

**LA NUEVA REGULACION DEL DERECHO
DE AUDIENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS COMUNITARIOS
VINCULADOS A LA PROTECCION
DE LA COMPETENCIA**
**A propósito del Reglamento (CE) núm. 2842/98
de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998,
relativo a las audiencias en determinados
procedimientos en aplicación de los artículos 85
y 86 del Tratado CE**

Por
CÉSAR CIERCO SEIRA
Departamento de Derecho Público
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2842/98 DE LA COMISIÓN, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998: A) *La audiencia a los interesados destinatarios de los cargos formulados por la Comisión:* 1. El conocimiento de los datos contenidos en el procedimiento administrativo: la comunicación del pliego de cargos y la compleja articulación del derecho de acceso al expediente. 2. La introducción de elementos de juicio en la instrucción del procedimiento administrativo por parte de las empresas destinatarias de los cargos: la presentación de alegaciones escritas y el trámite de audiencia oral. B) *La audiencia a los solicitantes y denunciantes.* C) *La audiencia a los demás terceros.*—III. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El principio *audi et alteram partem*, en virtud del cual no puede irrogarse un perjuicio sin antes dar la oportunidad de que el afectado sea oído, constituye, como se sabe, una de las piezas esenciales en la inteligencia del procedimiento administrativo. El reconocimiento de la facultad de los interesados de acceder al expediente y exponer sus argumentos y alegaciones

(1) Abreviaturas utilizadas en este trabajo: CEDH: Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950; LAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; «REDA»: Revista Española de Derecho Administrativo; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; STPI: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas; TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957; TUE: Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

con carácter previo a la adopción de una resolución definitiva por parte de la autoridad administrativa porta de suyo una *vexata quaestio* que se remonta a los orígenes mismos del fenómeno de la «procedimentalización» de la actividad de las Administraciones Públicas. No cabe duda de que la regulación del procedimiento administrativo reposa en buena medida en el tratamiento que reciben los interesados y en los derechos que a los mismos vienen reconocidos con vistas a facilitar la defensa de sus intereses ante el posible perjuicio que entraña la actuación de las potestades administrativas.

En el marco de la Unión Europea, la preocupación por garantizar y desarrollar una adecuada participación de los administrados afectados en el curso del *iter* procedimental viene ocupando un lugar destacado en el estudio de los diferentes procedimientos que dan cauce a la actuación administrativa de las Instituciones Comunitarias, y de un modo particularmente intenso en cuanto hace a los procedimientos administrativos vinculados al Derecho de la competencia. Ha sido en el marco de los expedientes tramitados por la Comisión en aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE donde la incidencia de la participación de las empresas imputadas, y la concreta configuración de su *status* procedimental, ha adquirido, en efecto, unos tintes más marcados. Circunstancia ésta que en modo alguno debe causar sorpresa, habida cuenta de que la Comisión, en tanto que garante de uno de los parámetros básicos para garantizar la efectiva consecución de los objetivos inherentes al «mercado común» —a saber: la regularidad y el buen funcionamiento de las reglas de la competencia—, ha sido investida de un amplio espectro de potestades que van desde la investigación de las conductas contrarias a la competencia —a través de los requerimientos de información o, en su caso, haciendo uso incluso de los medios de investigación e inspección que le vienen conferidos (2)— hasta la posibilidad de imponer, mediante Decisión, graves sanciones pecuniarias (3). La previ-

(2) El ejercicio de estas facultades de investigación encuentra un claro respaldo normativo, amén de las previsiones contenidas en el Derecho derivado (Reglamento núm. 17/1962, de 6 de febrero de 1962, *primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado*), en el propio artículo 284 del TCE (antiguo art. 213), a tenor del cual «para la realización de las funciones que le son atribuidas, la Comisión podrá recabar todo tipo de informaciones y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijados por el Consejo, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado».

(3) El reconocimiento de la potestad sancionadora de la Comisión en el ámbito de las normas de la competencia viene establecido en el artículo 15 del Reglamento núm. 17/1962. Resulta de interés a este respecto recuperar aquí algunos ejemplos gráficos sobre la importancia que en términos económicos pueden alcanzar las sanciones impuestas por la Comisión. Recientemente, por ejemplo, en la Decisión de 26 de octubre de 1999 se resolvía sancionar a *Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied* con una multa de 4,4 millones de euros; ilustrativas resultan también las Decisiones de 14 de julio de 1999, en la cual se imponía a *British Airways Plc* una multa de 6,8 millones de euros; de 9 de diciembre de 1998, donde se sancionaba a un conjunto de empresas —como consecuencia de la existencia de prácticas concertadas en la fijación de los precios aplicables a los servicios de transporte por transbordador— con multas que oscilaban entre los 0,26 y los 3,26 millones de ecus (esta última correspondiente a la compañía *Minoan Lines*); o bien, por último, la Decisión de 16 de septiembre de 1998, en cuya virtud un gru-

sión de este conjunto de facultades —conexas, como decimos, a la labor de policía y vigilancia que desempeña la Comisión en este ámbito— no sólo revela la importancia que adquiere la protección de la competencia en el seno de la Unión, sino que aporta asimismo una muestra significativa del alcance y la intensidad con la que la acción comunitaria puede incidir en los patrimonios jurídicos de los agentes y operadores económicos.

De resultas, justamente, de esa amplitud e intensidad de las prerrogativas que pueden activarse para salvaguardar el respeto a las reglas de la competencia y en concordancia, además, con las exigencias más elementales que irradia la cláusula del Estado de Derecho (4), se ha forjado la necesidad —que bien podría calificarse de imperativo— de prestar una especial atención a la intervención de los sujetos interesados a fin de que éstos puedan exponer *medio tempore* sus respectivas argumentaciones; una exigencia que tempranamente se puso de manifiesto, pues el Reglamento núm. 17/1962, que constituye, como es sabido, el primer reglamento dictado en desarrollo de los entonces artículos 85 y 86 del TCEE, acoge ya entre sus principios inspiradores «el derecho de las empresas interesadas a ser oídas por la Comisión» (5). Esta genérica declaración va a concretarse en el esta-

po de empresas relacionadas con el transporte de mercancías en contenedor debían satisfacer multas que ascendían hasta los 41 millones de ecus (tal es el caso de P&O Nedlloyd Container Line Limited). Como puede verse, se trata de montantes monetarios elevados que refuerzan todavía más la necesidad de establecer adecuados mecanismos de tutela preventiva que permitan a los afectados la defensa de sus intereses en el curso de la instrucción del expediente.

(4) La «procedimentalización» o «judicialización» de la actuación administrativa, entendida como la sujeción de la actividad de las diferentes Administraciones Públicas a un cauce formalizado de trámites ordenados y enlazados funcionalmente, representa uno de los corolarios esenciales del principio de legalidad y conecta de lleno, por tanto, con la cláusula del Estado de Derecho (Albrecht WEBER, «El procedimiento administrativo en el Derecho Comunitario», en *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, coordinado por Javier BARNÉS VAZQUEZ, Civitas, Madrid, 1993, pág. 75). De ello se desprende la necesidad de que la Comisión —y lo mismo podría predicarse de las restantes Instituciones Comunitarias— desarrolle sus prerrogativas a través de un concreto *ordo productionis*; un *ordo productionis* en el que resultará de todo punto imprescindible preservar la participación de los posibles destinatarios de la decisión finalmente adoptada, toda vez que la propia noción de procedimiento trae consigo, y así lo ha indicado la doctrina científica desde antiguo, la observancia del principio contradictorio:

«es de esencia a todo procedimiento su carácter contradictorio, es decir, la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva [...] si se elimina o se limita arbitrariamente la posibilidad de contradicción so pretexto de especialidades más o menos reales, no puede decirse siquiera que exista un verdadero procedimiento en sentido jurídico» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 6.ª edic., 1999, págs. 453 y 454).

(5) En particular, el considerando undécimo del Reglamento del Consejo 17/1962 se expresa en los siguientes términos:

«Considerando que es conveniente consagrar el derecho de las empresas interesadas a ser oídas por la Comisión, [y] dar a los terceros, cuyos intereses puedan resultar afectados por una decisión, la oportunidad

blecimiento de un trámite preceptivo destinado a preservar el principio de contradicción. Nos estamos refiriendo, en particular, al trámite de *audiencia a los interesados*, ubicado secuencialmente como momento procedimental previo al dictamen del Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes: antes de que este órgano asesor emita su informe sobre la base del anteproyecto de decisión será necesario, según previene el artículo 19 de este Reglamento, dar la oportunidad a las empresas interesadas, y en general a cualquier sujeto que acredite un «interés suficiente», para que, a la vista de los cargos formulados por la Comisión, desarrollen y expongan sus argumentaciones con el objeto de dar a conocer sus respectivos puntos de vista (6).

Merced a esta previsión —que aún hoy permanece en vigor— quedaron confirmadas las premisas esenciales del principio de audiencia en el ámbito de los procedimientos tramitados en defensa de la libre competencia. Sin embargo, se trata de una regulación de carácter genérico cuyo desarrollo viene remitido a las disposiciones normativas que a tal efecto adopte la Comisión (7). Pues bien, esta remisión fue desarrollada en 1963 por medio del Reglamento núm. 99/1963, en el cual se delimitaban con mayor precisión los distintos sujetos que iban a poder intervenir en el curso de los diferentes procedimientos, así como las concretas facultades que los mismos podrían ejercer en defensa de sus pretensiones (8). El Reglamento núm. 99/1963, en conexión con el artículo 19 del Reglamento núm. 17/1962, ofrecían, pues, el marco normativo en el que han venido desarrollándose las facultades de intervención de los interesados en los asuntos relativos a la protección de la libre competencia.

Este marco normativo se ha visto alterado recientemente con la aprobación del Reglamento núm. 2842/98, que deroga al Reglamento núm. 99/1963

de hacer valer previamente sus observaciones, así como asegurar la mayor publicidad de las decisiones adoptadas.»

(6) El trámite de audiencia a los interesados se inserta dentro de un *iter* procedimental de factura ciertamente compleja. Para un análisis descriptivo de este procedimiento pueden consultarse los tratados generales sobre el Derecho de la competencia, que contienen, por lo común, un apartado dedicado a esta temática. Entre nosotros pueden verse: Carlos FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, *Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 303 a 357; Javier GARAT PÉREZ, «Procedimientos de infracción: instrucción y alegaciones», en *Derecho de la competencia europeo y español*, edición a cargo de Luis ORTIZ BLANCO y Simón COHEN, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 107 a 114; y, muy especialmente, Luis ORTIZ BLANCO, *El procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, vols. I y II, Civitas, Madrid, 1994, y Lluís CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 104 a 186.

(7) La habilitación para desarrollar el contenido del artículo 19 se encuentra recogida en el artículo 24 del Reglamento núm. 17/1962, según el cual «la Comisión queda autorizada a adoptar disposiciones de aplicación relativas a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes presentadas en aplicación de los artículos 2 y 3 y de la notificación prevista en los artículos 4 y 5, así como a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19».

(8) Reglamento núm. 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, *relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo*.

e incorpora una nueva regulación del derecho de audiencia de las empresas afectadas y demás sujetos intervinientes (9). Antes de adentrarnos en el examen de su contenido, creemos necesario realizar una consideración preliminar, pues si bien es cierto que este Reglamento contiene, como tendremos ocasión de analizar, innovaciones de relieve, no lo es menos que recoge en sus líneas esenciales el planteamiento adoptado por su predecesor. De forma que una primera aproximación al mismo suscita irremediablemente el interrogante acerca de las concretas motivaciones que han llevado a la Comisión a considerar conveniente revisar las previsiones del Reglamento núm. 99/1963. En otras palabras: ¿cuáles son los factores que han provocado la necesidad de dar un nuevo desarrollo normativo a lo previsto en el artículo 19 del Reglamento núm. 17/1962? La respuesta a esta pregunta ha de buscarse, sin duda, en el terreno de la jurisprudencia.

Como bien es sabido, ha sido el Tribunal de Justicia el principal artífice en la consolidación del contradictorio administrativo como rasgo esencial y consustancial a aquellos procedimientos que pudiesen derivar en una afección negativa de la esfera jurídica de los sujetos destinatarios y, por cuanto aquí nos interesa, su intervención también ha sido determinante, por supuesto, en la configuración del principio de audiencia en los procedimientos de competencia (10). A lo largo de este último cuarto de siglo, un repaso a la literatura jurisprudencial revela cómo el Tribunal de Justicia ha recurrido con frecuencia al examen de los denominados «derechos de defensa» para enjuiciar la correcta actuación de la Comisión en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia (11); este órgano jurisdiccional ha otorgado, en primer lugar, una vestimenta formal a estos «derechos de defensa», atribuyéndoles el rango conceptual de principio general del Derecho comunitario. Pero, además, de ello ha extraído un nutrido número de efectos: respetar la defensa de los interesados en el procedimiento administrativo comporta —según se indica en numerosas sentencias— la posibilidad de que éstos intervengan «eficazmente» en el curso de las actuaciones. Y es precisamente en este punto donde se cifran los mayores logros de la jurisprudencia, por cuanto la Comisión, antes de adoptar una decisión en asuntos relativos a la competencia, habrá de ga-

(9) Reglamento (CE) núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE.

(10) Desde que, en 1974, el Tribunal de Justicia constatase la existencia de una «norma general» según la cual «los destinatarios de decisiones de las autoridades públicas que afecten de manera considerable a sus intereses deben tener la oportunidad de dar a conocer eficazmente sus puntos de vista al respecto» (STJCE de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, 17/74), la protección de la intervención de los interesados en el marco de los diferentes procedimientos administrativos comunitarios relacionados con la defensa de la libre competencia ha experimentado en el ámbito de la jurisprudencia una decisiva evolución, cuya clave de bóveda se sitúa en la conceptualización del principio de audiencia como *principio general del Derecho comunitario*, esto es, como parámetro de validez de los actos comunitarios (vid. STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76).

(11) Véase al respecto Patricia PLAZA VENTURA, *Las sanciones comunitarias europeas: su aplicación a las empresas*, Edijus, 1999, págs. 369 y ss.

rantizar no sólo la intervención de las empresas afectadas, sino una intervención «eficaz», lo que conlleva, naturalmente, la necesidad de atribuir a las mismas unas facultades mínimas de intervención que permitan una defensa «útil» de sus respectivos intereses.

La construcción jurisprudencial que progresivamente se ha ido levantando para delimitar ese haz de facultades que deben garantizar la efectividad de la intervención de los interesados ha resultado decisiva para integrar, a la luz de las conclusiones alcanzadas por el propio Tribunal de Justicia, algunas de las lagunas que presentaba el Reglamento núm. 99/1963 y, al mismo tiempo, ha permitido corregir, por vía interpretativa, la significación de muchos de sus preceptos, aquejados, como había puesto de relieve la doctrina científica, por graves deficiencias en lo que atañe al principio contradictorio (12). Piénsese, por ejemplo, en el respeto a los «derechos de defensa» en el marco de los procedimientos de encuesta previa (13), o bien en el derecho a no autoinculparse (14); son éstos algunos de los ejemplos más señalados de una larga lista de garantías procedimentales que han adquiri-

(12) Sin desconocer la importancia de lo prevenido en el Reglamento núm. 99/1963, máxime si se tiene en cuenta que la consagración del principio de audiencia ha requerido en otros ámbitos de actuación un proceso de madurez complejo y dilatado en el tiempo, no puede desconocerse por ello la presencia de importantes deficiencias y limitaciones —baste señalar, *ad exemplum*, la ausencia de un tratamiento armónico del derecho de acceso a los expedientes— que ya fueron advertidas con preocupación por los diferentes autores que, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, analizaron con detenimiento la tramitación de los asuntos de competencia, prestando una especial atención a la posición procedimental reconocida a las empresas afectadas. Entre nosotros, cfr. Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 54. El estudio de esta temática también ha sido abordado por excelentes estudios extranjeros, de entre los cuales destaca el realizado por Asteris PLIAKOS, quien, tras analizar con detalle las distintas facetas del contradictorio administrativo en los procedimientos tramitados en defensa de la competencia, advertía de la necesidad de perfeccionar la estructura del principio de audiencia (Asteris PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 1987, pág. 433).

Por otra parte, es preciso señalar que el estándar configurado por el Reglamento núm. 99/1963 en lo que hace a la intervención de las empresas contrastaba con la regulación interna de algunos Estados europeos. Es el caso del ordenamiento jurídico español, caracterizado por una normativa muy respetuosa con las facultades de defensa de los interesados, en coherencia, dicho sea de paso, con una concepción garantista del procedimiento administrativo que *ab antiquo* viene informando nuestra normativa procedimental. Tal es la conclusión alcanzada, entre nosotros, por Aurelio MENÉNDEZ, *Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia*, en «REDA», núm. 77, 1993, págs. 24 y 25.

(13) Sobre este particular es de consulta indispensable la STJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, 46/87.

(14) Véanse las Sentencias de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión*, 374/87, y *Solvay/Comisión*, 27/88; en las cuales el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión no podía obligar a una empresa, por medio de una solicitud de información y bajo pretexto por tanto de la obligación de colaboración activa, a que suministrase con su respuesta datos y elementos de juicio que constatasen su participación en un comportamiento anticoncurrencial, cuya prueba corresponde a la propia Comisión. Para un examen detenido de esta materia puede verse Blanca VILA COSTA, *Los derechos de defensa en el Derecho Comunitario*, en «Revista de Instituciones Europeas», vol. 17, núm. 2, 1990, págs. 499 a 522, y Asteris PLIAKOS, *La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?*, en «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 3/1995, págs. 449 a 469.

do carta de naturaleza en el seno de la jurisprudencia comunitaria. Una labor pretoriana que se ha visto notablemente fortalecida, desde luego, por la aportación que viene realizando el Tribunal de Primera Instancia, del cual han surgido en época reciente importantes impulsos, principalmente en la fijación del alcance del derecho de acceso al expediente, sobre el que volveremos más adelante.

Este fuerte influjo de la jurisprudencia constituye, junto con el irremisible deterioro que provocan el paso del tiempo y el continuo avance de una realidad cambiante, uno de los motivos principales —si no el causante principal— de la necesidad de revisar algunas de las previsiones contenidas en el Reglamento núm. 99/1963. Todo ello con la finalidad última de vigorizar y dar más consistencia a la participación de las empresas afectadas en el proceso de elaboración de la decisión comunitaria, a la par que incorporando mejoras técnicas provenientes de la experiencia acumulada por la Comisión en la tramitación ordinaria de los expedientes. Bajo estas coordenadas, y en un contexto de profunda modernización del Derecho comunitario de la competencia, se encuadra, justamente, la aprobación del que va a ser nuestro objeto de estudio: el Reglamento núm. 2842/98.

II. LA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2842/98 DE LA COMISIÓN, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998

Una vez delimitado el marco de referencia en el que viene a situarse el Reglamento núm. 2842/98, debemos ocuparnos ahora del examen y análisis de su contenido, dando cuenta de los aspectos que, a nuestro juicio, despiertan un mayor interés y reseñando asimismo algunas consideraciones críticas que esta nueva regulación nos suscita. En cualquier caso, es preciso notar que las previsiones recogidas en este texto normativo se encaminan, como acabamos de decir, hacia la renovación y actualización del principio de audiencia en los procedimientos tramitados por la Comisión en aplicación del Derecho de la competencia (15). Ahora bien, esta renova-

(15) Al lado de esta finalidad primordial o esencial, podemos advertir la presencia de otro objetivo que, a pesar de su menor relevancia, conviene no pasar por alto. Y es que la extendida tendencia hacia la simplificación normativa y la reordenación del sistema de fuentes —tendencia hoy imperante en el Derecho comunitario, así como en buena parte de los ordenamientos nacionales de los Estados europeos— también se ha dejado sentir en la elaboración del Reglamento núm. 2842/98. Para ser más precisos, hemos de señalar que este Reglamento no sólo viene a sustituir al Reglamento núm. 99/1963, sino que unifica en un solo texto la regulación del derecho de audiencia que se había desarrollado sectorialmente (aun con pequeñas variaciones) en el ámbito de los transportes terrestres, fluvial, marítimo y aéreo. Así pues, aparte del ya mentado Reglamento núm. 99/1963, son objeto de derogación las siguientes normas:

- El *Reglamento (CEE) núm. 1630/69 de la Comisión, de 8 de agosto de 1969*, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del Reglamento (CEE) núm. 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

ción toma como parámetro esencial, no se olvide, el estado de la jurisprudencia. Téngase en cuenta, por tanto, y en ello conviene insistir, que la comprensión e interpretación de muchos de los preceptos que iremos desgranando no puede alcanzarse sin atender a las indicaciones contenidas en la frondosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia o, en su caso, del Tribunal de Primera Instancia.

Con el ánimo de clarificar nuestra exposición hemos adoptado como criterio sistemático el ámbito subjetivo del principio de audiencia, esto es, la proyección del contradictorio administrativo sobre los diferentes sujetos que van a poder intervenir activamente en el desarrollo del *iter* procedimental. Analizaremos así, en primer término, la audiencia a los destinatarios directos de los cargos presentados por la Comisión —apartado A)—, para abordar a continuación la audiencia de los denunciantes y solicitantes —apartado B)— y conocer, por fin, la participación de los demás terceros —apartado C)—. Hemos adoptado este esquema de análisis movidos no sólo por la claridad expositiva, pues es ésta la sistemática que sigue el propio Reglamento núm. 2842/98, sino, ante todo, por la constatación de que la elaboración dogmática de los «derechos de defensa» aparece referida fundamentalmente, y ello tanto a nivel normativo como jurisprudencial, a la posición que ocupan las empresas que son objeto de investigación. Por este motivo, el contenido sustantivo de las facultades que integran el *status* procedimental de los diferentes intervinientes encuentra siempre en estos sujetos su referente último.

A) *La audiencia a los interesados destinatarios de los cargos formulados por la Comisión*

La intervención y defensa de las empresas frente a las cuales la Comisión haya presentado un pliego de cargos encuentra, como decimos, una estructura reforzada en la normativa comunitaria, en la medida en que tales sujetos, en tanto que presuntos responsables de una infracción a las reglas de la competencia, van a verse afectados de un modo más intenso por el contenido de la decisión finalmente adoptada. Es claro que el principio de contradicción debe cobrar en estos supuestos una mayor intensidad, toda vez que la disparidad entre las pretensiones mantenidas por la autoridad comunitaria y la resistencia ofrecida por las empresas destinatarias de

-
- La *Sección II del Reglamento (CEE) núm. 4260/88 de la Comisión, de 16 de diciembre de 1988*, relativo a las comunicaciones, las quejas, las solicitudes y las audiencias previstas en el Reglamento (CEE) núm. 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos.
 - La *Sección II del Reglamento (CEE) núm. 4261/88 de la Comisión, de 16 de diciembre de 1988*, relativo a las denuncias, las solicitudes y las audiencias previstas en el Reglamento (CEE) núm. 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del transporte aéreo.

la eventual sanción —o decisión desfavorable— determina que el debate dialéctico entre ambas partes se muestre especialmente intenso. En esta misma dirección, el Tribunal de Justicia viene considerando que la salvaguarda de los «derechos de defensa» requiere una actuación más diligente de la Comisión cuando está en juego la posición de las empresas encausadas, perdiendo intensidad, en consecuencia, con respecto a los restantes interesados (16).

En efecto, la audiencia de las partes destinatarias de los cargos constituye el ámbito en el que las garantías procedimentales van a alcanzar su máximo exponente, lo que se traducirá a su vez en la fijación de un *status* procedimental más acabado, integrado por un conjunto de facultades que tienden a garantizar la consecución de una intervención «eficaz» en la defensa de las empresas. En concreto, este *status* procedimental se sustenta por la concurrencia de dos presupuestos cuya interrelación deviene indisoluble: de una parte, el conocimiento de los datos y elementos de juicio que obran en el expediente; de otra, la posibilidad de introducir por medio de las alegaciones nuevas consideraciones a tener en cuenta en la resolución del asunto. Ambos presupuestos dan contenido a la esencia misma del contradictorio administrativo y, a pesar de que plantean, como veremos a continuación, problemáticas particulares, es lo cierto que no pueden en modo alguno desconectarse, so pena de desvirtuar por entero la propia significación de la intervención procedimental (17).

(16) Sirvan de referencia las afirmaciones vertidas por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 15 de julio de 1994, *Matra Hachette/Comisión*, T-17/93, donde se condensa la doctrina generalmente aceptada por la jurisprudencia comunitaria:

«el principio del carácter plenamente contradictorio del procedimiento administrativo ante la Comisión, en materia de aplicación de las normas sobre la competencia, únicamente rige en relación a las empresas que puedan ser sancionadas por una Decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción de los artículos 85 u 86 del Tratado. Los derechos de terceros, tal y como son consagrados por el artículo 19 del Reglamento núm. 17/1962, se limitan al derecho a participar en el procedimiento administrativo. De ello se desprende que la Comisión goza de cierta facultad de apreciación para tener en cuenta, en su Decisión, las observaciones presentadas por estos últimos. En particular, los terceros no pueden pretender gozar de un derecho a examinar el expediente en poder de la Comisión, en condiciones idénticas a las de las empresas contra las que se han iniciado las actuaciones».

Para un examen más amplio de esta cuestión puede verse también la importante STJCE de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds/Comisión*, 142/84 y 156/84.

(17) La doctrina procesalista coincide en señalar que la esencia del principio contradictorio radica precisamente en el reconocimiento del derecho de audiencia, pero siempre, eso sí, previa posibilidad de acceder a los diferentes extremos que delimitan el objeto del proceso: «el contradictorio implica el derecho a conocer y el derecho a participar, participar conociendo, participar actuando; aquí radica, en realidad, la garantía que asegura la posibilidad de participar de los interesados» (Mauro CAPPELLETTI, «Spunti in tema di contraddittorio», en *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. I. Cedam, Padova, 1982, pág. 211).

1. *El conocimiento de los datos contenidos en el procedimiento administrativo: la comunicación del pliego de cargos y la compleja articulación del derecho de acceso al expediente.*

El conocimiento de la información vinculada a la tramitación del procedimiento constituye el primer componente del contradictorio administrativo y su principal condicionante, pues parece claro que de él va a depender en buena medida la virtualidad de las posteriores alegaciones. De conformidad con este postulado, y ciñéndonos al ámbito de los asuntos sobre competencia, puede afirmarse que resulta de todo punto necesario que los sujetos destinatarios de los cargos puedan adquirir información en torno a los documentos que obran en el expediente y que la Comisión va a cojear en la adopción de la resolución que ponga fin a las actuaciones.

A tal objeto, el ordenamiento comunitario prevé la articulación de diversos mecanismos, de entre los cuales destaca, *in primis*, la obligación que pesa sobre la Comisión de notificar por escrito a los interesados las objeciones planteadas en su contra (18); la *comunicación del pliego de cargos* representa, sin duda, uno de los momentos decisivos en la salvaguarda de los «derechos de defensa» de las empresas encausadas. Y es que, como ha destacado el Tribunal de Justicia en no pocas ocasiones, la confección del pliego de cargos y su posterior comunicación a las empresas afectadas tiene por finalidad última *facilitar a las empresas todos los elementos necesarios para que puedan defenderse de forma eficaz antes de que la Comisión adopte una Decisión definitiva* (19).

(18) El artículo 3.1 del Reglamento núm. 2842/98 recoge esta obligación de comunicar el pliego de cargos, que responde al conocido principio según el cual los posibles destinatarios de una sanción tienen derecho a ser informados de la acusación. Conviene notar al respecto que la notificación se dirigirá a todas las empresas o sujetos que sean destinatarios de las objeciones, aunque es dable, en el supuesto de que fueren varias empresas, remitirla únicamente al representante que éstas hubiesen designado. En todo caso, el uso de la notificación conjunta del pliego de cargos no excluye la necesidad de identificar individualmente y con precisión las conductas constitutivas de infracción y la participación que en cada una de ellas hayan tenido las diferentes empresas involucradas. Representativa resulta, en este sentido, la reciente STJCE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, C-395/96. En ella, el Tribunal de Justicia, tras afirmar que «la Comisión está obligada a precisar sin equívocos, en el pliego de cargos, las personas a las que se podrá imponer una multa», anula una Decisión que sancionaba la existencia de un abuso de posición dominante al considerar que un pliego de cargos dirigido a una entidad colectiva no habilita para sancionar individualmente a las distintas sociedades que conforman esa colectividad —aunque esta última carezca de personalidad jurídica—.

Por otra parte, la notificación del pliego de cargos puede ser sustituida por la publicación en el «DOCE», «si se estima oportuno —dice el art. 3.2— en función de las circunstancias del caso, especialmente cuando se haya de notificar a una serie de empresas y no se haya designado un representante común». Esta publicación sustitutiva constituye una medida que aparece destinada a facilitar la labor de la Comisión en aquellos asuntos en los que el destinatario sea plural. Ahora bien, la interpretación de esta cláusula debe ser, a nuestro modo de ver, restrictiva, entendiéndose que la pluralidad de interesados y la ausencia de un representante común no deben habilitar la publicación, sino que, además de estas circunstancias, habrá de concurrir una dificultad real o imposibilidad efectiva de cursar una notificación personal a cada uno de los interesados.

(19) Véase, entre otras muchas, la STJCE de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyh-*

La comunicación del pliego de cargos no sólo dará a conocer al interesado las objeciones formuladas por la Comisión, sino que además va a adquirir el importante cometido de delimitar el objeto del procedimiento, fijando los límites del debate dialéctico que ha de entablarse entre las empresas encausadas y la autoridad comunitaria. Desde esta perspectiva, el contenido del pliego posee una enorme trascendencia, habida cuenta de que, como decimos, serán los cargos enunciados en el mismo, juntamente con los elementos de juicio utilizados para su fundamentación, el marco al que habrán de referirse las posteriores intervenciones de los interesados. Ello no significa, por otra parte, que no sea dable ampliar el objeto del procedimiento para introducir nuevas objeciones surgidas con ocasión de la instrucción del expediente —a tal finalidad responden, precisamente, los «pliegos de cargos adicionales»—. Sin embargo, y es éste el extremo que queremos resaltar, la Comisión únicamente podrá pronunciarse con respecto a aquellos cargos que hubieren sido previamente comunicados a los sujetos responsables en tiempo y forma adecuados, es decir, garantizando que los presuntos infractores podrán rebatir su participación en las conductas anticompetitivas que se les imputan (20). El párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento núm. 2842/98 así lo confirma *expressis verbis*, indicando que «en sus decisiones la Comisión sólo se ocupará de aquellas objeciones en relación con las cuales se haya ofrecido a las partes la oportunidad de expresar sus puntos de vista».

Juntamente con la notificación del pliego de cargos, las empresas afectadas disponen asimismo de otro cauce para adquirir información sobre aquellos datos del procedimiento que puedan resultar de interés en la articulación de la defensa de sus intereses. Nos estamos refiriendo, en concreto, a la facultad de *acceder al expediente* y examinar los documentos en él contenidos mientras la sustanciación del procedimiento administrativo todavía se encuentra *in itinere*; una facultad que constituye, como se sabe, un complemento imprescindible, un auténtico *correlato naturaliter* del principio de audiencia. Con todo, la afirmación de este derecho de acceso al expediente y su inclusión en el *status* procedimental de los interesados

tio y otros/Comisión, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85. Un repaso a la jurisprudencia que versa sobre el enjuiciamiento de las decisiones de la Comisión y la posible transgresión de los «derechos de defensa» pone inmediatamente de relieve la trascendencia que vienen ocupando las vicisitudes relativas al contenido del pliego de cargos. Por este motivo, el Tribunal de Justicia, y también, naturalmente, el Tribunal de Primera Instancia, reiteran de modo constante la importancia de una adecuada confección de este documento, de manera que los términos en los que venga redactado permitan conocer con claridad y precisión cuáles son los cargos que se reprochan a la empresa y el alcance exacto de las infracciones imputadas (vid. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Mo och Domsjö/Comisión*, T-325/94, y, en idéntica fecha, *Enso Española/Comisión*, T-348/94).

(20) La jurisprudencia se ha mostrado firme al señalar que el respeto a los «derechos de defensa» exige el conocimiento previo de los cargos que puedan dar lugar a la imposición de una sanción. De ello deriva la necesidad de que en aquellos supuestos en los que se decida ampliar los cargos inicialmente presentados deba comunicarse dicha ampliación, pues de lo contrario la decisión final adolecerá de un vicio sustancial que provocará su anulación (STPI de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK/Comisión*, T-213/95 y T-18/96).

se han visto frenadas, tanto en el ámbito comunitario como en los diferentes ordenamientos nacionales, por el carácter secreto que tradicionalmente ha impregnado la actuación de las Administraciones Públicas. De manera que sólo a raíz del progresivo influjo del principio de transparencia se ha impuesto la necesidad de reconocer sin fisuras la facultad del interesado de acceder a los diferentes datos que son acumulados en el expediente (21).

La consolidación de este derecho de acceso «endoprocedimental» en el ámbito de los procedimientos comunitarios de la competencia ha padecido igualmente una andadura tortuosa, y el caso es que aún hoy subsisten no pocas incógnitas sobre su concreta configuración. Nótese, en este sentido, que el Reglamento núm. 2842/98 no reconoce de un modo expreso la existencia de un derecho de los interesados al acceso al expediente, aunque cabe advertir, eso sí, la presencia de un reconocimiento implícito en el artículo 13 *in fine*, allí donde previene que «la Comisión adoptará las medidas oportunas para poder acceder a los expedientes, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger los secretos comerciales, los documentos internos de la Comisión y demás información confidencial».

En aras de alcanzar una comprensión cabal de lo dispuesto en esta norma y para encuadrar adecuadamente el estado actual en que se encuentra el derecho de acceso como facultad vinculada a la defensa de las empresas encausadas, es necesario reparar, siquiera sea brevemente, en las señas más significativas que han marcado su evolución; una evolución en la cual la labor desempeñada por el Tribunal de Justicia, y posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia, ha resultado nuevamente decisiva, primero, en la consagración de este derecho y, más tarde, en la corrección de algunas deficiencias que lastraban su propia operatividad.

En efecto, en un primer estadio, fue el Tribunal de Justicia quien, en ausencia de una regulación expresa del derecho de acceso —que no aparecía recogida en el Reglamento núm. 17/1962, ni tampoco en el Reglamento núm. 99/1963—, determinó la trascendencia del acceso al expediente como requisito ineludible para que la intervención de los interesados en los asuntos de defensa de la competencia pudiese calificarse realmente de «eficaz» (22). Según razonaba el Tribunal de Justicia en sus sentencias, la adecuada preparación de la defensa del interesado exigía, desde luego, el

(21) Las incidencias del principio de transparencia en el ámbito comunitario han sido objeto de constante atención por parte de la doctrina científica. Cfr., entre nosotros, Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

(22) El Tribunal de Justicia tiene dicho que la finalidad del acceso al expediente no es otra que garantizar que los destinatarios de los cargos puedan adquirir conocimiento de los documentos y elementos probatorios en que se sustentan las conclusiones alcanzadas por la Comisión en el pliego notificado. No cabe duda, pues, de que el acceso al expediente es parte integrante de las garantías procedimentales destinadas a la protección de los «derechos de defensa» (así lo reconocía ya el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, y de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81; y en la actualidad así lo viene significando también el Tribunal de Primera Instancia: en especial, véanse las Sentencias de 18 de diciembre de 1992, *Cimenteries CBR y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-10/92, T-11/92, T-12/92 y T-15/92, y de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89).

conocimiento de los documentos manejados por la Comisión para probar la existencia de una conducta lesiva de la libre concurrencia. Ahora bien, este reconocimiento jurisprudencial del derecho de acceso como garantía procedimental integrada en la protección de los «derechos de defensa» descansaba en un enfoque estrictamente garantista —a la vez que instrumental— del conocimiento del expediente, de suerte que el acceso venía referido a aquellos documentos que fuesen relevantes para la defensa de los interesados; el respeto y la salvaguarda del principio de audiencia requerían, en la interpretación postulada por el Tribunal de Luxemburgo, que las empresas afectadas pudiesen manifestar su punto de vista a la luz de los documentos que la autoridad comunitaria aducía como fundamento de los cargos presentados, sin que fuese necesario, en consecuencia, que el acceso se hiciera extensivo a la totalidad del expediente (23).

Sobre la base de los sucesivos impulsos que venían produciéndose en la jurisprudencia, la Comisión se vio obligada a ajustar sus propias reglas internas de funcionamiento, estableciendo en el *Duodécimo Informe sobre la política de competencia (1982)* algunas directrices destinadas a facilitar un mayor conocimiento de los datos contenidos en el expediente por parte de las empresas destinatarias de los cargos (24). A pesar de la importancia de estos avances en la obtención de una mayor transparencia en la tramitación de los procedimientos sobre competencia, ha de señalarse, no obstante, que el esquema adoptado por la Comisión, en la medida en que respondía, como decimos, a las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia, participaba de una visión apegada a postulados estrictamente garantistas: el acceso al expediente no venía referido así a la totalidad de la información contenida en el mismo, sino que, por el contrario, se circunscribía únicamente a aquellos datos que pudieran ofrecer alguna información relevante para la defensa de las empresas imputadas. Es evidente que tal planteamiento trasladaba el centro de gravedad a la determinación de los documentos que debían considerarse vinculados al efectivo desarrollo de los «derechos de defensa», ya fuese por su significación como elementos que sustentaban las objeciones y cargos presentados (documentos de cargo o incriminatorios), o bien, en caso inverso, por su posible utilización como prueba de las pretensiones deducidas por las empresas objeto de investigación (documentos de descargo o exculpatorios) (25). Y es justamen-

(23) Para ilustrar esta doctrina puede verse la STJCE de 17 de enero de 1984, *VBVB y VBBB/Comisión*, 43/82 y 63/82.

(24) En el XI Informe sobre la política de competencia (1981), la Comisión ya manifestaba la conveniencia de que las empresas pudieran acceder al expediente; una declaración de intenciones que un año más tarde encontraría un desarrollo concreto en el XII Informe sobre la política de competencia (1982). Según se establecía en dicho Informe, la Comisión debía acompañar al pliego de cargos un anexo en el que se enumerasen todos los documentos que contuviese el expediente, indicando además en qué medida podían ser accesibles. En todo caso, si la empresa solicitaba de modo justificado la consulta de un documento no accesible —por mor de su carácter confidencial—, la Comisión estaba obligada a proporcionarle un resumen no confidencial del mismo.

(25) Para ahondar en esta materia, el lector podrá encontrar en las conclusiones del Abogado General BO VESTERDORF de 10 de julio de 1991 —en relación con los asuntos

te en este punto donde asomaban las mayores disfunciones, toda vez que dicha concreción recafa en última instancia en la apreciación que efectuasen los propios funcionarios de la Comisión.

Las críticas que suscitaba este orden de cosas pueden intuirse fácilmente. Resultaba, cuando menos, desconcertante que fuese la propia Comisión la encargada de señalar qué documentos podrían ser relevantes para la defensa de las empresas, máxime si se trataba de documentos que contenían elementos de descargo y que contradecían, por tanto, las argumentaciones expuestas en el pliego de cargos. Aunque se introdujeron algunas correcciones a este sistema por medio de la figura del consejero auditor —figura que más tarde analizaremos—, los resultados no eran, desde luego, enteramente satisfactorios (26).

Estas observaciones críticas encontraron eco en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, y más concretamente en la denominada «jurisprudencia del carbonato de soda» (27), que constituye, a nuestro modo de ver, un auténtico punto de inflexión en la configuración del derecho de acceso al expediente; en los asuntos *Solvay* e *ICI*, el Tribunal de Primera Instancia revisó las bases que sustentaban hasta entonces la construcción del derecho de acceso y, tras constatar las graves quiebras que introducía el sistema anteriormente descrito, alcanzó una conclusión tajante: «en el marco del procedimiento contradictorio regulado por el Reglamento núm. 17/1962, no puede considerarse competencia exclusiva de la Comisión la decisión sobre qué documentos son útiles para la defensa». La razón fundamental esgrimida por este órgano jurisdiccional para fundamentar este aserto se encontraba en el principio general de igualdad de armas, en cuya virtud la empresa afectada debía disponer de un conocimiento del expediente en términos «idénticos» a los que disfrutaba la Comisión.

T-1/89 y T-7/89— un examen minucioso y clarificador sobre la evolución jurisprudencial, así como de las diferentes posiciones que la Comisión fue adoptando en la década de los ochenta con respecto al derecho de acceso al expediente.

(26) En el XXIII Informe sobre la política de competencia (1993) se llevó a cabo una importante revisión y reformulación del tratamiento del acceso al expediente. En primer término, la Comisión consideró que juntamente con el pliego de cargos debía facilitarse a la empresa destinataria del mismo una *copia* de los documentos cuyo contenido estuviese conectado a los «derechos de defensa», lo que incluía, desde luego, a los documentos de cargo, pero también a los documentos exculpatorios que pudieran beneficiar a la empresa y que, como indicó el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, debían ser objeto de comunicación.

En segundo lugar, la Comisión se comprometía a elaborar una lista detallada de todos los documentos que formasen parte del expediente, señalando su naturaleza y la posibilidad —o no— de acceder a los mismos. De este modo, la empresa podría revisar dicho listado para solicitar la remisión de aquellos documentos que, a su juicio, pudiesen contener, al menos indiciariamente, elementos de descargo.

(27) Con esta denominación se conoce a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, *Solvay/Comisión*, 30/91, e *ICI/Comisión*, T-36/91. Conviene notar asimismo que la dirección emprendida por estos pronunciamientos se ha visto respaldada posteriormente por la STPI de 20 de abril de 1999, *Limborgse Vinyl Maatschappij/Comisión*, T-305/94, y, más recientemente, por la STPI de 15 de marzo de 2000, *SA Cimenteries CBR*, T-25/95.

Una lectura pausada de los diferentes pronunciamientos que dan forma a esta «jurisprudencia del carbonato de soda» pone de relieve la entidad y consistencia de los argumentos invocados por el Tribunal de Primera Instancia; unos argumentos que, en efecto, difícilmente podrían rebatirse. Por ese motivo, la Comisión, movida una vez más por las exigencias nacidas en el seno de la jurisprudencia, decidió adoptar en 1997 una *Comunicación* en la cual se introduzcan unas nuevas bases —acordes, naturalmente, con las orientaciones de la jurisprudencia— para el tratamiento de las *solicitudes de acceso al expediente* (28). Esta Comunicación constituye hoy el punto de referencia imprescindible para el examen del derecho de acceso a los datos del expediente, y por ello creemos conveniente, aun sin ánimo de complitud, delimitar los contornos generales de este texto para dar cuenta de la situación en la que se encuentra inmerso el derecho de las empresas destinatarias de los cargos a examinar el expediente (29).

Ante todo, ha de notarse que la premisa que adopta como base la Comisión en esta Comunicación revela un cambio de perspectiva con respecto a la configuración del derecho a examinar el expediente: no se trata ya de un examen limitado a los documentos considerados relevantes para la articulación de las facultades de defensa; antes bien, las empresas interesadas tendrán acceso, por principio, «a todos los documentos —reza el apartado primero de la Comunicación— que constituyen el expediente de instrucción de la Comisión». Sin embargo, y es éste el punto donde se concentran ahora los mayores esfuerzos, esta facultad de acceso —que inicialmente se proyecta sobre el expediente en su conjunto— encuentra un límite decisivo en la necesaria protección de la confidencialidad: téngase en cuenta, en este sentido, que la información de que se vale la Comisión en la tramitación de los asuntos de competencia resulta, muy a menudo, particularmente sensible a su posible divulgación —no cabe duda de que el conocimiento de ciertos documentos como los métodos de fabricación puede incidir decisivamente en la marcha de las empresas competidoras y en el funcionamiento regular del mercado (30)—. La conciliación de ambos extremos —de un lado, la salvaguarda de los «derechos de defensa»; de otro, la protección de los datos confidenciales— representa, pues, un elemento crucial en la extensión y alcance del acceso al expediente.

(28) Nos estamos refiriendo a la *Comunicación de 22 de enero de 1997, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CEEA y del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo* (publicada en el «DOCE» de 23 de enero de 1997, núm. C 23/3). Un estudio detenido de esa Comunicación ha sido acometido por Frédéric P. LOUIS, *La Communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?*, en «Cahiers de Droit Européen», núm. 1-2, 1998, págs. 47 a 77.

(29) Debemos advertir que, como indica el propio preámbulo de esta Comunicación, las reglas que en ella se enuncian atañen a los derechos de las empresas que son objeto de investigación, y no así, por tanto, a la posición de terceros interesados, cuyas facultades de acceso restarán en un nivel inferior de protección.

(30) Véanse, en especial, las indicaciones efectuadas en la STJCE de 24 de junio de 1986, *Akzo/Comisión*, 53/85, acerca del interés legítimo de las empresas en la no divulgación de sus secretos comerciales.

Pues bien, en pos de la consecución de un equilibrio estable, la Comunicación afronta la concreción de los documentos «no comunicables» que englobarán, en realidad, a tres especies o categorías distintas, a saber: los *secretos comerciales* de otras empresas, los *documentos internos* de la Comisión y las restantes *informaciones confidenciales* —que no casualmente son, como vimos, las tres excepciones que recoge el artículo 13 del Reglamento núm. 2842/98—. Aunque el encasillamiento de un determinado documento en una de las categorías mentadas debe realizarse *in concreto*, en atención a las circunstancias del caso en cuestión, la Comunicación ofrece algunas pautas de suma utilidad para llevar a cabo tal operación (31). Es claro, en cualquier caso, que la calificación confidencial de un documento excluirá su posible conocimiento por parte de las empresas interesadas, pero, por idéntica razón, también obstará su utilización como elemento de cargo. De ahí que si la Comisión entiende que un determinado documento suministra datos que prueban la existencia de una infracción se verá obligada a ponderar y sopesar el interés legítimo en la protección de las informaciones sensibles y el obligado respeto a los «derechos de defensa», sin olvidar en ningún momento que la función esencial de la Comisión en el marco de la competencia es, justamente, la represión eficaz de los comportamientos que falsean el adecuado funcionamiento de la libre concurrencia (32).

En conclusión y para cerrar este paréntesis sobre el derecho de acceso,

(31) Por cuanto atañe a los *secretos comerciales* de las empresas, ha de decirse que la protección de esta información ha sido una de las preocupaciones más latentes de la Comisión, sabedora y consciente de la trascendencia que poseen los datos relativos al giro ordinario de una empresa (sistemas de abastecimiento, estrategia comercial, política de ventas, cuotas de mercado, etc.). Según señala la Comunicación, será la propia empresa afectada quien indicará a la Comisión qué documentos —o partes de los mismos— y en qué medida —repárese por tanto en la necesidad de justificar el motivo de la confidencialidad— contienen secretos comerciales y deben quedar por ello al margen del conocimiento de las demás partes intervinientes. La noción de secreto comercial habrá de interpretarse en un sentido amplio, aun cuando es necesario en todo caso que se trate de documentos reservados —que no hayan trascendido fuera del ámbito doméstico de la empresa— y además relevantes —que objetivamente contengan información de importancia comercial—.

En cuanto hace a los *documentos internos*, éstos aluden a la labor propiamente interna de la Comisión, es decir, a los documentos de naturaleza auxiliar que carecen de eficacia externa y de relevancia instructora; documentos destinados a facilitar, en definitiva, la tramitación del expediente (informaciones facilitadas por una instancia comunitaria o una autoridad nacional, proyectos, contratos de asistencia técnica puntual, etc.). Como señala el apartado A.3) de la Comunicación, «los documentos internos no son, por su propia naturaleza, pruebas en las que la Comisión pueda basar su evaluación de las circunstancias del caso. Se trata, en la mayoría de los casos, de proyectos, opiniones o notas de análisis que proceden de los servicios involucrados sobre los procedimientos en curso de instrucción».

Finalmente, en lo atinente a los *documentos confidenciales*, lo cierto es que de los términos utilizados por la Comunicación cabe colegir que se trata de una categoría un tanto ambigua —con unos perfiles desdibujados— en la que se incluyen supuestos muy diversos que abrazan desde los documentos militares hasta las informaciones que puedan revelar la identidad de los informantes.

(32) El apartado 1.A) de la Comunicación señala que para efectuar dicha ponderación es necesario tomar en consideración los siguientes elementos: «la pertinencia de las informaciones sobre la existencia o no de la infracción; su fuerza probatoria; su carácter indispensable; su carácter más o menos delicado (en qué medida su divulgación podría perjudicar a los intereses de la empresa); y —por último— la gravedad de la infracción».

podemos afirmar que las empresas destinatarias de los cargos podrán acceder a la totalidad de los documentos comprendidos en el expediente de instrucción, con la única salvedad de aquellos que se encuentren protegidos por el secreto comercial, por su carácter meramente interno o, en fin, por su naturaleza confidencial. Con estos parámetros debe interpretarse, pues, lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento núm. 2842/98.

2. *La introducción de elementos de juicio en la instrucción del procedimiento administrativo por parte de las empresas destinatarias de los cargos: la presentación de alegaciones escritas y el trámite de audiencia oral.*

La estructuración del contradictorio administrativo requiere, como anunciábamos más atrás, la presencia de un segundo elemento que tradicionalmente viene identificado con la prohibición de resolver *inaudita altera parte*, esto es, con la audiencia propiamente dicha. Sobre la base de los cargos presentados por la Comisión y a la vista de los documentos a los que hayan tenido acceso, las empresas encausadas podrán desarrollar un discurso defensivo propio, introduciendo datos, argumentos o simplemente opiniones —utilizando la terminología común en la jurisprudencia, exponiendo, en definitiva, sus respectivos puntos de vista—, todo ello, claro está, en pos de la defensa de sus respectivos patrimonios jurídicos. Tal facultad, que adquiere forma por medio de las alegaciones u observaciones, se encuentra prevista en el artículo 4 del Reglamento núm. 2842/98, el cual, aparte de dar respaldo positivo a un presupuesto elemental en la intervención de los interesados, cuida la regulación de algunos de sus extremos.

En primer término, es preciso reseñar que la presentación de las alegaciones se encuentra delimitada temporalmente por la fijación de un *plazo* cuya determinación viene atribuida a la propia Comisión. En el Reglamento núm. 2842/98 no se concreta, por tanto, la duración de este plazo, pero se establece, eso sí, una serie de condicionantes que la Comisión habrá de tener en cuenta necesariamente: de una parte, el lapso temporal de que van a disponer las empresas no podrá ser en ningún caso inferior a las dos semanas; de otra, la concreción del plazo para la presentación de alegaciones deberá realizarse atendiendo a las particularidades del supuesto en cuestión, y en especial ponderando «el tiempo necesario para preparar las alegaciones» con «la urgencia del asunto», es decir, conciliando las exigencias de defensa con la celeridad y eficiencia en la resolución del expediente (33).

(33) Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 4, en conexión con el artículo 14, del Reglamento núm. 2842/98. Por su parte, la jurisprudencia también ha reiterado en más de una ocasión la necesidad de que la Comisión determine el plazo para la presentación de las alegaciones en función de las particularidades de cada caso, valorando la complejidad del asunto, pero sin descuidar por ello los efectos que puede acarrear la dilatación del procedimiento en el restablecimiento de la regularidad de la competencia (STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, y STPI de 20 de abril de 1999, *Lim-*

Un planteamiento que, a nuestro juicio, resulta sumamente acertado y aleccionador, pues en lugar de establecer normativamente un arco temporal (con unos parámetros máximo y mínimo) se adopta, en cambio, un régimen elástico que permite que la defensa de las empresas se amolde a las circunstancias del caso, incorporando como elemento corrector la posible prórroga del plazo inicialmente fijado (34).

Un juicio favorable que, sin embargo, no podemos hacer extensivo a la caracterización jurídica que de dicho plazo efectúa el Reglamento. A tenor de lo previsto en el apartado primero *in fine* del artículo 4, «la Comisión no estará obligada a considerar las observaciones por escrito que reciba después de dicha fecha»; una previsión novedosa cuya finalidad radica, según interpretación auténtica, en la consecución de una mayor precisión en la estructuración del *iter* procedimental que redunde, a la postre, en una agilización de su tramitación (35). A tal objeto, se establece una devaluación de la posible incidencia o virtualidad de las alegaciones, en el sentido que éstas cuando sean extemporáneas podrán, por esa simple razón, desconocerse. De ello se sigue, pues, que el plazo fijado por la Comisión va a adquirir una naturaleza que se sitúa a caballo entre el carácter perentorio y conminatorio: el vencimiento del plazo no precluirá la facultad de presentar alegaciones, pero sí devaluará la relevancia de su contenido. Pues bien, esta caracterización resulta, a nuestro modo de ver, no sólo desproporcionada con respecto a la entidad de la infracción temporal, sino además incompatible con el principio de objetividad en la actuación administrativa.

En lo que hace al *contenido* de las alegaciones, no existe ninguna limitación o cortapisa que actúe a modo de condicionante, dejando a salvo, naturalmente, la necesaria pertinencia, es decir, la adecuación de lo expuesto al objeto del procedimiento (36). Es preciso notar, por otra parte, que a las alegaciones podrán acompañarse todos aquellos documentos probatorios que avalen las observaciones y conclusiones expuestas por las

burgse Vinyl Maatschappij/Comisión, T-305/94), máxime cuando el Tribunal de Primera Instancia tiene dicho que «la observancia por parte de la Comisión de un plazo razonable al adoptar las decisiones que ponen fin a procedimientos administrativos en materia de política de competencia constituye, en efecto, un principio general del Derecho comunitario» (STPI de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK/Comisión*, T-213/95 y T-18/96).

(34) En ocasiones, y debido a la falta de recursos materiales y humanos, así como a la disponibilidad de las empresas afectadas, la Comisión ha optado por normalizar los plazos en función de los diferentes procedimientos (vid., por ejemplo, el XXIII Informe sobre la política de competencia —1993—).

(35) En este sentido se manifiesta la propia Comisión en el XXVIII Informe sobre política de competencia (1998).

(36) Esta exigencia constituye, en rigor, un límite consustancial a la propia significación de las alegaciones. Ahora bien, la pertinencia debe serlo con respecto a las cuestiones ventiladas en el expediente de que se trate, con independencia de su efectiva contribución a la defensa de las posiciones mantenidas por las empresas encausadas. Por ello, es de recibo interpretar de modo flexible lo dispuesto en el artículo 4.2, según el cual los interesados podrán alegar «todas aquellas cuestiones que sean *pertinentes para su defensa*». A nuestro modo de ver, las empresas deben poder introducir todo tipo de datos que versen sobre el objeto del procedimiento, al margen de su relevancia exculpatoria, y ello por la simple constatación de que tales datos favorecerán, en cualquier caso, un mayor conocimiento de las circunstancias del supuesto y, por tanto, una mejor resolución del asunto.

empresas (37). Finalmente, y por cuanto atañe a la *forma* de las alegaciones, el Reglamento núm. 2842/98 remarca en numerosas ocasiones la necesidad de que las mismas sean presentadas por escrito (38). Esto último no significa, empero, que el debate dialéctico vaya a discurrir únicamente por cauces escritos: en el marco de los procedimientos comunitarios sobre competencia tiene cabida la posibilidad de entablar, juntamente con las alegaciones escritas, un debate oral que tiene por designio principal facilitar la intervención de las empresas. De modo que la oralidad —una característica que tan poca atención ha recibido en nuestro panorama procedimental interno— encuentra en la tramitación de los asuntos de competencia un lugar específico que, además y dadas las especiales características que confluyen en su articulación, va a adquirir, según veremos, una notable trascendencia en la protección de los «derechos de defensa».

En concreto, las empresas encausadas podrán solicitar a la Comisión en sus escritos de descargo la posibilidad de exponer sus argumentaciones en audiencia oral (39). Surgirá entonces la obligación —nótese, por tanto, que la Comisión no puede rehusar dicha solicitud— de acordar la apertura de un trámite procedimental (audiencia oral) regulado en los artículos 10 a 12 del Reglamento y estructurado sobre la base de dos elementos o rasgos esenciales. Se trata, por un lado, de un trámite que aparece destinado, fundamentalmente, a *complementar* el debate escrito mediante una nueva intervención —esta vez de forma oral (40)— en la que, amén del esclarecimiento de algunos de los términos del supuesto, podrán incorporarse nuevos elementos de juicio que puedan ilustrar y sustentar las tesis mantenidas por las empresas. A este carácter complementario se suma, de otra parte, una configuración netamente *accesoria*, pues el trámite de audiencia oral no es, a diferencia de la intervención escrita, un momento necesario de la secuencia procedimental, sino que su práctica queda a expensas, como dijimos, de la voluntad de las propias partes interesadas que así lo soliciten.

Pero si algo resulta determinante en la configuración de este trámite procedimental es, sin duda, la aparición en el mismo de una figura externa al procedimiento y ajena al objeto del mismo: el *consejero auditor*. En efecto, el desarrollo de la audiencia oral se caracteriza, ante todo, porque su

(37) El artículo 4.2 *in fine* establece que las partes «podrán adjuntar todos los documentos pertinentes como prueba de los hechos indicados y proponer que la Comisión dé audiencia a las personas que puedan corroborarlos».

(38) Tal y como se indicaba en la exposición de motivos del Reglamento núm. 99/1963, la exigencia de que las alegaciones sean escritas responde tanto al interés de los propios interesados como al de una buena administración.

(39) Vid. artículo 5 del Reglamento núm. 2842/98.

(40) El peligro que siempre amenaza a la intervención oral, esto es, el problema de su constancia, venía siendo resuelto en el marco del Reglamento núm. 99/1963 a través de la confección de unas actas que debían suscribir los distintos comparecientes. El Reglamento núm. 2842/98 introduce una novedad al respecto, al disponer que las declaraciones de cada una de las personas serán objeto de grabación; esta grabación —señala el art. 12.4— «será puesta a disposición de dichas personas previa solicitud, a través de una copia de la cual serán eliminados los secretos comerciales y otras informaciones confidenciales».

dirección está atribuida a un consejero auditor que, desde su creación en 1982, es el encargado de preparar, estructurar y dirigir el desarrollo de la audiencia (41). La exterioridad y alteridad de este órgano y las cautelas previstas para asegurar su independencia funcional han hecho del mismo un mecanismo esencial para garantizar una mayor objetividad en la actuación de la Comisión y, por ende, un referente de primera línea en la protección de las facultades de defensa de las empresas imputadas (42). No es de extrañar, por tanto, que las deficiencias detectadas en la efectiva implantación del contradictorio administrativo hayan tratado de solventarse muy a menudo potenciando la participación del consejero auditor en el curso de las actuaciones (43).

(41) Para conocer las concretas atribuciones que debe desempeñar el consejero auditor en el contexto de la audiencia oral es necesario enlazar el artículo 10 del Reglamento núm. 2842/98 —el cual se limita a señalar que «las audiencias serán dirigidas por el consejero auditor»— con la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1994, *relativa al mandato de los consejeros auditores en los procedimientos de competencia tramitados ante la Comisión* (publicada en el «DOCE» de 12 de diciembre de 1994, núm. L 300/67).

A la vista de lo prevenido en esta Decisión, el consejero auditor será el responsable último de la organización y el posterior desarrollo de la audiencia oral, para lo cual tratará de conciliar en todo momento el respeto a los «derechos de defensa» y la represión eficaz de las conductas anticoncurrenciales. Al término de dicha audiencia, redactará un informe sobre los resultados de las diferentes intervenciones y lo remitirá al director general de Competencia. Este informe ha sido considerado por la jurisprudencia como documento de naturaleza interna y, por tanto, no será accesible a los interesados (STPI de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij/Comisión*, T-305/94).

(42) El considerando tercero de la Decisión de la Comisión relativa al mandato de los consejeros auditores resume de modo ilustrativo cuál es la significación que se esconde tras esta figura y su intervención en los procedimientos de competencia:

«Considerando que es conveniente confiar la organización y dirección de los procedimientos administrativos destinados a proteger el derecho a ser oído a una persona independiente con experiencia en el ámbito de la competencia, con objeto de contribuir a la objetividad, transparencia y eficacia de los procedimientos de competencia de la Comisión.»

Como puede verse, la presencia del consejero auditor tiende a preservar una mayor objetividad en la tramitación del asunto gracias a la participación de un sujeto ajeno a la instrucción del expediente y situado, además, en una posición de independencia o desinterés con respecto a las pretensiones mantenidas por las partes intervinientes. Ahora bien, esta posición de independencia debe ser matizada, cuando menos desde el punto de vista orgánico, ya que el consejero auditor se configura como un órgano dependiente de la Dirección General de la Competencia, aunque para proteger el libre ejercicio de sus funciones se establezca, por otra parte, la posibilidad de comunicar directamente sus observaciones al miembro de la Comisión responsable de la política de competencia (art. 1.3, en conexión con el art. 9, de la Decisión antes mentada).

(43) Desde su creación en 1982 (vid. XII Informe sobre la política de competencia, puntos 36 y 37), la figura del consejero auditor ha sido valorada positivamente desde las diversas instancias que intervienen en el procedimiento, y en especial desde la propia Comisión. Sirvan de referencia, en este sentido, las conclusiones alcanzadas en el XVIII Informe sobre la política de competencia (1989), donde, tras valorar los primeros años de funcionamiento de esta figura, se concluía que «la figura del consejero auditor ha demostrado ser especialmente valiosa y se considera que continuará desempeñando un papel de gran importancia en el desarrollo de los procedimientos de la Comisión».

Esta valoración positiva, unida a su concreta articulación como órgano externo al procedimiento, hicieron del consejero auditor un referente idóneo al que acudir para corregir

Una vez examinadas las facultades esenciales sobre las que se asienta el *status* procedimental de las empresas destinatarias de los cargos formulados por la Comisión —el conocimiento de la información contenida en el expediente y la posterior intervención en audiencia escrita y, en su caso, oral—, debemos ocuparnos ahora del estudio de las posiciones procedimentales de los restantes interesados que, si bien responden a un mismo esquema conceptual, presentan, no obstante, un nivel de protección más restringido.

B) *La audiencia a los solicitantes y denunciantes*

Uno de los cauces que pueden dar lugar a la apertura de un procedimiento viene dado por la posibilidad de que se presente ante la instancia comunitaria una *solicitud* (44) o bien una *denuncia* (45) con el objeto de advertir a la Comisión de la presencia de una conducta contraria a las reglas de la competencia. Tanto el Reglamento núm. 17/1962 como los Reglamentos sectoriales en materia de transportes contemplan, en efecto, la posibilidad de que una persona, física o jurídica —sin olvidar a los Estados miembros—, pueda instar, por medio de una denuncia, la actuación de la Comisión frente a una práctica que presuma altera o falsea la libre concurrencia. Ahora bien, y es ésta sin duda una nota destacada, debe ser portadora de un interés legítimo derivante de la afección de la práctica denunciada en su esfera o patrimonio jurídico (46).

La presentación de esta denuncia situará a su autor en una posición procedimental cuya delimitación siempre ha estado presente en el Derecho comunitario de la competencia, entre otras razones por la decisiva importancia que frecuentemente juega la información facilitada por este cauce en la represión de las conductas anticompetitivas. En esta misma línea, el Reglamento núm. 2842/98 dedica su capítulo III a la regulación del

y paliar algunos de los defectos que se suscitaban en torno a los «derechos de defensa». Por esta razón, en el XXIII Informe sobre la política de competencia (1993) se operó una notable ampliación de sus funciones. Entre otros aspectos de relieve, se atribuyeron al consejero auditor importantes facultades de decisión para prorrogar, por ejemplo, el plazo señalado para la contestación al pliego de cargos, o para examinar la relevancia de la información contenida en un documento sobre el que existan discrepancias entre la Comisión y la empresa interesada al respecto de su posible conocimiento.

(44) A tenor de lo previsto en el artículo 3.2 del Reglamento núm. 17/1962, las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo podrán presentar una solicitud tendente al cese de una infracción de la competencia.

(45) Denuncia presentada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento núm. 1017/68 (transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable); artículo 10 del Reglamento 4056/86 (transportes marítimos); o bien artículo 3.1 del Reglamento 3975/87 (transportes aéreos).

(46) En la obra de Christopher BELLAMY y Graham CHILD (*Derecho de la competencia en el mercado común*, edición española a cargo de Enric PICANOL, Civitas, Madrid, 1992, págs. 704 y 705) se mencionan numerosos ejemplos gráficos en los que la Comisión ha admitido la presencia de este interés legítimo, entre ellos los competidores, las empresas excluidas de un sistema de distribución, los distribuidores, etc.

principio de audiencia y su proyección sobre la figura del denunciante —o solicitante— (47).

Ante todo, hay que tener en cuenta que la denuncia, como es sabido, constituye una declaración de conocimiento, en la cual se pone de manifiesto la existencia de una serie de hechos que podrían justificar, en su caso, la incoación del procedimiento. La denuncia no abre, pues, el procedimiento, sino que insta o excita a la autoridad administrativa, en nuestro caso a la autoridad comunitaria, para que obre en tal sentido. De manera que la Comisión, a la luz de los datos aportados por el denunciante y una vez realizadas las oportunas comprobaciones, puede considerar que, en efecto, resulta procedente la sustanciación de un procedimiento destinado a sancionar la conducta presuntamente infractora o bien, por el contrario, que no concurren elementos suficientes que justifiquen la activación de los mecanismos represivos. Sea cual fuere la posición finalmente adoptada por la Comisión, es preciso, en cualquier caso, examinar atentamente el contenido de la denuncia para dilucidar si los hechos denunciados pueden dar lugar, en rigor, a una restricción sensible de la competencia, esto es, para determinar si, más allá del interés particular, subsiste un auténtico «interés comunitario» en la tramitación del expediente (48).

(47) Como señala GARAT PÉREZ, la procedencia de los denunciantes y el conocimiento que los mismos tienen del medio hacen que contribuyan decisivamente a la prueba de las infracciones imputadas (Javier GARAT PÉREZ, «Procedimientos de infracción: instrucción y alegaciones», cit., pág. 113). Circunstancia ésta que en modo alguno ha pasado desapercibida a la Comisión: en el conjunto de las directrices que presiden la reforma del sistema de defensa de la competencia que viene gestándose en el seno de la Unión (cfr. al respecto el *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, publicado en «DOCE» de 12 de mayo de 1999, núm. C 132), la Comisión ha remarcado, en efecto, la importancia actual de las denuncias, las cuales representan, según datos que ofrece la propia Institución comunitaria, cerca del 30 por 100 de los nuevos asuntos que se presentan. Es más, como se apunta en el mentado Libro Blanco, la incidencia de la denuncia habrá de incrementarse con la progresiva consolidación del «re-centramiento» de la actividad de la Comisión hacia la represión de las infracciones competenciales más graves. Por esta razón, la Comisión mantiene la necesidad de facilitar la formulación y presentación de las denuncias, perfeccionando al mismo tiempo los diferentes aspectos que delimitan su régimen jurídico (entre éstos se encuentra, por ejemplo, la posibilidad de adoptar medidas cautelares a solicitud del denunciante).

(48) El Tribunal de Justicia tiene dicho que la Comisión está obligada a analizar con detenimiento el contenido, la veracidad y el alcance de los hechos denunciados a fin de concretar si concurre el interés comunitario suficiente que haga conveniente la apertura de un procedimiento administrativo destinado a sancionar las posibles infracciones a la competencia (STJCE de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión*, 210/81; 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds/Comisión*, 142/84 y 156/84).

Esta noción de interés comunitario constituye un concepto jurídico indeterminado que habrá de analizarse en cada caso, utilizando no sólo la información facilitada por el denunciante, sino también aquellos otros elementos de juicio que la Comisión, por medio de una fase de información previa, considere necesarios recabar (STPI de 16 de septiembre de 1998, *IECC/Comisión*, T-110/95). Es más, como ha indicado posteriormente el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de marzo de 1999, *UFEX y otros/Comisión*, C-119/97, «dado que la valoración del interés comunitario que reviste una denuncia es función de las circunstancias de cada caso concreto, no es procedente ni limitar el número de los criterios de apreciación a los que puede referirse la Comisión ni, a la inversa, obligar a dicha Institución a recurrir de modo exclusivo a determinados criterios».

Para un mayor abundamiento en los contornos del *interés comunitario* como criterio

Realizado este examen preliminar, en el supuesto de que la Comisión considere que los datos e informaciones aportados por la denuncia no justifican la incoación del procedimiento, deberá comunicarlo al denunciante al objeto de que éste pueda formular en el plazo establecido las observaciones escritas que estime procedentes (49). De modo que aunque al denunciante no le sea reconocido un «derecho al procedimiento» —expresión utilizada por la jurisprudencia española para indicar que la denuncia no determina automáticamente la apertura del procedimiento ni obliga a la Administración a la incoación *ex officio*—, en la medida en que la presentación de la denuncia o solicitud no otorga, en ningún caso, un derecho a que la Comisión dicte una Decisión señalando la existencia o no de una conducta contraria a los artículos 81 y 82 del TCE (50), su posición se encuentra protegida, sin embargo, por la posibilidad de conocer cuáles son las razones que han llevado a la autoridad comunitaria a desestimar la presencia de un «interés comunitario» en la persecución de la conducta denunciada. Es más, como indicábamos, el denunciante podrá presentar sus observaciones escritas para justificar la necesidad de proseguir la tramitación del procedimiento, tratando, en definitiva, de impeler a la Comisión a que replantee su negativa al respecto. Si dichas observaciones fracasan en su empeño, la Comisión, y así lo ha indicado la jurisprudencia comunitaria, debe dictar una Decisión definitiva en la que se desestime la denuncia, merced a la cual quedarán abiertas las vías procesales que permitan al denunciante recurrir jurisdiccionalmente, si así lo estima conveniente, la negativa de la Comisión a dar curso a la denuncia presentada (51).

que determina la necesidad de dar curso o no a una denuncia, así como los límites a la discrecionalidad de la Comisión en su apreciación, pueden consultarse las importantes sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, *Automec/Comisión*, T-42/90, comúnmente conocida como «Automec II»; de 24 de enero de 1995, *Tremblay y otros/Comisión*, T-5/93; de 9 de enero de 1996, *Koelman/Comisión*, T-575/93; y de 21 de enero de 1999, *Riviera Auto Service Établissements Dalmasso SA y otros/Comisión*, T-185/96, 189/96, 190/96.

(49) Vid. artículo 6 del Reglamento núm. 2842/98.

(50) La jurisprudencia ha insistido en este extremo, al considerar que la denuncia no determina el nacimiento de un derecho a obtener un pronunciamiento de la Comisión en el sentido del artículo 249 del TCE (antiguo art. 189). Véanse, entre otras muchas: STJCE de 18 de octubre de 1979, *Gema/Comisión*, 125/78; STPI de 24 de enero de 1995, *Bemim/Comisión*, T-114/92, y STPI de 16 de septiembre de 1998, *IECC/Comisión*, T-110/95.

(51) En efecto, si la Comisión considera que no existe interés comunitario en la represión de los hechos denunciados deberá adoptar una Decisión definitiva en la que declare la desestimación de la denuncia (STJCE de 18 de marzo de 1997, *Guérin automóviles/Comisión*, C-282/95); una decisión que, en cuanto tal, está sujeta al deber de motivación, de guisa que la Comisión deberá indicar cuáles son las razones que sustentan su negativa a la iniciación de un procedimiento destinado a corregir la conducta de que se trate (STPI de 18 de septiembre de 1992, *Automec/Comisión*, T-42/90).

Frente a esta decisión desestimatoria, el denunciante podrá activar los mecanismos de recurso para recabar el control jurisdiccional de la misma. Ahora bien, el órgano jurisdiccional comunitario únicamente podrá comprobar si la decisión impugnada está basada en hechos materialmente inexactos, adolece de algún error de Derecho, presenta algún error manifiesto de apreciación o, por fin, incurre en desviación de poder (STPI de 18 de septiembre de 1992, *Automec/Comisión*, T-42/90); pero es claro que dicho enjuiciamiento jurisdiccional nunca podrá dar como resultado el dictado de una orden para que la Comisión dé curso a la denuncia. Como certeramente señala al respecto el Tribunal de Primera

En otro caso, es decir, cuando la Comisión considere, a la vista de los datos manejados, que existen indicios suficientes para apreciar una conducta anticoncurrencial, el denunciante no restará en una posición inerte; antes bien, podrá intervenir activamente en el curso de las actuaciones. En concreto, el denunciante recibirá traslado de una versión no confidencial de los cargos presentados a fin de que éste pueda presentar sus propias alegaciones escritas en torno al objeto del procedimiento (52). En dichas alegaciones, el denunciante podrá solicitar incluso la exposición de sus argumentos en el marco de la audiencia oral; una petición que no vinculará, empero, a la Comisión, pues ésta apreciará discrecionalmente la procedencia y oportunidad de la participación de los denunciantes en el trámite de audiencia oral (53).

La posición procedimental del denunciante —o solicitante— se encuentra, como ha quedado visto, debidamente asentada, aun cuando, y en ello ya incidimos anteriormente, las facultades de intervención que el mismo podrá poner en juego para exponer su punto de vista y defender en última instancia sus legítimos intereses presentarán, en cualquier caso, una virtualidad menor a la prevista para con los destinatarios directos de los cargos. Esto último va a traducirse, por ejemplo, en un alcance más reducido en el acceso a los documentos del expediente (54) y, en general, en unas garantías procedimentales más limitadas que exigirán, en consecuencia, unas menores cautelas por parte de la Comisión en lo que hace a su protección, y también un menor rigor, lógicamente, en el eventual control jurisdiccional (55).

Instancia, «no corresponde al órgano jurisdiccional comunitario dirigir órdenes conminatorias a las Instituciones comunitarias o sustituir a estas últimas en el marco del control de legalidad que ejercen. Incumbe a la Institución de que se trate, en virtud del artículo 176 del Tratado, adoptar las medidas para la ejecución de una sentencia dictada en el marco de un recurso de anulación» (STPI de 16 de septiembre de 1998, *IECC/Comisión*, T-133/95 y T-204/95).

(52) Vid. artículo 7 del Reglamento núm. 2842/98.

(53) Vid. artículo 8 del Reglamento núm. 2842/98.

(54) El apartado D) de la Comunicación de la Comisión sobre las solicitudes de acceso al expediente en los procedimientos de competencia ilustra con claridad la limitación que sufren los denunciantes en el ejercicio de su derecho de acceso:

«Si bien normalmente los denunciantes pueden quedar asociados al procedimiento, no por ello disponen de los mismos derechos y garantías que las empresas encausadas. El derecho a examinar el expediente que se concede a los denunciantes no tiene la misma justificación que los "derechos de defensa" de los destinatarios de un pliego de cargos, y no hay que asimilar los derechos de los denunciantes a los de las empresas encausadas.

Por otro lado, el denunciante al que se anuncia la desestimación de su denuncia puede solicitar el acceso a los documentos en los que la Comisión basa su posición. Sin embargo, el denunciante no puede tener acceso a ninguna información de carácter confidencial o a otros secretos comerciales de las empresas a las que afecta la denuncia o de empresas terceras, recogidos por la Comisión en sus investigaciones.»

(55) La devaluación de los «derechos de defensa» de los denunciantes con respecto a la situación que presentan las garantías procedimentales de las empresas destinatarias de

C) *La audiencia a los demás terceros*

En este recorrido por la regulación del principio de audiencia en el Reglamento núm. 2842/98 debemos detenernos, por fin, en la audiencia de los demás terceros, esto es, en la audiencia de aquellos sujetos distintos de las empresas destinatarias de las quejas, así como de los posibles denunciantes o solicitantes. La regulación de este apartado aparece recogida bajo un mismo capítulo —el capítulo IV—, pero engloba en realidad dos hipótesis netamente diferenciadas que es preciso deslindar:

a) De un lado, la participación de los terceros portadores de un «interés suficiente», los cuales podrán tener conocimiento de «la naturaleza y contenido del procedimiento» y, tras ello, introducir sus observaciones escritas en el plazo que a tal efecto disponga la Comisión (56). Ha de notarse, sin embargo, que la adquisición de esta condición de tercero interesado deberá obtenerse mediante la personación *motu proprio*, es decir, solicitando a la Comisión la posibilidad de intervenir en el procedimiento y acreditando, además, la suficiencia de su interés (57). No se reconoce, pues, la intervención voluntaria de cualquier tercero, sino únicamente de aquellos que puedan verse afectados en sus respectivas esferas jurídicas por la resolución de las actuaciones que se están ventilando. A estos terceros interesados les es atribuida, en los términos que acabamos de mentar, la posibilidad de intervenir en el curso de las actuaciones, pero es claro que sus derechos procedimentales, de forma similar a cuanto acontece con respecto a la posición de los denunciantes, no gozan

los cargos puede rastrearse en una jurisprudencia constante. Véanse con especial atención: STJCE de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds/Comisión*, 142/84 y 156/84; STPI de 15 de julio de 1994, *Mara Hachette/Comisión*, T-17/93; y, más recientemente, STPI de 30 de marzo de 2000, *Kish Glass/Comisión*, T-65/96.

Tal circunstancia no significa, naturalmente, que puedan desconocerse sin más —en ausencia de toda justificación razonable— las garantías procedimentales reconocidas a los denunciantes —o solicitantes—. Lejos de tal conclusión, que carecería de toda consistencia, consideramos por nuestra parte que la menor intensidad de los «derechos de defensa» de estos sujetos —sustentada, desde un plano sustancial, por la menor entidad de los perjuicios que pueden sufrir como consecuencia del resultado de la actuación comunitaria— traerá consigo una menor resistencia frente a las exigencias derivadas de la celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos. Pensemos, por ejemplo, en la determinación del plazo para la presentación de las alegaciones escritas, donde la Comisión podrá otorgar una mayor preeminencia a la eficiencia en detrimento de las garantías de los denunciantes, fijando, en consecuencia, un plazo de duración menor al otorgado a las empresas imputadas.

(56) Artículo 9.1 del Reglamento núm. 2842/98. En sus alegaciones escritas, los terceros interesados podrán solicitar la intervención y exposición de sus argumentos en audiencia oral, aunque tal petición será valorada discrecionalmente por la Comisión (art. 9.2).

(57) Como señalaba la STJCE de 9 de julio de 1987, *Ancides/Comisión*, 43/85, en palabras que, a pesar de que aluden a lo previsto en el Reglamento núm. 99/1963, son igualmente válidas para interpretar la actual regulación, «la Comisión sólo está obligada a oír a las personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés suficiente, si dichas personas solicitan efectivamente ser oídas».

de la misma intensidad que adquieren los derechos de las empresas imputadas (58).

b) De otra parte, es dable que otros terceros carentes de legitimación —es decir, terceros no interesados— intervengan asimismo en el *iter* procedimental, pero no ya de un modo voluntario, sino siempre con carácter rogado, ya sea a petición de los interesados (59) o bien cuando la propia Comisión estime conveniente la aportación de datos o elementos de juicio por parte de aquéllos (60).

III. REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de las páginas precedentes hemos tratado de analizar los aspectos más relevantes de la nueva regulación del principio de audiencia introducida por el Reglamento núm. 2842/98; un análisis que hemos desarrollado en todo momento de la mano de la jurisprudencia, enlazando la interpretación de muchos de sus preceptos con las orientaciones que al respecto han ido perfilándose en la extensa doctrina del Tribunal de Justicia y también, no se olvide, del Tribunal de Primera Instancia. En lo sucesivo será necesario atender, pues, a los nuevos rumbos que adopte la jurisprudencia comunitaria en la consolidación y extensión de los «derechos de defensa» y en el eco que tales impulsos encuentren en las propias normas de funcionamiento interno de la Comisión. No cabe duda de que es esta peculiar comunión que se traba entre la jurisprudencia y el desarrollo del Derecho comunitario de la competencia uno de los rasgos más destacados y, por ende, uno de los elementos fundamentales a tomar en consideración para situar en sus justos términos el estudio de la intervención de los interesados en el *iter* procedimental.

Desde una perspectiva de conjunto, y sin perjuicio de algunas anotaciones críticas expuestas en su momento, puede afirmarse que la salvaguarda del contradictorio administrativo, especialmente en lo que respecta a la posición de las empresas destinatarias de los cargos, encuentra en el Reglamento núm. 2842/98 un sólido respaldo normativo que garantiza, a su vez, la posibilidad de intervenir «eficazmente» en el curso de las actuaciones (61). Ello no obstante, la configuración del *status* procedimental de los

(58) Una afirmación que tampoco ofrece dudas en la jurisprudencia. De especial interés resulta el análisis que sobre esta cuestión se realiza en la STPI de 27 de noviembre de 1997, *Kaysersberg/Comisión*, T-290/94.

(59) Vid. artículo 4.2 *in fine* del Reglamento núm. 2842/98, transcrito en nota 37.

(60) En concreto, el artículo 9.3 establece que «la Comisión podrá ofrecer a otros terceros la oportunidad de expresar oralmente sus puntos de vista».

(61) Un respaldo normativo que, además, cumple con las exigencias elementales contenidas en el sexto principio de la Recomendación (91) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de sanciones administrativas, adoptada el 13 de febrero de 1991. En esta recomendación, y por cuanto atañe a la tramitación de los procedimientos sancionadores, se establece la necesidad de velar por el cumplimiento de una serie de principios básicos (derecho a ser informado de la acusación, derecho a disponer de un plazo suficiente para la preparación de la defensa, derecho a conocer los elementos probatorios

diferentes intervinientes en los asuntos tramitados en defensa de la competencia dista todavía de alcanzar un estándar de protección plenamente avanzado. Subsisten, en efecto, algunos aspectos que requerirían una regulación más perfeccionada para colmar esa tréfica conceptual que debe dar forma al principio de contradicción en los procedimientos administrativos: la participación de los sujetos afectados, la imparcialidad de la autoridad actuante y el deber de motivar la resolución finalmente adoptada (62). El primero de estos elementos (que podemos identificar *lato sensu* con el principio de audiencia), dejando a salvo, claro está, la distinta intensidad que cobra con respecto a los denunciados y a los terceros interesados, puede entenderse debidamente consolidado. Pero es claro que tanto la imparcialidad como el deber de motivación presentan hoy un estado embrionario o, si se prefiere, inacabado.

Por cuanto atañe a la imparcialidad, es necesario reseñar que, a diferencia de lo prevenido en algunos ordenamientos nacionales, entre ellos el caso español, la división organizativa entre las funciones de instrucción del expediente y posterior resolución —a fin de que la preparación del asunto recaiga en un órgano distinto al que posteriormente habrá de resolver (63)— no aparece perfilada con nitidez. Aun cuando la presencia del consejero auditor pretende introducir alguna corrección en este sentido, encomendando a un órgano externo al objeto del procedimiento importantes cometidos en la protección de los «derechos de defensa», no cabe duda de que podrían introducirse mejoras en este punto con vistas a repercutir en una mayor imparcialidad de la actuación de la Comisión. Asimismo, y en lo que hace a la motivación, ha de decirse que si bien el artículo 253 del TCE establece el deber de motivar las decisiones (64), no

que sustentan los cargos presentados, derecho a ser oído con carácter previo a la adopción de la resolución conclusiva y, por último, obligación de motivar la decisión finalmente adoptada), que constituyen un buen punto de referencia para calibrar el estado en que se encuentra la normativa comunitaria.

(62) En el estudio del principio contradictorio y su aplicación al procedimiento administrativo son obras de referencia capital: Umberto ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, y Giulio GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Cedam, Padova, 1971.

(63) El artículo 134 de la LAP ha incorporado una de las garantías típicas del proceso jurisdiccional penal, señalando que «los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos».

(64) A tenor de lo previsto en el artículo 253 del TCE (antiguo art. 190), «los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado».

Como ha señalado la jurisprudencia en la interpretación de este precepto, la motivación tiene por finalidad última dar a conocer de modo claro e inequívoco cuál es la *ratio decidendi* que sustenta la decisión adoptada por la Institución autora del acto. De forma que el interesado afectado, sabedor de las razones que han llevado a adoptar una decisión contraria a sus pretensiones, podrá articular su defensa, al tiempo que el órgano jurisdiccional, a la vista del razonamiento esgrimido por la autoridad comunitaria en la motivación, podrá desarrollar adecuadamente el control jurisdiccional sobre la actuación practicada (entre otras muchas, véanse las STJCE de 4 de julio de 1963, *Alemania/Comisión*,

existe, empero, la necesidad de dar respuesta a todas las alegaciones manifestadas por las empresas encausadas —ni qué decir tiene de los restantes interesados— (65); obligación esta última que resultaría necesaria, o cuando menos conveniente, para que el debate dialéctico entablado entre la autoridad comunitaria y las empresas afectadas resultase más efectivo (66).

La doctrina científica ha llamado la atención sobre la existencia de estas y otras disfunciones, que no encontraban una solución satisfactoria en el marco del Reglamento núm. 99/1963 y que tampoco han sido solventadas por el Reglamento núm. 2842/98. Sin embargo, amén de constatar este estado de cosas, algunos autores han apuntado además una posible vía de actuación para integrar y corregir el déficit en la estructuración de las garantías procedimentales. Nos estamos refiriendo, en concreto, a la articulación de un engarce entre la protección de los «derechos de defensa» y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado a nivel europeo en el artículo 6 del CEDH (67). Merced al establecimiento de esta conexión, se introducirían en la tramitación de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE los derechos que dan forma al contradictorio procesal y que son, sin duda, de mayor intensidad a los que actualmente rodean al contradictorio administrativo en los asuntos de competencia. Sucede, no obstante, que la virtualidad de esta alternativa se ha visto frenada ante la férrea —aunque no sorprendente— oposición adoptada por el Tribunal de Justicia, quien tempranamente rechazó la posible aplicación del artículo 6 del CEDH y las garantías de él dimanantes a los procedimientos administrativos sobre competencia por considerar que «la Comisión —dice el Tribunal de Luxemburgo—, cuando aplica las disposiciones del Derecho comunitario sobre competencia, no puede ser calificada de “tribunal” en el sentido del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (68).

24/62, y de 17 de enero de 1984, *VBVB y VBBB/Comisión*, 43/82 y 63/82). Para un estudio detallado de la motivación de los actos comunitarios resulta de suma utilidad la consulta de la obra de Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, 1998, págs. 505 a 532.

(65) En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado en multitud de ocasiones que para colmar el mandato de motivación de las Decisiones de la Comisión no es necesario que ésta se pronuncie con respecto a todos los elementos de hecho y de derecho suscitados en el curso de las actuaciones (STJCE de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck/Comisión*, 209/78 a 215/78). En consecuencia, tampoco será preceptivo dar respuesta en la motivación del acto a todos los extremos planteados por los interesados (STJCE de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma/Comisión*, 41/69; STPI de 24 de enero de 1992, *La Cinq/Comisión*, T-44/90; STPI de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión*, T-2/93; STPI de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK/Comisión*, T-213/95 y T-18/96).

(66) Cfr., en este sentido, las agudas reflexiones de Giuseppe BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1969, págs. 260 y ss.

(67) De esta opinión se muestra, entre otros muchos, Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea*, cit., pág. 68.

(68) Véanse, entre otras, las Sentencias de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck/Comisión*, 209/78 a 215/78, y de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80. Esta misma conclusión se ha visto confirmada más tarde por el Tribunal de Primera Instancia, el cual, haciendo suyos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia, ha rechazado una nueva lectura de esta imbricación con el CEDH a la

En realidad, el análisis detenido de la jurisprudencia comunitaria atinente a esta temática revela que la razón fundamental que se esconde tras la falta de receptividad del Tribunal de Justicia reposa en la consideración de que los procedimientos de competencia son, como se infiere del propio artículo 15.4 del Reglamento núm. 17/1962, procedimientos de naturaleza administrativa y no procesos de naturaleza jurisdiccional (69). Va de suyo, por tanto, que las garantías propias del contradictorio procesal, y más concretamente el conjunto de facultades reconocidas a los justiciables de resultas de la interpretación que viene realizándose del artículo 6 del CEDH, han de circunscribirse, en rigor, a los procesos que encauzan el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sin que sea dable su extensión a otro tipo de procedimientos.

A nuestro juicio, los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia —y asumidos por el Tribunal de Primera Instancia— pueden rebatirse, ante todo, porque la naturaleza administrativa de los procedimientos tramitados en defensa de la competencia no excluye en modo alguno su imbricación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Antes al contrario, la efectividad del derecho a la tutela judicial, como en su día indicara LOIODICE, no pende exclusivamente de las vicisitudes acontecidas a lo largo del proceso, sino que, por el contrario, van a entrar en juego otros factores «extraprocesales», entre los que se encuentra, desde luego, el desarrollo del *iter* procedimental previo (70). No ha de olvidarse en este sentido que la tramitación del procedimiento administrativo constituye un momento anterior al proceso que condicionará importantes aspectos de este último —baste señalar, por ejemplo, la importancia que adquieren los datos contenidos en el expediente como elemento probatorio—. Por otra parte, es preciso notar también que la extensión de las garantías y cautelas procesales al terreno del procedimiento administrativo sancionador es un fenómeno bien conocido en los ordenamientos de algunos de los Estados miembros de la Unión, y en particular en el ordenamiento jurídico español. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional español, «los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución» (71).

luz del artículo F del Tratado de la Unión Europea —art. 6 en la versión consolidada del TUE— (véase, por todas, la STPI de 14 de mayo de 1998, *Enso Española/Comisión*, T-348/94).

(69) Dicho precepto señala que las multas impuestas por la Comisión «no tendrán carácter penal».

(70) La exposición de las líneas esenciales del planteamiento adoptado por este autor puede verse en Aldo LOIODICE, *Conoscibilità dell'attività amministrativa e difesa giudiziaria*, en «Rassegna di diritto pubblico», 1967, págs. 266 y ss.

(71) STC 18/1981, de 8 de junio. Esta temprana Sentencia del Tribunal Constitucional sentó las bases jurídicas que han cimentado un proceso ininterrumpido de extrapolación y aplicación de numerosas garantías procesales penales en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores; un proceso que en la actualidad se encuentra ple-

En cualquier caso, y a pesar de que, como decimos, existen firmes argumentos para sostener que la defensa en el procedimiento administrativo guarda una estrecha relación con la posterior defensa en sede judicial, la profundización en esta vía de análisis presenta resultados ciertamente inciertos dada la concluyente negativa que hasta ahora viene mostrando la jurisprudencia comunitaria. Por ese motivo, consideramos oportuno avanzar en pos de otras hipótesis de estudio que puedan contribuir a un mayor fortalecimiento del principio de audiencia de los interesados afectados en los asuntos de competencia.

Pues bien, una de esas alternativas —que aquí simplemente apuntaremos— podría buscarse, a nuestro juicio, en la superación de la idea de defensa como clave explicativa de la intervención procedimental. La construcción de los «derechos de defensa» es heredera, en efecto, de una visión estrictamente garantista del procedimiento administrativo como sede en la que tiene lugar una confrontación entre los intereses de la Administración comunitaria y los intereses particulares de las empresas, posiciones ambas que, por principio, resultan antagónicas. Este planteamiento de sesgo estrictamente defensivo podría enriquecerse, según creemos, adoptando un enfoque más amplio de la funcionalidad que viene a jugar la intervención de los interesados. Para ser más precisos, se trata de analizar esta intervención desde la perspectiva que ofrecen los principios de eficacia y eficiencia como principios informadores del procedimiento administrativo. De este modo, podría vislumbrarse cómo la audiencia de las empresas afectadas, sin perjuicio de la evidente finalidad defensiva que la misma desempeña, también constituye un mecanismo de primera magnitud para recabar nuevos elementos de juicio que harán posible una representación más certera de las circunstancias fácticas y jurídicas del supuesto en cuestión, y que favorecerán, por mor de su adecuación a las particularidades del caso, una mayor eficacia de la decisión finalmente adoptada por la Comisión (72).

namente consolidado (vid., recientemente, las Sentencias 3/1999, de 26 de enero, y 14/1999, de 22 de febrero) y que ha servido para limitar el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora con derechos tan importantes como el derecho del interesado a proponer en su defensa los medios de prueba que estime pertinentes, del que derivan a su vez la necesidad de motivar adecuadamente la negativa a la práctica de una determinada prueba, así como la prohibición de utilizar aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Un estudio sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia puede verse en José GARBERT LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, en particular págs. 178 a 210.

(72) Lo que también se pone de manifiesto en relación con la intervención de los denunciantes y de los demás terceros interesados, a quienes se atribuye, como se recordará, un *status* procedimental devaluado respecto al de las empresas objeto de investigación. Esta configuración desigual de las facultades que integran el *status* procedimental de los diferentes intervinientes trae causa de las propias bases axiomáticas que sustentan la construcción de los «derechos de defensa» en la jurisprudencia comunitaria y, por extensión, en la normativa comunitaria. Una de esas bases se encuentra, qué duda cabe, en la noción de *perjuicio* como elemento que hace surgir la necesidad de entablar un contradictorio. Es la eventual causación de un perjuicio en la esfera jurídica del interesado el causante primero de la obligación que pesa sobre la Comisión de someter su actuación a una audiencia previa para salvaguardar en última instancia el principio *audi et alteram partem*,

De igual forma, la configuración de un *status* procedimental más avanzado redundará en una mayor eficiencia de la actuación administrativa, pues parece claro que la potenciación de los medios de tutela *ex ante* traerá consigo un descenso en el recurso a los mecanismos jurisdiccionales de revisión *ex post* (73).

En suma, la intervención de las empresas destinatarias de los cargos, y en general de los interesados afectados en la tramitación de los expedientes relativos a la protección de la libre concurrencia, constituye una exigencia que deriva no sólo de los postulados más elementales del principio de contradicción, sino también de los principios de eficacia y eficiencia, es decir, del *principio de buena administración*, que, como es sabido, ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia como principio general del Derecho comunitario.

cuyas raíces últimas se pierden en el tiempo. De ello deriva, lógicamente, que cuanto mayor sea la posible entidad del perjuicio ocasionado, mayor intensidad deberán cobrar las facultades de defensa, y así, siguiendo esta misma línea de reflexión, se desprende igualmente que el *status* procedimental de los interesados afectados habrá de guardar proporción con la mayor o menor afección que la actuación comunitaria pueda ocasionar en su patrimonio jurídico. Pues bien, este planteamiento de carácter estrictamente defensivo debe ser objeto de una profunda reflexión: por más que la intervención de los interesados responda a una elemental finalidad de protección, contribuye igualmente, siquiera sea de forma indirecta u ocasional, a la mejor definición y conocimiento del supuesto de hecho sobre el que se proyectará la decisión de la Comisión. Para abundar en estas claves de reflexión que introducimos resulta de suma utilidad el trabajo de Guglielmo ROEHRSEN, «Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali», en *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1989, en especial págs. 62 y ss.

(73) La relación que media entre el procedimiento administrativo y el proceso jurisdiccional ha sido magistralmente expuesta por Mario NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, en «Rivista di Diritto Processuale», 1980, págs. 252 a 278.

