

CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. LOS OBJETIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LA COMISIÓN.

Se debe recordar que históricamente el primer Tratado europeo (por el que se establecía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) entre Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo - firmado en París el 18 de Abril de 1951- tenía como propósito crear un Mercado Único -del carbón y del acero - administrado por un ente supranacional, la Alta Autoridad. Basándose en la experiencia del Tratado CECA, los mismos países firmaron en Roma, el 25 de marzo de 1957, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que fue modificado sucesivamente por el Acta Única Europea de 1966, Tratado de Maastricht (7 de febrero de 1992, en vigor desde 1 de noviembre de 1993), por el Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997, en vigor desde 1 de mayo de 1999) y por el Tratado de Niza (26 de febrero de 2001, en vigor desde 1 de febrero de 2003). El Tratado tiene como objeto crear un Mercado Común basado en una unión económica plena entre los Estados miembros.

Se puede afirmar que la integración de los mercados en el ámbito europeo forma parte del proceso de expansión de los mercados a escala global como una manifestación de la globalización económica. En mi opinión, más que todo, estos procesos de ampliación de los mercados globales, basado su funcionamiento en el principio de libre competencia, han impulsado la creación, la integración y la ampliación de la Unión Europea, basándose en las ideas liberales. En este contexto, desde una perspectiva darwiniana M. Sanson- Hermitte afirma que “la idea motriz es la automaticidad: si se suprimen todas las barreras entre los países europeos, el resto se efectuará por un encadenamiento de causas y de efectos que conducen a la mejor de las sociedades posibles”¹. Cabe preguntarse ¿ cómo sería la mejor sociedad posible? Comparto la visión de Soros² de que el mercado es “amoral” y creo que para conseguir una mejor sociedad, lejos de las utopías, que existen desde tiempos remotos, es necesario el establecimiento de un equilibrio económico, social y político. Quizá el hombre ha progresado en sus

¹ Cit. por Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. “El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática” en Calvo Caravaca, A.L. y Morales Limones, P.B. “Derecho europeo de la competencia”, ed. Colex, Madrid, 2000, p.166.

inventos y descubrimientos, hasta el momento, únicamente imitando la naturaleza. Y el equilibrio natural, basado en varios desequilibrios y contraposiciones de diferente índole o su continuo proceso de establecimiento son las más evidentes manifestaciones de la misma. Quisiera tener razón al afirmar que los autores de los Tratados han tenido alguna intención similar al respecto, estableciendo un sistema de valores económico-políticos, pero asimismo sociales y convirtiendo dicha unión regional- la Unión Europea- en un modelo de tal sociedad, basada en el equilibrio económico, social y político o en un continuo establecimiento de equilibrios a nuevos niveles. Desde esta perspectiva se puede leer el art. 2 TCE, según el cual la Unión tendrá los siguientes objetivos:

- Promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado,
- Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común, de conformidad con las disposiciones del art. 17,
- Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión,
- Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia;
- Mantener el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación, establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarias.

De este modo, existe un amplio alcance de objetivos cuyo fin es la consecución de la integración económica de la Unión Europea: muchas veces el Mercado Común³ se

² Soros, G. "La crisis del capitalismo global", ed. Debate, Madrid, 1998, p.240.

³ La importancia de la defensa de la competencia para el Mercado Común está analizada por Souty, F. "Le droit de la concurrence de l'Union Européene", ed. Montchrestien, Paris, 1997, pp.12 – 14; ver asimismo Waelbroek, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia I", ed. Bosch, Barcelona, pp.7- 14.

ha usado coloquialmente como sinónimo de la Unión Europea con significado de un Mercado donde las barreras de entrada están reducidas y donde las autoridades de los Estados miembros adoptan políticas eficientes para la integración económica, bajo la supervisión de las instituciones de la Unión Europea⁴. Para asegurar el buen funcionamiento de este Mercado resulta indispensable que se haga reinar una competencia justa y libre entre las empresas. En este sentido el art.3, letra c) TCE proclama “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”. Cruz Ferrer⁵ en su libro "Principios de la regulación económica en la Unión Europea" analiza las transformaciones económicas después de la Guerra Fría, señalando que los Mercados nacionales van viendo caer las barreras que los protegían de la competencia extranjera, integrándose en Mercados transnacionales... que suponen nuevas exigencias de competitividad a las empresas y a los países".

Se ha hecho esta breve introducción para destacar la importancia de la defensa de la competencia para la consecución del objetivo - Mercado Común, considerando asimismo los demás objetivos del derecho y de las autoridades de defensa de la competencia como la eficiencia, el bienestar del consumidor, etc...⁶. El objetivo Mercado Común es de especial importancia y más cuando se trata de los procesos actuales de integración y ampliación de la Unión Europea⁷. Así, a través de la política

⁴ Según Korah, V. "Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE", ed. Ariel, Barcelona 1988, p.11, "en unos mercados geográficamente más extensos podrá haber mayores oportunidades para la especialización. Y en numerosos sectores industriales, las empresas podrán crecer hasta alcanzar tamaños con cuales puedan beneficiarse en producción y distribución, con economías de escala, dejando simultáneamente a otros productores, que puedan competir."

⁵ Cruz Ferrer, J. "Principios de regulación económica en la Unión Europea", ed. Instituto de estudios económicos, Madrid 2002, pp. 37 – 38.

⁶ Véase Van Miert, K. "Foreword" en Eekhoff, J.(ed.) "Competition Policy in Europe", ed. Springer, Berlin, 2004, p.V y Moch, C. "Competition- the Core of a Market Economy" en el mismo libro de Eekhoff; Slot, P. "A View from the Mountain: 40 Years of Development in EC Competition Law", CMLR, vol.41/2, abril, 2004; Bellamy, C. y Child, G. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", ed. Civitas, Madrid, 1992, p.38; Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia" en Garrido Espá, L. "La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE N 1/ 2003, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.112.

⁷ Según Amato, G. "Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market", ed. Hart Publishing, Oxford 1997, p.44, la política de competencia está subordinada a la integración de los mercados; en este sentido Souty, F. "Le droit de la concurrente...", op. cit., pp.17 – 20 y recientemente Pijetovic, K. "Reform of EC Antitrust Enforcement: Criticism of the New Sistem is Highly Exaggerated", ECLR N 25 – 6/ 2004, p.356; ver asimismo Korah, V. "Introducción al Derecho...", op.cit. p.19 y "An Introductory Guide to EC Law and Practice", 8va edición, ed.Hart Publishing, Oxford 2004, p.2, 6 , 7 y 12 citando el asunto 56 y 58/64 Consten & Grundig c. Comisión(1966) Rep.299 y analizando los objetivos del Derecho Europeo de la Competencia, distintos del objetivo – eficiencia(EEUU):

- la integración de los mercados
- la competencia "justa"
- los beneficios para la pequeña y mediana empresa
- las libertades políticas
- la competencia efectiva

de la competencia se define el interés económico común de la Unión Europea⁸ a la luz de la Estrategia de Lisboa, porque la UE se ha puesto unos propósitos ambiciosos- en 10 años conseguir ser la economía más competitiva y dinámica del mundo⁹.

En este orden de razonamientos y con propósito de establecer un equilibrio económico, social y político en el marco comunitario, ¿cual de los objetivos de la Comisión debe prevalecer: la protección del Mercado único o la eficiencia económica, sugiriendo una jerarquía de objetivos, organizada con base el principio de distribución de poder económico(y político) a escala global?

En este sentido Waelbroeck y Frignani¹⁰ afirman que “en el marco comunitario, la tensión entre estos imperativos encontrados nunca ha sido completamente resuelta...”.Creo que, en el momento actual, la preferencia es clara respecto al Mercado único y coincido con Garrido Espá que afirma: “En el seno de la Unión Europea, la política de competencia debe añadir a tales designios el más específico de reforzar la integración y unidad del Mercado interior(el Mercado Común), velando por la eliminación de conductas que tiendan a compartimentar artificialmente el Mercado único o a restringir el comercio entre los Estados- miembros, cuidando asimismo de evitar que éstos concedan un tratamiento preferencial a las empresas nacionales”¹¹.Es conveniente considerar asimismo la afirmación de los autores anteriormente citados¹², que “el enfrentamiento de los objetivos de integración y de eficacia no es absoluto: a largo plazo la integración no puede sino beneficiar a la eficacia del proceso económico”.En esta misma línea cabe observar lo siguiente: en la doctrina es comunmente aceptado que los objetivos del derecho antitrust estadounidense¹³ y del derecho de defensa de la competencia comunitario(y de las autoridades de defensa de la

-
- la política cultural, medioambiental y social comunitarias
 - los objetivos del derecho nacional
 - últimamente se enfatiza en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios como objetivo del Derecho Europeo de la Competencia

⁸ Eekhoff, J. “Preface” en Eekhoff, J.(dir.) “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2004, p.VII.

⁹ En relación con la política de competencia y la Estrategia de Lisboa véase Kroes, N. “European Competition Policy- Delivering Better Markets and Better Choices”, discurso de 15 de septiembre de 2005, disponible en www.europa.eu.int/comm/speeches ; En palabras de Monti, M. “en primer lugar, la política de competencia debe contribuir al objetivo de Lisboa de hacer de Europa la economía de conocimiento más dinámica del mundo” en “Prólogo” al “XXXIII Informe sobre la política de la competencia”, ed. Comisión Europea, Luxemburgo, 2003, p.3.

¹⁰ Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia I”, ed.Bosch, Barcelona, 1998, p.24.

¹¹ Garrido Espá, L. “Los tribunales del orden civil y el Reglamento(CE) N 1/ 2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado” en Garrido Espá, L. “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.46.

¹² Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia I”, op.cit., p.24.

competencia) difieren parcialmente, porque los EE.UU son una sola nación, con un mercado único plenamente operativo, a diferencia de Europa, donde ha habido que construir, y hay que seguir construyendo este Mercado por encima de las barreras nacionales¹⁴.

En mi opinión, además, a través de la defensa de la competencia y a través de las demás políticas comunitarias, llevadas a cabo por las autoridades comunitarias, se realiza una distribución de poder económico(y político) a escala regional(en el ámbito de Europa) como un paso en dirección al establecimiento de un equilibrio a escala global.En este sentido, la Comisión ocupa un lugar primordial: insistiendo en la complejidad de los procesos de integración y ampliación de la Unión Europea en esta segunda parte del trabajo se va a analizar el papel de la Comisión en el área de defensa de la competencia sin olvidar de enfatizar en el aporte de otras instituciones como el Comité Consultivo de Monopolios y Prácticas Restrictivas de la competencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia.

II. ESTATUTO, COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN. LA DG COMPETENCIA.

1. Estatuto de la Comisión y debate sobre la conveniencia de crear una Autoridad Independiente.

La Comisión es la institución que sustituyó a la Alta Autoridad de la CECA y a las Comisiones de la CEE y del Euratom. Se trata de una autoridad independiente de los Estados miembros y de las otras instituciones comunitarias¹⁵: los miembros de la Comisión deben ejercer sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad (art. 213.2 TCE). Aunque los miembros de la Comisión son nacionales de los Estados miembros y están nombrados de común acuerdo por los Gobiernos, no los representan y tampoco pueden defender intereses de los Estados. No dependen del mantenimiento de la confianza de sus Gobiernos ni del Consejo, que no los pueden cesar.

¹³ Véase pp.15- 18, supra.

¹⁴ Velasco San Pedro, L.A. “El derecho europeo de la competencia” en Velasco San Pedro, L.A. “Derecho europeo de la competencia:antitrust e intervenciones públicas”, ed.LexNova, Valladolid, 2005, p.41.

¹⁵ Véase Bellamy, C. y Child, G. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op.cit., p.45.

Según Moreno Molina¹⁶ "a pesar de la confusión institucional de las Comunidades desde la perspectiva clásica de separación de poderes se puede constatar que la Comisión desempeña en exclusiva las atribuciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia y aun ciertas competencias normativas".

Como se ha subrayado al principio de esta parte del trabajo, la consecución del objetivo Mercado Común está estrechamente relacionada con la defensa de la competencia, pero también con otros problemas. Dicho de otro modo, la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado, en especial la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida (art. 2 y 3 TCE)¹⁷. En este sentido la política de competencia se relaciona directamente con otras políticas comunitarias, llevadas a cabo por la Comisión como, por ejemplo, la política industrial¹⁸, la política regional (que se traduce en el intento de que las regiones más pobres de Europa se aprovechen íntegramente del Mercado único, evitando que aumenten las diferencias que existen entre aquellas regiones y las más ricas)¹⁹, la política social²⁰, cuyos objetivos de igual modo se relacionan con la creación del Mercado Común. De este modo se trata de una gestión indiferenciada²¹ de dichos asuntos y políticas por parte de la Comisión. Esto produce en la práctica un fenómeno de "hiperconcentración" de atribuciones (a diferencia con las demás autoridades de competencia, analizadas en el trabajo) que podría amenazar con colapsar el funcionamiento de la Comisión. En relación con estos y otros problemas algunas veces se han hecho propuestas de cambiar el "modus operandi" de la Comisión o de crear una institución específica que actúe en el área de la defensa de la competencia.

Hay varias razones que han impedido que se establezca una agencia especializada en la gestión de la defensa de la competencia. Para algunos ésta ha sido una opción cara o políticamente inconveniente porque se podría llegar a una pérdida de control directo por parte de los Estados miembros.

¹⁶ Moreno Molina, A. M. "Aspectos institucionales de la defensa de la competencia" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona 2002, p. 438.

¹⁷ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática" en Calvo Caravaca, A.L. y Morales Limones, P.B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Cóllex, Madrid, 2000, p. 174.

¹⁸ Sobre la relación entre la política de competencia y la política industrial, ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia I", op.cit., pp. 19-20.

¹⁹ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia", op.cit., pp. 183-184.

²⁰ *Ibid*, p. 190.

²¹ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p. 438-439.

En todo caso sería interesante mencionar que había propuestas para una reforma sustancial del Reglamento N 17/1968 que presuponía la opción entre dos modelos enfrentados de protección de las normas de libre competencia.

- a) Una de las posibilidades ha sido crear una Agencia Independiente²² especializada en derecho de la competencia. Así se podría optar por el modelo alemán centralizado, creando una autoridad Comunitaria, encargada exclusivamente de velar por la correcta aplicación de las normas comunitarias que sería independiente de la Comisión y alejada de presiones que pueda sufrir el citado órgano.
- b) La otra opción (ya establecida por el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 8 y 82 del Tratado) implicaría seguir una vez más, el sistema norteamericano. Esto supone el establecimiento de una red de autoridades encargadas de aplicar la normativa comunitaria de forma descentralizada y dirigidas por una autoridad. En este caso la autoridad reservaría su actuación a los supuestos que presenten situaciones nuevas o especialmente graves, dedicando sus esfuerzos prioritariamente a la instrucción de investigaciones de oficio y, sobre todo, a la definición de la política de competencia a seguir por los Estados miembros. Hay que recordar que en los Estados Unidos existe una red formada por las autoridades de competencia de los Estados y los Tribunales Federales de Distrito, cuyas decisiones son recurribles ante los Tribunales de Apelación y, en última instancia, ante el Tribunal Supremo. Así las empresas pueden demandar y reclamar daños y perjuicios directamente contra sus competidores: anteriormente se ha mencionado que las autoridades de competencia de los estados y los Tribunales de Distrito (asimismo los Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo de los EE.UU) aplican prioritariamente la normativa federal y secundariamente las normas de los estados.

Conviene enfatizar que las instituciones- red son una nueva forma de organización institucional en la sociedad de la información. Junto con la compresión del espacio y del tiempo²³, que se produce a través de medios materiales (los productos de las altas

²² Esta propuesta todavía sigue defendiéndose en Alemania y Italia. Según Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia...", op.cit., p.164, "los argumentos empleados son clónicos de los que se emplearon en los EE.UU- país, donde ha habido y sigue habiendo un debate de gran calado con respecto a las denominadas Agencias Independientes".

²³ Harvey, D., cit. por Peet, R. "La maldita trinidad: el FMI, el Banco Mundial y la OMC", ed.Laetoli, Pamplona, 2004, p.8 y Castells, M. "La era de la información", ed.Alianza, Madrid, 2001, p.25.

tecnologías y los flujos, que se generan²⁴), surgen estas formas de instituciones, paralelamente a la organización de las empresas en red²⁵. La evolución supone una transformación en las relaciones Estado- Mercado²⁶ (instituciones - empresas-redes y en nivel supraestatal, Estados-red - empresas- redes), es decir, el desarrollo de la organización institucional es paralelo al desarrollo de los mercados y al revés. En el derecho de la competencia, vistas estas instituciones como distribuidoras de poder económico, la organización en redes es eficaz desde el punto de vista de alcanzar altos niveles de control y supervisión. El modelo de la Red Europea de Autoridades de Defensa de la Competencia, que se sigue construyendo (como hemos dicho el mercado comunitario es heterogéneo: compuesto por mercados desarrollados, menos desarrollados y casi inexistentes), basado en el modelo estadounidense (un país con mercado homogéneo) tal vez será el modelo de la Red Internacional de Defensa de la Competencia, que en la actualidad supone un foro informal de contacto en materia de competencia. El propósito de este tipo de instituciones es obvio: intentar evitar eficazmente y de manera inmediata (a través de las conexiones casi instantáneas de redes materiales) la expansión o abuso de poder económico que puedan distorsionar el equilibrio de poder, que se pretende establecer. Esta eficacia y rapidez es necesaria para el mismo funcionamiento de las instituciones-redes, para la conservación y desarrollo del esquema existente: la expansión del poder económico, en caso de barreras reducidas, se determina por la intensidad y velocidad de los flujos. Dicho con otras palabras, es necesaria la adaptación continua de las instituciones (en nuestro caso adaptación de carácter estructural), sobre todo y en primer lugar de las instituciones encargadas con poderes de vigilancia de los mercados, al contexto, en el cual, y a los instrumentos,

²⁴ Según Borja, J. y Castells, M. "Local y global", ed. Taurus, Buenos Aires, 2004, p.12 "los flujos electrónicos estructuran la economía a partir de relaciones entre unidades espacialmente distantes"; así se produce un proceso de unificación a través de "un hipertexto global e interactivo", "el poder y la riqueza están organizados en redes globales, por las que circulan flujos de información": según dichos autores se trata de flujos asimétricos, que expresan relaciones de poder (p.28).

²⁵ En palabras de autores como Castells, Borja, Ohmai, lo que se observa en la economía es la descentralización de las grandes empresas, creando unidades de gestión semi-autónomas y además, redes de cooperación entre las pequeñas y medianas empresas, llegando a formarse "redes de redes" (Ohmai, K., cit. y comentado por Castells, M., p. 215 y Castells, M. "La era de la información: "La sociedad red"", ed. Alianza, Madrid, 2000, pp.218- 223). Castells y Borja afirman, que estas redes son siempre cambiantes en una geometría variable- Borja, J. y Castells, M. "Local y Global", op.cit., p.25; Held, Mc Grew, Goldblatt y Perraton afirman, que la subcontratación propone a las grandes empresas mecanismos más eficientes para ajustarse a la producción global, con la menor pérdida de costes- Held, D., Mc Grew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. "Transformaciones globales", ed. Oxford Univ. Press, 2002, p.310.

²⁶ Una visión que se debe considerar sobre las relaciones actuales Estado- Mercado a nivel global ofrecen Held, D., Mc Grew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. "Transformaciones globales", ed. Oxford Univ. Press, 2002, p.338; Galbraith, J.K. "La economía del fraude inocente", 2a ed., ed. Crítica, Barcelona, 2004, pp.57 y ss.

mediante los cuales, se crea y distribuye la riqueza y se ejerce el poder económico. Quizá estas instituciones- red servirán como ejemplo para el desarrollo organizativo de otras organizaciones como la OMC, aunque hay que tener en cuenta, que dependiendo de las circunstancias, la dinámica de la evolución puede ser muy otra: a veces es un grave error suponer la continuación de tendencias con dimensiones político-económicas.

En mi opinión, la Comisión se configura como centro de la Red de las Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia y la descentralización de algunas de sus funciones en materia de defensa de la competencia , como se verá más adelante en el trabajo, permite la centralización y reforzamiento de otras funciones básicas.

Según Moreno Molina²⁷ la concentración de poderes en el área de defensa de la competencia permite (formalmente) una autonomía total de la Comisión y hace a esta autoridad especialmente fuerte frente a las capturas²⁸ ; el carácter universal de su misión la inmuniza frente a la "visión de túnel". Este carácter universal, como se ha señalado, permite a veces la primacía de otros objetivos sociales y económicos²⁹, que conducen a la creación del Mercado Común, sobre la política de competencia. Considero que sobre todo por esta razón, es decir por el significado de la política de competencia para la consecución del Mercado Común, la Comisión es la autoridad que debe seguir vigilando la política de competencia en Europa. Así, la "hiperconcentración" es necesaria para la consecución de los objetivos del Tratado, pero se puede suponer, que con el desarrollo del sistema de instituciones comunitarias en el futuro (en caso de que se establezca un mercado más homogéneo), la Comisión dejaría de configurarse como centro de dicha red de autoridades, desplazándose sus funciones en materia de defensa de la competencia hacia una "autoridad independiente". En la actualidad es necesaria una aplicación conjunta de las políticas comunitarias por la Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia por la Comisión y las autoridades-red, porque en caso contrario surgirán problemas de dirección y deficiencias del sistema.

Se debe añadir una nota más y esto es que hasta ahora con la excepción del Banco Central Europeo todas las agencias europeas que se han creado realizan funciones de conseguir y procesar información, que sirve para la toma de decisiones de otros

²⁷ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p.438.

²⁸ En sentido contrario en relación con las capturas, Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia", op.cit., p.164.

²⁹ Amato, G. "Antitrust and the Bounds of Power...", op.cit., p.119.

organismos comunitarios (factfinding-information gathering y licencing). Sin embargo, aún no se ha establecido ninguna agencia con poderes de regulación y sanción y todo esto por varias razones entre las cuales las posibilidades de pérdidas de control sobre la orientación de la política de competencia³⁰.

2. Composición de la Comisión.

Desde el 1 de noviembre de 2004 la Comisión está compuesta por 25 Comisarios elegidos por los gobiernos de los estados miembros por un mandato de 5 años (renovables) y aceptados "en masse" por el Parlamento Europeo (art. 213.1.2 art. 21 y 1 TCE). Se da la posibilidad de nombrar al menos un nacional de cada estado miembro y no más de 2 nacionales de un mismo Estado. Las personas propuestas suelen ser figuras de gran relieve político interno o internacional y con una gran experiencia en temas comunitarios. Como se verá más adelante, en materia de competencia es necesaria una amplia experiencia, basada en el conocimiento de los problemas económicos.

3. Quorum y mayorías.

Es importante destacar que las decisiones de la Comisión se adoptan por mayoría absoluta y la Comisión asume la responsabilidad colegialmente. Una de las características de la Comisión es la colegialidad y la disponibilidad absoluta de los miembros de la Comisión para su función. Esto garantiza la coordinación entre los comisarios, nacionales de distintos Estados- miembros, respecto a la política llevada a cabo por la institución. Sin perjuicio de su carácter colegial, la Comisión distribuye los sectores de su actividad (incluida la competencia) entre los distintos comisarios. A pesar de esto no se pueden conferir a ningún comisario delegaciones expresas. Sólo se dan delegaciones muy limitadas, de medidas estrictamente técnicas, basadas en orientaciones decididas previamente por la Comisión y esto garantiza una vez más la coordinación y no discrepancia entre los miembros respecto a las políticas, llevadas a cabo por la Comisión. Para evitar que el sistema colegiado genere reuniones paralizantes y discusiones innecesarias, la Comisión recurre a diversos procedimientos. Los asuntos importantes o complejos son previamente estudiados en reuniones ad hoc. Para los demás asuntos los miembros de la Comisión reciben una comunicación del expediente y de la correspondiente propuesta de decisión y si en un plazo determinado no presentan sus reservas, la proposición se considera adoptada.³¹

4. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de los miembros.

³⁰ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p.439.

³¹ Tamames, R. y López, M. "La Unión Europea", 5 ed., ed. Alianza, Madrid, 2002, p. 230

Como se ha subrayado es imprescindible que los miembros de la Comisión actúen en interés de la Comunidad y que no acepten instrucciones de ningún Gobierno u organización pública o privada ni realicen actos incompatibles con sus funciones; no deben ejercer ninguna actividad profesional, remunerada o no, durante su mandato (art. 213. 2TCE).

5. Duración del mandato y cese de los comisarios.

El mandato de los Comisarios es de 5 años, y a partir de su nombramiento únicamente podrán ser cesados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: este es el órgano que puede constatar si un miembro no reúne ya las condiciones para el ejercicio de su cargo o si ha cometido una falta grave (art. 216 TCE).

6. Organización interna de la Comisión :la DG Competencia.³²

Como es sabido, la Comisión es dirigida por su Presidente y su administración está integrada por el Secretariado General y el Servicio Jurídico, que depende directamente del Presidente de la Comisión. El Servicio Jurídico tiene funciones asesoras, verifica la legalidad de los actos de la Comisión y la representa ante el Tribunal de Justicia. Las funciones de la Comisión se llevan a cabo por Direcciones Generales: cada una de estas DG tiene su Comisario como responsable³³.

La DG Competencia está dividida organizativamente en 10 Direcciones, cada una presidida por un Director:

Dirección R – Planificación estratégica y recursos.

Dirección A – Política y soporte estratégico.

Dirección B – Energía, industrias básicas, industrias químicas y farmacéuticas.

Dirección C – Información, comunicaciones y multimedia.

Dirección D – Servicios.

Dirección E – Industria, bienes de consumo y manufacturas.

Dirección F – Cáteles.

Dirección G – Ayudas del Estado I – cohesión y competitividad.

Dirección H – Ayudas del Estado II – industrias de redes, sectores y servicios.

Dirección I – Política de las ayudas del Estado y coordinación estratégica.

En el Anexo N 1 se puede ver la organización de la DG Competencia.

Así, la DG Competencia se ocupa de la supervisión de los mercados a fin de determinar sus fallos que se traducen en diferentes prácticas abusivas. Para realizar esta vigilancia efectiva sobre el mercado europeo, la Comisión se ha reorganizado según

³² Ver Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.24

³³ www.europa.eu.int/comm .

criterios sectoriales, con el objetivo de obtener una eficacia recíproca sobre el conjunto de instrumentos de defensa de la competencia. Los principales aspectos de esta reorganización, realizada el año 2003, son los siguientes³⁴:

- cada una de las 5 direcciones, que se ocupan de la defensa de la competencia, es responsable de sectores específicos, cada una de ellas se ocupa de asuntos de cártel y posee una unidad especializada en concentraciones. Así se recopilan los conocimientos pertinentes para el sector,
- La designación de un economista-jefe para la competencia a fin de ofrecer asesoramiento económico en relación con todas las cuestiones de competencia. Esta persona, además de ser un economista conocido por méritos propios, cuenta con el apoyo de un equipo de economistas académicos especializados en economía industrial,
- Se ha decidido que la prioridad de un asunto dependerá de las consecuencias de un determinado problema de la competencia para el bienestar del consumidor,
- Se ha creado una unidad especializada en recuperación de ayudas a fin de verificar de manera más estructurada la ejecución de las órdenes de recuperación.

El noviembre del 2004 entró en sus funciones la nueva Comisión. La nueva comisaria que se encarga de la política de competencia es la holandesa Neelie Kroes que fue elegida después de un profundo debate en las comisiones parlamentarias del Parlamento Europeo³⁵.

³⁴ Monti, M. “Prólogo” al “XXXIII Informe...”, op.cit., p.4.

³⁵ Los motivos de estos debates son que hasta el verano de 2004 Kroes era miembro del Consejo de Administración de Volvo. También estaba en los consejos de compañías de móviles(MM02, Plc) de transporte(KLM, Nederlandse Spoorwegen), de material militar(Thales Netherlands Group), de construcción(Ballast Nedam) y de inversiones en general(Cório, Meyer Monitor)...De hecho, Kroes presidía hasta el 2004 la NSK, una sociedad que administra sus negocios. Fuentes diplomáticas han asegurado que el propio Barroso desconocía tantas implicaciones empresariales cuando fue propuesta por el gobierno holandés.

Para Kroes, su experiencia política y empresarial “es toda una baza” para dirigir la política europea de competencia, donde, en términos generales, abogó por una política continuista de lo ya iniciado por el comisario M. Monti. Kroes aseguró que se abstendrá de participar en decisiones en las que estén implicadas empresas a las que ha estado vinculada en los últimos meses y también aseguró que cuando abandone la Comisión Europea no volverá a tomar “ninguna responsabilidad empresarial...”(El País, 29 de septiembre de 2004 - “Crisis en la nueva Comisión Europea por la designación de la responsable de competencia”).

III. OTRAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS QUE TIENEN ATRIBUIDAS FUNCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El Comité Consultivo en Monopolios y Prácticas restrictivas de la competencia(art. 14 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

Este Comité fue creado con el art. 10 del Reglamento N 17/1968. Este órgano está compuesto de funcionarios competentes en los problemas de las prácticas de abuso de mercado y los monopolios. Cada Estado miembro está obligado a nombrar un representante y de este modo el Comité sirve de vínculo entre la Comisión y los Estados miembros, se resuelven contradicciones y se ofrecen nuevas soluciones de los problemas en el ámbito de la competencia..

Las consultas se realizan en reuniones convocadas y presididas por la Comisión (art. 14.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado), pero también se pueden realizar por medio de un procedimiento escrito. La Comisión debe tener en cuenta el dictamen emitido por el Comité Consultivo y debe informar a dicho órgano del modo en que se ha tenido en cuenta el dictamen (art. 14.5 del mismo Reglamento).

Las recomendaciones del Comité Consultivo no tienen carácter vinculante para la Comisión y no son susceptibles a revisión por el Tribunal de Justicia. Al revés, cuando la Comisión no cumple con la exigencia de consultar al Comité o no toma en cuenta sus recomendaciones, el acto de la Comisión puede ser objeto de revisión en virtud del art. 230 TCE - asunto 30/78 Distillers Co. Ltd c. Comisión (1980); asunto 41/69 ACF Chemiefarma WV c. Comisión (1970).

Se dan casos en los que la Comisión está obligada a consultar el Comité Consultivo (art. 14. del Reglamento N 1/2003)³⁶:

³⁶ Véase Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado” en Velasco San Pedro, L. A. “Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas”, ed. LexNova, Valladolid, 2005, p.397.

- a) Cuando la Comisión está investigando infracciones de los arts. 81 y 82, en caso de declaraciones positivas o en caso de aplicación del art. 81/3 TCE,
- b) En caso de adopción de medidas cautelares (art.8 del Reglamento N 1/2003),
- c) En caso de revocación, renovación o modificación o de una decisión en virtud del art. 81(3) TCE,
- d) Cuando se imponen multas de acuerdo con el art. 23 y 24 del Reglamento N 1/2003,
- e) El Comité debe ser consultado además antes de que la Comisión adopte una exención por categoría, como en los casos de los Reglamentos del Consejo N° . 19/65/CEE, (CEE) N° 2821/71, (CEE), N°3976 /87 (CEE) N°1534 /91 o (CEE) N° 479/92 y también para la retirada de dichas exenciones por categorías (art. 29.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

El Comité Consultivo puede debatir también asuntos de carácter general relativos al Derecho Comunitario de la Competencia (art. 14.7 del Reglamento (CE) n° 1/2003) y ésto es importante con vistas a la consideración de las opiniones y posturas de los diferentes Estados- miembros en relación con sus políticas de competencia nacionales.

Con el Reglamento N 1 /2003 se refuerzan las facultades del Comité Consultivo, convirtiéndose dicho órgano en un importante organismo – asesor de la Comisión y la Comisión necesita tal asesoramiento por su multifuncionalidad, con objeto de no perder de vista alguno de los problemas específicos en materia de competencia.

2. El Tribunal de Justicia (TJCE).

El Tribunal de Justicia tiene una importancia máxima como último intérprete del Derecho Comunitario³⁷.El Tribunal garantizara el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado. Como ha señalado Casés Pallarés³⁸ el Tribunal de Justicia viene a solventar en ocasiones los déficits del ordenamiento jurídico comunitario(art. 22 TCE), especialmente en materia de competencia y esto "puede hacerlo progresar a una velocidad más rápida que el resto de las instituciones".

El Tribunal tiene su sede en Luxemburgo y está formado por quince jueces, asistidos por ocho Abogados Generales.

³⁷ Bellamy, C. y Child, G. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op.cit., p.47.

³⁸ Casés Pallarés,L. “Derecho administrativo de la defensa de la competencia”,ed.Marcial Pons, Madrid,1995, p. 126.

Los principales aspectos aquí relevantes en que tiene competencia el Tribunal de Justicia son los siguientes:

- a) En virtud del art. 230 TCE se puede interponer recurso ante el Tribunal contra las decisiones de la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o en caso de desviación de poder (aspectos que se van a estudiar más detalladamente en relación con el control judicial de los actos de la Comisión). En materia de defensa de la competencia este recurso lo conoce el Tribunal de Primera Instancia, contra cuya sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.
- b) En virtud del art. 232 cabe recurso ante el Tribunal por abstención de pronunciarse. Este recurso lo conoce el Tribunal de Primera Instancia, contra cuya sentencia se puede interponer recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.
- c) El art. 234 TCE confiere al Tribunal jurisdicción para dictar sentencias prejudiciales relativas, entre otros supuestos a la interpretación del TCE.
- d) El Tribunal de Justicia se pronuncia en los procedimientos contra los Estados miembros en virtud del art. 226 TCE, en las acciones por ausencia de actuación (art. 232 TCE) y en las acciones por daños y perjuicios causados por la Comunidad, previstas en el art. 288 TCE.

3. El Tribunal de Primera Instancia (TPI).

Este Tribunal fue creado por Decisión de 24 de octubre de 1988 N° 88 /591/CEE del Consejo (DO L N 319 de 25.11.1988) y tras la cumbre de Niza su estatuto se ha establecido en el Tratado. Según el art. 225 TCE el Tribunal forma parte del Tribunal de Justicia, sin perjuicio de su independencia. Contra sus sentencias caben recursos ante el Tribunal de Justicia³⁹. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) se compone de 15 jueces elegidos entre personas que ofrezcan garantías de independencia y poseen la capacidad y experiencia para el ejercicio de sus funciones; están designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros (art. 225.3 TCE).

El TPI conocerá de los siguientes asuntos:

- Decisiones de la Comisión en aplicación del derecho de la competencia⁴⁰
- Asuntos relacionados con la indemnización por daños (art. 235).

³⁹ Véase Bellamy, C. y Child, G. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op.cit., p.48.

⁴⁰ Para un análisis generalizado ver Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del TJCE” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, vol. II, ed. Bosch, Barcelona 2005, p. 812

- Asuntos de personal (art. 236 TCE).
- Asuntos derivados de compromisos establecidos en contratos, celebrados por la Comunidad Europea (art. 238 TCE).

Como se va a poner de relieve más adelante en el trabajo, en los últimos años la labor del TPI se ha orientado hacia una supervisión más estricta de las decisiones de la Comisión (sobre todo en los casos de concentraciones económicas), aunque esto ha generado discrepancias en la doctrina⁴¹, discutiéndose el alcance del control jurisdiccional comunitario en materia de defensa de la competencia.

IV. FACULTADES Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Los Tratados (TCE, Tratado CECA y Euratom) asignan a la Comisión amplias tareas:

Impulsora de la política comunitaria y órgano ejecutivo de la Comunidad - en ella se originan todas las acciones comunitarias, puesto que le corresponde presentar propuestas de legislación al Consejo ("derecho de iniciativa"). El Tratado CECA y el TCE conceden a la Comisión, asimismo competencias legislativas originarias (por ej. en el ámbito del presupuesto de la UE, de los Fondos Estructurales, etc.) y competencias delegadas por el Consejo para la ejecución de medidas adoptadas por éste (art. 202 TCE). Además la Comisión es la guardiana del derecho comunitario (art. 211 TCE); controla la aplicación del derecho primario y derivado de la Comunidad Europea por parte de los Estados miembros y es representante de los intereses de la misma en la escena internacional.

Aparte de estas competencias el TCE prevé la posibilidad de actuar, si se considere necesario para realizar uno de los objetivos de los Tratados - art. 308 TCE, art. 95 CECA, art. 203 CEEA (principio de competencia subsidiaria): de este modo no se concede a la Comisión un mandato general que permita la realización de tareas situadas fuera de los objetivos de los Tratados. Es importante enfatizar sobre esta facultad porque las posibilidades que ofrece dicho principio se invocan cada vez más a menudo ya que con el paso del tiempo la Comunidad debe hacer frente a nuevas funciones no previstas en el momento de la celebración de los Tratados Constitutivos y

⁴¹ Véase Pappas, S. y Demortain, D. "A New Era of Competition under the Guidance of the Court of First Instance" en Eekhoff, J. "Competition Policy in Europe", ed. Springer, Berlin, 2005, pp.233- 247.

para las cuales no existen facultades concretas en los mismos⁴²: en este sentido cabe destacar los procesos de integración y de adhesión de nuevos países a la Unión Europea teniendo en cuenta las posibles consecuencias de las transformaciones de sus Mercados nacionales en relación con la defensa de la competencia. Además, como ya se ha señalado, las tareas de la Comisión se relacionan directamente con el objetivo Mercado Común en base al principio de libre competencia, pero cumplimentado con otros valores de índole económico- político y social(la política industrial, la política regional, la política social).

La política comunitaria de la competencia abarca principalmente los siguientes ámbitos de actuación:

1. La prohibición de acuerdos que restringen la competencia y la prohibición de los abusos de posición dominante.
2. La prohibición de las fusiones que crean o refuerzan una posición dominante.
3. El control de las empresas públicas y la liberalización de los sectores monopolísticos.
4. La prohibición general de ayudas estatales.

En el presente trabajo se va a enfatizar sobre los poderes de la Comisión⁴³ en relación con la prohibición de los acuerdos que restringen la competencia y los abusos de posición dominante, siguiendo el siguiente esquema:

- poderes de investigación
- poder de dictar decisiones
- poder de ejecución normativa

Después se van a exponer otras funciones de la Comisión en relación con la defensa de la competencia: el diseño de la política de competencia, las funciones en materia de control de las empresas públicas y liberalizaciones, el control de concentraciones y en materia de ayudas estatales.

A continuación se van a analizar las distintas facultades de la Comisión en esta materia, enfatizando en los cambios, introducidos por el Reglamento N 1/2003.

⁴² Borchardt, Klaus – Dieter , “El ABC del Derecho Comunitario”, www.europa.eu.int/eur-lex .

⁴³ Véase Whish, R. “Competition Law”, ed.Butterworths, London, 1985, p.20:según el autor en el área de competencia la Comisión está encargada con el desarrollo de la política de competencia, investigaciones(fact- finding), emprender acciones contra infracciones del derecho, imponer multas y conceder exenciones.

1. PODERES DE INVESTIGACIÓN.

Hay que destacar la importancia de los poderes de investigación de la Comisión, ya que esta es la vía para adquirir pruebas para sancionar las conductas antitrust a nivel comunitario.

Según Bellamy y Child⁴⁴ la Comisión llega a conocer situaciones a las que puede ser aplicado el derecho de la competencia por tres vías distintas:

- en primer lugar las partes podían notificar su acuerdo o solicitar una declaración negativa (el 1 de mayo de 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento de Procedimiento N 1/2003 del Consejo que suprime las notificaciones y las declaraciones negativas),
- en segundo lugar una empresa que sea parte de un acuerdo u otra persona que alegue un interés legítimo puede efectuar una denuncia a la Comisión,
- en tercer lugar la Comisión se puede enterar de las cuestiones de manera independiente y de oficio (por medio de preguntas al Parlamento Europeo, contactos con otras autoridades, etc...⁴⁵).

Aunque se han suprimido las notificaciones como medio de obtener información por parte de la Comisión, como se va a observar más adelante, han aumentado considerablemente los poderes de la Comisión en materia de investigaciones, ampliándose las facultades existentes y añadiéndose nuevas facultades.

1.1. Facultades para requerir información de las empresas⁴⁶.

Según el art.18 del Reglamento (CE) n° 1/2003⁴⁷, la Comisión posee amplias facultades para obligar a las empresas o asociaciones de empresas a suministrarle "toda la información que estime necesaria"⁴⁸. La Comisión debe hacer llegar a la empresa una

⁴⁴ Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", ed. Civitas, Madrid, 1992, p.680.

⁴⁵ Ver Kerse, C. S. "EC Antitrust Procedure", ed. Sweet & Maxwell, 1998, p.214.

⁴⁶ Estas facultades están analizadas asimismo por Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. pp.221-224 y Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit. pp.758 - 760

⁴⁷ Para el desarrollo normativo del Reglamento N 1/ 2003 (por medio del Reglamento N 773/ 2004) en materia de investigaciones, véase Berenguer, L. "La Comisión completa "el paquete de modernización" en Cases, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.92- 93.

⁴⁸ Sobre la importancia de dichas facultades ver Galán Corona, E. "Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación de las normas de competencia", Revista de Derecho Comunitario Europeo N 15/ 2003, p. 514; Gil Ibáñez, J. L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.124; Rivas, J. y Branton, J. "Development in EC Competition Law in 2002: an overview", CMLR vol.40, N 5/ 2003, p.514 y Venit, J. S. "Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under art.81 and 82 of the EC Treaty" CMLR vol.40, N 3/ 2003, p.567; Dekeyser, K. y Dalheimer, D. "Cooperation within the ECN" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Bruselas, disponible en www.ibanet.org/conferences .

solicitud o decisión, indicando la base jurídica y el objeto de la solicitud o decisión así como todos los demás requisitos, previstos en el art. 18.2 y 3 del Reglamento N 1/2003. Según el art. 12 del Reglamento N 1/2003 la Comisión debe remitir una copia de la solicitud o de la decisión a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la empresa o la asociación de empresas y a la autoridad de competencia del Estado miembro cuyo territorio se vea afectado - art. 18.5 Reglamento (CE) N 1/2003 .

Los representantes o propietarios de la empresa o asociación de empresas están obligados de proporcionar la información requerida. Se requiere que dicha información no sea “inexacta o engañosa” (art.18.2 del Reglamento N 1/ 2003). Es importante aclarar que los poderes de la Comisión se refuerzan, porque se pueden solicitar explicaciones a los representantes y de los miembros del personal de la empresa, limitados antes (con el Reglamento N 17/ 68) a los documentos y ahora extendiéndose a los hechos⁴⁹, (art.20.2, letra e) del Reglamento N 1/ 2003).

Hasta ahora se ha procedido de la manera siguiente: la Comisión hacía un requerimiento por escrito a la empresa siguiendo el art. 11.1 del Reglamento N 17/1968, enviando una copia de la solicitud a la autoridad del Estado miembro del que se tratase (art. 11.2 del Reglamento N 17/1968). La petición debería señalar las bases jurídicas en que se apoya e indicar las acciones previstas en caso de que no se suministre información o en caso de que se ofrezca información incorrecta. Si la información no se facilita en el plazo señalado por la Comisión, que puede ser ampliado, la Comisión puede adoptar una decisión en virtud del art. 11.5 del Reglamento N 17/1968 (ahora según el art. 18.3 del Reglamento (CE) N 1/2003).

El Tribunal de Justicia ha señalado que corresponde a la Comisión apreciar si una información es o no necesaria. En la práctica la Comisión puede pedir cualquier información que considere relevante para cumplir con su obligación de asegurar la aplicación del derecho comunitario de la competencia -asuntos 27/88 Solvay c. Comisión (1989); asunto 374/87 Orkem c. Comisión (1989)⁵⁰, aunque todavía existe discusión en relación con los casos cuando la información puede llevar a autoincriminación⁵¹. Creo que en este caso la empresa se puede negar a ofrecer la información solicitada. Una empresa no se puede negar a dar información en base a que

⁴⁹ Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil ante el derecho comunitario de la competencia” en Casés, L.(dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.170.

⁵⁰ Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p.680.

⁵¹ Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.223.

no sea "necesaria", aunque el Tribunal de Justicia puede decidir si la petición de información es excesiva.

Se debe insistir en que los destinatarios de las peticiones son empresas cuya conducta se está investigando, pero la Comisión puede asimismo solicitar información de empresas que no son "sospechosas" de infracción alguna o sobre períodos anteriores a la adhesión de un Estado miembro a la Comunidad. – asunts ac. 97 a 99/ 87 Chemical Ibérica c. Comisión (1989) Rep. 3165.

1.2. Investigación por sectores económicos y por tipos de acuerdos.

Estas facultades de la Comisión no han sido bien reglamentadas en el Reglamento N 17/ 1968 y tampoco se han utilizado frecuentemente. Con el nuevo Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de noviembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado se ha pretendido reforzar los poderes de investigación de la Comisión sobre todo en relación con la “evolución de los intercambios de los Estados – miembros” (art.17.1 del Reglamento N 1/2003) y los procesos de ampliación de la Unión Europea. Se trata, en efecto, de una auténtica investigación general de un sector determinado de la economía o de un tipo de acuerdos comunes a diversos sectores económicos⁵². En estos casos se analizan sectores económicos que, a la vista de la Comisión, no están suficientemente abiertos a la competencia⁵³ (por ejemplo el sector de los seguros, el sector bancario, el transporte marítimo y aéreo, la energía⁵⁴). Pero la razón principal para la modernización en este área es que la supresión del sistema de notificaciones reduce significativamente la información sobre el Mercado comunitario que llega a la Comisión⁵⁵. Así, por esta vía, la Comisión ha adquirido más facultades con objeto de supervisar los mercados.

Son tres los requisitos alternativos para que la Comisión pueda proceder a una investigación general en un sector determinado o en un tipo concreto de acuerdos comunes a diversos sectores económicos (art. 17.1 Reglamento (CE) n° 1/2003):

- la evolución de los intercambios entre los estados miembros,

⁵² Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.409.

⁵³ Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. p.760.; asimismo el discurso de la actual comisaria de competencia Kroes, N. “Regulating for Competition and Growth”, 17.02.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches y discurso de Kroes, N. de 06.06.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches.

⁵⁴ Discurso de Lowe, Ph., Director general de la DG Competencia de 25.01.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches.

- la rigidez de los precios,
- otras circunstancias

En el curso de la investigación la Comisión puede requerir de las empresas o asociaciones de empresas de que se trate la información necesaria para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, efectuar inspecciones y solicitar que se le comuniquen todos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas (art. 17.1. Reglamento N 1/2003). Es decir, puede realizar otras funciones de investigación paralelamente a esta facultad suya. La Comisión puede publicar un informe sobre los resultados de dichas investigaciones y puede solicitar a las partes interesadas que le remitan sus observaciones.

1.3. Poderes de la Comisión en materia de inspecciones⁵⁶.

Según el art. 20.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la Comisión puede proceder a "cuantas inspecciones sean necesarias" en las empresas o en las asociaciones de empresas. Esto permite una actividad multidimensional, que pueda llevar al descubrimiento de infracciones, incluso por sorpresa. Asimismo, se especifican las facultades concretas del personal y de este modo, según Gil Ibáñez⁵⁷, la Comisión ve incrementados sus poderes en dicha materia.

1.3.1. Facultades de los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión (art. 20.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

En comparación con el Reglamento N 17/1968 los agentes de la Comisión poseen más facultades, explícitamente reglamentadas en el Reglamento (CE) N 1/2003:

- a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas,
- b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material,
- c) hacer y obtener copias o extractos,
- d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarias para la inspección,

⁵⁵ Montag, F. y Cameron, S. "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experiences under Regulation 1/ 2003" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁵⁶En general Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. pp.224 – 228; Creus ,A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., pp.763 – 765; Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. "Procedimiento...", op.cit., pp.410-411.

⁵⁷ Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.124.

- e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas, explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Creo que dicha reglamentación de las facultades del personal, además de establecer unos poderes amplios del personal de la Comisión, preserva las investigaciones de arbitrariedad en las actuaciones de dichos agentes, estableciendo límites en el ejercicio de sus actuaciones.

La novedad que introduce el Reglamento (CE) nº 1/2003 es la posibilidad de los agentes y las personas acreditados por la Comisión de realizar sus tareas en el territorio de cualquier estado miembro, previa presentación de un mandamiento escrito (art. 20.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003) o una decisión de la Comisión. Se trata de una importante facultad que permite adquirir pruebas en todo el territorio de la Unión Europea, ampliándose de este modo las facultades de investigación de la Comisión.

Como he señalado, los funcionarios acreditados por la Comisión pueden actuar en virtud de un mandato de la Comisión misma o mediante una decisión formal. Dichos actos deben de indicar el objeto, la finalidad de la inspección y las sanciones previstas en el art. 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003. La diferencia entre el mandato y la decisión consiste en sus efectos respecto a las empresas y asociaciones de empresas. La empresa se puede oponer a someterse voluntariamente a la inspección por mandato. En tal caso es probable que la Comisión adopte una decisión formal para investigar – asunto 53/85 AKZO I c. Comisión (1986), Rep.2585. La decisión es recurrible ante el Tribunal de Justicia. En el caso de los mandatos, la Comisión debe advertir de la inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se va a llevar a cabo la misma (art. 20.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003) ; las decisiones se pueden tomar después de consultar la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro(art. 20.3 del Reglamento N 1/2003).De aquí se presume que la autoridad de competencia del Estado- miembro no tiene la posibilidad de oponerse a tal inspección.

1.3.2. Asistencia a la inspección por parte de los Estados- miembros.

Los agentes autorizados por la autoridad de competencia del Estado miembro deberán prestar activamente asistencia a las personas acreditadas por la Comisión (art. 20.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). Cuando se constate que una empresa se opone a la inspección, el Estado miembro prestará la asistencia necesaria requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente(art.20.6 del Reglamento nº 1/2003).Se trata de una obligación del Estado miembro de prestar toda

su asistencia en las investigaciones de la Comisión. Sin embargo, si la normativa nacional requiera un mandamiento judicial, la Comisión debe formular la correspondiente solicitud (art. 20.7 Reglamento (CE) n° 1/2003). El juez nacional debe verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección⁵⁸. El art. 20.8 del Reglamento (CE) n° 1/2003 determina que el juez nacional no puede poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección, ni la legalidad de la misma, porque esta competencia corresponde al Tribunal de Primera Instancia – según la Sentencia en el asunto C-94/ 00 Roquette Freres(2002) de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia “se desprende que el órgano jurisdiccional nacional competente, al realizar el examen, no puede sustituir por la suya propia, la apreciación por la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de derecho de la Comisión sólo están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales comunitarios”⁵⁹, ni tampoco puede exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. De este modo se centralizan los poderes de la Comisión en materia de investigaciones.

1.3.3. Inspección en otros locales, incluido el domicilio particular.

En el Reglamento N17/1968 no se contemplaba la posibilidad de inspecciones en un domicilio particular⁶⁰. El nuevo Reglamento (CE) n° 1/2003 prevé que si existe sospecha razonable que en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas se hallen libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección y si estos libros o documentos puedan servir para demostrar una infracción grave del art. 81 u 82 del TCE, la Comisión puede ordenar la inspección en dichos locales (art. 21.1 Reglamento (CE) n° 1/2003). Así, las inspecciones ahora se extienden a domicilios privados, por la posibilidad de que en estos domicilios locales privados o medios de transporte se encuentren pruebas inculpatórias en forma de documentos, pertenecientes

⁵⁸ En relación con los poderes de los juzgados nacionales en relación con la asistencia a la Comisión ver Wainright, R. “Application of EC Competition Rules by National Courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005, Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁵⁹ Pascual y Vicente, J. “La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España” en Casés, L.(dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed. Marcial Pons, 2004, p.141; Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE” en Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.215.

a las empresas. La inspección se puede ordenar mediante decisión que debe precisar el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha de su comienzo y el derecho de recurrir la decisión ante el Tribunal de Justicia. La decisión debe expresar los motivos en que se basa la sospecha. La Comisión ha de consultar previamente la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro y está obligada a solicitar un mandamiento judicial de un juez nacional del Estado miembro. El juez nacional debe de verificar:

- la autenticidad de la decisión de la Comisión,
- que las medidas coercitivas que se proponen no son arbitrarias ni desproporcionadas, teniendo en cuenta:
 - (a) la gravedad de la presunta infracción
 - (b) la importancia de las pruebas buscadas
 - (c) la participación en la infracción de la empresa
 - (d) la probabilidad razonable de que los documentos - objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial.

El juez nacional no puede poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información del expediente de la Comisión (art. 21.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003). De esta forma el Reglamento N 1/ 2003 ha dotado con mayores poderes a la Comisión a la hora de llevar a cabo inspecciones.

1.4. Poderes de recabar declaraciones.

Toda persona física o jurídica puede ser entrevistada por la Comisión en relación con el objeto de una investigación. Se trata de una facultad abierta que, según Adrián Arnaiz y Quijano González⁶¹, parece funcionar a solicitud de la Comisión o por voluntad espontánea del interesado. Dichos autores consideran que a esta declaración se pretende dar un valor de testimonio de terceros, con objeto de recabar más información adicional, pues a los directamente afectados ya se les solicita información vía art.18 del Reglamento N 1/ 2003.

En caso de que la entrevista se realiza en los locales de la empresa, la Comisión debe informar a la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro y esta autoridad puede ofrecer su asistencia (art. 19 del Reglamento (CE) nº 1/2003), pero esta asistencia se puede efectuar únicamente previa solicitud por parte del Estado miembro.

⁶⁰ Véase Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.125.

⁶¹ Véase Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.411; a este respecto asimismo Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil...”, op.cit., p.170.

1.5. Poderes para imponer multas sancionadoras y coercitivas en la fase de investigación.

Como es sabido, las multas sancionadoras castigan un comportamiento ilícito realizado, mientras que la multa coercitiva sanciona la persistencia de una actividad infractora o un retraso en el cumplimiento de las decisiones de la Comisión⁶².

La Comisión puede imponer sanciones, que no tienen carácter penal, mediante decisión en los casos cuando una empresa deliberadamente o por negligencia:

a) presente información inexacta o engañosa en respuesta a una solicitud de información (art. 23.1 a) del Reglamento nº 1/2003)

b) proporcione información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta de una decisión adoptada conforme al art. 17 ó 18.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (art. 23.1.b) del Reglamento (CE) nº 1/2003) o si no se le facilite la información en el plazo fijado.

c) Además la empresa o asociación de empresas pueden ser multadas si presentan “de manera incompleta... los libros u otros documentos profesionales requeridos o no se sometan a las inspecciones ordenadas mediante decisión” (art. 23.1 c) del Reglamento N 1/2003)

d) La empresa puede ser sancionada también en otros tres supuestos en virtud del art. 23.1, e) del Reglamento (CE) nº 1/2003, cuando en respuesta de una pregunta planteada:

- se da una respuesta inexacta o engañosa,
- no se rectifica una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro del personal dentro de un plazo establecido por la Comisión,
- se omiten hechos o se niega de dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada por decisión de la Comisión,

e) se pueden imponer multas cuando se rompen los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes habilitados por la Comisión.

En todos los casos citados las multas no pueden superar el 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Se puede observar una multitud de supuestos para la imposición de sanciones en la fase de investigación, lo que garantiza el cumplimiento de los requerimientos de

⁶² A este respecto ver Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.411- 414.

información por parte de la Comisión: el legislador ha optado por un esquema de maximización de la eficacia en el cumplimiento de las decisiones de la Comisión en dicha materia.

Asimismo, según el art. 24 del Reglamento (CE) n° 1/2003 se pueden imponer **multas coercitivas** con el fin de obligar a las empresas:

- a proporcionar de manera completa y exacta la información solicitada por la Comisión mediante decisión,
- a someterse a una inspección ordenada mediante decisión.

Las multas coercitivas no pueden superar 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que se fije en la decisión.

Como se ha subrayado, este tipo de multas constituyen una sanción económica con objeto de obtener el cumplimiento efectivo e inmediato de la decisión y cumplen una tarea importante en el área de competencia por el hecho que una incumplimiento en materia de investigaciones puede asegurar la persistencia de un abuso de mercado, que puede tener graves efectos sobre el sistema competitivo.

Las sanciones se van a analizar detalladamente más adelante en el trabajo, pero hay que advertir que en comparación con el Reglamento N 17/ 1968 se han incrementado sustancialmente tanto las multas sancionadoras como las coercitivas(Reglamento N 1/ 2003)⁶³.

1.6. Derechos de los afectados.

1.6.1. Secreto profesional⁶⁴ y acceso al expediente⁶⁵.

La información obtenida por la Comisión en mérito de los arts. 17 y 22 del Reglamento (CE) n° 1/2003 sólo se puede utilizar para el fin para el que ha sido solicitada (art. 28.1 del Reglamento n° 1/2003). No obstante, el art.27.2 del Reglamento

⁶³ Pascual y Vicente, J. “la nueva política comunitaria europea...”, op.cit., p.141.

⁶⁴ Según Wainright, R. “Application of EC Competition Rules...”, op. cit. – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences.el secreto profesional se interpreta como información confidencial relativa a los secretos de negocios.

⁶⁵ Para un análisis más detallado ver Sopena Blanco, V. “El derecho de acceso al expediente en el derecho comunitario de la competencia” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp.323 – 348 en relación con la Sentencia del TPI de 18 de diciembre de 1992, asuntos acumulados T 10, 11, 12/92, T15/ 92 Cementerías CBR y otros c. Comisión, Rep.II – 2667., asimismo León Jiménez, R. “Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento de competencia comunitario” en Ortiz Blanco, L. “derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 135 – 138 y Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. pp.771 – 773.

N 1/ 2003 dispone que la Comisión puede utilizar y difundir informaciones para demostrar una infracción. En palabras de Gil Ibáñez esta previsión no hay que entenderla como una patente de corso, puesto que no siempre el fin justifica los medios y el perjuicio que se puede causar por la publicidad de ciertos datos puede exceder los efectos de la supuesta infracción⁶⁶. En mi opinión, la Comisión debe evaluar caso por caso y con máxima precaución los efectos de estas divulgaciones. El mismo Reglamento impone la obligación a todos los funcionarios de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de no divulgar la información que hayan recopilado o intercambiado y que por su naturaleza esté amparada por el secreto profesional⁶⁷ (art. 28.2 del Reglamento N 1/ 2003).

La Comisión no puede revelar "secretos de negocios" a un competidor ni a nadie - asunto 53/85 AKZO I c. Comisión (1986)⁶⁸ Rep. 1965 y asunto 209/78, etc... Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3125.

Hay que destacar que el derecho de acceso al expediente, visto desde la perspectiva del art.27.2 del Reglamento N 1/ 2003, tiene dos límites: no se puede acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es decir, tampoco se puede acceder a las informaciones que intercambian dichas autoridades. Esto debe ser así por las consecuencias negativas que puede tener para las empresas y para el mercado en su conjunto la divulgación de información perjudicial.

1.6.2. Derecho de no autoincriminación.

Según Bellamy y Child⁶⁹ "no existe en derecho comunitario la posibilidad de que una empresa se niegue a facilitar documentos que la incriminen durante el curso de una investigación o en respuesta a una petición de información, en base a que por ello se expondría a la posibilidad de ser multada en virtud del derecho comunitario". Sin embargo, en las Sentencias Orkem, asunto 374/87, Orkem c. Comisión, (1989), Rep. 3283 y en el asunto T - 30/ 91, Sentencia del TPI de 29 de junio de 1995, Solvay c.

⁶⁶ Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.138.

⁶⁷ Más sobre el tema se puede leer en Gauer, C. "Due Process in the Fase of Divergent National Procedures and Sanctions" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁶⁸ El procedimiento mediante el cual un documento o información confidencial puede ser puesto en conocimiento de los denunciantes por la Comisión fue desarrollado en la sentencia del Tribunal de Justicia, asunto 53/85 AKZO c Comisión I (1986), Rep.1965: El Tribunal de Justicia consideró que la decisión de la Comisión para comunicar a terceros determinados documentos es independiente de la decisión que pone fin al procedimiento y que es separable de ella. Por todo esto debe ser considerada una decisión a efectos de recurso en virtud del art. 230 TCE.

⁶⁹ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de competencia en el Mercado Común", op. cit., p.690.

Comisión, Rep. II – 1779, el Tribunal de Justicia admitió que los derechos de defensa, reconocidos a las empresas no permitían que la Comisión impusiese a éstas la obligación de admitir sus propias infracciones⁷⁰.

No obstante, creo que las cláusulas de exculpabilidad, introducidas con la **Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DOCE, C45, 19.02.2002)** dan posibilidad a las empresas de revelar información de acuerdos con otras empresas, aunque esto pueda llevar a la autoincriminación de las mismas.

En resumen se puede concluir que para la realización de sus tareas de constatación de infracciones e imposición de sanciones, pero asimismo con objeto de asegurar la consecución de los fines de la política de competencia en Europa, la Comisión cuenta con amplios poderes de investigación; poderes, que se han venido ampliando con el transcurso de los años de igual modo que la ampliación de poderes de investigación de la Federal Trade Commission de los EE.UU. Se puede constatar asimismo una aproximación de los medios de investigación de las dos instituciones.

2. PODERES EJECUTIVOS DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

2.1. Visión general.

Como se ha subrayado anteriormente la Comisión tiene un papel importante para la aplicación del Derecho Comunitario y es órgano ejecutivo de la Comunidad Europea. Más adelante se van a analizar asimismo el lugar que ocupan las autoridades nacionales de defensa de la competencia en relación con la ejecución del derecho comunitario de la competencia. Jones y Sufrin⁷¹ y otros autores entienden la ejecución por parte de la Comisión como una potestad con dos niveles:

- la investigación y toma de decisiones respecto a las prácticas anticompetitivas no notificadas,
- autorizaciones y declaraciones negativas respecto a las prácticas notificadas

⁷⁰ León Jiménez, R. "Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento...", op. cit., pp.133 – 134.

⁷¹ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law: text, cases and materials", Oxford University Press, 2001, p.850.

Puesto que por medio del nuevo Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado se suprimen las notificaciones y autorizaciones, solo se va a analizar el primer nivel.

Con el propósito de explicar las razones que llevaron a dicho cambio en los poderes ejecutivos de la Comisión se va a hacer la siguiente breve introducción:

Ha de recordarse que el Reglamento N17/1968 se basaba en la aplicabilidad directa del art. 81.1 TCE y del art. 82 TCE en su totalidad. Tanto la Comisión como las autoridades y tribunales nacionales los aplicaban paralelamente, pero únicamente la Comisión era competente para aplicar el art. 81.3 del TCE, por medio de las decisiones individuales o a través de la facultad, delegada por el Consejo de dictar Reglamentos de exención por categorías (las autoridades y tribunales han resuelto pocos expedientes en el ámbito del art.81.1 y 82 hasta la entrada en vigor del Reglamento N 1/2003). De este modo todos los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia para los que se necesitara exención en virtud del art. 81.3 TCE debían ser previamente notificadas a la Comisión. Este sistema se ha considerado poco efectivo a la luz de los procesos actuales de integración y ampliación de la Unión Europea y el mes de abril del año 1999 se publicó el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 (81) y 86 (82) del TCE⁷². El incremento de casos a analizar ha sido tal que para la Comisión no era fácil hacer cumplir las normas de competencia en la Unión Europea y la autoridad comunitaria no podía centrar sus recursos en la persecución de las infracciones más graves⁷³. Además, el incremento de notificaciones⁷⁴ (entre ellas de casos de menor importancia) llevaba a que la Comisión no fuera capaz siempre de emitir una decisión formal por cada notificación presentada y enviaba al notificante una carta informal⁷⁵ por la que se declaraba la aparente inexistencia de conducta

⁷² Programa de la Comisión N 99/027, Bruselas, 28.04.1999.

⁷³ Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea...", op.cit., pp.122-123; Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación del derecho comunitario de la competencia: hacia un nuevo reglamento de procedimiento" en "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, Ortíz Blanco, L., ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 97; según Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. p.206 y Monty, M. "The EU Gets a New Competition Powers for the 21 Century", www.europa.eu.int/comm/ speeches, con el Nuevo Reglamento N 1/ 2003 , la Comisión podría dedicar sus recursos a :

- los cárteles internacionales
- las ayudas de Estado
- las conductas de las empresas públicas con derechos especiales y exclusivos

⁷⁴ Véase a este respecto Gil Ibáñez, J. L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., pp.113- 116.

⁷⁵ Para un análisis de los procedimientos informales de la Comisión, basado en el antiguo Reglamento de procedimiento N 17/68: Ortiz Blanco, L. "El Procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario", ed. Civitas, Madrid 1994, p.80 .

anticompetitiva y cuyos efectos jurídicos se han discutido en varias ocasiones. Otra deficiencia del sistema de notificación previa era el perjuicio que suponía para los intereses de la empresa, puesto que incrementaba la inseguridad jurídica y los costes de cumplimiento de los acuerdos adoptados al depender su puesta en práctica de su posterior autorización. Además el sistema de notificaciones ha permitido que algunas empresas se beneficiaran fraudulentamente paralizando la actuación de las autoridades y tribunales nacionales hasta que la Comisión se pronunciara sobre el acuerdo o práctica notificada⁷⁶.

Desde otra perspectiva, hay que advertir que el punto 3⁷⁷ de la Exposición de Motivos del Reglamento N 1/ 2003 pone de relieve que la razón fundamental para la sustitución del Reglamento N 17/ 1968 es que el mismo ya no estaba en condiciones para garantizar los objetivos básicos del TCE: por una parte, asegurar una supervisión eficaz del sistema comunitario de defensa de la competencia; y por otra parte, simplificar en lo posible el control administrativo. Creo que la clave para entender los propósitos de este cambio del sistema es la primera razón, es decir, la amenaza de pérdida de control sobre el sistema comunitario de defensa de la competencia, sobre todo, después de la última ampliación de la Unión Europea. Como se verá más adelante, la descentralización garantiza una organización más efectiva en la asignación de casos, en una misma dirección de la política de competencia en Europa, llevada a cabo por la Comisión⁷⁸ (aunque con algunos problemas iniciales de establecimiento de dicho sistema). La Red de Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia, que ya ha empezado a funcionar, tiene como objetivo la localización inmediata e inminente de los infractores y la incoación, asimismo inmediata, de un procedimiento, en plena coordinación con las demás autoridades de la red y bajo la vigilancia de la Comisión. Es un sistema, como ya se ha señalado, muy similar al de los EE.UU, donde existe una red de autoridades de defensa de la competencia, encabezada por la FTC⁷⁹.

⁷⁶ Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación...", op. cit., p. 98; Pascual y Vicente, J. "La nueva política...", op.cit., p.129.

⁷⁷ Véase asimismo el punto 2 de la Exposición de Motivos del mismo Reglamento.

⁷⁸ Véase STJCE, asunto C- 344 Masterfoods(2000), según la cual la Comisión es la institución responsable de definir y ejecutar las orientaciones de la política comunitaria de la competencia.

⁷⁹ Véase Parada Vázquez, R. "El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia" en Garrido Espá, L.(dir.) "La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003", ed.Consejo General del Poder Judicial, madrid, 2005, p.120.

De este modo se refuerza el papel predominante de la Comisión en la fijación de la política comunitaria de la competencia⁸⁰: la Comisión se constituye en el eje principal del nuevo sistema de aplicación del derecho comunitario de la competencia, reservándose la represión, mediante decisión, de las infracciones más graves, sin perjuicio de la facultad de seguir adoptando Reglamentos de exención, estableciendo compromisos con empresas, adoptando medidas cautelares... Como se ha señalado, aumentan los poderes de investigación y verificación de las infracciones (arts. 17- 22 del Reglamento N 1/ 2003) en comparación con el Reglamento N 17/ 1968 y en resumen, la Comisión se establece como el centro de la red de cooperación para lograr la uniformidad y coherencia en la aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia y, en mi opinión, sobre todo con objeto de reforzar el papel de vigilancia y supervisión del mercado comunitario, que cumple la Comisión.

El nuevo Reglamento (CE) n° 1/2003 introduce un sistema de excepción legal directamente aplicable⁸¹ que opta por la aplicabilidad directa del art. 81 TCE y el art. 82 en su totalidad, tanto por la Comisión, como por las autoridades y tribunales nacionales⁸². Es decir, de un sistema de prohibición con autorización previa, se ha pasado a un modelo de excepción legal⁸³. Las empresas deben evaluar por sí mismas su comportamiento y de este modo dejan de existir las notificaciones de acuerdos y prácticas prohibidas, las decisiones que conceden exenciones individuales y las declaraciones negativas para los acuerdos o prácticas notificadas. Coincido con Garrido Espá al afirmar: “se ha pasado de un sistema de control previo a un sistema de control a posteriori, en que el art. 81 aparece como regla de la razón, que contiene los principios para realizar (por las propias empresas) una evaluación de los aspectos pro-

⁸⁰ Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003” en en Garrido Espá, L. (dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento (CE) N 1/ 2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.73.

⁸¹ Será conveniente recordar, que cuando se elaboraba el Tratado de Roma, se planteó el problema de las excepciones a la prohibición de los acuerdos colusorios y así se ha elaborado el texto del art. 81.3 TCE. Se debatieron los partidarios del régimen de autorización (Alemania) y los de la excepción legal (Francia). El texto era una solución de compromiso, con una redacción ecléctica, que permitía ambos modelos, pero a la hora de redactar el Reglamento de procedimiento los debates se reprodujeron; la delegación francesa recibió instrucciones de ceder frente a las pretensiones de Alemania (a cambio de contraprestaciones sobre la PAC) y el Reglamento N 17/ 1968 incorporó el sistema de autorización.- véase Berenguer Fuster, L. “Sistema de defensa de la competencia”, ed. Alternativas, Madrid, 2004, p.21.

⁸² Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003” en en Garrido Espá, L. (dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento (CE) N 1/ 2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp.70-71.

⁸³ Galán Corona, E. “Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación...”, op. cit., pp.499- 525; Pascual y Vicente, J. “La nueva política comunitaria...”, op.cit., p.131; véase asimismo Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art.81.1EC”, CMLR, vol.41/ 5, p.1327; Schaub “Modernization of ECC Law: Reform of Regulation N 17/ 68”, 23 Fordham Int.L.J.(2002), p.1355.

competitivos y anti-competitivos de un determinado acuerdo y posteriormente y en su caso, por las autoridades y/ o órganos jurisdiccionales nacionales”⁸⁴. Aquí ofreceré asimismo la interpretación de Adrián Arnaiz y Quijano González de este nuevo principio, consagrado en el Reglamento N 1/ 2003⁸⁵:

Se considera que los apartados 1 y 2 del art.1 del mismo Reglamento configuran sucesivamente la prohibición y la excepción como una consecuencia directa y general de la legalidad concurrencial. Así, el modelo de “excepción legal” se manifiesta en un “principio de legalidad genérica” donde la existencia de la prohibición depende no sólo de que en el supuesto se den las circunstancias previstas en el art.81.1, sino también, y a la vez, de que no se den las del art.81.3. Es decir, el “principio de legalidad genérica” depende de la existencia cumulativa de los dos requisitos siguientes:

- los hechos que condicionan la ilegalidad (art.81.1),
- la exención (art.81.3)

Ni para el primer caso (la prohibición), ni para el segundo (el levantamiento de la prohibición mediante exención) es necesaria decisión previa, pero no es así en el caso del art.82, donde no existe la posibilidad de exención. En el Reglamento N 17/ 1968 la prohibición del art.81.1 TCE derivaba de la Ley, mientras que la exención derivaba de una autorización singular o genérica (Reglamento de exención) de la Comisión. Ahora, respecto al mismo artículo, la excepción también deriva de la ley igual que la prohibición y ambas actúan conjuntamente.

Se debe apuntar que las decisiones de exención existentes dejarán de tener validez desde la fecha de expiración de las mismas (art. 43 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

De este modo se sigue, una vez más, el sistema estadounidense -"ex post enforcement" versus "ex ante enforcement": la experiencia en los EE.UU. ha demostrado que la denuncia y la persecución de las infracciones es más eficaz que el sistema de notificación⁸⁶. El nuevo patrón, establecido en el Reglamento N 1/ 2003 estabiliza y expande los poderes ejecutivos de la Comisión en una Unión Europea ampliada, centrándose la autoridad comunitaria en las infracciones más graves y en la dirección y coordinación de las actividades de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados- miembros, estableciendo las orientaciones de la política de competencia comunitaria.

⁸⁴ Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003”, op.cit., p.74.

⁸⁵ Adrián Arnaiz, A.j. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., pp.401-413.

⁸⁶ Ver Galán Corona, E. “Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación...”, op. cit., p.512.

2.2. Las Decisiones respecto a las prácticas anticompetitivas.

El art. 7 del Reglamento (CE) n° 1/2003 faculta a la Comisión para obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas a poner fin a infracciones. La decisión contiene las características de un acto administrativo singular⁸⁷ que tiene carácter vinculante en su totalidad para sus destinatarios – las decisiones son “obligatorias en todos sus elementos” (art. 249 del TCE). Aunque solo poseen carácter individual, las decisiones constituyen precedentes de gran importancia, puesto que la Comisión raras veces se aparta de ellas. En este sentido, en el asunto 19/77 Miller c. Comisión (1978), el Abogado General Warner criticó la opinión de la Comisión, según la cual los operadores económicos de la Unión Europea deberían conocer sus decisiones en los casos individuales⁸⁸. En opinión de algunos autores⁸⁹, la decisión es un acto individual que carece de carácter general, pero su carácter vinculante supone reconocer, que sus efectos trascienden a sus destinatarios, lo que no hace sino incidir en su carácter normativo.

Las decisiones de la Comisión deben ser publicadas, incluyendo el contenido principal de la decisión y los nombres de las partes. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo puede asimismo emitir una decisión declarativa condenando un acuerdo o práctica por pasada comisión de infracción de los arts. 81 y 82 (art. 7 del Reglamento (CE) N 1/ 2003). La Comisión puede estar interesada en tal declaración cuando es importante clarificar una cuestión de derecho- Decisión de 30 de julio de 1992 Scottish Salmon Board, o cuando existe un peligro que la empresa vuelva a cometer dicha infracción- asunto 7/82 GVL c. Comisión (1983) o para establecer la base jurídica para una acción de daños y perjuicios por las víctimas de la infracción- Decisión de 19 de diciembre de 1984 Importaciones de aluminio de Europa del Este.⁹⁰ El nuevo Reglamento introduce las así llamadas decisiones positivas de no infracción, cuando el interés público de la Comunidad lo requiera -art. 10 del Reglamento (CE) n° 1/2003. Según Ferrer Ramírez⁹¹ las decisiones positivas difieren significativamente de las decisiones de exención conforme con el art. 81.3 del TCE, porque estas últimas

⁸⁷ En este sentido Ballesteros Moffa, L. A. “La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario. En particular, la decisión”, Revista de Derecho Comunitario N 9, enero – junio 2001, pp.303 – 320; Ortiz Blanco, L. “El Procedimiento...”, vol I, op. cit., p.63.

⁸⁸ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.4.

⁸⁹ Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre los tribunales...”, op.cit., p.217.

⁹⁰ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.535.

crean derechos con efecto "erga omnes" por toda la duración de la decisión con independencia de que se produzca un cambio sustancial de los hechos.

La Comisión aprueba sus decisiones después de un procedimiento que se ha incoado de oficio o a instancia de las partes (por denuncia).

El Reglamento N 1/2003 da la posibilidad de la Comisión de imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento a las empresas y asociaciones de empresas que sea necesario para producir el cese efectivo de la infracción⁹² : considero que este principio es una clara repercusión del derecho antitrust norteamericano. Los remedios estructurales (como una mayor intervención) sólo se pueden imponer en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando éstos resulten más gravosos para la empresa en comparación con el remedio estructural (art. 7 del Reglamento (CE) nº 1/2003). Como se ha señalado en la parte sobre las autoridades antitrust de los EE.UU, la razón que explica este hecho es que los remedios estructurales pueden producir desequilibrios y distorsiones del mercado.

En materia de defensa de la competencia existen varios tipos de decisiones, que básicamente se pueden dividir en decisiones de fondo y decisiones de procedimiento⁹³: entre las decisiones de fondo cabe distinguir las decisiones favorables (por ejemplo la decisiones positivas del art.10 del Reglamento N 1 /2003) y las desfavorables – decisiones de medidas provisionales, las decisiones de infracción, las decisiones de retirada del beneficio de una exención por categorías. Entre las decisiones de procedimiento se pueden distinguir las decisiones de adquirir información, las decisiones de imponer multas o multas coercitivas en la fase de investigación.

2.2.1. Decisiones de constatación y cese de las infracciones (medidas de comportamiento)- estas decisiones son en la mayoría de los casos efectivas de inmediato. La Comisión puede además, ordenar a las partes que se abstengan en el futuro de conductas similares o de abstenerse de firmar acuerdos de efectos analógicos – asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión(1982).

Como ya se ha señalado, la Comisión puede, junto con la decisión, imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado o necesario para producir el cese de la infracción: por ejemplo la Decisión de 10 de noviembre de

⁹¹ Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación...", op. cit., p.100.

⁹² Ver a este respecto Pascual y Vicente, J. "La nueva política...", op.cit., p.136 y Martínez Lage, S. "Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts.81 y 82 TCE", GJUEC N 223, enero- febrero, 2003, p.9.

⁹³ Ortiz Blanco, L. "El Procedimiento...", vol I, op. cit., pp. 86 – 88.

1992 Gillette(DO L 116 de 12 de mayo de 1993), en cuya virtud la Comisión obligó a la empresa a poner fin a la infracción, deshaciéndose de la participación que tenía en otra⁹⁴.

En palabras de Waelbroeck y Frignani⁹⁵, tal como resulta del término “podrá”(empleado asimismo en el art.7.1 del nuevo Reglamento N 1/2003 de procedimiento), la Comisión no está obligada a adoptar una decisión, ordenando el cese de la infracción y dispone, a este respecto, de un amplio poder de apreciación.

Es importante destacar, que cuando las partes han celebrado contratos con terceros en ejecución de la práctica colusoria, sin que dichos contratos estén contemplados en el art.81.1, en caso de que estos contratos con terceros perpetúen los efectos restrictivos de la competencia, causados por la práctica ilícita, la Comisión puede ordenar a las partes dar a los terceros interesados la posibilidad de renegociar los contratos o rescindirlos⁹⁶.

2.2.2.Decisiones para ordenar una actuación determinada (medidas de comportamiento) - en este caso se trata de una obligación de hacer - asuntos 228 y 229/82, Ford c. Comisión(1984), Rep.223.La actuación ordenada puede ser simplemente una obligación de informar a terceros interesados que se ha puesto fin a la infracción - asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión(1982) o de facilitar información a la Comisión - asunto 27/76 United Brands c. Comisión(1976).Bellamy y Child⁹⁷ analizan la decisión Commercial Solvents : asuntos 6/73 y 7/73 Commercial Solvents c. Comisión (1973) Rep. 223, 225 en los que una empresa en posición dominante se negó a suministrar a un cliente (infringiendo así el art. 82 TCE). La Comisión requirió a dicha empresa en posición dominante para que reanudara los suministros en un plazo de 30 días y propusiera un acuerdo que regulara los futuros suministros en el plazo de dos meses tras la decisión de la Comisión. En el recurso (asunto 6 y 7/73 Commercial Solvents c. Comisión (1974) Rep. 223, 225), el Tribunal de Justicia señaló que las decisiones pueden incluir "una obligación de realizar determinados actos o conceder determinadas bonificaciones que hayan sido ilegalmente retiradas, así como prohibir la continuación de determinadas actuaciones, prácticas o situaciones que son contrarias al Tratado".

⁹⁴ En este sentido Gil Ibáñez, J.L “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.120.

⁹⁵ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.534,537.

⁹⁶ *Ibíd*, p.538.

⁹⁷ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit. , p. 644; sobre el mismo tema ver Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.536.

-Facultades de controlar precios - en el caso United Brands la Comisión sostuvo que United Brands había abusado de su posición dominante al imponer precios excesivos y discriminatorios y, sin necesidad de imponer unos precios, supervisó la política de precios de la empresa- asunto 27/76 United Brands c.Comisión (1976) Rep. 207, 342. La Comisión impuso precios mínimos en el asunto ECS/AKZO, DO 1983 L 252/13, y en Tetra Pak II (1992)L72/1(1992)4CMLR 551⁹⁸.

2.2.3. Decisiones para la imposición de multas a las empresas y asociaciones de empresas.

2.2.3.1. Multas coercitivas.

La Comisión podrá, mediante decisión imponer a las empresas multas coercitivas, para asegurar el cumplimiento de su requerimiento de poner fin a una infracción del art. 81 o 82 TCE o para asegurar el cumplimiento de un compromiso, dotado de fuerza vinculante⁹⁹. Se han analizado los casos en que estas multas se imponen para obligar a las empresas a proponer la información solicitada de manera completa y exacta o para obligarlas a que se sometan a la inspección ordenada. Se pueden imponer multas coercitivas además para obligar a las empresas a cumplir una decisión que ordene medidas cautelares. Es importante destacar que la violación del Tratado o de una norma adoptada por su aplicación, no es suficiente para la imposición de la multa coercitiva, sino debe darse un requisito: una negativa de someterse a una decisión previa, es decir, a un requerimiento. Así, la función principal de la multa coercitiva es obligar al interesado obedecer a dicho requerimiento y de este modo indirectamente hacer respetar las normas del Tratado, no garantizar directamente el cumplimiento de las normas del Tratado o del Derecho derivado¹⁰⁰. La multa coercitiva no puede superar 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha de la decisión (art.24 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

La Comisión puede reducir la multa coercitiva por cumplimiento de la obligación que se establece en la decisión (art. 24.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

⁹⁸ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit. , p. 645.

⁹⁹ Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., p.790.

¹⁰⁰ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.565.

2.2.3.2. Multas sancionadoras procesales.

Dichas multas se han analizado en el Subtítulo “Poderes de investigación”. Se trata de incumplimiento de los deberes de suministrar información a la Comisión durante el período de investigación.

2.2.3.3. Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.

La Comisión podrá, mediante decisión, imponer multas¹⁰¹ a las empresas o asociaciones de empresas de más de 10% del volumen de negocios cuando deliberadamente o por negligencia infrinjan las disposiciones del art. 81 y 82 del TCE, no cumplan una decisión de imposición de medidas cautelares o no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión (art. 23.2 y 23.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La imposición de la multa es la consecuencia más frecuente de la constatación de una infracción. Las decisiones para imponer las multas no tienen carácter penal¹⁰² (art. 23.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). El objetivo de este tipo de multas es corregir e impedir las infracciones sustantivas.

Pascual y Vicente¹⁰³, como asimismo Galán Corona¹⁰⁴ advierten, que la novedad principal, introducida por el Reglamento N 1/ 2003 respecto a las multas sustantivas, se refiere al establecimiento de una responsabilidad solidaria para las asociaciones de empresas: la Comisión puede exigir el pago de la multa de cada una de las empresas, participantes en la asociación. Así, se ven incrementados los poderes de la Comisión en materia de imposición de sanciones.

En comparación con las multas coercitivas que tienen principalmente carácter compulsivo, en el caso de las multas sancionadoras, el Tribunal de Justicia ha reconocido su carácter punitivo de hechos pasados y disuasivo para el futuro - asuntos 100/80, etc... *Musique Diffusion Francaise c. Comisión* (1980), Rep. 1825,1907, como también su carácter ejemplar.

¹⁰¹ Es importante apuntar, que se han hecho análisis de las sanciones en el derecho antitrust, comparando las ventajas de las sanciones económicas con otras medidas (el encarcelamiento): ver por ej. Rosochowicz P. H.,

“The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law”, ECLR vol.25, N 12/2004, pp.752 – 757.

¹⁰² Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.239; Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.545; Peña Castellet, M.A. “Política sancionadora de la Comisión Europea en el ámbito de la competencia desde la segunda mitad de la década de los años –90” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, vol.III, ed.Dykinson, Madrid, 2002.

¹⁰³ Pascual y Vicente, J. “La nueva política...”, op.cit., p.141.

¹⁰⁴ Galán Corona, E. “Notas...”, op.cit., p.515.

En el Anexo N 2 se dan las multas, impuestas por la Comisión en el período 1995- 2004.

La distinción entre de forma deliberada / por negligencia es relevante para establecer el importe de la multa, pero según Bellamy y Child¹⁰⁵ la práctica de la Comisión para establecer una diferencia clara entre los dos conceptos no es coherente. Los mismos autores afirman que la calificación de una infracción como deliberada requiere "al menos la comisión deliberada de un acto cuyo objeto sea obtener un fin anticompetitivo, o que se ejecuta con el conocimiento de que del mismo resultarán efectos claramente anticompetitivos" - asuntos 100/80 "Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825, 1907; asuntos 96/82, etc... IAZ c. Comisión (1983) Rep. 3369. Creo que la distinción entre infracción deliberada o por negligencia debe ser determinada con mayor exactitud por la Comisión.

Al efecto de fundamentar una infracción deliberada una empresa es responsable por los actos de sus altos cargos - asuntos 100/80" Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825.

Es importante subrayar que no es necesario conocer las disposiciones del Tratado para que exista una infracción deliberada¹⁰⁶ - la ignorancia de la ley o el error respecto a su contenido no impide que la infracción sea deliberada cuando existe una clara intención anticompetitiva - asunto 19/77 Miller c. Comisión (1978) Rep.131, 152, asuntos 32/78 BMW c. Comisión (1979) Rep. 2435, 2479 - 80¹⁰⁷; asunto T-143/89 Ferriere Nord c. Comisión (1995) ECRII - 917, 41.

Una infracción se comete por negligencia cuando la empresa de que se trate hubiera podido prever razonablemente que su conducta tendría un efecto anticompetitivo del tipo prohibido por el art. 81 u 82 TCE¹⁰⁸. Se puede cometer asimismo una infracción por negligencia cuando la conducta se lleve a cabo de forma accidental.

¹⁰⁵ Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 655.

¹⁰⁶ Ver en este sentido Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.546- 547.

¹⁰⁷ En palabras del Tribunal de Justicia , "las cláusulas en cuestión fueron adoptadas o aceptadas por el recurrente y éste no podía haber sido inconsciente de que tenían como objeto la restricción de la competencia entre sus clientes. Consecuentemente, tiene poca relevancia señalar si el recurrente sabía que estaba infringiendo la prohibición contenida en el art. 81" - cit. por Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 655.

¹⁰⁸ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law: text, cases and materials", op.cit., 2001., p. 903; Según Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.546, la noción de negligencia apenas fue afinada por la jurisprudencia: en ciertos casos, la misma gravedad de la infracción basta para deducir que la empresa ha actuado con negligencia.

Hay que añadir, además, que según la Sentencia del TJCE en el asunto 100 a 103/80 Pioneer c. Comisión(1983), el ánimo deliberado o la negligencia no deben ser necesariamente imputables a los propietarios de la empresa o a sus altos cargos, es suficiente que se refieran a las acciones de una persona autorizada de actuar por cuenta de la empresa.

2.2.3.4.Método para calcular las multas sancionadoras¹⁰⁹.

Una vez demostrado que la infracción se ha cometido de forma deliberada o por negligencia, el art.23 del Reglamento N 1/ 2003 obliga a la Comisión a tener en cuenta la gravedad y la duración de la infracción.Muchas veces a lo largo de los años se ha puesto énfasis en la discrecionalidad de la Comisión para fijar el volumen de las multas y su método para calcular las multas ha sido criticado por falta de transparencia¹¹⁰. Se ha requerido una formula abstracta que podría servir para calcular las multas: como es sabido en los EE.UU las "Federal Sentencing Guidelines" se aplican para los asuntos "antitrust" criminales. Poco a poco se ha llegado a la conclusión que es mejor que las empresas sepan con más exactitud las consecuencias de sus actos anticompetitivos para abstenerse de estos a pesar de que algunos funcionarios de la Comisión apuestan más por lo contrario.En mi opinión, si se respeta el principio de tipicidad de la sanción(la seguridad jurídica) la incertidumbre sobre el importe de la multa creará más posibilidades de que la empresa se abstenga de la conducta, porque no habrá seguridad en cuanto a la cantidad de la multa, que podrá ser muy elevada. Se trata de una cuestión que es muy actual, también en el derecho civil en relación con la reparación de daños y perjuicios: es poco probable ser sancionado y las empresas pueden calcular y elegir si se puede o no infringir la ley desde la perspectiva de las tarifas.

Consciente de los problemas mencionados y otros más en relación con el cálculo de las multas, la Comisión publicó las "Guidelines on the Method of Setting Fines" en enero 1998.Estas directrices se pueden entender como un intento de alcanzar un mayor equilibrio entre la transparencia y objetividad en el cálculo de las multas, demandada tanto por las empresas, como por el Tribunal de Justicia, aunque se mantiene el margen discrecional que el legislador dejó a la Comisión a la hora de fijar

¹⁰⁹ Ver Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit., pp.782 – 789; Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., pp.178- 236.

¹¹⁰ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law...", p. 907; Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.549.

las multas dentro del límite de 10% del volumen de negocios de la empresa. La Comisión no renunció a su discrecionalidad, pero estableció un método más preciso para calcular las multas. Las Guidelines están basadas en dos criterios - **gravedad** y **duración** para precisar la base de la multa:

$$X (\text{gravedad}) + Y (\text{duración}) = \text{base de la multa}$$

Gravedad.

Evalutando la gravedad de la infracción hay que tener en cuenta la naturaleza (tipo de la infracción) - por ej. , si se trata de infracciones que dificultan la consecución de los objetivos generales del Tratado o de un acuerdo de I+ D. Hay que tener en cuenta asimismo la cuota del mercado afectado y el volumen de negocios de la empresa, los efectos de la infracción, y la conducta de las partes - asuntos 45/69 Boehringer Mannheim c. Comisión (1970) Rep. 769, 806; asuntos 100/80, Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825, 1908, asunto 322/81, Michelin c. Comisión (1983) Rep. 3461, 3524¹¹¹.

Las Guidelines on the Method of Setting Fines (Imposed Pursuant to art. 15 (2) of Regulation 17 and art. 65 (5) of the EC Treaty (1998) OJ C 9/3) dividen las infracciones en tres tipos según su gravedad:

- infracciones de menor importancia: se trata sobre todo de restricciones verticales del Mercado que tienen un efecto limitado sobre el Mercado comunitario.
Multas: 1000 - 1.000.000 euros aprox.
- infracciones serias: restricciones horizontales o verticales con amplios efectos sobre el Mercado comunitario. En esta categoría entran también, los abusos de posición dominante.
Multas: 1.000.000 - 20 millones de euros aprox.
- infracciones muy serias - aquí están sobre todo las restricciones horizontales como los cárteles así como los acuerdos de distribución del Mercado comunitario y todas las demás prácticas que dificultan el funcionamiento entero del Mercado competitivo.
Multas: más de 20 millones de euros.

¹¹¹ Más ejemplos en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes se pueden encontrar en Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., pp.783 - 786, en Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.551-557 y en Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., pp.204- 221.

Según las Guidelines se deben tener en cuenta, además, la capacidad de las partes de causar daños o perjuicios significativos a otros sujetos, sobre todo a los consumidores.

Se debe tener en cuenta la capacidad del infractor de conocer la ley y sus posibilidades de perjudicarla.

Cuando se trata de un determinado número de empresas (por ej. - los cárteles) en varios casos es necesario tener en cuenta en qué categoría entra la infracción de cada una de las empresas, determinando el efecto real de la conducta en su conjunto, sobre todo cuando existe una diferencia significativa en el tamaño de las empresas.

Todo esto exige un exacto cálculo aritmético para llegar a una multa determinada razonablemente.

Duración.

Las Guidelines dividen en tres categorías las infracciones según su duración:

- Infracciones de corta duración (menos de 1 año) para cuales no se prevé incremento de la base de la multa.
- Infracciones de media duración (1 a 5 años en general). En este caso la base determinada por gravedad se incrementa con más del 50% .
- Infracciones de larga duración (más de 5 años)- pueden subir con más de 10% por año la base de la multa determinada por el criterio gravedad.

Estableciendo estas categorías, se opta por un incremento en función de la iniciativa de denunciar o de cooperar con la Comisión.

Circunstancias agravantes:

Según las Guidelines las circunstancias agravantes pueden ser:

- reincidencias
 - negativas de cooperación con la Comisión o intentos de obstruir las investigaciones de la Comisión
 - ser el líder o el iniciador de la infracción
 - si la empresa ha tomado medidas represivas contra otras empresas con el fin de realizar su conducta anticompetitiva
 - la base de la multa se puede subir con objetivo de reducir los beneficios que son resultado de la infracción cuando es posible calcular estos beneficios con objetividad.
 - Otros.
-

Según Peña Castellet¹¹² las circunstancias agravantes se han aplicado al menos a una empresa en los asuntos Volkswagen, British Sugar, Greek Ferries, Aminoacids, etc...

Circunstancias que pueden reducir la base de la multa:

- una conducta pasiva de la empresa, siguiendo al "líder" de la infracción,
- no poner en práctica los acuerdos y prácticas acordados,
- terminación de la infracción con las primeras intervenciones de la Comisión,
- existencia de duda razonable por parte de la empresa en cuanto la posibilidad de que dicha práctica constituya o no un delito,
- violaciones cometidas por negligencia o involuntariamente,
- cooperación efectiva en los procedimientos de la Comisión que no entran en el alcance de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO, C45, 19.02.2002).
- otros.

Se han aplicado las circunstancias atenuantes¹¹³ en los casos Alloy Surcharge, Aminoacids, Michelin, Vitamins, etc...

Waelbroeck y Frignani han observado que el Tribunal de Justicia se ha negado a considerar como pertinentes circunstancias como la discriminación, el estado de necesidad, la conformidad al derecho nacional o la interposición de un recurso, así como la deducibilidad fiscal de la multa¹¹⁴.

2.2.3.5. La "política de clemencia".

La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO, C45, 19.02.2002).

Como es sabido, los cárteles y especialmente los cárteles de núcleo duro (hard core cartels) se consideran una de las conductas anticompetitivas más dañinas. Esto es así, porque por causa de estos acuerdos se alteran por completo las condiciones de mercado, que empieza a operar a favor de las empresas-partícipes en el acuerdo. Los cárteles suponen una redistribución de la renta de los consumidores a estas empresas¹¹⁵.

¹¹² Peña Castellet, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., p.204.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.558- 560.

¹¹⁵ Véase Carlton, D. y Perloff, J. "Modern Industrial Organization", ed. Addison- Wesley, Mass., p.165.

La Comisión ha creado dos unidades dedicadas exclusivamente a la persecución de los cárteles¹¹⁶, con instructores especializados en este tipo de prácticas. Se han profundizado, además, los esfuerzos de cooperación internacional en este ámbito en relación con la persecución de los cárteles transnacionales¹¹⁷. Pero, sin duda alguna, el instrumento básico de la lucha contra los cárteles tanto en los EE.UU como en Europa, son los llamados programas de clemencia. Según Calviño¹¹⁸, gracias a dichos programas, la detección de los cárteles no se basa en indicios, sino en pruebas y testimonios, aportados por los partícipes del cártel, algunos de los que no sólo confirman la existencia del acuerdo ilícito, sino que describen su funcionamiento.

¿Como operan dichos programas de clemencia?

La teoría económica demuestra que los cárteles, en muchas ocasiones, son intrínsecamente inestables. De este modo la estabilidad de un cártel depende no sólo de factores estructurales (como la coordinación para la puesta en marcha de las prácticas), sino también de la capacidad de sus miembros de establecer mecanismos de control y represalia ante posibles comportamientos oportunistas por parte de algunos miembros¹¹⁹. Como se ha observado en el caso de los EE.UU, las autoridades de competencia tratan de aumentar dicha inestabilidad, ofreciendo un tratamiento favorable a aquellas empresas- miembros del cártel, que por varias razones decidan denunciar la existencia del cártel:

La **Comunicación** (llamada alguna vez la **Comunicación de exculpabilidad**)¹²⁰ establece que La Comisión puede reducir las multas e incluso no sancionar a los participantes en cárteles que cooperen con la Comisión y proporcionen información en la fase de investigación.

El programa sobre exculpabilidad fue iniciado por las dificultades que tuvo la Comisión durante varios años para detectar los cárteles y para probar los acuerdos sobre los precios (sobre todo cuando se trata de industrias oligopolísticas y de la así llamada

¹¹⁶ Véase Sarela, A. y Malric-Smith, P. “Reorganizing of Cartel Work in DG Competition”, Competition Policy Newsletter N 2, 2005, p.43.

¹¹⁷ Calviño, N. “Cárteles: análisis y valoración de sus efectos” en Cases, L.(dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed.Marcial Pons, Madrid, 2004, p.270.

¹¹⁸ *Ibíd*, p.271.

¹¹⁹ Peña Castellot, M.A. “Política sancionadora...”, *op.cit.*, p.179.

¹²⁰ Existen varias opiniones y análisis en relación con esta Comunicación: Korah, V. “An Introductory Guide...”, *op. cit.*, p.35 y pp.242 – 243, Van Barlingen, B. “The European Commission’s 2002 Leniency Notice after One Year of Operation”, Competition Policy Newsletter N 2 de 2003, Blake, S. y Schnichels, D. “Leniency Following Modernization: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, Competition Policy Newsletter N 2 de 2004

"defensa oligopolística")¹²¹. Así se ha decidido ir más allá de los planteamientos tradicionales y establecer el sistema de clemencia, experiencia que ya había dado sus frutos en los EE.UU.

La **Comunicación**¹²² sigue el modelo de la US Department of Justice Corporate Leniency Policy Notice de 10 Agosto de 1993, donde se trata solo de exculpabilidad en los casos criminales de antitrust.

La Comunicación se divide en dos apartados – A y B¹²³:

El apartado A, relativo a la dispensa del pago de las multas establece que una empresa se dispensará del pago, cuando:

- sea la primera en aportar elementos de prueba, que, según la Comisión , le permitan adoptar una decisión por la que se ordene una verificación en relación con la existencia de un presunto cártel que afecte a la Comunidad y únicamente si la Comisión en el momento de la aportación de los datos no dispone de elementos de prueba suficientes para adoptar dicha decisión o
- sea la primera en aportar elementos de prueba, que, según la Comisión, le permitan comprobar una infracción del art.81TCE en relación con la existencia de un presunto cártel y siempre que la Comisión no disponga en este momento de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción. En este caso, la inmunidad sólo se aplica en caso de que ningún otro miembro del acuerdo se haya acogido a la inmunidad del primer supuesto.

Además de estas dos condiciones alternativas, se deben cumplir los siguientes requisitos cumulativos:

- la empresa debe cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento de la Comisión, facilitándole todos los elementos de prueba, relacionados con la infracción, que se hallen a su disposición,
- la empresa debe poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los datos,
- la empresa no deberá haber obligado a otras empresas a participar en la infracción.

¹²¹Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law...", op.cit., p. 919.

¹²² Sobre las últimas novedades en la aplicación de dicha Comunicación (y sobre la evaluación positiva de esta aplicación) ver Van Barlingen, B. y Berenes, M. "The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice", Competition Policy Newsletter, N 3, 2005, pp.6- 16.

¹²³ Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit., p.242.

El apartado B establece que las empresas que no cumplan los requisitos del apartado A pueden beneficiarse de una reducción de la multa. En este caso la empresa debe facilitar a la Comisión elementos de prueba que aporten “valor añadido” significativo respecto a los datos de que dispone la Comisión y debe poner fin a su participación en la presunta infracción. La primera empresa que cumpla estos requisitos recibirá una reducción de 30 – 50%, la segunda - una reducción del 20 – 30% y las empresas siguientes una reducción de hasta el 20%.

El hecho de que se conceda una dispensa del pago de la multa o una reducción de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en la infracción.

Aunque son evidentes los beneficios que pueden aportar estas disposiciones (que han dado resultados positivos en los EE.UU), algunos autores como Schroeder¹²⁴ critican la Comunicación, sobre todo en relación con las diferencias en los programas de exculpabilidad entre los Estados – miembros (ocho Estados – miembros todavía no tienen semejante legislación). Además no existen reglas explícitas formales de intercambio de información¹²⁵ entre las autoridades nacionales y la Comisión sobre los casos de exculpabilidad. Así que hay que avanzar más en la armonización y aplicación de las medidas analizadas.

Las multas contienen 6 elementos:

- la cantidad (X) determinada a base de la gravedad (en euros),
- la cantidad (Y) para duración media o larga ,
- el elemento (i) para las circunstancias agravantes,
- el elemento (j) para las circunstancias que reducen la base de la multa , excluida la exculpabilidad conforme a la **Comunicación**,
- el elemento (k) (en porcentos) en caso de aplicación de la **Comunicación**

En todo caso por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior (art. 23.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

De este modo la multa se calcula del modo siguiente:

¹²⁴ Schroeder, D. “Leniency – Issues from a Private Practitioner’s Perspective” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

$$[x + y] \times [(100 + i - j) / 100] \times [(100-k)/100] = f$$

Obsérvese, que el nuevo Reglamento N 1/ 2003 aumenta considerablemente el importe de las multas e introduce, como se ha señalado, la siguiente novedad:

Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas que no es solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa (art. 23.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación en un plazo, fijado por la Comisión, las empresas responden solidariamente (art. 23.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

Conviene resumir que la Comisión debe tomar en consideración todos los factores relevantes a una determinada conducta y establecer la sanción con la máxima objetividad. Las directrices de la Comisión cumplen una función complementaria, porque hay que decidir caso por caso, de acuerdo con las circunstancias particulares. Creo que en caso de las decisiones de imposición de multas, con objeto de una máxima prevención, hay que aplicar los niveles más altos de las mismas.

2.2.3.6. Exculpabilidad (Reglamento N 1/2003)¹²⁶.

Además de los programas de clemencia en casos de acuerdos de cárteles, establecidos con la Comunicación de la Comisión, analizada anteriormente, el Reglamento (CE) n° 1/2003 prevé tres casos de exculpabilidad (art. 23.4 del Reglamento n° 1/2003)

- si las empresas demuestran que no han aplicado la decisión constitutiva de infracción,
- que las empresas han ignorado la existencia de esta decisión,
- que las empresas se han distanciado activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso.

La Comisión dispone de amplios poderes de apreciación respecto a estos criterios, considerando las circunstancias de cada caso concreto.

¹²⁵ Montag, F. y Cameron, S. “Effective Enforcement: the Practitioner’s View of Recent Experiences under Regulation N 1/2003” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹²⁶Las reglas de exculpabilidad han sido expuestas en la Comunicación (analizada en el párrafo anterior) en el año 2002, pero reglamentadas en el Reglamento N 1/ 2003: ver Blake, S. y Schnichels , D. “Leniency Following Modernization: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, Competition Policy Newsletter N 2 de 2004

2.2.3.7. Prescripción.

En méritos del Reglamento (CE) nº 1/2003 el poder de la Comisión en materia de imposición de sanciones prescribe en tres años respecto a las infracciones de las disposiciones relativas a solicitudes de información o a la ejecución de inspecciones y 5 años para los demás casos (art. 25 1 a) y b) del Reglamento (CE) nº 1/2003). El plazo comienza a correr a partir del día en que se haya cometido la infracción¹²⁷, pero en caso de que se trate de una infracción continua o continuada, el plazo comienza el día en que haya cesado la infracción (art. 25.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003): un momento que no es fácil de establecer. El transcurso del plazo a efectos de la prescripción se interrumpe por "cualquier acto de la Comisión o de una autoridad de competencia de Estado miembro destinado a la instrucción o a la investigación de la infracción; incluyendo entre otros los requerimientos de información escritas de la Comisión o de la autoridad de competencia de un Estado miembro, mandatos escritos de inspección, inicio del procedimiento por la Comisión o por la autoridad de competencia de un Estado miembro la entrega del pliego de cargos (art. 25.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda interrumpida a partir de la fecha en que este acto se notifique al menos a una empresa o asociación de empresas que haya participado en la infracción. Las actuaciones en relación a una sola parte interrumpe el transcurso del plazo para todas las empresas que participan en la infracción (art. 25.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

La prescripción se considera alcanzada con el transcurso de un plazo igual al doble de la prescripción sin que la Comisión haya impuesto ninguna multa sancionadora o coercitiva (art. 25.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda suspendida durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia(art. 25.6 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

En materia de ejecución de sanciones el poder de la Comisión de ejecutar decisiones está sometido a un plazo de prescripción de 5 años (art. 26.1 del del Reglamento (CE) nº 1/2003) que empieza a correr desde el día en que la decisión sea firme (art. 26.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda interrumpida por la notificación de una decisión que modifique el importe inicial de la multa o que rechace la solicitud con tal objeto y asimismo por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro que este destinado a la recaudación por vía ejecutiva, de la multa (art.

¹²⁷ Ver asimismo Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., p.218.

26.3 a) y b) del Reglamento (CE) n° 1/2003). La prescripción queda suspendida en dos casos (art. 26.5 del Reglamento (CE) n° 1/2003):

- mientras dure el plazo para efectuar el pago,
- mientras dure la suspensión del cobro de la multa por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia.

Se considera que todos estos plazos son suficientes, para permitir a la Comisión a llevar a cabo sus investigaciones y para garantizar la seguridad jurídica de las empresas.

2.2.4. Decisiones para adoptar medidas cautelares.

El nuevo Reglamento de procedimiento n° 1/2003 confiere a la Comisión la facultad de adoptar medidas cautelares¹²⁸ que sean indispensables para el ejercicio efectivo de su misión de defensa de la competencia y sobre todo para asegurar la eficacia de las decisiones para poner fin a infracciones. Las medidas cautelares se pueden ordenar por la Comisión de oficio (art. 8.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado). Para poder proceder a estas medidas se tienen que cumplir dos requisitos:

- que existan indicios racionales suficientes de haberse infringido el art.81.1 o 82 del TCE,
- que exista un elemento de urgencia probada, consistente en evitar daños serios e irreparables a la parte que solicita las medidas o para proteger el interés público – Auto del TJCE de 7 de octubre de 1980 – asunto 792/1979R Camera Care.

Estas facultades comprenden tanto la posibilidad de ordenar que se adopten medidas positivas así como la posibilidad de imponer prohibiciones –asunto 229/82R Ford Werke AG c.Comisión(1982)¹²⁹. De este modo la Comisión puede ordenar la reanudación de suministros (Ford Werke AG) o el cese de una conducta predatoria - asunto Napier Brown/British Sugar, DO 1988 L284/41.

Con la inclusión de las medidas cautelares en el Reglamento N 1/ 2003 se ha dado un paso adelante en favor a las facultades de la Comisión, resolviendo discusiones en la doctrina en relación con dicha problemática¹³⁰.

¹²⁸ Ver Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.121.

¹²⁹ *Ibíd*, p. 677.

¹³⁰ En relación con estas discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., pp.539- 543.

2.2.5. Decisiones declarativas del art.10 del Reglamento N 1/2003.

Según el art.10 del Reglamento N 1/2003, la Comisión tiene la facultad, cuando el interés público lo requiere, para adoptar decisiones para declarar que el art.81 no se aplica para determinados acuerdos o prácticas concertadas por dos razones alternativas:

- cuando no se cumplen las condiciones de la prohibición del art.81.1 TCE,
- cuando se cumplen las condiciones de la exención del art.81.3 TCE.

Lo anteriormente expuesto se refiere asimismo al art. 82 TCE donde no existe exención, así que se requiere el no cumplimiento de las condiciones de la prohibición del mismo artículo.

Las decisiones, llamadas “positivas” o “decisiones de inaplicabilidad”¹³¹, se pueden tomar por la Comisión, actuando por iniciativa propia en casos excepcionales¹³², lo que les otorga un carácter discrecional, pero además, según J. Cooke¹³³ pueden ser adoptadas en base a denuncia. El art. 27(4) del Reglamento N 1/2003 establece la obligación de publicar la decisión positiva. Dicha decisión puede ser recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia.

Las decisiones declarativas del art.10 del Reglamento N 1/2003 tienen como objetivo aportar más seguridad jurídica, llenando “la brecha” después de la supresión de las autorizaciones comunitarias¹³⁴.

2.2.6. Decisiones de retirada individualizada de exenciones(art.29 del Reglamento N 1/ 2003).

Se trata del caso, cuando la Comisión ha adoptado un Reglamento de exención, en méritos del art.81.3 TCE que se refiere a determinados acuerdos. Puede ocurrir que en algún supuesto o momento la exención produzca efectos incompatibles con los objetivos de los Tratados y en estos casos la Comisión puede retirar el beneficio de un Reglamento de exención para todo el territorio de la Unión, respecto a un Estado-miembro o a una parte de un Estado- miembro¹³⁵.

¹³¹ Véase Pascual y Vicente, J. “La nueva política...”, op.cit., p.129.

¹³² Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.122.

¹³³ Cooke, J. D. “Application of EC Competition Rules by national courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹³⁴ En este sentido ver Paulis, E. y De Smitjer, E. “Enhanced Enforcement of the EC Competition Rules since 1 may 2004 by the Comisión and NCA’s” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences, donde se puede leer que las decisiones del art.10 deben clarificar la aplicación de las normas comunitarias de competencia en casos excepcionales que presentan un nuevo problema para la competencia.

¹³⁵ Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.122.

2.3. Facultades para negociar con la empresa y establecer acuerdos.

Este es un caso muy frecuente, pero sin embargo las empresas tienen que proponer compromisos que respondan a las inquietudes que le haya mostrado la Comisión en su análisis preliminar (art. 9.1. del Reglamento (CE) nº 1/2003).

Montag y Cameron¹³⁶ analizan las consecuencias positivas de las negociaciones con las empresas en cuatro casos recientes:

- el caso Repsol: asunto COMP 38.348, Repsol(2004)(DO C258/7) donde la empresa Repsol se compromete a abrir el mercado nacional para otros competidores
- el caso Coca – Cola: asunto COMP 39.116/B2 Coca – Cola(DO C 289/10), donde el acuerdo con la Comisión contiene reglas precisas y detalladas respecto a las conductas prohibidas
- el caso De Beers / Alrosa : Comisión Press Release IP/04/1513, donde se limita la cantidad de diamantes que puedan ser proporcionados por Alrosa a De Beers directa o indirectamente
- el caso German Football League: asunto COMP/ C.2/37.214(2004)(DO C229/13), donde se establecen reglas específicas que aseguran el acceso vía UMTS

La Comisión puede emitir una decisión¹³⁷, muy semejante a los Consent Decrees, existentes en los EE.UU, convirtiendo dichos compromisos en obligatorios para las empresas¹³⁸. Esta decisión se puede adoptar por un tiempo determinado y en ella debe constar que ya no hay motivos para intervención, pero la Comisión podrá reabrir el procedimiento de oficio o "previa solicitud" (art. 9.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003) por tres motivos alternativos:

- si se produce modificación de la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión,
- si resulte que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos,

¹³⁶ Montag, F. y Cameron, S. "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experiences under Regulation N 1/2003" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹³⁷ Se trata de una decisión semejante a los Consent Decrees de la FTC en los EE.UU. Las dos diferencias importantes entre los Consent Decrees y las decisiones del art. 9 del Reglamento N 1/2003 son las siguientes:

- los Consent Decrees exigen una consulta pública
- los Consent Decrees exigen la aprobación del Juzgado y la determinación que el Decree es en interés público

¹³⁸ En este sentido ver Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria...", op.cit., p.136 y Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.121.

- si resulte que la decisión se ha basado en información incompleta, inexacta o engañosa que fue facilitada por las partes.

La otra alternativa es no aprobar ninguna decisión sino solucionar los asuntos por negociaciones informales, pero en este caso la Comisión puede publicar su punto de vista mediante una nota de prensa o haciendo una referencia en el siguiente Informe sobre la Política de Competencia. Se debe señalar que varios casos importantes se han terminado así, por ejemplo IBM - (1984) 3 CMLR147, Digital - Commission Press Release JP/97/868, Deutsche Telekom Tariffs - Commission's XXVII th Report on Competition Policy (1997) p. 77.

Considero que las negociaciones son una vía conveniente y de carácter constructivo para solucionar los problemas de la defensa de la competencia. De este modo se puede obtener más información sobre el mercado, convirtiendo a las empresas – infractores en colaboradores para la defensa de la libre competencia y este tiene que ser uno de los objetivos del derecho comunitario y nacional de la competencia.

2.4. La desestimación de las denuncias.

Como se ha señalado, el nuevo Reglamento N 1/2003 opta por un sistema de aplicabilidad directa de las normas de competencia no rigiéndose por un sistema de notificación sino persiguiendo las posibles infracciones denunciadas.

Y como es lógico, los procedimientos incoados por denuncia pueden concluir con una decisión declarando y sancionando la infracción de los arts. 81 y 82 TCE o con la desestimación de la denuncia (o con un arreglo amistoso).

Ortiz Blanco examina las razones para la desestimación y subraya que la Comisión puede desestimar una denuncia tanto después de haber realizado un examen profundo de los elementos de la denuncia como después de la instrucción del asunto¹³⁹. Así las principales razones para la desestimación son las siguientes:

a) Denuncias sin relación con las disposiciones de los arts. 81 y 82 del TCE.

Puede resultar que se denuncien determinadas situaciones que no son responsabilidad de las empresas o que una empresa denuncie a otra por actos de competencia desleal y en general cualquier otra denuncia respecto a hechos fuera del ámbito de aplicación de las normas antitrust comunitarias.

¹³⁹ Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 96.

b) Falta de interés legítimo del denunciante -la Comisión interpreta el "interés legítimo" de forma similar a como el Tribunal de Justicia interpreta "directa e individualmente" afectadas en el art. 230 del TCE en relación con las personas que pueden interponer recurso de nulidad. De este modo para la Comisión el denunciante ha de ser perjudicado por la presunta infracción y al mismo corresponde justificar su interés legítimo en la denuncia.

Según Ortiz Blanco en la práctica la Comisión interpreta de forma amplia el concepto "interés legítimo"¹⁴⁰.

c) Acuerdos exentos.

Cuando se ha denunciado un acuerdo o práctica que haya sido autorizado individualmente o por un Reglamento de exención por categorías la Comisión está obligada a desestimar la denuncia, salvo cuando el denunciante solicite la retirada de la exención.

d) Falta de interés comunitario¹⁴¹.

La Comisión no se puede referir abstractamente al interés comunitario, sino que debe exponer las consideraciones de hecho y de derecho que la han llevado a la conclusión que no existe una prioridad comunitaria conforme al art. 253 (considerando por ejemplo la importancia de la infracción para el mercado común).

e) Denuncias no fundadas.

Una denuncia puede ser desestimada por falta de pruebas o por pruebas insuficientes (desestimación por razones de hecho). Una denuncia puede ser desestimada asimismo por razones de derecho por no ser contraria a los arts. 81.1 y 82.

f) Además, el art.13.2 del Reglamento N 1/ 2003 prevé dos supuestos específicos, por lo que la Comisión puede desestimar una denuncia¹⁴²:

- cuando ya lo está tramitando una autoridad de competencia de un Estado-miembro,
- cuando se dirija contra una acción, decisión o práctica que hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.

De este modo es importante el intercambio de información y la colaboración de las autoridades de competencia para que no se llegue a decisiones contradictorias, dictadas por las autoridades de competencia de distintos Estados miembros.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 100.

¹⁴¹ Ver a este respecto STJCE, asunto C 119/ 97 P Ufex y otros c. Comisión(1999).

¹⁴² A este respecto ver Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", *op.cit.*, p.138.

Conviene destacar, que cuando la Comisión desestima una denuncia, el denunciante tiene derecho a una Decisión, adoptada por la Comisión¹⁴³.

2.5. Las cartas administrativas.

Existen varios tipos de contactos informales con igual fuerza de persuasión que las decisiones. En los últimos años el final más común de los expedientes ha sido la carta administrativa.

Las cartas administrativas no se pueden considerar decisiones. El Tribunal de Justicia en las sentencias de los asuntos 253/ 78 a 3/79 Procureur c. Guerlain(1980) Rep. 237 las ha considerado como simples cartas de información en las que la Comisión hace saber a las empresas su opinión respecto a los acuerdos y prácticas. La Comisión puede presentar su opinión preliminar e informal respecto al caso. Puede ser que la Comisión comunique a las empresas sus reservas hacia ciertos tipos de comportamientos o incluso sugerir modificaciones de los acuerdos: se trata de una breve indicación de los problemas que podrían surgir siguiendo estas conductas o prácticas. Estas cartas se diferencian sustancialmente del pliego de cargos porque no tienen los mismos efectos jurídicos.

Se dan también ejemplos de cartas de advertencia ("warning letters") en caso de que determinadas conductas o prácticas puedan amenazar la libre competencia.¹⁴⁴

Con las cartas de archivo la Comisión informa a las empresas del cierre de su expediente. Esto puede suceder por la escasa importancia de algunos asuntos, cuando no se ha comprobado la infracción o cuando por el paso del tiempo los asuntos han perdido importancia o interés ("backlog").

Hasta la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado existían asimismo las cartas de compatibilidad ("comfort-letters") y las cartas de incompatibilidad ("discomfort-letters") en los casos en que, habiendo recibido una notificación la Comisión consideraba que el interés del asunto tanto para la Comisión como para las partes es insuficiente para incoar un procedimiento formal¹⁴⁵.

Con la entrada en vigor del Reglamento N 1/ 2003 las cartas administrativas no se emplearán con tanta frecuencia como en el sistema anterior, aunque es posible que la

¹⁴³ *Ibíd.*, p.139.

¹⁴⁴ Más sobre las cartas administrativas de la Comisión en Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 129.

Comisión siga emitiendo cartas (por ej. de advertencia). Aún sin efectos jurídicos estas cartas pueden servir como directrices para las empresas en relación con la política de competencia, llevada a cabo por la Comisión.

3. LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN.

Según el art. 249 TCE "Para el cumplimiento de su misión el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones, previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado – miembro....".

Los Reglamentos son las "leyes" comunitarias. Tienen un alcance general (art. 249 TCE), son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en cada Estado miembro, así que no es necesaria una intervención normativa de los Estados miembros.

Según Caravaca y González¹⁴⁶ los reglamentos regulan sobre todo cuestiones de forma y de procedimiento o cuestiones de fondo. Un ejemplo de los primeros es el Reglamento (CE) N 773/2004 de la Comisión relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts 81 y 82 TCE. La Comisión, previa habilitación del Consejo de acuerdo con el art. 212 TCE puede adoptar dos variedades de reglamentos que regulan cuestiones de fondo:

a) los reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a determinados sectores económicos (por ej. los transportes);

b) los reglamentos de exenciones por categorías (REC).

En el presente trabajo se va a enfatizar en los efectos de los segundos que tienen una especial importancia en materia de defensa de la competencia:

Como se ha advertido anteriormente, la Comisión no tenía los recursos humanos y técnicos para responder por medio de decisiones formales a todas las solicitudes de autorización: según datos de la Comisión, al inicio de los años 60 se recibieron más de

¹⁴⁶ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la UE", ed. Colex, Madrid, 2003, p.970.

30.000 solicitudes de exención individual/declaración negativa y la cifra media anual de decisiones individuales de autorización se sitúa en torno a 20.

La Comisión intentó solucionar el problema mediante la regla "de mínimis" y las cartas administrativas, pero sobre todo por medio de los REC, que consisten en una autorización en bloque de determinados acuerdos¹⁴⁷. Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión seguirá adoptando REC, porque así se introduce un mayor grado de seguridad jurídica en relación con los acuerdos prohibidos entre las empresas: como se ha señalado en páginas anteriores, las autorizaciones de la Comisión cumplen una función de balance entre los objetivos del Tratado, es decir, entre los objetivos de la política de competencia y las demás políticas comunitarias, exceptuando de las reglas de competencia a determinadas conductas. El objetivo de esta labor de la Comisión es el desarrollo del Mercado Común en base a los objetivos económico- sociales del Tratado.

Desde el punto de vista formal un REC establece un modelo de contratos (por ejemplo de distribución, de franquicia, etc...) enumerando las cláusulas autorizadas (blancas) y las cláusulas prohibidas (negras) y las empresas están obligadas a considerar este modelo cuando celebren un acuerdo¹⁴⁸.

La Comisión retiene para sí misma la facultad de retirar, por medio de decisión, el beneficio de la exención¹⁴⁹ si la misma produce efectos incompatibles con los requisitos que establece el art. 81.3 TCE¹⁵⁰- art. 29 del Reglamento N 1/2003. La retirada no tiene carácter retroactivo. La retirada de la exención se puede realizar asimismo por parte de una autoridad nacional en caso de que los efectos contrarios del art. 81.3 se produzcan en el territorio de un Estado miembro o de una parte de él que constituye un mercado geográfico determinado. Se puede realizar de oficio, a solicitud de la Comisión o por denuncia de terceros que acrediten un interés legítimo.

La Comisión ha adoptado una multitud de REC **tanto en materia de restricciones verticales** como en materia **de restricciones horizontales**.

¹⁴⁷ Sobre la historia y la evolución de esta facultad de la Comisión, véase Goyder, D. "EEC Competition Law", ed. Clarendon Press, Oxford, 1988, pp.52- 63.

¹⁴⁸ Ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.590.

¹⁴⁹ Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. p.87.

¹⁵⁰ Véase Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.122.

Reglamentos en materia de restricciones verticales a la competencia.

A finales del S. XX la Comisión comenzó una serie de reformas en el régimen jurídico de las restricciones verticales: el 22 de diciembre de 1999 se aprobó el Reglamento N° 2790/99 del Consejo sobre restricciones verticales, que fue interpretado por la Comisión mediante una Comunicación sobre líneas directrices para las restricciones verticales a la competencia (DOCE 291 de 13 de octubre de 2000). Este nuevo reglamento instauró un régimen jurídico con tres características fundamentales¹⁵¹:

- a. Un enfoque económico: solo se benefician de la exención empresas cuyo poder de Mercado se encuentra dentro de ciertos límites, establecidos por el mismo Reglamento. Para determinarlo se recurre a las cuotas de Mercado de las empresas participantes en el acuerdo.
- b. Un enfoque unitario: se somete en lo esencial a un mismo régimen jurídico a una pluralidad de supuestos que con anterioridad del Reglamento N 2790/99 han sido regulados por diversos REC (venta o compra en exclusiva, franquicia) y otros no estaban regulados – por ej. la distribución selectiva.
- c. Un enfoque simple: el Reglamento no contiene listas de cláusulas blancas, grises o negras, sino tan solo la enumeración de cláusulas prohibidas (black list).

El 31 de julio de 2002 fue aprobado asimismo el Reglamento N° 1400 /2002 de la Comisión relativo a la aplicación del art.81.1 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor.

Reglamentos en materia de restricciones horizontales a la competencia

Siguiendo las directrices del Reglamento N 2790/99 sobre restricciones verticales, el 29 de noviembre de 2000 se aprobaron dos REC para los acuerdos horizontales de especialización (Reglamento N 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, DO L304 de 5 de diciembre de 2000) y de investigación y desarrollo (Reglamento N 2659/200 DO L304 de 5 de diciembre de 2000) que fueron interpretados por una Comunicación de la Comisión. En estos dos reglamentos de igual

¹⁵¹ Calvo Caravaca , A. L. y Carrascosa González, J , "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", op. cit., p. 972.

modo que en el caso de las restricciones verticales, la Comisión se centra en el poder de Mercado de las empresas implicadas y en las prohibiciones "per se"¹⁵².

Se pueden citar otros reglamentos de exención por categorías que se han adoptado en los últimos años:

El Reglamento (CE) N° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril 2004, relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de know-how (DO L123, 27.04.2004).

El Reglamento N° 823/2000 de la Comisión de 19 de abril 2000 relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de las compañías marítimas en línea (conferencias) (DO L100 de 20 abril 2000).

El Reglamento (CEE) N° 7617/93 de la Comisión relativo a determinadas categorías de acuerdos o prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de las capacidades, el reparto de los ingresos, las consultas relativas a las tarifas en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos.

El Reglamento N° 358/2003 de la Comisión de 27 de enero de 2003, relativo a la aplicación del art. 81.3TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

Analizando los efectos de los REC, Waelbroeck y Frignani afirman que, entrando en el ámbito del art.85.1(81.1)TCE, las prácticas colusorias quedan ipso facto exentas, no requiriéndose ninguna notificación, ningún examen, ninguna decisión de la Comisión- la Sentencia del TJCE, asunto 1/71Cadillón c.Hoess(1971), pero la aplicabilidad de un REC no impide necesariamente una condena en virtud del art.86(82)TCE- STJCE, asunto Tetra Pak I.Además, el REC no modifica directamente el contenido de las cláusulas contractuales, ni tampoco obliga a las partes a adaptarlas; se limita a establecer las condiciones que, de cumplirse, liberan estas cláusulas de la prohibición- STJCE, asunto 10/86VAG c. Magne(1986)¹⁵³.

Conviene constatar, que la facultad de la Comisión de aprobar REC, previa habilitación del Consejo, plantea una distinción fundamental con las facultades normativas de la FTC, porque dicha autoridad no está facultada a dictar tal tipo de actos normativos. Esto se debe a la función específica que cumplen estos actos normativos en

¹⁵² *Ibíd*, p. 1003.

¹⁵³ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", *op.cit.*, p.591.

el derecho comunitario de la competencia: se trata de la exceptuación de acuerdos que responden a los requisitos del art.81.3 TCE, aludiendo al mencionado equilibrio de objetivos económico- políticos y sociales, establecidos en el Tratado.Los Reglamentos de exención son uno de los mecanismos, que están destinados a establecer el balance entre la política de competencia y las demás políticas comunitarias en el marco de los objetivos de la Unión Europea.

4. OTRAS FACULTADES DE LA COMISIÓN EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.1. La Comisión y la política de competencia.

Según el Tribunal de Primera Instancia la misión de vigilancia de la Comisión en el ámbito del derecho de la competencia “comprende la tarea de instruir y de reprimir las infracciones individuales, pero se refiere igualmente al deber de desarrollar una política general, dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas” - asuntos acumulados T-305/94, T307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-329/94 y T-335/94¹⁵⁴- *Limburgse Vinyl c. Comisión*(1994).Se trata de una política general de la Comisión , relacionada y gestionada por la institución comunitaria junto con las demás políticas comunitarias(industrial, regional, comercial, social)¹⁵⁵,para la consecución de los objetivos del Tratado.

Según Caravaca y González¹⁵⁶ esta política de competencia, llevada a cabo por la Comisión presenta los siguientes rasgos generales:

- a) Tiene carácter constitucional: el art. 3 TCE es confirmado y desarrollado por otras disposiciones (art. 99.1, art. 105.1, art. 154.2 y art. 157TCE).
- b) Tiene carácter instrumental: como se ha destacado en el inicio de esta parte del trabajo, la competencia en la UE no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar los fines del art. 2 TCE.
- c) Tiene un contenido muy variado: en palabras de Caravaca y González -"previene y reprime, persigue acciones y omisiones, se confía a órganos comunitarios, pero

¹⁵⁴ Cit. y traducción de Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. , "Mercado Único y libre competencia de la Unión Europea", op. cit., p. 311.

¹⁵⁵ Véase Amato, G. "Antitrust and the Bounds of Power...", op.cit., p.119.

¹⁵⁶ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. , "Mercado Único y libre competencia de la Unión Europea", op. cit., p. 311.

también a nacionales de los Estados miembros, los destinatarios de sus normas son los Estados miembros, las empresas, etc."

- d) La política de competencia es una política horizontal: el alcance de sus normas se extiende en principio, a cualquier actividad económica. En este sentido Caravaca y González analizan las relaciones entre la política de competencia y otras políticas comunitarias de carácter sectorial o local - en especial, la política industrial, regional, comercial, etc.

Como se ha señalado en páginas anteriores, la política de competencia es fundamental para la consecución del objetivo Mercado Común, un mercado donde las barreras de entrada están reducidas y en que se realiza un movimiento libre de bienes y capitales. Además, esta política, llevada a cabo por la Comisión, garantiza una distribución de poder económico, vigilada y supervisada de una manera intensa por la Comisión y por las demás autoridades de defensa de la competencia, integradas en la Red de Autoridades Europeas de defensa de la competencia, actuando dicha red siempre en cumplimiento de las directrices de la alta autoridad comunitaria.

4.2. El control sobre las empresas públicas y la liberalización de los sectores monopolísticos (art. 86 TCE).

El control de las empresas públicas es imprescindible desde la perspectiva del nuevo enfoque de la regulación pro- competencia¹⁵⁷ o pro- mercado. Se trata de varios tipos de intervenciones del Estado en el Mercado Comunitario, susceptibles de falsear la competencia comercial:

- a) la constitución y el funcionamiento de empresas públicas,
- b) el establecimiento y mantenimiento de monopolios comerciales del Estado,
- c) la concesión de ayudas públicas a empresas o actividades económicas.

Según el art. 86.3 TCE, la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

Las Directivas pretenden determinar las obligaciones derivadas del art. 86.1 TCE y las decisiones tienen por objeto constatar el incumplimiento, por el Estado miembro y ordenarle el cese de la infracción. Estas decisiones son semejantes a los actos de que

¹⁵⁷ Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro García- Morato, L. "Principios de Derecho Público Económico", 3ed., ed. Comares, Granada, 2004, pp.602- 609; "Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político", ed. Comares, Granada, 2001, pp.5- 11.

dispone la Comisión para reaccionar contra cualquier otro comportamiento colusorio procedente de las empresas (art. 81 y 82 TCE) o de las ayudas del Estado (arts. 87-89 TCE).

Cruz Ferrer en su libro "Principios de la regulación económica en la Unión Europea" expone y analiza las razones de la liberalización. Según el autor "se requiere comprender su fundamento y alcance" y "es preciso situarla en el marco de las transformaciones globales de toda índole"¹⁵⁸.

Son tres los fundamentos básicos de la liberalización (Cruz Ferrer)¹⁵⁹:

A) Fundamento político expresado en el principio de subsidiariedad : “todo lo que puede hacer el individuo en el ejercicio de sus derechos y libertades, o por decisión del individuo, las entidades menores o intermedias, no deben hacerlo las entidades mayores en cuyo extremo se encuentran los Estados y la Unión Europea.”

B) Fundamento económico.

a) Razones conyunturales: exigencia de competitividad.

b) Razones conceptuales: el paradigma de la competencia que ha sustituido la dirección política de la economía.

C) Fundamento jurídico:

- Los tratados de la UE y el apoyo de las instituciones comunitarias a las políticas de liberalización.

- La necesidad de un nuevo modelo de regulación de los servicios públicos.

Más adelante en su trabajo el autor expone y analiza los principios que deben informar la regulación: el respeto a la autonomía empresarial de las compañías, respeto del derecho de propiedad y a libertad de empresa, la posición neutral del regulador, introducción de competencias en las actividades que no constituyen monopolio natural, vinculación de los precios a los costes reales, descentralización de la asignación y gestión de los riesgos, definición de los objetivos sociales y obligaciones del servicio público.

Se pueden distinguir tres grupos de problemas en relación con la liberalización de los servicios públicos (Cruz Ferrer):

¹⁵⁸ Cruz Ferrer, J. "Principios de la regulación económica en la Unión Europea", ed. Instituto de Estudios Económicos", Madrid, 2002, pp. 197, 206.

¹⁵⁹ *Ibíd*, pp. 197-206.

- Desde una perspectiva tecnológica, la energía, las telecomunicaciones y los transportes constituyen industrias con tecnología de redes, caracterizadas tradicionalmente como monopolios naturales.
- Desde la perspectiva política, estos sectores resultaban estratégicos para la seguridad y para la independencia de los Estados (especialmente en caso de guerra) por lo que las empresas estaban excluidas de las reglas del mercado.
- Desde la perspectiva jurídica, estos servicios de interés económico general estaban sometidos a las normas de competencia, pero "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada" (art. 86.2. TCE).

En el ámbito de liberalización de los servicios públicos la Comisión ha adoptado dos Comunicaciones sobre los servicios de interés económico general en Europa (DO C17,19.01.2001 y DO C281 de 26.09.1996), una Comunicación sobre el servicio postal y varias comunicaciones relativas a otros sectores económicos (agricultura, bancos, etc.), como también las Directivas 1999/64/EC de 23 de junio de 1999 y 96/19/EC de 13 de marzo de 1996 en el ámbito de las telecomunicaciones que modifican la Directiva de la Comisión Nº 90/338/EC; la Directiva Nº 94/46/EC de 13 de octubre de 1994 que se refiere a las comunicaciones por satélite, etc..

Cruz Ferrer¹⁶⁰ distingue cuatro etapas en la evolución y regulación de los servicios públicos - la "etapa promocional", la "etapa competitiva", la "etapa del monopolio regulado", y la "etapa de la competencia". Según el autor "la salida de la crisis del modelo de monopolio no consiste en volver a la etapa de "competencia espontánea": "se requiere un nuevo modelo donde la iniciativa empresarial y la competencia quedan liberadas de la regulación económica, pero proporcionando un nuevo marco de regulación civil (organización de la contratación y de los nuevos mercados) que articule las actividades competitivas con las que todavía no lo son (gestión de las redes exclusivas) y manteniendo la regulación administrativa necesaria para seguir garantizando la seguridad, salubridad, protección de medio ambiente, etc."

Los economistas designan como equilibrio de Williamson a la comparación entre las ventajas y desventajas de la monopolización de mercados en los que la tecnología está sujeta a economías de escala (transporte, energía, telecomunicaciones). En EE.UU. hubo un debate semejante que precedió al debate europeo con respecto a ciertos servicios públicos. La presidencia de Reagan consiguió la desregulación de muchos de

estos servicios, aunque permanecieron fuertemente intervenidos por el Estado. Se trata de empresas con clara tendencia al monopolio con alto coste de establecimiento, dificultad de que otros agentes económicos acceden a tal tecnología, rigidez de la demanda, etc. Pero al pasar a manos privadas, empresas que habían sido de titularidad pública, se puso de relieve la debilidad de la teoría de los monopolios naturales¹⁶¹. Lo interesante en este caso es que este proceso de liberalización y privatización incrementó la intervención del Estado (en lugar de disminuirla) con el fin de asegurar el servicio universal. De este modo se puso de relieve tanto la complejidad como la necesidad de establecer límites a la liberalización.

4.3. La prohibición de las fusiones que crean o refuerzan una posición dominante¹⁶².

Ante el riesgo de ver desaparecer las ventajas, derivadas del establecimiento del Mercado Común, bien por la creación de monopolios naturales, bien por el sometimiento de la industria europea a grupos extranjeros (estadounidenses y japoneses), la Comisión se ha empezado a preocupar de elaborar una política, dirigida a eliminar los obstáculos a las fusiones y concentraciones de empresas de distintos Estados- miembros, precisando, al mismo tiempo, los límites, que imponían los arts.81 y 82 TCE y esta política respondía a la preocupación de permitir a las empresas europeas afrontar la competencia a los grandes grupos industriales¹⁶³. Desde los años – 60 la ausencia de disposiciones, que permitieran el control de concentraciones produjo una laguna legal¹⁶⁴, que fue notada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (asunto 6/ 72 Continental Can c. Comisión(1973) y asunto 730/ 79 Philip Morris c. Comisión(1980)). Pero debía tomarse en consideración, que a pesar de que las concentraciones a menudo presentan efectos positivos (por ej. una concentración puede colocar una empresa mediana en condiciones para competir con una empresa dominante o con empresas en situación de oligopolio¹⁶⁵), en determinados casos pueden llevar a la creación o refuerzo de posiciones dominantes, que puedan obstaculizar la

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 133.

¹⁶¹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", *op. cit.*, p.369.

¹⁶² Sobre este tema en general ver González Díaz, F. E. y Carpi Badia, J. M. "La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en el ordenamiento comunitario y español" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona 2005, pp.629 – 747.

¹⁶³ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", *op.cit.*, p.1091.

¹⁶⁴ Calviño, N. "El Reglamento N 139/ 2004: Novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones" en Casés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004, p.60.

¹⁶⁵ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", *op.cit.*, p.1099.

competencia y el comercio entre los Estados-miembros¹⁶⁶, porque la concentración lleva a una modificación de la estructura de las empresas partícipes, modificando, al mismo tiempo, la estructura del mercado competitivo, muchas veces a favor de estas empresas y en perjuicio de los consumidores. Todo esto conduce a la conclusión que es necesario un control efectivo e intenso sobre ellas con dos dimensiones: control ex-ante y control a posteriori.

Para que el control de la concentración sea llevado a cabo por la Comisión de manera eficaz, es necesario que aquella tenga conocimiento de la operación de concentración (fase de investigación) - las partes deben de notificar su acuerdo de concentración. La Comisión puede tomar una decisión de autorización o prohibición, basándose en los hechos notificados y este acto es recurrible ante el TPI. Desde el año 1997 este sistema de control de las concentraciones a nivel europeo se está ampliando y perfeccionando- en palabras de Calviño, se evoluciona hacia un sistema más integrado¹⁶⁷. Otros autores consideran que dicho control se está adaptando al merger control de los EE.UU¹⁶⁸.

Caravaca y González exponen las siguientes características de las facultades de la Comisión respecto a los procedimientos de concentración:¹⁶⁹

a) Estrecha colaboración con las autoridades de los Estados miembros,

¹⁶⁶ *Ibíd*, p.1091- 1092.

¹⁶⁷ Calviño, N. "El Reglamento N 139/2004...", *op.cit.*, pp.65- 87; Soames, T. y Gómez, A. "Changes in EC Merger Control" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p.317- 370.

¹⁶⁸ Schröter, H. "Some Observations on the Revision of the EC Merger Regulation" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p.313; Sobre el control de concentraciones en los EE.UU y las características generales que lo distinguen del control comunitario de concentraciones, ver Solana, G. "Diferencias entre los Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Aplicación práctica" en Casés, L. (dir.) "Anuario de la competencia 2001", ed. Marcial Pons, 2002, Madrid, pp.28-31.

¹⁶⁹ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "Mercado Unico...", *op.cit.*, p.1 80; El 20 de enero de 2004 el Consejo aprobó un nuevo Reglamento (CE) N° 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas que sustituyó el Reglamento N 4064/89. Las principales novedades que introduce el nuevo Reglamento son las siguientes:

- reforzamiento de los poderes de investigación de la Comisión en los casos de control de concentraciones,
- reducción de los plazos en el procedimiento,
- prohibición de la fusión en caso de que reduzca significativamente (considerablemente) la competencia efectiva (el así llamado "carbón test"). El Reglamento N 4064/89 se basaba en el concepto de la "posición dominante": una fusión debería de ser prohibida cuando crea o refuerza una posición dominante. Con la nueva regulación se da la posibilidad de prohibir concentraciones cuando la empresa no estará en posición dominante en sentido estricto (por ejemplo en casos de "posición dominante colectiva"),
- descentralización del procedimiento y supresión del "one-stop shop": la Comisión ya no tendrá el monopolio sobre los asuntos de concentraciones económicas. En algunos supuestos la futura fusión se notifica a la autoridad nacional de defensa de la competencia,
- se introduce un procedimiento simplificado en algunos casos previstos en el Reglamento 139/2004.

- b) La aceptación del silencio administrativo positivo: en el caso de que la Comisión no adopte ninguna decisión en los plazos fijados en el Reglamento N 139/2004, se considera que la concentración es compatible con el Mercado común,
- c) El efecto suspensivo del procedimiento ante la Comisión: las concentraciones no pueden realizarse ni antes de su notificación ni hasta que la Comisión adopte una decisión.

En resumen se puede afirmar que se han puesto las bases de un control de concentraciones comunitario consolidado y efectivo. La Comisión controla la estructura del mercado europeo y sus futuras reestructuraciones, evitando abusos y posibilitando, al mismo tiempo, el aumento de la competencia global a través de las concentraciones de empresas a nivel europeo: se crea la posibilidad de desarrollo de empresas europeas innovadoras y competitivas a escala global.

4.4.Las ayudas de Estado.

Se trata de una parte importante de la política de competencia en Europa, porque las ayudas de Estado son un punto de tensión entre los intereses comunitarios y nacionales.

Existe una perspectiva común, propagada por la Comisión, según la cual los subsidios nacionales consisten en una amenaza para la competencia a nivel comunitario y nacional¹⁷⁰, pero pueden ser permitidos en caso de que existan otros objetivos predominantes para la cohesión de índole social o económico¹⁷¹. De este modo las ayudas del Estado deben ser reguladas con objeto de asegurar que las distorsiones de mercado, causadas por las mismas no excedan aquellos beneficios y objetivos. Y desde otra perspectiva, como advierten acertadamente Waelbroeck y Frignani¹⁷², la vida económica contemporánea se caracteriza por la estrechez de los vínculos que ligan las empresas con la Administración del Estado, así que, se realiza una transformación de la cualidad de la competencia que de “competencia entre empresas” tiende cada vez más a una “competencia entre sistemas”. De este modo es justificado el temor que las intervenciones del Estado, favoreciendo a determinadas empresas, pueden conducir a distorsiones de la competencia a nivel nacional y comunitario (las ayudas, por ej., destinadas a la producción o a la innovación, reducen los costes de las empresas nacionales y hacen más difíciles las importaciones, incrementando las exportaciones: de

¹⁷⁰ Comisión Europea, “XXXIII Informe sobre la política de competencia, 2003”, Luxemburgo, 2004.

¹⁷¹ Rumford, C. “European Cohesion? Contradictions in EU Integration”, ed. Macmillan Press, London, 2000, pp. 123 – 162.

¹⁷² Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., pp. 423- 424.

este modo se crean barreras al establecimiento del Mercado único). Por otro lado, como se ha señalado, las ayudas son imprescindibles para el desarrollo regional o para resistir a la competencia a nivel global. En el mismo sentido Gilchrist y Deacon¹⁷³ definen los efectos de las ayudas como positivos o negativos. Negativos, esto significa frustrar la competencia, creando barreras no tarifarias para el comercio, sustituyendo tarifas y otras medidas proteccionistas. Pero pueden tener efectos positivos, cuando son el medio para alcanzar objetivos, que serían inalcanzables con otros medios (por ej. el desarrollo local). Así, la Comisión juega un papel importante, estableciendo el balance entre los dos objetivos: el no falseamiento de la competencia a nivel nacional y comunitario y el desarrollo de las demás políticas comunitarias, de acuerdo con los objetivos del Tratado y la estrategia de Lisboa.

La política comunitaria de competencia en materia de ayudas de Estado recae esencialmente sobre la Comisión¹⁷⁴ (bajo la supervisión de TPI y el Tribunal de Justicia). El control de las ayudas se ejerce a través de aplicación por la Comisión de instrumentos normativos o normas de “derecho blando”, que sólo vinculan la Comisión, como las comunicaciones, guías o marcos comunitarios.

Las funciones básicas de la Comisión en dicho ámbito son las siguientes:

4.4.1. La Comisión examina permanentemente (junto con los Estados miembros) los regímenes existentes de ayudas en estos Estados miembros¹⁷⁵.

4.4.2. Si la Comisión compruebe que una ayuda pública no es compatible con el Mercado Común en virtud del art. 87 TCE o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, ordenará (mediante decisión) que el Estado la suprima o modifique por un plazo fijado por la Comisión.

4.4.3. Si el Estado no cumple esta Decisión en el plazo determinado por la Comisión, la Comisión puede recurrir directamente al Tribunal de Justicia.

4.4.4. La Comisión fue facultada por el Reglamento (CE) N° 994/98 del Consejo, de 7 de Mayo de 1998, sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L142 de 14 Mayo 1998) para eximir

¹⁷³ Gilchrist, J. y Deacon, D. “Curbing Subsidies” en Montagnon, P. “European Competition Policy”, ed. Pinter, London, 1990.

¹⁷⁴ Para un análisis más detallado ver Ripoll Navarro, R. y Fuertes Jiménez, E. M. “El régimen de las ayudas públicas I: visión general y aspectos sustantivos” y Rodríguez Curiel, J. “El régimen de las ayudas públicas II: Procedimiento” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, vol. I, ed. Bosch, Barcelona 2005, pp. 1155 – 1300; asimismo, Croizier, J. “L’ offensive de la CEE contre les Aides nationales”, ed. Apogée, Rennes, 1993, pp. 58- 70.

¹⁷⁵ Ver Fernández Farreres, G. “El régimen de las ayudas estatales de la Comunidad Europea”, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 99- 106.

por medio de Reglamento de exención de la obligación de notificación a ciertas ayudas como las ayudas a las pymes, I+D, medio ambiente, empleo o formación.

En aplicación de los poderes atribuidos por el Reglamento N° 994/98 la Comisión ha aprobado los siguientes Reglamentos:

El Reglamento (CE) n° 68/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las ayudas a la formación (DO L 10 de 13 de enero de 2001)

El Reglamento (CE) N° 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las ayudas "de mínimis" (DO L10 de 13 de enero de 2001).

El Reglamento (CE) N° 70/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las pequeñas y medianas empresas (DO L10 de 13 de enero de 2001).

El Reglamento (CE) N° 2204 /2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88TCE a las ayudas estatales para el empleo.

Se puede resumir que la Comisión ejerce con intensidad sus facultades en materia de ayudas estatales, viéndose reforzadas dichas funciones por el derecho de la Comisión de exigir la devolución de las ayudas concedidas ilegalmente, cuando estas ayudas amenazan con distorsionar la competencia. Al mismo tiempo, en los últimos años se siguen promoviendo incentivos, por parte de la Comisión, para permitir determinadas ayudas de acuerdo con los objetivos económico- políticos y sociales del Tratado.

5. Actos aplicables por la Comisión en materia de competencia.

En primer lugar la Comisión está facultada a aplicar el TCE, que, como es sabido, es la fuente primaria del derecho comunitario: el fundamento jurídico de la defensa de la competencia se establece en la letra g) del art. 3 TCE, según la cual la acción de la Comunidad comportará "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado interior". No se trata de un simple programa, sino de un objetivo considerado indispensable, constituyendo los arts. 81 y 82 del TCE la aplicación de dicho objetivo.

Otras disposiciones aplicables por la Comisión en el marco de la defensa de la competencia son los arts. 83 y 85 TCE - el primero se refiere a la aplicación de las reglas de los arts. 81 y 82 y en virtud del art. 85 de la Comisión "velará por la

aplicación de los principios anunciados en los arts. 81 y 82 sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 84".

La Comisión aplica asimismo otras disposiciones del TCE que tienen relación con la política de defensa la competencia: el art. 86 relativo a las empresas públicas, los arts. 87 - 89 que se refieren a las ayudas públicas, los arts. 28 sobre prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, los arts. 49-55 sobre la libre prestación de servicios, etc...

Las disposiciones del TCE sobre competencia han sido completadas y desarrolladas por varios textos legales obligatorios (Reglamentos y Directivas) o no obligatorios (Comunicaciones, Recomendaciones).

Los Reglamentos son actos jurídicos comunitarios adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo o la Comisión que tienen un alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en los Estados miembros, sin intervención normativa por parte de los Estados miembros; gozan de primacía sobre las disposiciones nacionales, independientemente de su rango, ya sean anteriores o posteriores. Los Reglamentos son las leyes comunitarias. Deben ser motivados y su publicación en el DO es condición previa para su aplicabilidad. Cuando la Comisión actúa en este ámbito, lo hace previa habilitación del Consejo: es preciso destacar, que la Comisión no dispone de poder normativo propio en materia de competencia. Los Reglamentos constituyen el esqueleto del régimen de competencia¹⁷⁶.

Se dividen básicamente en Reglamentos adoptados por el Consejo y Reglamentos de ejecución adoptados por la Comisión previa habilitación por parte del Consejo en virtud del art. 211 TCE. Según otra clasificación se dividen en Reglamentos que regulan cuestiones de forma y procedimiento / Reglamentos que regulan cuestiones de fondo. En materia de defensa de la competencia un lugar importante entre los primeros (que regulan cuestiones de forma y procedimiento) ocupa el Reglamento N 1/2003 del Consejo que ha sustituido el Reglamento N 17/68. En resumen, las principales novedades que introduce este nuevo Reglamento son las siguientes:

- se refuerzan los poderes de investigación de la Comisión,
- se suprime la notificación, las autorizaciones individuales y las declaraciones negativas,

¹⁷⁶ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.4.

- se introduce la "descentralización efectiva" con propósito de crear una red de autoridades nacionales de defensa de la competencia, controladas y guiadas por la Comisión.

Comparando los contenidos de los dos reglamentos de procedimiento- el N 17/1968 y el N 1/2003, cabe observar el reforzamiento de los poderes de la Comisión en materia de defensa de la competencia. A través del nuevo Reglamento, a pesar de la ampliamente anunciada descentralización, se puede observar el efecto de una mayor centralización y control por parte de la Comisión en materia de defensa de la competencia, intentándose (y lográndose) crear un sistema de supervisión del mercado comunitario unificado y coherente. Con este sistema de control unificado y centralizado se pretende identificar y vigilar, a veces, cuando sea necesario, destruir los centros de poder económico y establecer directrices para el movimiento de los operadores económicos en los mercados nacionales y comunitario. Se trata de un sistema semejante al existente en los EE.UU, aunque se observa un retraso en el establecimiento de dicho régimen de defensa de la competencia, sobre todo por el retraso en la armonización de las legislaciones de competencia de los Estados miembros.

Los Reglamentos que regulan cuestiones de fondo con importancia para el derecho comunitario de la competencia, son, como se ha indicado: los Reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a determinados sectores económicos y los Reglamentos de exención¹⁷⁷.

En el Anexo N° 3 se exponen los Reglamentos adoptados por el Consejo y la Comisión en materia de competencia.

Las Directivas son actos jurídicos comunitarios adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente o el Consejo o la Comisión, que vinculan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado (sus únicos destinatarios son los Estados miembros y por tanto no vincula a los particulares), dejando a las autoridades nacionales la forma y los medios para la consecución de este resultado. En materia de competencia se pueden dar como ejemplos la Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones y la Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

¹⁷⁷ Véase parr.3, supra; además, a este respecto, Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "Mercado Unico...", op.cit., p.970.

Las Comunicaciones no son actos jurídicamente obligatorios, pero reflejan la política de la Comisión y son una guía para los agentes económicos que actúan en el Mercado comunitario. Así, estos actos sólo tienen un carácter indicativo y no vinculan a la Comisión en su apreciación de los hechos. No obstante, si una empresa ha actuado en el Mercado en base a una Comunicación, no puede serle impuesta sanción en caso de que la Comisión se apartase a posteriori de dicha Comunicación¹⁷⁸. La Comisión ha adoptado varias comunicaciones en materia de defensa de la competencia, por ejemplo:

(A) En materia de procedimiento: La Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de competencia (DO C101 27.04.2004), la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (DO C10/1 ,27.04.2004).

Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 TCE (DO, C101, 27.04.2004).

(B) Comunicaciones relacionadas con cuestiones de fondo: se pueden dar como ejemplos la Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81.3. a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C3 , 06.01.2001), la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C17, 19.01.2001), la Comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales y capital riesgo (DO, C235, 21.08.2001), etc...

La aplicación tanto de las normas del derecho primario como de las del derecho derivado y los actos no obligatorios es de importancia máxima para la consecución de los objetivos del Tratado. Esto determina la necesidad de una supervisión eficaz sobre la correcta aplicación e interpretación de estas normas, tomando en consideración implícitamente asimismo los actos no obligatorios. Esta necesidad de supervisión de las actuaciones de la Comisión se traduce en el control judicial sobre los actos de la Comisión.

¹⁷⁸ Véanse asuntos acumulados 40/ 73 a 48/ 73, 54/ 73 a 56/ 73, 111/ 73, 113/ 73, 114/ 73 Azúcar(1975).

V. EL CONTROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.

1. Jurisdicción.

En asuntos de competencia corresponde resolver en primera instancia al Tribunal de Primera Instancia y en casación - al Tribunal de Justicia. El TPI es competente para conocer de los recursos de indemnización de daños, los recursos de anulación o de omisión, interpuestos por personas físicas o jurídicas contra las instituciones comunitarias, incluida la Comisión. En las sentencias – objeto de recurso de casación, en su revisión, el TJCE se limita sólo a cuestiones de derecho.

Es importante indicar que desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, asuntos 56/64 y 58/64 *Consten v. Grundig*, (1966), Rep.299, el TJCE ha aceptado que sus facultades de revisión pueden ser limitadas por la naturaleza de los poderes ejercitados por la Comisión. A la Comisión se le reconoce un “margen de discrecionalidad”, cuya consecuencia es la deferencia judicial respecto a las posturas de la Comisión.¹⁷⁹ En este sentido se puede contemplar una semejanza a la práctica judicial estadounidense. Se dan dos razones para la limitación del alcance de la revisión judicial:

- la división de poderes – asuntos acumulados T305/94, etc... *Limburgse Vinil c. Comisión* ... (1999) ECR II- 931,
- el análisis económico específico que realiza la Comisión en asuntos de competencia – asuntos acumulados T39/94 etc... *Groupment des Cartes Bancaires c. Comisión* (1994) IV – 49.

A pesar de la deferencia de los tribunales comunitarios, existen casos recientes, en los que el TPI se ha opuesto decididamente a las interpretaciones de la Comisión. A continuación ofreceré algunas reflexiones sobre este problema.

2. Alcance del control judicial de los tribunales comunitarios en materia de competencia.

Respecto al control judicial de los tribunales comunitarios, hay que subrayar, que no se trata de ninguna reiniciación del proceso, llevado a cabo por la Comisión, sino de una revisión de la legalidad de sus actos. A este respecto, en algunos casos el TPI puede autolimitarse voluntariamente y ejercer un control judicial limitado¹⁸⁰. La

¹⁷⁹ Para más detalles en esta línea, ver Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art.81”, CMLR vol.41, N 3, pp.1327 -1360; ver asimismo el asunto 42/84 *Remia c. Comisión* (1985), Rep.2545, donde se reconoce la discrecionalidad de la Comisión en la aplicación del art.81.3 TCE.

¹⁸⁰ Bailey, D. “Scope ...”, op.cit.

revisión judicial limitada significa, que el TPI va a limitar su control a la legalidad de la decisión, revisando si está viciada por error de hecho(asunto C-129/85, etc...Wood PulpII(1993);asunto T- 41/96 Bayer c.Comisión(2000)) o de derecho(asuntos T- 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión(1998)), por infracciones procedimentales(asunto 17/74 Transocean Marine Paint Assoc. c. Comisión(1974)), motivación inadecuada(asuntos T- 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión(1998)) o error manifiesto(el TJCE ha afirmado, que no existe error manifiesto en los asuntos 142/84, etc...BAT and Reynolds c.Comisión(1987)).

Bailey afirma que existen dos razones- clave para que los tribunales comunitarios limiten el alcance de su control sobre los actos de la Comisión:

- La división de poderes de acuerdo con el Tratado
- El análisis económico complejo, llevado a cabo por la Comisión

Se han de observar estos dos supuestos.

A)Como es sabido, desde la perspectiva del equilibrio institucional, la Comisión y los Tribunales tienen una misión diferente: la Comisión desarrolla la política de competencia, garantiza el cumplimiento de las normas del Tratado, mientras que los tribunales comunitarios vigilan la correcta aplicación e interpretación de los Tratados.Así, la Comisión tiene atribuida la facultad de investigar y decidir si existe o no infracción.El TPI no puede sustituir la decisión de la Comisión, aunque esta decisión tenga importantes defectos legales- asunto T- 68/89 Societá Italiana Vetro SpA c. Comisión(1992).Además, cuando el TPI verifica la legalidad de la decisión, siempre debe de tener en cuenta el papel y la política de la Comisión¹⁸¹. De este modo el TPI no puede obstruir el margen de apreciación de la Comisión.

B)En relación con el análisis económico complejo¹⁸², el TPI ha expresado varias veces su deferencia respecto a las posturas de la Comisión.Esto se debe a que los jueces no están cualificados, en general, para tratar problemas económicos¹⁸³, especialmente cuando se trate de teorías económicas en contraposición(o por ej. de evaluar los efectos de la aplicación de una o varias teorías económicas), porque en estos casos se puede ofrecer más de una interpretación plausible.Se puede recomendar el uso de informes de expertos o la colaboración con expertos- economistas, pero, de todas formas, la resolución final queda en manos de los jueces.

¹⁸¹ Opinión del Abogado General Walter Van Gerwen en el asunto C- 234/89 Delimitis (1991).

¹⁸² Véanse asuntos T- 39/42, etc...Groupment des Cartes Bancaires and Europay Int. S.A. c. Comisión(1992) y asunto T- 112/99 Métropole Television c. Comisión(2001).

¹⁸³ Véase Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1337- 1339.

Así, desde la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 en los asuntos 56/64 y 58/64 *Consten and Grundig*(1966), los tribunales comunitarios han aceptado que sus poderes de revisión están limitados por la misma naturaleza de los poderes de la Comisión y sobre todo, por la necesidad de solución económica respecto a determinados problemas. De este modo, los tribunales comunitarios han reconocido un “margen de apreciación” para la Comisión, en orden de que esta autoridad elabore sus decisiones. La consecuencia es la deferencia judicial: una característica similar, como ya se ha observado, a la práctica de los EE.UU. En caso de que la decisión esté adecuadamente motivada, se soporte por los elementos de prueba y carezca de errores manifiestos, el TPI será, por regla general, deferente¹⁸⁴. Así, el TPI no investigará si la Comisión ha hecho conclusiones correctas, sino averiguará si ha llegado a estas conclusiones de una manera jurídicamente correcta.

A pesar de todo esto, en algunas sentencias recientes, el TPI se ha apartado claramente de las afirmaciones de la Comisión- asunto T- 05/02 *Tetra Laval c. Comisión*(2002). Según Pappas y Demortain se trata sobre todo de un conflicto de instituciones, propio al sistema político europeo¹⁸⁵.

Considero que es necesario que exista un control efectivo sobre las decisiones de la Comisión en materia de competencia (además, tal vez, una sección especializada en la estructura del TPI, con la participación de jueces- expertos en materia de competencia), pero siempre en el contexto del objetivo de defensa de la competencia en el Mercado Común y no como una manifestación de deficiencias institucionales.

3. Supuestos de control jurisdiccional.

3.1. Recurso de indemnización – art 229 TCE.

En virtud del art. 229 TCE y art. 31 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, al Tribunal de Justicia se confiere competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos (cuestiones de hecho o derecho) contra las decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. El Tribunal de Justicia tendrá la facultad de suprimir, reducir o aumentar la multa, es decir, de determinar la cantidad razonable¹⁸⁶. Así, el TPI examina de qué manera se ha calculado la multa (bajo los criterios gravedad, duración,

¹⁸⁴ *Ibíd*, p. 1328.

¹⁸⁵ Pappas, S. y Demortain, D. “A New Era of Competition...”, *op.cit.*, pp. 233- 247.

¹⁸⁶ Bailey, D. “Scope...”, *op.cit.*, pp. 1331- 1332.

etc...)y puede susistir los criterios de la Comisión con sus propios criterios, pero de los textos legales se deduce que el TPI no puede imponer una multa, si la Comisión no la ha impuesto.

3.2. El art. 230 TCE - control de legalidad.

3.2.1. Legitimación para la interposición del recurso¹⁸⁷: un particular puede recurrir las decisiones de la Comisión ante el TPI, pero no puede recurrir un Reglamento o una Directiva basándose en el art.230TCE. La validez de un Reglamento o una Directiva puede, sin embargo, ser impugnada siguiendo el procedimiento del art. 234 TCE.

La legitimación es incuestionable para los destinatarios de la decisión, pero es problemática en el caso de impugnación de decisiones por quienes no han sido sus destinatarios. En estos casos se exige que el acto de la Comisión afecte a estos particulares “directa e individualmente”.Según el Abogado General W. Van Gerwen, el concepto de afectación directa “requiere que el acto impugnado surta efectos jurídicos, y ello con respecto al demandante, y que dichos efectos emanen directamente del propio acto impugnado y no sea, pues, consecuencia de una ulterior decisión autónoma de una institución comunitaria o de un Estado –miembro. Por decisión autónoma se entiende una decisión que no emana necesaria y automáticamente del acto impugnado, sino que, por el contrario, se adoptará con base en una libertad de apreciación o en criterios que todavía no constan en la fecha del acto impugnado”¹⁸⁸.

3.2.2 Requisitos de un acto para que sea susceptible de recurso en virtud del art. 230 del TCE.

En la Sentencia IBM c. Comisión -asunto 60/81 (1981) Rep. 2639, el Tribunal de Justicia señaló que no se puede definir de forma restrictiva la categoría de actos susceptibles a revisión en virtud del art. 230 y que ello depende del contenido del acto y no de su forma¹⁸⁹.Se puede recurrir un acto basándose en su contenido, cuando¹⁹⁰:

- 1) Produzca efectos legales vinculantes para el recurrente.
- 2) Es susceptible de afectar los intereses del solicitante por comportar un cambio sustancial en su posición legal.

¹⁸⁷ Korah, V. “An Introductory Guide”, op. cit. p.27 y Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art.81”, CMLR vol.41, N 3 pp.1327 – 1360.

¹⁸⁸ Cit. por Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit.,p.816

¹⁸⁹ En el mismo sentido Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., pp.142- 143.

¹⁹⁰ Véase asimismo asunto T-64/89 Automec c.Comisión(1990).

3) Represente la culminación de un procedimiento administrativo con sustantividad propia.

Son susceptibles de recurso en virtud del art. 230 por ejemplo las declaraciones negativas, las órdenes de cese de la infracción, las decisiones por las que se impongan multas sancionadoras o coercitivas, la concesión, retirada o modificación de una exención en virtud del art. 81.3, una decisión que ordena proporcionar información en el curso de una investigación, etc..., pero también las decisiones por las que se ordenan medidas cautelares o las negativas a conceder medidas cautelares -asuntos 228 y 229/82, Ford c. Comisión (1985) Rep. 1105 y las órdenes por las que se obligue a mostrar documentos confidenciales -asunto 53/85, AKZO c. Comisión (1986) Rep. 1965.

Se ha establecido que los actos provisionales en el procedimiento administrativo no son susceptibles de recurso ante el Tribunal -asunto 60/81 IBM c. Comisión (1981) Rep. 2639¹⁹¹ (por ej. la incoación formal del procedimiento y el envío del pliego de cargos).

3.2.3. Motivos de anulación según el art.230 TCE.

2.2.3.1. Irregularidades en el procedimiento.

En primer lugar es necesario probar la violación de un requisito esencial del procedimiento o la infracción de cualquier norma jurídica relativa a la ejecución del Tratado. Cuando la ley expresamente impone un determinado procedimiento -por ejemplo la obligación de consultar el Comité Consultivo (art. 14.1 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) y este procedimiento no se ha seguido, la decisión de la Comisión debe ser anulada -asunto 30/78 Distillers Company c. Comisión (1980), Rep.2229, 2290. En otros supuestos la irregularidad del procedimiento conlleva a la anulación de la decisión "únicamente si se demuestra que en ausencia de la irregularidad la decisión hubiera sido distinta" - asuntos 209/78, etc... Van Landewyck c. Comisión (1978) , Rep 3125, 3239. Bellamy y Child¹⁹² exponen algunos ejemplos de defectos en el procedimiento que el Tribunal de Justicia ha considerado que no alteran la decisión de la Comisión - retraso en comunicar el acta de la audiencia oral - asuntos 48/69 ICI c. Comisión (1972), Rep.

¹⁹¹ Bellamy, C. y Child, Gr., "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 711; asimismo Sentencias del TPI Oficemen c. Comisión, asunto T – 212/95, Rep.1161.

¹⁹² Cit. por Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común" , op. cit., p. 712.

619/651, la notificación de una comunicación de quejas a una asociación profesional y no a sus miembros -asunto 71/74 Frubo c. Comisión (1975) Rep. 563, la comunicación de documentos en una lengua distinta de la lengua comunitaria del destinatario - asunto 41/69 ACF Chemiefarma c. Comisión (1970), Rep. 661, la comunicación no autorizada de información confidencial a terceros - asuntos acumulados 209/78, etc., Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3125, 3238, 3239, etc...

3.2.3.2. No respetar el derecho de ser oído - un requisito fundamental del derecho comunitario.

En caso de que el derecho de ser oído no ha sido respetado por la Comisión, su decisión se puede anular completamente o en parte - asunto 17/74 Transocean Marine Paint Assos.c. Comisión (1974) Rep. 1063, asuntos 100/80 etc. Musique Diffusion Française c. Comisión (1980) Rep. 1825, 1882. Si se trata de aspectos de importancia secundaria, ello no puede viciar todo el acto de la Comisión - asunto 107/82 AEG c. Comisión (1982), Rep. 1885. El no respetar el derecho de ser oído no conduce a la anulación del acto si las irregularidades se han subsanado y si la parte contra la cual se sigue el procedimiento no ha sufrido perjuicios - asunto 85/76 Hoffman- La Roche c. Comisión (1979), Rep. 461, 513. En todo caso el Tribunal no anulará la decisión si en lo fundamental las empresas han tenido la oportunidad de ser oídas - asuntos 40/73, etc., Suiker Unie c. Comisión (1975) Rep. 1663¹⁹³.

3.2.3.3. Falta de motivación/motivación inadecuada.

En méritos del art. 253 del TCE una decisión de la Comisión debe ser motivada.

En el asunto 41/69 ACF Chemiefarma c. Comisión (1970) Rep. 661, 690 se establece que la decisión debe mencionar los principales aspectos de hecho y de derecho, para entender en lo esencial el razonamiento de la Comisión: no se trata de considerar todos los puntos de hecho y derecho, alegados por las partes y que se rechacen todos los argumentos. El Tribunal exige de la Comisión que se consideren los argumentos principales – asuntos acumulados 209/78, etc., Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3121, asunto 6/72 Continental Can c. Comisión (1973) Rep. 215, 240, asunto T 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión (1998), Rep. 3141.

La falta de motivación o la motivación inadecuada tienen como efecto la anulación de la decisión¹⁹⁴.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 714.

¹⁹⁴ En este sentido Bailey, D. “Scope...”, *op.cit.*, p.1337.

3.2.3.4. Falta de pruebas.

La carga de prueba recae en la Comisión -asuntos 100/80, etc. *Musique Diffusion Francaise c. Comisión* (1980). Rep. 1825; según la sentencia 28 30/83 *CRAM and Rheinzink c. Comisión* (1984) Rep. 16679, 1702, la Comisión debe presentar "prueba suficiente, precisa y coherente" y debe "demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones" en que se basa su decisión -asunto 6/72 *Continental Can c. Comisión* (1973) Rep. 215, 249, asunto 85/76 *Hoffman- La Roche c. Comisión* (1979) Rep. 461 - pruebas insuficientes.

No se debe olvidar que el art. 229 TCE confiere al Tribunal de Justicia jurisdicción ilimitada en relación con las cuestiones de hecho y derecho – asuntos 100/80, etc... *Musique Diffusion Francaise c. Comisión* (1980). La falta de pruebas suficientes y en caso de que no se demuestran suficientemente los hechos y las evaluaciones, la decisión será totalmente o parcialmente anulada o la multa reducida - asuntos 100/80 *Musique Diffusion Francaise c. Comisión*, (1983) Rep. 483, asuntos acumulados 40/73, etc..., *Suiker Unie c. Comisión* (1975) Rep. 1663. Así, la decisión puede ser anulada por:

- falta de pruebas, asunto 27/76 *United Brands c. Comisión* (1976) Rep. 207, 303,
- si la Comisión ha presentado una prueba inadecuada.

3.2.3.5. Violación de la ley.

El Tribunal de Justicia puede anular una decisión por error en derecho: se trata de la interpretación que de la Comisión a las normas de competencia - asunto 258/78 *Nungesser c. Comisión* (1982), Rep. 2015. En otros casos se anulan decisiones cuando no existe coherencia hechos probados/aplicación de la norma - asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche c. Comisión* (1979) Rep. 461.

Se puede ofrecer como ejemplo la sentencia relativa al cartel del Azúcar, asuntos 40/73 a 48/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73 *Suiker Unie c. Comisión* (1975) Rep. 1663, donde el Tribunal de Justicia declaró que las conductas de la empresa no constituyen un abuso de posición dominante en el sentido del art. 86(82) TCE y que la Comisión ha violado la norma del TCE o la Sentencia *Bayer c. Comisión*, asunto T – 41/96(2000) ECR II- 3383 donde la Comisión ha cualificado un acuerdo entre Bayer y sus competidores como infracción del art. 81.1 TCE.

3.2.3.6. La infracción de los principios generales del derecho ocupa también un lugar importante en relación con la revisión de las decisiones: se trata de violación de los principios de proporcionalidad y no discriminación (sobre todo cuando se trata

del cálculo de la multa)- asunto 226/84 British Leyland c. Comisión (1986) Rep. 3263, violación de los derechos de defensa - asuntos 155/79 AMS c. Comisión (1982) Rep. 1575, infracción de los derechos fundamentales - asunto 322/81 Michelin c. Comisión (1983) Rep. 3461, 3498.

3.2.3.7. Incompetencia.

Los recursos planteados por este motivo se basan sobre todo en casos de delegación de poderes (asunto 48/69 ICI c. Comisión (1972)), o de habilitación. Además el motivo se puede plantear respecto de actuaciones extraterritoriales de la Comisión por dirigirse contra empresas no comunitarias o por referirse a conductas realizadas fuera de la UE¹⁹⁵ .

3.2.3.8. Desviación de poder: en este caso se trata de ejercicio de poderes para fines inadecuados -causa invocada sin éxito en los asuntos 26/76, Metro c. Comisión (Nº 1) (1997) Rep. 1875, asunto 226/84 British Leyland c. Comisión (1986) Rep. 3263, etc...

3.2.4. Efectos de la declaración de nulidad.

En virtud del art. 231 del TCE "si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado", es decir, la consecuencia jurídica implica que el acto nunca ha existido. La doctrina constante del Tribunal de Justicia es que la nulidad del acto puede ser parcial, siempre y cuando la parte nula de la decisión es aislable del todo.

3.2.4.1. Obligaciones derivadas de las sentencias de nulidad para la Comisión.

En méritos del art. 233.1 del TCE la institución "estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia".

De este modo las sentencias de nulidad obligan a la Comisión a modificar o a aplicar sus decisiones en el sentido indicado por el Tribunal de Justicia: por ejemplo la decisión de la Comisión recurrida en el asunto 17/74 Transocean Marine Paint Association c. Comisión, (1974) Rep. 1063 fue modificada, realizando los trámites procesales, indicados por el Tribunal. Se debe enfatizar en que, sin embargo, el TPI y el Tribunal de Justicia no pueden, en el marco del procedimiento del art. 230, ordenar a la Comisión la adopción de actos concretos en sustitución del acto atacado, porque esto afectaría el margen de apreciación de la Comisión. Además, la posterior adecuación del

acto atacado a los imperativos del Derecho Comunitario no exime a las instituciones comunitarias de la responsabilidad extracontractual en la que hubieren podido incurrir como consecuencia de haber adoptado el acto en su forma original¹⁹⁶ - art. 230 TCE en relación con el art. 288.2 del TCE.

3.2.4.2. Fuerza ejecutiva.

Según el art. 244 TCE las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 256 TCE.

3.2.4.3. ¿Cabe preguntarse ahora que impacto tendrá el nuevo Reglamento N 1/2003 sobre el alcance del control de legalidad?

Se considera que después de la entrada en vigor del Reglamento N 1/2003 el alcance de la revisión judicial del art.230 TCE va a pasar de autolimitado por el TPI y el TJCE a un control normal, por el cambio en los poderes de la Comisión¹⁹⁷. Así se limitaría el margen de apreciación de la Comisión y se reducirán los casos, en los que el control será limitado. Obsérvese la constatación de Bailey¹⁹⁸ que el alcance del control de los tribunales comunitarios tiene carácter flexible. Creo que dicha flexibilidad y adaptación del alcance depende del balance de las políticas, llevadas a cabo por la Unión en un período concreto de tiempo y asimismo del balance institucional en la Unión Europea.

3.3. Recurso en virtud del art. 232 TCE por abstención de pronunciarse¹⁹⁹.

Se trata de una forma de control importante con vistas a los supuestos de inactividad o retraso indebido de la administración y esto determina la amplia legitimación para la interposición del recurso.

3.3.1. Legitimación: "toda persona física o jurídica" (art. 232 TCE) está legitimada para interponer el recurso "por no haberle dirigido la Comisión un acto distinto de una recomendación o dictamen."

¹⁹⁵ Ortiz Blanco, L.. "El procedimiento en el derecho de la Competencia Comunitaria", op. cit., p. 197.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 200.

¹⁹⁷ Bailey, D. "Scope of Judicial Review ...", op. cit., pp. 1327 -1360 y Ehlerman, F. y Atanasiu, I. "The Modernization of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Functions of the EC Courts" 23 ECLR, 2002, pp.72 – 73.

¹⁹⁸ Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1355.

3.3.2. Admisibilidad del recurso.

Este recurso es admisible únicamente si la Comisión ha sido requerida previamente para que actúe y en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento no se ha pronunciado. Si la Comisión se ha pronunciado después del plazo de dos meses y el requeriente hubiere ya planteado el recurso, el TPI podrá interrumpir el procedimiento, condenando a la Comisión a pagar las costas del recurrente -asunto 75/69 Ernesto Hake & Co c. Comisión (1970) Rep. p. 35. Según Bellamy y Child los requisitos para que el Tribunal de Justicia estime el recurso son los siguientes²⁰⁰:

- a) Cuando el acto sea tal que si hubiera sido adoptado hubiera sido dirigido al sujeto que lo ha solicitado y no a otra persona – asunto 246/81, Lord Bettel c. Comisión, Rep.2277.
- b) Cuando la abstención de actuar de la Comisión suponga una infracción del Tratado. La Comisión debe de tener la obligación específica de actuar.
- c) Cuando la Comisión se ha abstenido de dirigir a un sujeto, un acto distinto de una recomendación o un dictamen - asunto 125/78 GEMA c. Comisión (1979), Rep. 3189.
- d) Este acto puede ser también un acto procesal como la concesión del derecho a ser oído - asunto 8/71 Komponistenverband c. Comisión (1971) Rep. 705, 715.
- e) Que el sujeto ha requerido claramente a la Comisión con expresa mención del art. 232 del Tratado y especificando la naturaleza del acto solicitado.
- f) Cuando la Comisión no haya definido su posición en plazo de dos meses.

Cuando la posición de la Comisión es una negativa a adoptar el acto solicitado no se podrá interponer el recurso, basándose en el art. 232- asunto 125/78. GEMA c. Comisión (1979), Rep. 3189.

3.3.3. Efectos del recurso en virtud del art. 232.

3.3.3.1. Obligaciones para la Comisión.

Cuando el recurso en virtud del art. 232 sea estimado por el TPI, la Comisión será condenada y obligada a tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia

¹⁹⁹ Korah, V. “An Introductory Guide”, op. cit., p.28; Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.142.

²⁰⁰ Bellamy, C. y Child, Gr. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op. cit, p. 720.

(art. 232). El fallo de la sentencia es fundamentalmente declarativo: el TPI se limitará a declarar la omisión contraria del Tratado. En este sentido el TPI no puede ordenar una actuación específica a la Comisión²⁰¹. El cumplimiento de las obligaciones derivadas de las sentencias en recursos por omisión no excluye la responsabilidad extracontractual derivada de las omisiones declaradas contrarias al TCE (art. 233.2).

3.3.3.2. Fuerza ejecutiva.

Las sentencias del TPI en recursos en virtud del art. 232TCE tienen “fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 256”.

3.4. La jurisdicción del Tribunal de Justicia para conceder medidas cautelares en aplicación de los arts. 242 y 243 TCE.

De acuerdo con el art. 242TCE "los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no tendrán efecto suspensivo". No obstante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 242 y 243 TCE en relación con el art. 83 del Reglamento N 1/2003 la urgencia, motivada por el riesgo de un perjuicio grave e irreparable y el *fumus boni iuris* puede imponer la suspensión de la ejecución de un acto de la Comisión. En asuntos de competencia se reconoce la existencia de un riesgo de perjuicio grave e irreparable cuando la puesta en práctica de una decisión de la Comisión puede provocar una evolución en el mercado que sería difícil reconstruir posteriormente si se estima el recurso principal- ver Auto del Presidente del TJCE de 13 de junio de 1989, asunto C-56/89 Publishers Assoc.²⁰². El Tribunal (TPI o TJCE) “puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado” y las medidas cautelares necesarias en los asuntos de que esté conociendo (en méritos del art. 243 TCE). El órgano jurisdiccional dispone de un amplio margen de discrecionalidad para conceder o denegar las medidas cautelares: la decisión respecto a estas medidas corresponde al Presidente del TPI o TJCE. En asuntos de derecho de la competencia el Tribunal de Justicia concede medidas cautelares habitualmente en los tres supuestos siguientes:²⁰³

²⁰¹ Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", op. cit., p. 204.

²⁰² Véase Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.143.

²⁰³ Bellamy, C. y Child, Gr.. "Derecho de la competencia en el Mercado Común" op. cit., p. 722-726.

- Cuando la Comisión ha impuesto multas y las partes piden un aplazamiento del pago hasta el fin del procedimiento ante el Tribunal de Justicia,
- Cuando la Comisión ha impuesto el deber de hacer o no hacer y las partes solicitan la suspensión de la orden de la Comisión hasta el fin del procedimiento ante el Tribunal de Justicia,
- Cuando la Comisión no ha actuado en respuesta a una denuncia y la parte pide una medida cautelar durante la pendencia del recurso.

Las solicitudes en virtud del art. 242 se pueden plantear tanto respecto de decisiones procesales (solicitudes de información e inspecciones en méritos de los artículos 18 o 20 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) como también respecto de decisiones sustantivas por infracción de los arts. 81 y 82 del TCE -autos del Tribunal de Justicia en los asuntos 107/82 R- AEG - Telefunken c. Comisión (1982), Rep. 1179, 1549 y asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión (Auto de 7 de mayo de (1982), Rep.1555). Incluso son admisibles medidas cautelares contra decisiones de la Comisión, adoptando medidas cautelares²⁰⁴. La suspensión puede ser parcial.²⁰⁵

5. El procedimiento rápido (Fast Track).

Las reformas realizadas el 28 de noviembre de 2002²⁰⁶ han introducido la posibilidad de tramitar los recursos mediante un procedimiento rápido (Fast Track): se trata de aquellos casos en que la adopción de medidas cautelares no resulta suficiente para asegurar la efectividad de la decisión que se pueda adoptar. En este sentido el art.76, ap. 1 del Reglamento de Procedimiento de TPI establece lo siguiente: “En atención a la urgencia particular y a las circunstancias del asunto, el TPI podrá, a instancia de la parte demandante o a la parte demandada, oídas las demás partes y el Abogado General, decidir sustanciarlo en un procedimiento acelerado”.

.Se espera que este procedimiento aportará más seguridad y prevención, acelerando el proceso de revisión y previniendo irregularidades.

²⁰⁴ Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.143, cit. al Auto del Presidente del TPI de 10 de agosto de 2001, asunto T- 184/01R Health.

²⁰⁵ Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitaria", op. cit., p. 205.

²⁰⁶ Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. ,p.816.

Finalmente se puede afirmar, acudiendo a la interpretación de Bailey²⁰⁷, que existen tres consecuencias de la revisión judicial efectiva, tanto de los actos individuales, como normativos de la Comisión:

- la revisión ofrece directrices para la autoridad administrativa (la Comisión) en sus tareas, exigiendo de su práctica claridad y predictibilidad,
- la revisión puede mejorar la calidad de los actos y la confianza en las futuras actuaciones de la Comisión,
- la revisión tiene un gran valor institucional, porque se garantiza la responsabilidad de la Comisión en asuntos de competencia, garantizándose control sobre los poderes de la Comisión.

Considero que el eficaz control de los tribunales comunitarios, con vistas a las tareas de la Comisión en materia de competencia, es imprescindible, con objeto de evitar la arbitrariedad, de poder paralizar la posibilidad de dictar actos arbitrarios con base a un poder de apreciación, con el que cuenta la Comisión. Se puede sugerir un control jurisdiccional más intenso, no limitado: el control limitado no ha sido objeto de ninguna de las disposiciones del Derecho Comunitario primario o derivado. La revisión judicial debe existir en base del equilibrio institucional de la Unión, respetando los poderes, confiados a la Comisión, pero asimismo analizando problemas específicos concretos. Considero necesaria la participación de expertos economistas en los procesos de revisión judicial de los actos de la Comisión en materia de competencia.

²⁰⁷ Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1359.