensa de la competencia no pueden prohibir aquellas conductas que, pese a afectar al comercio intracomunitario, o bien no restringen la competencia en el sentido del artículo 81.1 del Tratado CE, o se benefician de una exención individual o por categorías, al amparo del artículo 81.3 del Tratado CE.

Sin embargo, las autoridades o tribunales nacionales podrán aplicar su normativa nacional para prohibir y sancionar aquellas conductas que, simultáneamente, infrinjan el artículo 81.1 del Tratado CE. Dado que el Derecho de la competencia comunitario y las legislaciones nacionales de competencia pueden perseguir diferentes objetivos y protegen la competencia en distintos ámbitos territoriales, se considera que no infringe el principio de *non bis in idem* la circunstancia de que una misma conducta sea declarada prohibida y sancionada tanto con arreglo al artículo 81.1 del Tratado CE como en virtud de las normas nacionales de defensa de la competencia.

En todo caso, cuando la Comisión sea competente para aplicar el Derecho comunitario, las autoridades o tribunales de los Estados miembros no podrán aplicar sus respectivas normas nacionales de competencia al mismo asunto.

El nuevo Reglamento establece sin embargo una excepción a este último principio, y no impide que los Estados miembros adopten y apliquen en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas, conforme a las cuales se prohíban o sancionen determinados comportamientos que las empresas adopten de forma *unilateral*. Así, por ejemplo,

las «prácticas conscientemente paralelas», prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), podrán ser objeto en nuestro ordenamiento de una prohibición o sanción más estricta que en Derecho comunitario. En este mismo sentido la normativa nacional podrá sancionar conductas abusivas hacia empresas económicamente dependientes, tales como las establecidas en el artículo 6.2.e) de la LDC ¹¹. La normativa nacional también podrá establecer disposiciones que sancionen penalmente a las personas físicas implicadas en la infracción (no contempladas en la normativa española, que prevé únicamente sanciones económicas administrativas) ¹². Los Estados miembros podrán asimismo adoptar normativa que proteja otros intereses legítimos distintos de la competencia, como por ejemplo la Ley de Competencia Desleal ¹³.

6. REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES

El nuevo Reglamento establece un mecanismo de reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales para los asuntos a los que resulte aplicable la normativa comunitaria de competencia.

En principio, las autoridades (y jueces) nacionales podrán conocer de asuntos relativos a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE siempre que se cumplan las siguientes condiciones cumulativas:

- (i) la supuesta infracción afecte a los consumidores dentro de su territorio;
- (ii) la autoridad nacional pueda recopilar elementos de prueba necesarios para acreditar la infracción; y

¹⁰ Sentencias del TJCE de 13 de febrero de 1969 en el asunto *Walt Wilhelm y otros c. Kammergericht Berlin* (as. 14/68, Rec. pág. 1); de 10 de julio de 1980 en el asunto *Procureur de la République, Pachot y Ramon c. Giry y Guerlain* (as. ac. 253/78 y 1 a 3/79, Rec. pág. 2327); de 26 de noviembre de 1998 en el asunto *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG y Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (as. C-7/97, Rec. pág. I-7791); y de 16 de julio de 1992 en el asunto *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada y otros* (as. C-67/91, Rec. pág. I-4785).

¹¹ Art. 6.2.e) de la LDC: «El abuso podrá consistir, en particular, en: [...] e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

¹² Art. 10.3 de la LDC: «Además de la sanción que corresponda imponer, cuando se trate de una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 5.000.000 de pesetas a sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión».

¹³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

- (iii) la autoridad nacional se halle facultada para poner fin a la infracción (i.e. imponer sanciones o adoptar una decisión que dote de efectos vinculantes a los compromisos que las empresas hayan propuesto para considerar un acuerdo compatible con el artículo 81.3).

Por lo general, estas condiciones se cumplen cuando un acuerdo o práctica produce *efectos en un solo Estado miembro*.

Cuando la conducta tenga *efectos en más de un Estado miembro*, dos o más autoridades nacionales podrán intervenir en paralelo. Esta actuación simultánea está prevista para situaciones en las que dos o más autoridades nacionales investigan las mismas conductas u otras similares dentro de un mismo mercado geográfico y de producto, como consecuencia de distintas denuncias o actuaciones de oficio.

En los supuestos en los que intervengan varias autoridades nacionales de competencia, éstas deberán cooperar entre sí a fin de evitar incoherencias en el análisis y en la resolución de los asuntos. En todo caso, y precisamente para evitar problemas de coordinación, la Comisión podría conocer de las prácticas restrictivas de la competencia que produzcan efectos en más de tres Estados miembros de la UE¹⁴.

Por su parte, la Comisión, en su condición de «guardián del Tratado» y responsable del desarrollo y aplicación de la política de la competencia comunitaria, podrá intervenir y adoptar Decisiones en cualquier caso. En particular, la Comisión intervendrá para:

- (i) evitar discrepancias en los pronunciamientos y garantizar la aplicación uniforme de los artículos 81 y 82;
- (ii) compensar la inactividad de las autoridades nacionales;

- (iii) cuando lo exija el interés comunitario; o
- (iv) se deban analizar conductas especialmente graves.

La Comisión ha anunciado que tal será el caso, por ejemplo, si se plantea una cuestión novedosa y que pueda constituir un precedente significativo, como puede ser la aplicación de los artículos 81 y 82 en mercados que se hallan en plena evolución (como por ejemplo en la actualidad los sectores de las telecomunicaciones, energía o transporte aéreo). Asimismo, las conductas relativas a cárteles, tanto si afectan a uno o a varios Estados, serán particularmente susceptibles de ser tratados por la Comisión.

También corresponderá a la Comisión el análisis y la resolución de un asunto cuando la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE guarde una relación estrecha con otras disposiciones de Derecho comunitario (por ejemplo el artículo 86 —derechos especiales o exclusivos concedidos por medidas estatales— o el artículo 90 —ayudas de Estado—).

En todo caso, la Comisión adoptará disposiciones complementarias que clarifiquen la atribución de competencias y eviten los conflictos.

Por otra parte, existe un riesgo de que las partes implicadas en ciertas conductas acudan a las autoridades de los Estados miembros de los que esperan un trato más favorable. La preocupación por este posible «*forum shopping*» ha sido puesta de manifiesto por la doctrina¹⁵, y resulta sin lugar a dudas uno de los serios peligros del nuevo sistema. El nuevo Reglamento no establece a este respecto reglas suficientes que permitan paliar el problema¹⁶.

En cuanto a los *jueces nacionales* no se establece un reparto de competencias, pudiendo éstos intervenir en cualquier caso. No obstante, y a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, la Comisión podrá siempre tomar parte en los procedimientos nacionales, y manifestar su opinión (normalmente a

¹⁴ En este sentido ciertas propuestas preliminares de la Comisión.

¹⁵ Véase M. Siragusa: «The modernization of EC Competition Law: Risks of inconsistency and forum shopping», en C.D. Ehlermann e I. Atansiu (eds.), *European Competition Law Annual 2000: The modernization of EC antitrust policy*, Oxford Hart Publishing, 2001.

¹⁶ El art. 13 del Reglamento 1/2003 se limita a prever que cuando varias autoridades reciban una denuncia o inicien un procedimiento de oficio contra una misma conducta, el que una autoridad esté instruyendo el asunto permitirá (pero no obligará) a las demás autoridades (o a la Comisión) suspender su procedimiento o desestimar la denuncia. Del mismo modo las autoridades (o la Comisión) podrán desestimar una denuncia si ésta había ya sido objeto de análisis por otra autoridad.

través de abogados externos nacionales)¹⁷. En caso de que los jueces adopten una posición que la Comisión considere contraria a la correcta interpretación de la normativa comunitaria, la Comisión ha anunciado que podrá adoptar una decisión en el sentido que considere correcto, y que en principio podría prevalecer sobre la que hubiese adoptado previamente el juez nacional.

No obstante, este mecanismo en la práctica puede resultar complejo, en la medida en que la resolución de un conflicto entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales corresponderá en última instancia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al que la jurisdicción nacional puede remitir una cuestión prejudicial, pero que puede implicar un procedimiento de entre dos y tres años¹⁸.

7. COOPERACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES

Al objeto de garantizar una aplicación coherente y uniforme del Derecho comunitario, el nuevo Reglamento prevé la creación de una Red Europea de Competencia, a través de la cual la Comisión y las autoridades nacionales intercambiarán información y cooperarán. Si bien existe ya cierto grado de coordinación, este foro quedará formalmente establecido el 1 de mayo de 2004 y una Comunicación de la Comisión regulará su funcionamiento.

A fin de evitar una multiplicidad de procedimientos, los miembros de la Red Europea de Competencia deberán ser informados, a la mayor brevedad posible, de los asuntos pendientes ante las distintas autoridades de competencia. En particular, la Comisión será consultada por las autoridades nacionales antes de que éstas adopten una decisión en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE¹⁹.

Asimismo, cuando la Comisión incoe un expediente en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, las autoridades nacionales de competencia deberán inhibirse. Si una autoridad nacional de competencia ya ha incoado un expediente en relación con determinadas conductas, la Comisión sólo podrá conocer de las mismas tras consultar a dicha autoridad nacional²⁰.

En todo caso, las autoridades y tribunales nacionales podrán formular consultas a la Comisión en relación con cualquier asunto relativo a la aplicación del Derecho comunitario²¹. No obstante, en el pasado este tipo de consultas especialmente para la aplicación de los artículos 81 y 82 por parte de los jueces²² ha resultado con frecuencia insatisfactoria, en la medida en que la Comisión no era siempre capaz de dar una opinión en un plazo lo suficientemente breve para que pudiera ser tomada en consideración por el órgano jurisdiccional. En otros casos, la imposibilidad de que las partes presentaran sus argumentos directa-

¹⁷ Art. 15.3 del Reglamento 1/2003. Esta disposición prevé asimismo la intervención de la autoridad de competencia nacional. En ambos casos, la intervención podrá ser mediante observaciones escritas o, con la venia del tribunal de que se trate, mediante observaciones verbales. A los efectos de la preparación de las observaciones, la Comisión y las autoridades nacionales podrán solicitar del juez los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto.

¹⁸ Un ejemplo ilustrativo de los conflictos que pueden surgir en este sentido puede hallarse en las discrepancias surgidas entre la Comisión y los tribunales irlandeses en el asunto *Masterfoods*. Conviene destacar que en este caso el TJCE, dadas las circunstancias específicas, confirió prioridad al pronunciamiento del tribunal irlandés frente a la posición adoptada por la Comisión. STJCE de 14 de diciembre de 2000 en el asunto *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.* (as. C-344/98, *Rec.* pág. I-11369, consid. 57-58):

«Cuando la solución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la Decisión de la Comisión, de la obligación de cooperación leal se desprende que, para evitar dictar una resolución incompatible con dicha Decisión, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la Decisión de la Comisión.

Es preciso destacar que, cuando el órgano jurisdiccional nacional suspende el procedimiento, debe apreciar la necesidad de ordenar medidas cautelares a fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que recaiga una resolución definitiva».

¹⁹ Art. 11.3 y 4 del Reglamento 1/2003.

²⁰ Art. 11.6 del Reglamento 1/2003.

²¹ Arts. 11.5 y 15.1 del Reglamento 1/2003.

²² Comunicación relativa a 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* C 396 de 1993).

mente a la Comisión, quedando en manos del juez el transmitir los elementos que consideraba relevantes, también ha resultado en una defectuosa comprensión de las cuestiones planteadas por parte de la Comisión.

La tarea de asistencia y seguimiento (a fin de garantizar la adecuada coherencia en los pronunciamientos de las autoridades y jueces nacionales) que corresponde a la Comisión requerirá el establecimiento de mecanismos adecuados (todavía pendientes de definir de forma detallada) y la dedicación de efectivos suficientes. Por consiguiente, el pretendido objetivo de liberar efectivos de la Comisión para que se concentren en los casos de particular gravedad puede en la práctica verse seriamente coartado por la necesidad de dedicar una parte importante de los mismos al seguimiento de las posiciones que adopten las autoridades y tribunales nacionales.

El problema lingüístico en un esquema como el descrito se plantea como de particular gravedad. El mero intercambio de las resoluciones de las autoridades o jueces difícilmente permitirá un seguimiento detallado de las mismas por los responsables de su supervisión o por terceros interesados.

Además, el intercambio de información y documentación será un elemento clave para el correcto funcionamiento del sistema, no sólo entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, sino también entre estas últimas. A este respecto, el nuevo Reglamento prevé que los intercambios podrán tener por objeto información de carácter confidencial (que deberá tratarse como tal y no ser divulgada a terceros). La información intercambiada sólo podrá utilizarse como elemento de prueba a los efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE; y para la aplicación de las normas de competencia nacionales, en la medida en que se apliquen al mismo asunto y la información facilitada se utilice para los mismos fines para los que fue originariamente obtenida²³.

Adicionalmente, la Red Europea de Competencia, como foro de cooperación e intercambio de

información entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, puede plantear ciertos problemas en relación con los sistemas nacionales denominados «dualistas» (p.e. España o Francia), en los que las funciones de instrucción y sanción son asumidas por dos órganos distintos (p.e. en España el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia). En particular, existe un riesgo de que el órgano sancionador tenga conocimiento de la decisión sancionadora del órgano instructor antes de que las partes interesadas en el procedimiento puedan ejercer sus derechos de defensa y de acceso al expediente. Para evitar tales riesgos, se prevén dos posibles alternativas: bien que la información suministrada por el órgano instructor a la red europea de competencia se limite a una relación de los cargos contra la(s) empresa(s) investigada(s), o bien que la información no sea facilitada directamente por el órgano instructor al órgano sancionador del mismo Estado miembro, sino previamente a la Comisión, al objeto de que ésta determine el grado de información al que puede tener acceso el órgano sancionador.

8. NUEVAS POTESTADES INVESTIGADORAS DE LA COMISIÓN, MEDIDAS CAUTELARES Y SANCIONES

El nuevo Reglamento establece también algunos elementos innovadores de otro orden. Atribuye a la Comisión nuevas potestades investigadoras que faciliten la realización de *inspecciones*. En particular, la Comisión podrá acceder, con autorización judicial, a los *domicilios particulares* de los directivos y empleados de tales empresas²⁴. No obstante, para ello debe poder alegarse un fundamento a la sospecha de que las pruebas buscadas se hallen en los locales objeto de inspección.

Asimismo, se establece explícitamente la posibilidad (ya reconocida en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios) de que la Comisión adopte *medidas cautelares* en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE²⁵.

²³ No podrá sin embargo utilizarse para otras investigaciones. En este mismo sentido, véase STJCE de 16 de julio de 1992 en el asunto *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada y otros*, antes cit.

²⁴ Art. 21 del Reglamento 1/2003.

²⁵ Art. 8 del Reglamento 1/2003. A este respecto véase E. Navarro Varona y H. González Durántez, «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 220 (2002), pág. 23.

También se modifican algunos aspectos relativos a las *sanciones* que puede imponer la Comisión, estableciéndose multas de hasta un 1% de la facturación de las empresas por defectos o retrasos en la aportación de información solicitada por la Comisión, y multas coercitivas de hasta el 5% de la facturación por cada día de retraso en el cumplimiento de lo ordenado por la Comisión.

Por otra parte se modifica la fórmula de determinación de la sanción a las *asociaciones* de empresas que hayan incurrido en infracciones. De conformidad con el nuevo Reglamento²⁶ podrá imponerse a la asociación una multa de hasta un 10% de la facturación de los miembros que operen en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción. Se establece asimismo la posibilidad de exigir el cobro de la multa impuesta a la asociación a sus miembros, y en primera instancia a aquéllos que formen parte de los órganos de gobierno de la misma. Sólo quedarán excluidos de tal responsabilidad aquellos miembros que puedan acreditar no haber aplicado la decisión objeto de la sanción, o que ignorasen su existencia o se distanciaran activamente de la misma antes de que la Comisión iniciase la investigación.

9. RÉGIMEN TRANSITORIO

Hasta que el nuevo Reglamento entre en vigor el 1 de mayo de 2004, se prevé que en la práctica la

Comisión se pronuncie únicamente en aquellos supuestos que, conforme a los criterios establecidos en el nuevo Reglamento y las disposiciones de desarrollo que se adopten, revistan mayor importancia. Por lo tanto, el examen del resto de asuntos quedarán ya en la práctica confiados a las autoridades y tribunales nacionales.

10. CONCLUSIÓN

El nuevo Reglamento establece un cambio radical en los mecanismos de aplicación de las normas de competencia comunitarias, trasladando la responsabilidad a las autoridades y jueces nacionales. La Comisión se reserva un papel de supervisión y coordinación que sin embargo será difícil aplicar en la práctica de forma eficaz.

Para los particulares el nuevo régimen implicará ciertamente un mayor grado de incertidumbre, sin que para la Comisión vaya a reducirse necesariamente el trabajo (si asume seriamente la tarea de garantizar la coherencia de los pronunciamientos nacionales).

En todo caso, quedan pendientes de definir los mecanismos que en la práctica deben regir el funcionamiento del sistema, y que corresponde a la Comisión establecer mediante comunicaciones de desarrollo que se espera se hagan públicas en mayo de 2003.

²⁶ Art. 22.3 y 4 del Reglamento 1/2003.