

NOTAS SOBRE EL REGLAMENTO (CE) N.º 1/2003, DEL CONSEJO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2002, PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO DE ROMA

Por EDUARDO GALÁN CORONA *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. RASGOS GENERALES DEL MODELO SEGUIDO POR EL REGLAMENTO N.º 17 Y MOTIVOS DE LA REFORMA.—III. EL NUEVO MODELO DE PROHIBICIÓN DE LAS «ENTENTES».—IV. LA CONCURRENCIA DEL DERECHO NACIONAL Y DEL DERECHO COMUNITARIO.—V. LAS FACULTADES DE LA COMISIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE.—VI. LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 16 de diciembre de 2002, el Consejo de la Unión Europea aprobó un nuevo Reglamento para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma, preceptos que, como es sabido, recogen el contenido sustantivo de las normas sobre competencia aplicables a las empresas contenidas en el Tratado de Roma (en adelante TCE).

Se trata de una norma de la mayor transcendencia —como piedra angular ha sido calificada— para el Derecho «*antitrust*» comunitario, pues sustituirá, a partir del 1 de mayo de 2004, al viejo Reglamento n.º 17, de

* Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca.

6 de febrero de 1962 (también conocido como Primer Reglamento del Consejo para la aplicación de las reglas de competencia), que ha marcado durante cuarenta años los criterios y rasgos caracterizadores del referido sector del ordenamiento comunitario.

Sabido es que ya desde 1957 la aplicación de los entonces arts. 85 y 86 TCE quedó vinculada a la promulgación por el Consejo de los pertinentes reglamentos y hasta la entrada en vigor de éstos correspondió a las autoridades de los Estados miembros, conforme al hoy artículo 84 TCE, decidir «sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común». Esta promulgación se demoró hasta 1962, año en que ve la luz el ya citado Reglamento n.º 17, que toma postura sobre una serie de cuestiones decisivas.

El Reglamento n.º 17 sentó las bases para la aplicación del Derecho «antitrust» comunitario, fijando los criterios a seguir en relación a cuestiones tan básicas como es el modelo de la prohibición contenida en el hoy artículo 81.1 TCE a la vista de la excepción recogida en el apartado 3 de ese mismo precepto, la asignación de competencias para su aplicación por las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias, las bases del procedimiento a seguir, las sanciones a aplicar en los supuestos en que se constate la infracción, etc.... Pues bien, todo el sistema se ha visto alterado por la promulgación del nuevo Reglamento que, a la entrada del siglo XXI, y ante el evidente cambio de circunstancias, ha modificado el modelo introducido por el viejo Reglamento n.º 17.

En las presentes páginas, tras una breve alusión al modelo acogido en el Reglamento n.º 17 y a los motivos que justifican la reforma emprendida, se entrará en el examen de la nueva regulación, prestando de modo individualizado atención al modelo de prohibición introducido por el nuevo Reglamento en el artículo 81 TCE (en función del modo de operar de la excepción del apartado 3 del citado precepto), a la asignación de competencias entre autoridades nacionales y comunitarias para la aplicación del Derecho «antitrust» comunitario, a las reglas para la aplicación conjunta de las normas nacionales y comunitarias, a las facultades de inspección y sanción atribuidas a la Comisión y a la descentralización en las autoridades nacionales y en los jueces y tribunales ordinarios de las competencias para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado y las consecuencias que de esa asignación competencial se derivan.

II. RASGOS GENERALES DEL MODELO SEGUIDO POR EL REGLAMENTO N.º 17 Y MOTIVOS DE LA REFORMA

El artículo 81.1 TCE prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común; el apartado 2 del citado artículo sanciona con nulidad de pleno derecho la infracción de la prohibición y el apartado 3 admite la derogación de la prohibición del apartado 1, siempre que se cumplan todos los requisitos, positivos y negativos, que el mismo recoge. El artículo 82, por su parte, prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común sin que quepa excepción alguna.

Mientras que el artículo 82 no suscita grandes cuestiones respecto al tipo de prohibición, pues ésta no aparece limitada o condicionada, no puede decirse lo mismo de la contenida en el artículo 81, ya que la obligada ligazón entre prohibición y exceptuación posibilita dos modelos: bien un régimen de prohibición con reserva de autorización o control previo, bien un sistema de excepción legal con control «*a posteriori*».

El legislador comunitario optó en 1962 por el primer sistema. Es decir, la prohibición del artículo 81.1 (antes 85.1) TCE entraba en juego automáticamente, sin necesidad de previa declaración, y esta prohibición no podía ser enervada por la exceptuación prevista en el apartado 3 del expresado artículo más que cuando ésta fuera expresamente declarada. Este planteamiento llevaba aparejada la necesidad de notificar (a la Comisión) los acuerdos que pretendieran beneficiarse de la exceptuación y el legislador comunitario quiso centralizar la aplicación del Derecho «*antitrust*» comunitario, a cuyo efecto atribuyó a la Comisión en el Reglamento n.º 17 competencia exclusiva para la aplicación del apartado 3 del hoy artículo 81, compartiendo con las autoridades nacionales la competencia respecto de los artículos 81.1 y 82, si bien con una clara preeminencia de la Comisión, pues si ésta decidiera conocer de un determinado asunto, la autoridad nacional que estuviera conociendo del mismo deberá abstenerse.

Este planteamiento respondía a la voluntad de las autoridades comunitarias de utilizar el Derecho «*antitrust*» como un instrumento más (y de gran importancia) para la creación del mercado común. En último término, se trataba de evitar que, tras haber eliminado las barreras constituidas

por las fronteras nacionales, éstas se recrearan a través de pactos o concercaciones entre empresas o a través de la explotación abusiva de las posiciones de dominio del mercado. Además, en 1962 los Estados miembros (quizá con la salvedad de Alemania), carecían de experiencia en materia de Derecho «*antitrust*», algunos de ellos incluso no poseían en su ordenamiento interno una normativa específica y la doctrina al efecto era escasa o inexistente. La Comisión, ante esta situación, tomó en su mano la aplicación de la nueva normativa, a fin de evitar pronunciamientos divergentes de las instancias nacionales en la aplicación del Derecho comunitario que pudieran perjudicar la unidad del mercado.

El referido planteamiento ha producido sin duda efectos positivos. Así lo ponía de relieve el «Libro Blanco sobre la modernización de las reglas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado» (DOCE n.º C 132), al destacar entre las virtudes del Reglamento n.º 17:

- la creación de una cultura de competencia en la Comunidad, pues en la actualidad el Derecho «*antitrust*» no es —como acontecía en 1962— un cuerpo normativo exótico, sino que se ha integrado plenamente en el acervo jurídico comunitario, que ve en tales normas el instrumento para la preservación y defensa de un valor de primer orden para la construcción de la hoy Unión Europea, cual es la competencia.
- la elaboración de un «corpus» unitario, no solo normativo, sino también jurisprudencial y doctrinal en materia de Derecho de la Competencia que permite a nuestros empresarios evaluar las normas de competencia.

Sin embargo, también ha producido efectos negativos y entre éstos es preciso citar, por una parte, la carga burocrática que supone para las empresas el deber de notificar los acuerdos que pretenden beneficiarse de la exceptuación, notificación que, además, exonera de sanciones a los acuerdos, si no fueran susceptibles de exceptuación. Por otra parte, se hace preciso aludir a la gran carga de trabajo que arroja sobre los hombros de la Comisión, pues ésta se ve forzada a dedicar tiempo y esfuerzos a las notificaciones que han de hacerse y a resolver las, consecuentemente numerosas, solicitudes de exceptuación, en detrimento de la persecución e investigación de las grandes restricciones de la competencia. Por último, tampoco puede desconocerse una importante consecuencia de todo lo

anterior: un sensible retraso de la Comisión en la resolución de los expedientes sometidos a su consideración en materia de competencia; retraso que ya en 1962 se preveía y para lo cual se articuló la figura de las certificaciones negativas (art. 2 del Reglamento n.º 17), que tenía la misión no solo de contribuir a la seguridad jurídica de los empresarios, sino también de aligerar su trabajo, evitando el más largo y complejo procedimiento administrativo de exceptuación, pero que no fue bastante, pues pronto hubo de recurrir la Comisión a instrumentos ciertamente no muy ortodoxos, cuales son las denominadas «*comfort letters*» (cartas de archivo o cartas administrativas), esto es, una carta suscrita por un funcionario de la Dirección General de Competencia en la que afirma que «no se van a entablar acciones por la Comisión en relación con un acuerdo o práctica determinada», manifestación que no vincula a las autoridades ni a los tribunales nacionales, ni a terceros, sino, todo lo más, a la Comisión, siempre que no aparezcan datos nuevos o que un pronunciamiento judicial haya constatado un error en la aplicación del Derecho.

Si el sistema instaurado por el Reglamento n.º 17 generó ya desde los primeros tiempos retrasos en la aplicación del Derecho «*antitrust*», éstos, cuarenta años después, se han incrementado significativamente y en una predicción razonable, con veinticinco Estados miembros, en vez de los seis iniciales, los retrasos serán insostenibles. Por otra parte, la seguridad jurídica que podía ofrecer la aplicación centralizada por la Comisión y el sistema de autorización previa han perdido gran parte de su sentido hoy, pues ya existe un «*corpus*» doctrinal y jurisprudencial en la materia, fruto de la labor de la Comisión y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Primera Instancia, que forma parte del acervo de los juristas europeos.

Pero, además, no puede pasarse por alto un dato significativo. Tras cuarenta años, el mercado común es una realidad; el Derecho «*antitrust*» no tiene que estar orientado básicamente, como en un principio, a la construcción del mercado, evitando se levanten barreras artificiales; y tampoco precisa por tanto unos planteamientos rígidamente formales, como los que desde los inicios informaron su aplicación. El Derecho «*antitrust*» ha ido asumiendo desde finales de la década de los ochenta un «*approach*» más economicista: no se trata tanto (con ser importante) de constatar si se limita o coarta la libertad empresarial de los operadores económicos, sino de verificar sus efectos sobre la competencia en el mercado y ciertamente este enfoque supone un menor número de acuerdos prohibidos.

Todo ello motivó la publicación en 1999 de un Libro Blanco sobre la modernización de las reglas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado que fue el antecedente de la proposición de la Comisión de diciembre del año 2000, la cual tras distintas vicisitudes ha culminado en el Reglamento 1/2003.

III. EL NUEVO MODELO DE PROHIBICIÓN DE LAS «ENTENTES»

El artículo 1 del Reglamento n.º 1/2003 dice:

«1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.»

Si se compara el precepto transcrito con lo establecido en los artículos 1 y 2 del Reglamento n.º 17, el cambio producido es significativo. Dejando a un lado el artículo 82 TCE que no se ha visto alterado, la aplicación del artículo 81 ha experimentado un importante cambio, pues el mismo se aplica en bloque. Es decir, si bajo el imperio del anterior Reglamento la prohibición del apartado 1 del citado precepto entraba en juego automáticamente sin necesidad de previa declaración (prohibición «*a priori*»), siempre que concurrieran los requisitos contenidos en la norma, mientras que la excepción del apartado 3 precisaba la previa declaración de la Comisión, para lo cual los acuerdos habían de notificarse a ésta (art. 4 Reglamento n.º 17), ahora la situación es otra. Los apartados 1 y 3 del artículo 81 no se aplican en momentos distintos, sino simultáneamente y sin necesidad de ninguna declaración previa: un acuerdo, decisión o práctica concertada está prohibido si, incurso en el apartado 1, no cumple las

condiciones del apartado 3 del artículo 81 y no estará prohibido si, a pesar de estar incurso en el apartado 1 del aludido precepto, cumple las condiciones del apartado 3 del mismo.

De un sistema de prohibición con autorización previa, se ha pasado —utilizando los términos empleados por el Preámbulo del nuevo Reglamento, a un sistema o modelo de prohibición con exceptuación legal. La autoridad «*antitrust*» no va a intervenir «*a priori*» para declarar o autorizar la exceptuación; ésta se produce automáticamente (si se reúnen las condiciones precisas) y la autoridad «*antitrust*» se reserva la potestad de verificar «*a posteriori*» la correcta aplicación de la norma.

Las consecuencias de este importante cambio son evidentes: Por una parte, desaparece la exigencia de la notificación de los acuerdos que pretendieran ampararse en la exceptuación del apartado 3 del artículo 81. No puede desconocerse que, al margen de la carga burocrática que suponía para las empresas y para la Comisión, la notificación era en los últimos tiempos utilizada por las empresas con gran frecuencia para «blindarse» frente a actuaciones de las autoridades «*antitrust*» nacionales, amparándose en la competencia (exclusiva) de la Comisión en materia de exceptuaciones y en la gran lentitud de los trámites ante la Comisión. Por otra parte, la desaparición de la notificación obligatoria daba lugar a que quedara carente de sentido el monopolio de la Comisión para la aplicación del apartado 3 del artículo 81, el cual va a ser aplicado en su integridad tanto por la autoridad «*antitrust*» comunitaria, como por las autoridades nacionales, frente a las que las empresas inculpadas de una infracción del artículo 81 podrán invocar ya la concurrencia de los requisitos que integran la exceptuación.

El cambio producido ha merecido en términos generales valoraciones positivas, pero también —aunque sin duda en menor medida— ha suscitado algunos recelos. Estos provienen de la «inseguridad jurídica» que la falta de notificación podría suscitar en los operadores económicos ante la incertidumbre sobre la licitud o no de un acuerdo, en razón a si en él concurren o no tanto los requisitos del apartado 1 como los del apartado 3 del artículo 81. Por este motivo, durante los trabajos preparatorios del Reglamento, se planteó la posibilidad de instaurar un sistema de notificación facultativa de acuerdos a la Comisión, a fin de que ésta pudiera pronunciarse sobre su compatibilidad con el artículo 81, lo que permitiría a los interesados oponerlo frente a actuaciones de las autoridades nacionales.

Tales pretensiones no prosperaron, pues la Comisión busca con el Reglamento que nos ocupa descentralizar la aplicación del Derecho «*antitrust*» y en modo alguno quiere facilitar vías para bloquear la actuación de las autoridades nacionales. En este sentido, la Comisión entiende que cuatro décadas en la aplicación del Derecho «*antitrust*» comunitario aportan un bagaje suficiente para el conocimiento de ese sector del ordenamiento, reflejado en las decisiones adoptadas, en los reglamentos de exención por categorías y en las Directrices ya publicadas por la Comisión [en relación a la aplicación del artículo 81 a los acuerdos verticales (DOCE n.º C 291 de 13 de octubre de 2000) y a los acuerdos horizontales (DOCE n.º C 3 de 6 de enero de 2001)], con independencia de las que se publiquen en el futuro. Aunque, como se expresaba ya en el Libro Blanco, la Comisión tiene la intención de profundizar en la línea ya emprendida de Comunicaciones y Directrices para facilitar a los interesados la aplicación de los preceptos citados, se ha reservado en el artículo 10 del Reglamento la posibilidad, cuando así lo requiera el interés público comunitario relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, de «declarar mediante decisión adoptada de oficio que el artículo 81 del Tratado no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. La Comisión podrá igualmente hacer esta declaración con arreglo al artículo 82 del Tratado».

Vinculado a la temática de la incidencia del cambio del modelo de prohibición de las «ententes» en la seguridad jurídica, se plantea su impacto sobre la carga de la prueba. El nuevo Reglamento no supone alteración alguna y así lo constata su artículo 2 que se limita a codificar la doctrina al respecto establecida ya con anterioridad por el TJCE, estimando que en el nuevo modelo la misma no vulnera la presunción de inocencia. En este sentido, como dice el artículo 2 del Reglamento

«la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

IV. LA CONCURRENCIA DEL DERECHO NACIONAL Y DEL DERECHO COMUNITARIO

Bajo la vigencia del Reglamento n.º 17, cuando a un supuesto de hecho era de aplicación tanto el Derecho «*antitrust*» nacional como el comunitario, la doctrina de la «doble barrera», consagrada ya prontamente (STJCE de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm*), permitía la aplicación de ambos órdenes normativos a un mismo supuesto de hecho, siempre que la aplicación del Derecho nacional no pusiera en cuestión la plena eficacia del Derecho comunitario, en razón a la primacía de éste. Esta primacía del Derecho comunitario *de facto* se veía facilitada por la posibilidad abierta a las empresas de bloquear la aplicación del Derecho nacional mediante la notificación del acuerdo en cuestión a la Comisión, dotada de competencia exclusiva para la aplicación del artículo 81.3 TCE, lo que provocaba la exclusión de la aplicación del Derecho nacional a favor del comunitario.

El nuevo Reglamento ofrece una perspectiva diferente. Por una parte, la Comisión carece ya de monopolio para aplicar el artículo 81.3 TCE. Los artículos 81 y 82, en su integridad, pueden ser aplicados también por las autoridades nacionales que, en consecuencia, son competentes para la aplicación del Derecho nacional y del comunitario y las empresas no pueden ya forzar la intervención de la Comisión, sino que, incoado expediente por la autoridad nacional en base al Derecho nacional, son las empresas encausadas quienes deberán acreditar que el Derecho comunitario (en caso de que fuera aplicable) conduce a una conclusión diferente. En un momento en el que hay fuertes tendencias a recortar la actuación comunitaria a favor de las nacionales y con una no siempre correcta interpretación del principio de subsidiariedad, era posible temer —y así lo manifestó el Parlamento europeo— una nacionalización de la política de competencia, en detrimento de la necesaria visión comunitaria. Por otra parte, no puede ignorarse que, si bien bajo el Reglamento n.º 17 la doctrina jurisprudencial vetaba a las autoridades nacionales autorizar una práctica o acuerdo prohibido por el Derecho comunitario o, incluso, prohibir un acuerdo que hubiere sido exceptuado al amparo del artículo 81.3 TCE, nunca se planteó la jurisprudencia comunitaria (pues la posibilidad de notificar a la Comisión los acuerdos suponía un importante freno) la posibilidad de que un acuerdo lícito a la luz del Derecho Comunitario pudiera ser prohibido

por el Derecho nacional, si bien a nivel doctrinal la respuesta positiva era la dominante.

Ante esta situación el nuevo Reglamento no ha seguido la línea apuntada en un principio por la propuesta de la Comisión, consistente en excluir la aplicación del Derecho nacional a los acuerdos y prácticas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros. Pese a la simplificación que tal regla aportaba a los operadores económicos, la misma planteaba una importante dificultad, cual es la necesidad de determinar, como cuestión previa, si el acuerdo o la práctica en cuestión era o no susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros.

Esta incuestionable dificultad y los inevitables recelos nacionalistas explican la redacción final del artículo 3 del Reglamento, a cuyo tenor:

«1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado.

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados

miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado.»

La citada regla implica que cuando las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales nacionales se enfrenten en la aplicación del Derecho nacional a prácticas colusorias o abusivas, habrán de aplicar también el Derecho Comunitario si tales prácticas son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y, consecuentemente, dada la primacía del Derecho comunitario, el Derecho nacional no podrá perjudicar la plena efectividad del comunitario. Esto supone que si el Derecho comunitario prohíbe un determinado comportamiento el Derecho nacional no lo puede contradecir; por supuesto, si las prácticas en cuestión no son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros, el Derecho comunitario no entrará en juego y solo será de aplicación el Derecho nacional.

Pero el nuevo Reglamento va más allá y quiere eliminar todas las dudas en punto a la primacía del Derecho comunitario. Por ello el apartado 2 de su artículo 3 se ocupa del que se ha dado en llamar aspecto positivo de la prohibición del artículo 81 TCE, indicando que cuando un acuerdo, decisión o práctica concertada no sea prohibido por el Derecho comunitario, bien por no estar incurso en el apartado 1 del artículo 81, bien por concurrir en él los requisitos del apartado 3 del aludido precepto, la aplicación del Derecho nacional no puede conducir a su prohibición. De lo expuesto resulta que la aplicación de la ya clásica doctrina de la «doble barrera» a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contempladas por el artículo 81 es más formal que sustancial, pues el Derecho nacional en ningún caso podrá provocar un resultado diferente al determinado por el Derecho comunitario. Consecuentemente, los acuerdos susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros van a ser objeto de una valoración uniforme en toda la Comunidad, pues los Derechos nacionales eventualmente aplicables no podrán contradecir al Derecho comunitario. En último término, no parece ser ajeno a esta toma de postura el «*new approach*», más económico y menos formalista, presente en la aplicación del artículo 81 TCE que exige la contemplación del total mercado comunitario.

La regla anteriormente referida juega en relación a restricciones de la competencia fruto de la concertación empresarial, pero no para las que son

fruto de *comportamientos unilaterales*. Así lo indica el último inciso del apartado 2 del artículo 3 del nuevo Reglamento, de modo que un comportamiento empresarial de carácter unilateral, no prohibido por el artículo 82 TCE, sea porque la empresa no ostenta posición de dominio, sea porque, aun ostentándola, no tiene carácter abusivo a la luz del Derecho comunitario, puede ser sancionado por un más riguroso Derecho nacional. A estos efectos, debe tenerse presente, por una parte, el carácter absoluto de la prohibición del abuso de posición dominante, en ningún caso susceptible de exceptuación, en contraste con la regla del artículo 81, por lo que no perjudica al mercado comunitario la aplicación por los ordenamientos nacionales de una más estricta disciplina a empresas que poseen dominio de mercado (lo que, por definición, significa que no están expuesta a una competencia sustancial en el mercado). Y similares consideraciones cabe hacer, como recuerda el Considerando 8 del Preámbulo del Reglamento, respecto de los comportamientos abusivos de empresas con poder de mercado (no dominio de mercado, en el sentido del art. 82 TCE), que son sancionados, por ejemplo por la LDC (art. 6.1 b), permaneciendo en cambio impunes para el Derecho comunitario. Por otra parte, no debe desconocerse que los comportamientos unilaterales suelen ser frecuentemente de ámbito nacional, con una incidencia menor en el conjunto de la Comunidad; pero, sin perjuicio de ello, parece también claro que el consenso político logrado en relación a los acuerdos contemplados en el artículo 81 TCE no pudo ser extendido también a los comportamientos unilaterales.

El citado artículo 3 del Reglamento recoge en su apartado 3 la puntualización de que las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del mismo no impedirán a los Estados miembros aplicar las disposiciones de su Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los arts. 81 y 82 y, a estos efectos, el considerando 9 del Preámbulo alude expresamente a la normativa «que prohíba o sancione actos de competencia desleal, tanto unilaterales como contractuales», pues —sigue diciendo el Preámbulo— «esa legislación persigue un objetivo concreto, con independencia de los efectos reales o supuestos de los citados actos en la competencia en el mercado», poniendo el ejemplo de las normas que prohíben a las empresas «imponer a sus socios comerciales y obtener o intentar conseguir de ellos términos y condiciones injustificados, desproporcionados o sin contrapartida». Quizá la referencia del Preámbulo a la competencia desleal sea excesivamente imprecisa, pues, dado el bien jurídico protegi-

do tanto por el Derecho «*antitrust*» como por el Derecho contra la competencia desleal, no siempre va a resultar fácil discriminar los ámbitos de uno y otro.

V. LAS FACULTADES DE LA COMISIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

El nuevo planteamiento adoptado por el Reglamento en punto a la aplicación del artículo 81 TCE ha dejado carentes de sentido las decisiones de autorización singular, conforme al artículo 81.3 TCE, y las certificaciones negativas del artículo 2 del Reglamento n.º 17, en cuanto que unas y otras tenían como presupuesto la notificación de los acuerdos, que ha desaparecido. Subsiste, sin embargo la facultad de la Comisión para aplicar, a través de los oportunos Reglamentos de exceptuación en bloque, el artículo 81.3 TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, pues mantienen su vigencia los Reglamentos del Consejo n.º 19/65 (de 2 de marzo de 1965), 2821/71 (de 20 de diciembre de 1971), 3976/87 (de 14 de diciembre de 1987), 1534/91 (de 31 de mayo de 1991) y 479/92 (de 25 de febrero de 1992) que la habilitan.

En el modelo introducido por el Reglamento que nos ocupa, la principal función de la Comisión es la represión de las infracciones cometidas a los arts. 81 y 82 TCE y así su artículo 7, siguiendo la pauta ya contenida en el artículo 3 del Reglamento n.º 17, indica que «cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar, mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada». Nada nuevo aparece en el fragmento transcrito de la norma, pero lo que sí es una novedad importante es, por una parte, la expresa mención en el aludido precepto de que la decisión que constate la infracción imponga a la empresa o empresas implicadas medidas (el Reglamento utiliza la expresión «remedios») de carácter estructural y, por otra, la posibilidad de que el expediente de infracción concluya, conforme al artículo 9 del Reglamento, mediante la aceptación por la Comisión de compromisos ofertados por las empresas implicadas.

En lo concerniente a las medidas o remedios estructurales, el nuevo Reglamento clarifica y acaba con las dudas que en el pasado había suscitado este tema. La Comisión para poner fin a la infracción constatada puede

imponer a las empresas involucradas medidas de comportamiento o medidas estructurales; unas y otras han de estar informadas por el principio de proporcionalidad en relación al objetivo perseguido, que no es otro sino poner fin a la infracción. En este sentido la alteración de la estructura de la empresa, tal como era antes de la infracción, solo se ajustará al criterio de proporcionalidad en la medida en que de la propia estructura se derive un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada. Pero, en todo caso, las medidas o remedios de carácter estructural tienen carácter subsidiario respecto de las medidas de comportamiento: «los remedios estructurales —dice el artículo 7.1 del Reglamento— solo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente», pues se presumen más gravosos o perjudiciales para la empresa en cuestión. Por esta razón, «cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural», tendrán preferencia las medidas de carácter estructural.

El nuevo Reglamento acoge, asimismo, en el artículo 9 las denominadas decisiones de aceptación de compromisos. Se trata con ello de reflejar a nivel normativo una práctica seguida ya en la actualidad por la Comisión, ante infracciones de no excesiva gravedad o cuya ilicitud suscita dudas. En estos supuestos, la Comisión, ante los compromisos propuestos por las empresas implicadas, ha aceptado en ocasiones poner fin al procedimiento abierto; sin embargo, el mecanismo seguido hasta hoy implicaba que si las empresas no respetaban sus compromisos, la vía que la Comisión había de seguir no era otra sino reabrir el procedimiento y probar la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 TCE.

La modificación que introduce el artículo 9 del Reglamento consiste en que la Comisión puede aceptar en su decisión los compromisos propuestos por las empresas, convirtiéndolos en obligatorios para éstas. Contenido de la decisión, pues, no va a ser una declaración de infracción o una declaración de no infracción, sino los compromisos, cuya inobservancia generará la imposición de las oportunas multas sancionatorias y coercitivas. Para la Comisión estas decisiones presentan el atractivo de su mayor rapidez y el de un presumiblemente menor índice de recursos, pues no en vano el contenido de las mismas se apoya en la propuesta formulada por la empresa o empresas en cuestión. Para éstas la ventaja de tales decisiones residirá —además de en su rapidez— en que no contienen una declaración de infracción y, por tanto, esa decisión no puede constituir punto

de partida para el eventual ejercicio por terceros de acciones de indemnización de daños y perjuicios.

«Las decisiones relativas a los compromisos —dice el Considerando 13 del Preámbulo del Reglamento— se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo». Y es que no puede olvidarse que tales decisiones no contienen pronunciamiento respecto de la existencia o no de infracción, de modo que las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales conservan sus facultades al respecto, pudiendo hacer el pronunciamiento pertinente, si bien no podrán afectar a los compromisos propuestos por las partes y aceptadas por la Comisión.

Aunque, como ya se ha apuntado, las viejas decisiones de excepción o las declaraciones negativas carecen de sentido en el nuevo Reglamento, al haberse adoptado, en relación al artículo 81 TCE, un modelo de prohibición con excepción legal, que opera sin necesidad de declaración previa y al haberse eliminado la notificación de acuerdos, el artículo 10 del Reglamento da acogida a unas decisiones («declaraciones de inaplicabilidad» es la denominación que les atribuye el Reglamento) que evocan las antes citadas. No cabe duda de que, *prima facie*, las mismas pueden estimarse un cuerpo extraño en el modelo diseñado por el Reglamento, pero tales decisiones (ya mencionadas en el Libro Blanco) constituyen un instrumento más en la función que se asigna la Comisión de facilitar la aplicación del Derecho «antitrust». En efecto, en la actualidad son las empresas quienes deben valorar que sus actos no contravienen los artículos 81 y 82 TCE y para ello no disponen ya del mecanismo de la notificación que en todo caso les ponía al abrigo de multas; la Comisión pone a su disposición, no solo la práctica de cuarenta años de aplicación del Derecho «antitrust» comunitario, los reglamentos de excepción y las Directrices y Comunicaciones publicadas y que se publiquen en el futuro, sino que se reserva la facultad, al amparo del artículo 10 del nuevo Reglamento, de declarar mediante decisión adoptada de oficio, que el artículo 81 TCE no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de una asociación de empresas o a una práctica concertada, y lo mismo cabe decir respecto del artículo 82 TCE. Obsérvese que las similitudes con las decisiones de excepción y las certificaciones negativas previstas en el viejo Reglamento n.º 17 son meramente formales, pues en el nuevo Reglamento las declaraciones de inaplicabilidad del artículo 10 no pueden ser instadas por las empresas, sino que son decisiones adoptadas de oficio,

que solo competen a la Comisión (no a las autoridades nacionales, como se infiere de la lectura del art. 5 del Reglamento), en razón a la función que a la misma corresponde de dar orientaciones para la aplicación del Derecho de la competencia destinadas tanto a las empresas como a las autoridades nacionales.

El nuevo Reglamento se ocupa, al igual que el anterior, de las facultades de que goza la Comisión para la aplicación del Derecho «*antitrust*». Los poderes de la Comisión a estos efectos han dado lugar desde tiempo atrás a un intenso debate, relativo en gran medida a su conformidad o no con el debido respeto a los derechos fundamentales, que en todo caso la Comisión estima que no son vulnerados.

En punto a las solicitudes de información el artículo 18 faculta a la Comisión a exigirla, bien por simple carta, bien mediante decisión; en comparación con el Reglamento n.º 17, el nuevo Reglamento permite acudir directamente a la decisión, sin necesidad de haber realizado una previa solicitud que resultó infructuosa.

Las facultades de inspección e investigación son reforzadas respecto de las vigentes en concretos puntos. Por una parte, los agentes de la Comisión podrán acceder, conforme al artículo 21 del Reglamento, a locales no estrictamente empresariales (incluido el domicilio del empresario y directivos), si hubiere sospechas razonables de que en los mismos se encuentran libros o documentos relevantes para acreditar una infracción grave. Por otra parte, los inspectores comunitarios podrán precintar los locales de la empresa durante el tiempo necesario para la inspección que, como señala el Preámbulo del Reglamento (Considerando 25), «normalmente no excederá de 72 horas» y, por último, en el curso de las inspecciones los agentes de la Comunidad pueden plantear cuestiones y solicitar explicaciones sobre cualquier hecho en relación con el objeto de la inspección a cualquier representante o miembro del personal de la empresa que señalen los inspectores, sin perjuicio de que la empresa pueda en un plazo dado rectificar o corregir las respuestas inexactas o incompletas facilitadas en tales circunstancias por sus colaboradores.

Los poderes de inspección están sujetos al control jurisdiccional, tanto del TJCE, respecto a la legalidad de la decisión de la Comisión, como de los Tribunales nacionales a quienes compete verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y la proporcionalidad de las medidas contempladas en relación con el objeto de la inspección, en los casos en que se solicite por los agentes comunitarios, conforme al Derecho nacional,

un mandamiento judicial para poder realizar la inspección pretendida (incluso con el auxilio de la fuerza pública).

También el apartado de las sanciones a imponer por la Comisión se ha visto modificado por el nuevo Reglamento, si bien en aspectos muy concretos que dejan subsistentes los rasgos generales presentes en el todavía hoy vigente. Así, se mantiene en el diez por ciento del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio anterior el límite de las multas sancionadoras, impuestas por la infracción de los artículos 81 u 82 TCE o por contravenir una decisión que aprueba compromisos conforme al artículo 9 o impone medidas cautelares.

Sin embargo, se fija en el cinco por ciento del volumen de negocios medio diario (en la regulación todavía vigente su importe oscila entre 50 y 1000 euros por día y por obligación incumplida) el límite máximo de las multas coercitivas, esto es, de las que pueden imponerse por cada día de retraso en el cumplimiento de obligaciones impuestas en una decisión, como no poner fin a una infracción, incumplir las medidas cautelares impuestas o los compromisos aprobados, no proporcionar la información requerida o la resistencia a la inspección. Igualmente, las infracciones relativas al deber de colaborar con la Comisión (art. 23.1) durante la instrucción del expediente son sancionadas con multas de hasta el uno por ciento del volumen total de negocio realizado durante el ejercicio anterior, abandonado la horquilla entre 100 y 5000 euros establecida en la precedente regulación.

No obstante, la principal novedad del Reglamento en el contexto sancionatorio, haya de verse en relación con las asociaciones de empresas. El artículo 23.4 del Reglamento impone responsabilidad solidaria (limitada al 10 % del volumen total de negocios realizado por cada una en el ejercicio anterior) a las empresas miembros de una asociación de empresas por las multas que a esta asociación haya impuesto la Comisión por violación del Derecho «*antitrust*». Se trata también de una responsabilidad subsidiaria, pues entra en juego cuando sea insolvente la asociación y sus miembros no realicen en el plazo fijado las aportaciones a favor de ésta necesarias para el pago; en tal caso la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a cualquier empresa cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno (entiendo que la referencia debe entenderse hecha al órgano de administración y representación, esto es, Junta Directiva, Comité ejecutivo, etc... y no a la Asamblea de miembros) de la asociación y, una vez hecho tal requerimiento de pago, podrá exigir a cual-

quier otro miembro de la asociación la suma precisa para asegurar el pago del importe total de la multa. Dos puntualizaciones son de interés a este respecto: La primera es que el precepto citado exonera de responsabilidad «a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ello antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso», creando así serios incentivos para frustrar la efectividad de la restricción a la competencia. La segunda es que, siendo la aludida responsabilidad de las empresas miembros de la asociación el resultado de la normativa comunitaria, habrá de atenderse a la específica naturaleza jurídica de la asociación de empresas, conforme al Derecho nacional, para establecer el derecho de regreso de la empresa o empresas que hayan satisfecho el importe de la multa frente a la asociación y, en su caso, los demás miembros de ésta.

VI. LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

El cambio de modelo de prohibición que recoge el nuevo Reglamento ha tenido una clara incidencia en la asignación de competencias para la aplicación del Derecho «*antitrust*». Las autoridades nacionales de competencia son —conforme al artículo 5 del Reglamento competentes para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado «*en asuntos concretos*», derogando así las reglas contenidas en el artículo 9 del viejo Reglamento n.º 17, y el artículo 6 del mismo, en términos más concisos, dice que «los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado», dando de este modo acogida a nivel normativo y ajustada a los planteamientos del nuevo Reglamento a la doctrina sentada ya tiempo atrás por el TJCE, en relación a la aplicación por los Tribunales nacionales de los arts. 81 y 82 TCE.

Efectivamente, al desaparecer la reserva a favor de la Comisión para la aplicación del artículo 81.3 TCE, desaparecen las trabas para la plena aplicación en su integridad de los arts. 81 y 82 TCE por las instancias nacionales, lo que permitirá aliviar la importante carga de trabajo que pesa sobre la Comisión, liberándola de tareas accesorias y posibilitando que dedique sus recursos a su genuina tarea: la lucha contra las grandes restricciones de la competencia. En este sentido, es preciso reconocer que

desde tiempo atrás las autoridades comunitarias habían manifestado su interés por potenciar la aplicación del Derecho comunitario por las instancias nacionales, cuya actuación tiene, además, la indudable ventaja de su mayor proximidad al justiciable y de reflejar la realización del principio de subsidiariedad, sin perjuicio, por otra parte, de que los Tribunales nacionales pueden otorgar indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las lesiones de la competencia (cosa que está vedada a la Comisión y autoridades —administrativas— nacionales).

La diversidad de instancias competentes a nivel nacional para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE suscita diversas cuestiones que el nuevo Reglamento contempla con diversa fortuna. A estos efectos, se atenderá separadamente a las planteadas por la concurrencia de autoridades nacionales de competencia y de la Comisión y a las planteadas por la intervención de los Tribunales ordinarios.

A) En lo concerniente a la concurrencia de las diversas autoridades de competencia y de la Comisión, la primera cuestión que se plantea es la relativa a la distribución o reparto de los asuntos entre ellos. Punto de partida para la respuesta es, por una parte, que el Reglamento asigna a todas las autoridades nacionales competencias para aplicar los arts. 81 y 82 TCE; por otra, que los efectos de las decisiones que eventualmente emitan las autoridades nacionales quedan circunscritos a su territorio y, por último, que la Comisión, en cuanto responsable última de la política de competencia de la Comunidad, no puede ver restringida su capacidad de intervenir en estos asuntos. Con estos elementos, el artículo 11 del Reglamento articula un sistema de colaboración entre las autoridades nacionales y la Comisión («red de autoridades públicas que apliquen las normas de competencia comunitarias» es, la expresión utilizada por el Considerando 15 del Preámbulo), a cuyo través han de encontrar respuesta las distintas cuestiones que se suscitan.

En el marco de esa red, la Comisión seguirá facilitando (como establecía el art. 10.1 del Reglamento n.º 17) a las autoridades nacionales la documentación más importante que haya recopilado con vistas a la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE y remitirá a la autoridad nacional que lo solicite copia de otros documentos existentes que sean necesarios para la apreciación del asunto (art. 11.2). Por su parte las autoridades nacionales deberán informar a la Comisión (y potestativamente también a las autoridades de los demás Estados miembros) por escrito antes de iniciar las primeras diligencias de investigación o inmediatamente después de ini-

ciadas (art. 11.3); asimismo, con al menos 30 días de antelación a la adopción de una decisión que ordene la cesación de una infracción, acepte compromisos o retire la cobertura de un reglamento de exceptuación por categorías, la autoridad nacional informará a la Comisión (y potestativamente a las otras autoridades nacionales), facilitando un resumen del asunto y el texto de la decisión previstas y cualesquiera otros documentos que solicite la Comisión (art. 11.4).

Este amplio intercambio de información constituye la base para la asignación de los asuntos entre las distintas autoridades nacionales y la Comisión. Esta posee primacía, pues, conforme al artículo 11.6 del *Reglamento* «la incoación de un procedimiento por la Comisión... privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado», pudiendo la Comisión avocar su competencia, aunque ya esté conociendo la autoridad nacional (si bien previamente debe consultar a ésta). Entre las autoridades nacionales no hay jerarquización ni primacía alguna: todas pueden conocer y el Reglamento (art. 13) las faculta a desestimar la denuncia recibida o a suspender el procedimiento incoado de oficio con el argumento de que ya está instruyendo el expediente otra autoridad nacional.

Parece evidente que el conocimiento del asunto debe asumirlo la autoridad del Estado donde se localizan los efectos de la actuación anticompetitiva. Si tales efectos se manifestaran en más de dos o tres Estados miembros, sería aconsejable que fuera la Comisión quien se ocupara del conocimiento del asunto; ahora bien, no cabe excluir una aplicación concurrente por varias autoridades nacionales del Derecho comunitario a unos mismos supuestos de hecho: el riesgo de aplicación divergente es obvio y el intercambio de información, las consultas de las autoridades implicadas entre sí y con la Comisión y, en su caso, la entrada en juego del Comité consultivo previsto en el artículo 14 del Reglamento, son los instrumentos que deben evitar resoluciones divergentes, sin perjuicio de que en un futuro la Comisión pueda dar a la luz comunicaciones, fijando criterios específicos de asignación.

La segunda cuestión que suscita la diversidad de autoridades (la Comisión y las distintas autoridades nacionales) encargadas de la aplicación del Derecho «*antitrust*» comunitario reside en el mayor riesgo de decisiones divergentes, con el consiguiente perjuicio a la coherencia del Derecho comunitario. Se trata de un riesgo real (aunque no nuevo, pues ya el Reglamento n.º 17 faculta a las autoridades nacionales a aplicar los

arts. 81.1 y 82 TCE, sin que se hayan suscitado problemas al respecto) y el Reglamento contiene mecanismos para evitar las divergencias que, no solo hay que verlas en los casos (probablemente escasos) en que dos o más autoridades nacionales conozcan de un mismo supuesto de hecho, sino sobre todo en aquellos supuestos en que una decisión (o proyecto de decisión) se separe o contradiga doctrina consolidada al respecto.

A estos efectos, hay que citar la regla —ya citada— del artículo 11.4 del Reglamento que obliga a las autoridades nacionales antes de la adopción de una decisión que ordene la cesación de una infracción, acepte compromisos o retire una excepción otorgada al amparo de un reglamento, a facilitar a la Comisión con 30 días de antelación al menos una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión proyectada. De este modo, pueden abrirse consultas entre las autoridades (comunitarias y nacionales) e incluso tal cuestión puede ser incluida en el orden del día del «Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes» (art. 14.7 del Reglamento), contándose siempre con el recurso último previsto en el artículo 11.6 del Reglamento y consistente en que la Comisión avoque para sí el conocimiento del caso.

La regla del artículo 11.6 del Reglamento que se traduce en la sustracción de la competencia a la autoridad nacional, ha suscitado algunas reservas cuando la autoridad nacional de competencia (como sucede en algún Estado miembro) tiene naturaleza jurisdiccional. No se trata tanto de que el derecho del justiciable a un juez imparcial (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 6 de la Convención europea para la protección de los Derechos humanos) sea lesionado, pues contra la decisión de la Comisión cabe recurso ante los Tribunales, sino más bien del hecho de que la Comisión (en último término, Administración) se imponga a un órgano jurisdiccional, poniendo así en cuestión el principio de división de poderes. De ahí que el artículo 35.4 del Reglamento recorte la eficacia del artículo 11.6 de éste, cuando la autoridad nacional de competencia esté integrada por una autoridad judicial decisora, a la que presenta sus conclusiones un ente instructor. En este caso, el destinatario de lo establecido en el artículo 11.6 será solo la autoridad instructora, que «retirará su demanda, poniendo así fin efectivo al procedimiento nacional ante la autoridad judicial, cuando la Comisión incoe su propio procedimiento».

Pasando por alto la disciplina que el artículo 12 del Reglamento introduce respecto a la utilización en otros procedimientos y bajo qué con-

diciones de la información confidencial intercambiada entre la Comisión y las autoridades nacionales, es preciso atender a las consecuencias que se derivan de la expresa atribución por el Reglamento de competencia a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar los artículos 81 y 82 TCE

B) En lo concerniente a los *Tribunales nacionales* («órganos jurisdiccionales nacionales», como dice el Reglamento) hay que recordar que, aunque el anterior Reglamento no se ocupaba de los mismos, hasta el punto de que ni siquiera los mencionaba, ello no fue óbice para que los Tribunales ordinarios se vieran prontamente enfrentados a cuestiones de Derecho *antitrust* comunitario, bien para resolver temas de validez contractual respecto de acuerdos presuntamente afectados por el artículo 81, bien para dar respuesta a pretensiones de resarcimiento de daños originados por conductas que pudieran incurrir en las prohibiciones de los arts. 81 y 82 TCE. Por tal razón, desde fechas tempranas el TJCE declaró la competencia de los Tribunales nacionales en este ámbito. Así, en 1972 en el asunto denominado «*Brasserie de Haecht*» el TJCE declaró que:

«las autoridades jurisdiccionales tienen competencia, en virtud del efecto directo del artículo 85.2, para sancionar los acuerdos y decisiones prohibidas en virtud de la constatación de su nulidad de pleno derecho»

y poco tiempo después en la sentencia de 30 de enero de 1974 (caso *BRT/Sabam*) dijo el TJCE que las prohibiciones de los —entonces— arts. 85 y 86 del Tratado

«producen directamente derechos a favor de los justiciables que deben salvaguardar las jurisdicciones nacionales».

Doctrina que se ha reiterado en otros diversos pronunciamientos entre los que es de reseñar el denominado caso *Delimitis* (sentencia de 28 de febrero de 1991) donde puede leerse que

«la Comisión no dispone de competencia exclusiva para aplicar el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86. A este respecto, comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales su competencia para aplicar estos preceptos. Como este Tribunal de Justi-

cia precisó en la sentencia de 30 de enero de 1974, BRT (127/73, Rec. pág. 51), el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente a favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar».

La posibilidad, pues, de que los tribunales ordinarios de los Estados miembros apliquen el Derecho *antitrust* comunitario (en particular, los arts. 81 y 82) está en la doctrina y jurisprudencia comunitarias fuera de toda duda (sin perjuicio de que en la realidad española hasta fechas tardías no haya obtenido el pleno reconocimiento). Pero no cabe duda de que tal aplicación no fue frecuente, pues suscitaba diversos problemas derivados,

- por una parte, de la propia peculiaridad de la materia, repleta de valoraciones económicas y muy ligada a la —variable— coyuntura de la política de competencia;
- por otra parte, de la necesidad de coherencia en la interpretación de los arts. 81 y 82 del Tratado, dada la diversidad de instancias que los aplican y dado el relevante papel en ello de la Comisión;
- y por último, del (importante) dato de que los tribunales nacionales aplicaban el artículo 81.1, pero no el párrafo 3 del mismo, que quedaba reservado en exclusiva a la Comisión. Ello generaba la consecuencia de que el eventual enjuiciamiento de un acuerdo, presuntamente incurso en la prohibición del artículo 81.1, podía verse enervado por el otorgamiento de una exceptuación al amparo del párrafo 3 y en no pocos casos las empresas utilizaron la vía de la solicitud de la exceptuación a fin de paralizar actuaciones contra ellas.

En todo caso, desde fechas tempranas la Comisión mostró un gran interés en que los órganos jurisdiccionales nacionales se involucraran en la aplicación del Derecho *antitrust*. No solo se trataba de descargar a la Comisión de la importante carga de trabajo que pesaba sobre ella, sino de potenciar determinadas ventajas que para los ciudadanos afectados por la realización de conductas anticompetitivas derivarían de la actuación de los Tribunales, como por ejemplo la posibilidad de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios (lo que ni la Comisión ni las autoridades nacionales de competencia pueden hacer) y por otro lado no cabe desconocer las

ventajas de la mayor proximidad del ente decisor al ciudadano. Todo ello fue determinante para que la Comisión estimara oportuno favorecer la aplicación por los Tribunales del Derecho *antitrust* y, a tal efecto, con fecha 13 de febrero de 1993, el DOCE publicó una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82, en la que proporcionaba una serie de indicaciones para facilitar a los tribunales el enjuiciamiento de supuestos afectados por las citadas normas.

Pese a la buena disposición de la Comisión, era obvio que los Tribunales de justicia en la aplicación de los artículos 81 y 82 se enfrentaban a una importante limitación. Como ya se he apuntado, bajo el viejo Reglamento, el párrafo 3 del artículo 81 sólo podía aplicarlo la Comisión, lo que facilitaba el bloqueo de la actuación de los tribunales cuando se enfrentaban a temas relacionados con el artículo 81. Pues bien, con el nuevo Reglamento tal limitación ha desaparecido. El artículo 6 de éste establece:

«Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado.»

Ahora bien, con ello no quedan resueltos los problemas. Muchas han sido las críticas que durante el tiempo que ha durado la tramitación del nuevo Reglamento se han formulado en relación a la atribución a los tribunales de justicia de plenas facultades para la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE.

En particular, se ha esgrimido contra esta atribución competencial el argumento de la falta de preparación de la magistratura para enjuiciar estas materias, pues los jueces —se ha dicho— carecen de los precisos conocimientos para ello. No es convincente el argumento, pues no puede ignorarse que los jueces nacionales, al aplicar el Derecho comunitario (y el Derecho interno) han de enfrentarse a cuestiones respecto de las que carecen de los específicos conocimientos y en modo alguno se pone en duda la conveniencia de que lleven a cabo el enjuiciamiento de las mismas. Piénsese que los jueces han de valorar si las cuentas anuales de una sociedad muestran la «imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad» o si una invención posee la «novedad» e implica «actividad inventiva» para acceder a la categoría de patente y no parece que el nivel de complejidad sea inferior a la apreciación

de si la competencia en el mercado es impedida, restringida o falseada. Con independencia de los informes periciales que las partes puedan aportar al proceso, es evidente que los tribunales pueden solicitar información y dictámenes a la Comisión, como expresa el artículo 15.1 del Reglamento.

Asimismo, se ha invocado que la atribución de competencia en esta materia a los tribunales ordinarios genera inseguridad jurídica. Al margen de que esta imputación se ha formulado, no tanto en razón de la asignación de competencia a los tribunales nacionales, sino en razón a la descentralización en general y al cambio de modelo de prohibición que el nuevo Reglamento implica con la desaparición de la notificación previa, tampoco es de recibo, pues es obvio que el viejo sistema no era un dechado de perfección. Aunque la notificación de los acuerdos liberaba de sanciones, los retrasos en la resolución y la frecuente utilización de cartas administrativas o de archivo ofrecía importantes vacíos. Un cuerpo doctrinal y jurisprudencial coherente en materia de Derecho *antitrust*, como existe en la Comunidad, ofrece un importante nivel de seguridad jurídica a las empresas; no otro es el sistema estadounidense, donde no se invoca tal argumento.

La posibilidad de decisiones contradictorias en los fallos de los Tribunales nacionales es una posibilidad que no se puede ignorar. Es cierto que existe y sin duda de modo más acentuado que en relación a la descentralización en las autoridades nacionales de competencia, pero tal posibilidad no es motivo suficiente para excluir la competencia de los mismos. Debe recordarse que la situación no es absolutamente nueva, ya que desde tiempo atrás los tribunales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81.1 (no el 81.3) y 82 TCE y no se han manifestado tales indeseables consecuencias, que en todo caso cuentan en el TCE con el instrumento del recurso prejudicial para la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Pero es que, además, el nuevo Reglamento se ocupa de articular vías para eliminar el riesgo de sentencias contradictorias en la aplicación por los tribunales del Derecho «*antitrust*».

En este sentido, en los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, el artículo 15.1 del Reglamento faculta a los órganos jurisdiccionales de los Estados a «solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias». De este modo, las autoridades comunitarias estiman que puede evitarse el riesgo de aplicación no uniforme del Derecho comunitario, toda

vez que, sin mengua de su independencia, los Tribunales pueden requerir el parecer del órgano que tiene específicamente encomendada la política de competencia. Pero no solo pueden los tribunales nacionales requerir informes de la Comisión, sino que el artículo 15.3 del Reglamento articula una figura, mediante la cual la propia Comisión puede presentar, por su propia iniciativa, observaciones escritas (o, con la venia del Tribunal, orales) a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros cuando la aplicación coherente de los artículos 81 y 82 TCE lo requiera. Se trata de la intervención de la Comisión en el proceso, en calidad de *amicus curiae* (no a instancia ni en apoyo de ninguno de los litigantes), con la única finalidad de facilitar a los tribunales datos e informaciones tendentes a lograr una aplicación uniforme del Derecho *antitrust* comunitario. Esta misma capacidad de intervención ante los tribunales nacionales, como *amicus curiae*, se reconoce en el precepto citado a las respectivas autoridades de competencia nacionales con una mayor amplitud («sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado», no solo cuando la aplicación coherente de tales preceptos lo requiera) y, en este sentido, no parece irreal estimar que, en ocasiones, a través de las autoridades nacionales, la Comisión pueda hacer llegar al tribunal nacional su parecer respecto a cuestiones de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

No puede ignorarse que la figura del *amicus curiae* ha sido recibida con recelo en algunos Estados, creyendo ver en ella una suerte de intromisión de la Comisión en la independencia de los Tribunales. Tales temores carecen de fundamento. La normación reglamentaria no pone en ningún caso en cuestión la independencia de los tribunales en el ejercicio de su función, que de ninguna manera están subordinados a la Comisión. Los Tribunales nacionales están sujetos al Derecho comunitario y en la aplicación del mismo no pueden olvidar que es la Comisión el órgano que tiene encomendada la dirección de la política de competencia en la Comunidad. Por esta razón el artículo 16.1 del Reglamento señala que no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión ya adoptada por la Comisión (o susceptibles de entrar en conflicto con la decisión prevista por la Comisión), facultándoles para suspender su procedimiento y todo ello sin perjuicio de poder plantear el recurso prejudicial ante el TJCE para la interpretación uniforme del Derecho comunitario.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

En la elaboración del presente artículo se ha utilizado, entre otras, las siguientes obras:

- Ivo Van BAELE - Jean François BELLIS: *Competition Law of the European Community*. CCH Europe. 3. Edition, 1995
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES: *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*. Bruselas, 28/04/99
- E. PAULIS - C. GAUER: «La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité». *Journal des Tribunaux. Droit Européen* n.º 97, Mars 2003
- «Reform of European Competition Law». Conference organized by the European Commission and the European Parliament. 9 and 10 November 2000 in Freiburg i. B. Accesible en <http://europe.eu.int/comm/competition/conferences/2000/freiburg>
- M. WAELBROECK - A. FRIGNANI: *Derecho Europeo de la Competencia*. Tomo I, Versión española por Ignacio SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ y Marta MORALES ISASI. Bosch. Barcelona, 1998.

