

UNA VISIÓN COMPARADA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EUROPA

A COMPARATIVE APPROACH TO DECENTRALIZED SYSTEMS OF ANTITRUST ENFORCEMENT IN EUROPE

MARÍA PILAR CANEDO

Universidad de Deusto. Autoridad Vasca de la Competencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. Antecedentes. 2. El sistema descentralizado: 2.1. *El papel de la Comisión*. 2.2. *Las autoridades administrativas internas de los Estados miembros*. 2.3. *La intervención de los tribunales internos*. 2.4. *Intercambio de información*. 2.5. *Relación entre las autoridades*. 2.6. *Intercambio de información entre las autoridades*. 2.7. *Cooperación con las autoridades jurisdiccionales nacionales*. 2.8. *Criterios de distribución de los asuntos entre las distintas autoridades competentes*. III. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL: 1. Orígenes del sistema. 2. Sistema de distribución de casos entre autoridades. IV. EL SISTEMA ALEMÁN: 1. Distribución de competencias. 2. Mecanismos de cooperación. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es contribuir a la reflexión sobre los pros y contras de los diferentes modelos de descentralización en la aplicación de la normativa de competencia existentes en nuestro entorno.

En los últimos años, desde finales del ya siglo pasado, se han planteado movimientos de descentralización en la aplicación de la normativa de competencia, sobre todo a nivel europeo. La aplicación de la normativa europea de competencia pasó, como veremos, de estar férreamente centralizada en la Comisión Europea a tratar de implicar a las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros y las autoridades administrativas existentes en un intento de evitar el colapso de la Comisión en el seguimiento, fundamentalmente, de los cárteles, así como de tratar de acercar la aplicación de la normativa de competencia a autoridades más cercanas a las infracciones y ganar así en eficiencia¹.

La reforma operada por el Reglamento 1/2003 fue la apuesta clara de la UE por un sistema descentralizado en que se obligaba a los Estados miembros que no las tuvieran a crear autoridades administrativas independientes para aplicar desde los Estados la regulación de competencia².

Por su parte, la Directiva de daños ha tratado de operar otra parte de la descentralización implicando en este caso a las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros en la resolución de casos de daños y perjuicios derivados de las infracciones de competencia³.

La descentralización en la aplicación de la normativa de competencia no se produce únicamente en organizaciones internacionales. El complejo sistema estadounidense que implica diversas autoridades en la aplicación de la normativa de competencia no resulta parangonable con los sistemas descentralizados europeos, aunque puede considerarse un modelo de aplicación coordinada que genera muy elevados niveles de eficiencia⁴.

¹ Reglamento (CEE) n° 17 del Consejo: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (actuales artículos 81 y 82) [*Diario Oficial* 13 de 21-2-1962]. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., “Descentralización y eficiencia en la protección de los consumidores y la competencia: el caso Español”, en *Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá* (Colombia), Vol. 10, n° 10, 207-233, enero-diciembre 2014.

² Reglamento 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, *DOCE* n° L 1/2003 de 4 de enero de 2003, págs. 1 y sigs.

³ Directiva 2014/104/EU del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. *DO L* 349 de 5-12-2014, p. 1/19. Véase, ANDREANGELI, A., *Private enforcement of Antitrust: regulation corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.

⁴ LUNDQVIST, B., *Standardization under EU competition rules and US antitrust laws: the rise and limits of self-regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014; LUNDQVIST, B., *Joint Research and Development under US Antitrust and EU Competition Law*, New Horizons in Competition Law and Economics Series, Edward Elgar Publishing, 2015; FURS, M., *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US, Failure and Success*, Edward Elgar Publishing, 2012; GINSBURG, H. H;

Dentro de la Unión Europea, destacan Alemania, Reino Unido y España con modelos diferentes entre sí pero más próximos al modelo de la Unión Europea⁵.

La mayoría de Estados miembros de la UE han optado por modelos de aplicación centralizada que en que una autoridad administrativa única aplica la regulación de defensa y promoción de la competencia.

No resultan comparables las realidades jurídicas y económicas de los diferentes Estados miembros de la UE y por lo tanto las necesidades que sus mercados pueden suponer para una efectiva garantía de la competencia. Sin embargo muchas son las economías que podrían beneficiarse de una aplicación descentralizada de la normativa de competencia, siempre que se adopten las necesarias cautelas para evitar los también innegables problemas y factores negativos que supone un sistema descentralizado. En este trabajo realizaremos una descripción de los principales sistemas vigentes en la UE centrada fundamentalmente en la realidad económica y jurídica de los sistemas europeo, español y alemán por presentar caracteres semejantes pero importantes diferencias de matiz y por poder resultar conveniente plantear posibilidades de mejora que redunden en beneficio de la aplicación eficiente de la regulación.

II. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Antecedentes

La regulación del procedimiento europeo de defensa de la libre competencia fue objeto de una modificación de vital importancia para los operadores en el comercio comunitario. El cambio –cuya entrada en vigor se produjo el primero de

HAAR, D. E., “Resolving Conflicts between Competition and Other Values: The Roles of Courts and Other Institutions in the US and the EU”, en LOWE, Philip; MARQUIS, Mel (editors), *European Competition Law Annual 2012*, Hart Publishing, Oregon, 2014, págs. 417 a 468; PITOFSKY, R., “EU and US approaches to international mergers. Views from the US Federal Trade Commission”, en *Anuario de la Competencia* 2000, Ed. Marcial Pons, 2001, págs. 535-546; BARIATTI, S., “The Recognition and Enforcement in the EU of Foreign Judgments in Antitrust Matters: The Case of US and Dutch Judgments and Settlements Rendered upon Class Actions”, en DANOV, M.; BECKER, F. and BEAUMONT, P. (Eds.). *Cross-border EU Competition law Actions*, Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 385 a 39.

⁵ Véase la página web de la Autoridad de competencia escocesa http://www.watercommission.co.uk/view_Competition.aspx. WINTON, G., “The Experience of the United Kingdom Competition Authorities”, en PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio. *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001, pág. 55 a 60.

mayo de 2004 coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea– vino a establecer un nuevo marco de acción.

El Reglamento 1/2003 derogó el conocido como Reglamento 17 que fue el primero de los que desarrolló la normativa material y permitió la puesta en funcionamiento efectiva de la política comunitaria de defensa de la libre competencia. No parece discutible que, en ausencia de esta norma reglamentaria, la aplicación de los artículos 101 y sigs. del TFUE hubiera dependido de la autonomía de los Estados, lo que hubiera puesto seriamente en peligro una interpretación uniforme de la normativa europea. En el citado Reglamento se formulaba un modelo de procedimiento que dio lugar, a pesar de sus innegables ventajas, a importantes problemas que derivaban fundamentalmente del incremento de tamaño de la organización y del excesivo formalismo del sistema.

Esta situación justificó la redacción de un *Libro Blanco*⁶. El mismo derivó en una propuesta de Reglamento presentada por la Comisión, cuya finalidad era sustituir al citado Reglamento 17, transformando algunos de los principios fundamentales en que se basaba el sistema de control comunitario⁷. La citada propuesta dio lugar, más de un año después de lo que inicialmente estaba previsto, al Reglamento comunitario⁸.

Posteriormente la Comisión publicó el conocido como “*Modernisation Package*”, un conjunto de normas de diversa índole, que tienen como finalidad simplificar la labor de los diferentes sujetos afectados por el cambio previsto, desde las propias

⁶ *Libro Blanco* de 28 de abril de 1999, programa de la Comisión nº 99/27, COM (1999) 101 final, publicado en el *DOCE* n. C 132/99 de 12 de mayo de 1999, y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 2988/74 (CEE) nº 4056/86 y (CEE) nº 3975/87, presentada por la Comisión, Bruselas, 27 de septiembre de 2000, COM (2000) 582 final.

⁷ VILARAS, M. K., “Certaines réflexions préliminaires à propos du Livre Blanc de la Commission sur la modernisation des règles d’application des articles 81 et 82 du traité CE et, en particulier, sur le rôle des autorités nationales de concurrence”, en PÉREZ VAN KAPPEL, A. *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L’application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001, pág. 11 a 14.

⁸ Las dificultades que implicó la adopción del texto del Reglamento se reflejaron incluso en la situación que se produjo en el momento de su publicación. El día 26 de noviembre de 2002, en la reunión del Consejo de Ministros de la Unión Europea, se alcanzó un acuerdo político por unanimidad respecto de la aprobación de un Reglamento. Ello no obstante, el citado texto se aprobó en una ulterior sesión del Consejo introduciéndose algunas polémicas modificaciones respecto de la propuesta inicial. Las incidencias concretas que se produjeron en aquél momento pueden ser objeto de consulta en CALVO CARAVACA, A. L.; CANEDO ARRILLAGA, M. P., “Libre competencia y descentralización” en *Revista Española de Derecho Comunitario*, Ed. Civitas, nº 1, 2003, págs. 5 a 45.

empresas, hasta las autoridades judiciales y administrativas internas de los Estados pasando por los consumidores⁹.

El sistema de aplicación de la normativa europea de defensa de la libre competencia por el que se optó en el momento de creación de la organización suponía un doble régimen¹⁰.

Por una parte, la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 101 TFUE y la del artículo 102 en su totalidad podían ser puestas de manifiesto, tanto directamente por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales internas de los Estados como por la Comisión. En estos supuestos en que la competencia era compartida se perfilaba un principio de prevalencia de la actuación de la Comisión, en la medida en que reconocía que, incluso en los casos en que las autoridades de los Estados miembros pudieran declararse competentes, dejaban de serlo para aplicar Derecho Comunitario en el momento en que la Comisión iniciara un procedimiento (art. 9 R 17).

En estos casos las empresas tenían reconocida la posibilidad de dirigirse a la Comisión mediante una notificación de sus acuerdos, con el fin de obtener lo que se conocía como declaración negativa (art. 4.1 R 17) por medio de la cual la Comisión certificaba que, a la luz de los elementos de que tenía conocimiento, no existían razones por su parte para intervenir (art. 2 R 17). Esta declaración confería a las empresas destinatarias un umbral adecuado de seguridad jurídica sobre la licitud de las prácticas que llevaban o pretendían llevar a cabo. Igualmente se consideraba que de este modo, la Comisión tendría conocimiento de todas las prácticas que pudieran afectar al mercado europeo.

⁹ Como análisis del sistema establecido en el Reglamento 17 pueden consultarse, entre otras, las obras A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional: estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, Ed. Tecnos, 1995; E. GRABITZ, M. HILF, R. BANDILLA, *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zur Europäischen Union*, Ed. Beck, 2000; C. S. KERSE, *E. C. Antitrust Procedure*, Sweet Maxwell, 1998; V. KORAH, *Cases and materials on E.C. Competition Law*, Ed. Sweet and Maxwell, 1996; L. ORTIZ BLANCO, *El procedimiento en derecho de la competencia comunitario. Los procedimientos en particular, procedimientos de infracción, procedimiento de declaración negativa y de exención individual, procedimientos especiales*, Ed. Fundación Universidad- Empresa, 1994; S. PAPPAS, *Procedural Aspects of EC Competition Law*, European Institute of Public Administration, 1995; R. PELLICER ZAMORA, *Derecho comunitario de la competencia: artículos 85 y 86 del Tratado CEE*, Ed. Trivium, 1986; A. PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Ed. Bruylant, 1987; L. RITTER, W. DAVID, F. RAWLINSON, *Ec Competition Law. A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 1999, o M. WAELBROECK, A. FRIGNANI, *Concurrence*, Ed. Université, 2002.

¹⁰ RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., "El «paquete modernizador» del artículo 86 CE y las compensaciones por servicios de interés económico general", en VVAA, *Cuadernos Europeos de Deusto. Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España*, núm. 38/2008, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2008, págs. 177 a 202

Por otra parte, el artículo 101.3 FFUE exigía necesariamente la intervención de la Comisión. Ésta tenía encomendada la tarea de determinar las exenciones, tanto individuales como por categorías, previa presentación por parte de las empresas de una “solicitud de exención” respecto de los acuerdos para los que se pretendía¹¹. Se establecía por tanto un régimen de autorización centralizado.

En cualquier caso la aplicación de la normativa europea no implicaba de ningún modo que debiera dejar de aplicarse la normativa interna de defensa de la libre competencia¹². Se formalizó así lo que se vino en denominar teoría de la doble barrera que implica que a un mismo acuerdo entre empresas puede aplicársele la regulación comunitaria y cumulativamente la normativa interna de defensa de la competencia, permitiéndose incluso supuestos de doble sanción¹³.

La práctica de cerca de cuarenta años demostró que el objetivo que supuestamente tenían las notificaciones y solicitudes de exención de dar a conocer a la Comisión las infracciones más graves a la normativa comunitaria no se cumplía. De hecho se demostró que las sanciones más graves impuestas por la Comisión tenían su origen en denuncias de terceros o en investigaciones de oficio por parte de la autoridad comunitaria en lugar de en solicitudes de las empresas protagonistas de los acuerdos. La Comisión por su parte, debía dedicar buena parte de sus efectivos a responder a las notificaciones presentadas en asuntos de escasa importancia, no pudiendo concentrarse en el estudio de los acuerdos de mayor gravedad y más perniciosos para el adecuado desarrollo del mercado comunitario, que normalmente no eran objeto de notificación¹⁴.

¹¹ Tanto las notificaciones como las solicitudes de exención debían respetar unos requisitos formales muy estrictos y desarrollados por la Comisión en el Reglamento n. 3385/94 de la Comisión de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento 17 del Consejo. La citada norma suponía una referencia fundamental para las empresas destinatarias para la normativa comunitaria.

¹² VIENNOIS, J. P. “La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d’application exclusif du droit national” en *Revue Trimestrielle de Droit Communautaire*, 2002, págs. 1 a 16.

¹³ CALVO CARAVACA, A. L.; CANEDO ARRILLAGA, M. P., “El principio *non bis in idem* en Derecho Comunitario de Defensa de la competencia” en CALVO CARAVACA, A. L.; BLANCO MORALES, P., *Derecho Comunitario de Defensa de la Competencia*, Ed. Colex, Madrid, 2000, págs. 407 a 429; A. L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Tecnos, 2ª Ed, Madrid, 1995, págs. 319 y 320. Puede consultarse igualmente L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 62, o X. ROUX, D. VOILLEMONT, *Le Droit de la concurrence de la CEE*, ed. Joly, París, 1982, pág. 6.

¹⁴ El que fue Director General de Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas, Alexander SCHAUB afirmaba que tan solo nueve decisiones formales de prohibición de las dictadas durante los años de vigencia del R 17 habían tenido base en meras notificaciones. A. SCHAUB, “Modernisation of the EC Competition Law: Reform of regulation n. 17” en *Fordham International Law Journal*, Marzo 2000.

Tanto el principio de subsidiariedad como un deseo de liberar recursos administrativos para que la Comisión pudiera dedicarse a la investigación de los casos más graves o más significativos, recomendaba la mayor participación de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros en la aplicación de la política comunitaria de defensa de la libre competencia¹⁵. A pesar de los esfuerzos normativos realizados por la Comisión en este sentido antes de la modificación del régimen, las autoridades internas no se mostraron muy proclives a la aplicación de la normativa comunitaria¹⁶.

Sea por el insuficiente grado de implicación de las autoridades nacionales o por un aumento en las dimensiones y complejidad del mercado no seguido por un incremento proporcional en los efectivos de la Comisión, parece existir un acuerdo generalizado sobre el hecho de que el antiguo sistema basado en la notificación no respondía adecuadamente a las necesidades del mercado comunitario¹⁷.

Debe recordarse que el sistema que acabamos de reflejar tuvo la evidente virtualidad de dar lugar a un importante cuerpo de decisiones de la Comisión y resoluciones del Tribunal de Justicia que han servido para completar la normativa vigente y aclarar a las empresas y al resto de operadores qué prácticas pueden considerarse contrarias a la regulación comunitaria y cuáles no.

¹⁵ MONTI, M. "European Competition for the 21st Century" en *Fordham International Law Journal*, Junio 2001.

¹⁶ Véanse en este sentido la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, *DOCE* n° C 39 de 13 de febrero de 1993, p. 6 y la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para el tratamiento de los asuntos referentes a los artículos 85 y 96 TCE, *DOCE* n° C 313 de 15 de octubre de 1997, p. 3, y algunos comentarios sobre las mismas como H. G. KAMANN, C. HORSKOTTE, "Kommission versus nationale Gerichte, Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren" en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001, págs. 458 a 468; J. H. MAITLAND-WALKER, "Commission Notice on Cooperation between National Competition Authorities and the Commission in handling cases falling within the scope of Articles 85 and 86 of the EC Treaty", en *European Competition Law Review*, 1998, págs. 124 a 126; U. ZINSMEISTER, E. RIKKERS, T. JONES, "The application of articles 85 and 86 of the EC Treaty by national Competition Authorities", en *European Competition Law Review*, 1999, págs. 275 a 279; J. J. PARISI, "Enforcement co-operation among antitrust authorities" en *European Competition Law Review*, págs. 133 a 142; S. O'KEEFFE, "First among equals: the Commission and the national courts enforcers of EC competition law" en *European Law Review* 2001, págs. 301 a 311; R. WESSELING "The Commission Notices on Decentralization of E.C. Antitrust law: In for a Penny, Not for a Pound" en *European Competition Law Review*, 1997, págs. 94 a 97; o A. PETITBO, L. BERENQUER "La aplicación del Derecho de la Competencia por los órganos jurisdiccionales y administrativos" págs. 25 a 70.

¹⁷ PÉREZ VAN KAPPEL, A, "The Reform of Regulation 17 and the Problem of Legal Certainty for Undertakings", en PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio. *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001, pág. 123 a 140.

Además, en las últimas décadas las autoridades nacionales de defensa de la competencia, evidentemente más próximas a los mercados y empresas afectadas y cuya intervención podría por tanto contribuir a una mejor aceptación por parte de los ciudadanos de la política comunitaria de defensa de la libre competencia, se han desarrollado de manera considerable¹⁸.

Por todo ello se buscó un nuevo sistema de aplicación de la normativa comunitaria¹⁹.

2. El sistema descentralizado

Los datos que hemos reflejado llevaron a la Comisión a analizar diversas opciones de cambio de sistema que le permitieran concentrarse en los casos realmente importantes²⁰. Para ello se optó por la vía de implicar a las autoridades nacionales y

¹⁸ La información sobre las diferentes autoridades administrativas internas competentes para aplicar la normativa comunitaria puede encontrarse, junto con la de algunos países no comunitarios, en la página web de la Comisión European Competition Network http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html

¹⁹ PÉREZ VAN KAPPEL, A, *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001. 145 p.

²⁰ Entre los modelos que se barajaron como alternativa al finalmente propuesto, la primera opción implicaría mantener un sistema de autorización y notificación, aboliendo sin embargo el monopolio para emitir exenciones ostentado actualmente por la Comisión. Esta institución pasaría a compartir ese poder con las autoridades internas siguiendo un sistema de distribución competencial entre ellas basado en el principio del “centro de gravedad” de los efectos del acuerdo.

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

Una segunda opción abogaría por el mantenimiento del sistema actual acompañado de una simplificación sensible del procedimiento y una extensión de la aplicabilidad del art. 4.2 R 17 que establece un régimen de notificación voluntaria cuando se cumplen unas determinadas circunstancias, como se ha hecho en el caso de las restricciones verticales. Esta opción tampoco se ve como positiva por la Comisión, dado que la simplificación de los procedimientos podría incrementar el número de notificaciones, porque las empresas continuarían realizando esas notificaciones de ma-

establecer un procedimiento más simplificado, reduciendo sensiblemente su carga burocrática pero poniendo especial cuidado en garantizar la aplicación coherente y uniforme del derecho de competencia comunitario y un umbral aceptable de seguridad jurídica para las empresas destinatarias del procedimiento²¹.

Tomando como base una supuesta “excesiva carga” que implicaría para la industria, y especialmente para las PYMES, el sistema de notificación previa que impide, o al menos convierte en arriesgada, la puesta en marcha de los acuerdos empresariales si no han sido previamente notificados, se propone crear lo que se ha venido en denominar un “sistema de excepción legal directamente aplicable”²².

El citado sistema de excepción legal directamente aplicable supone que tanto el artículo 102, como el 101 TFUE en su conjunto, podrán ser aplicados directamente, no sólo por la Comisión, sino paralelamente por los tribunales y autoridades internos de los Estados²³.

Se convierte así el artículo 101 en una norma unitaria y directamente aplicable, que contiene una prohibición en su párrafo primero y un principio de exención en el tercero. Sin necesidad de que exista una decisión administrativa expresa, los acuerdos restrictivos que cumplan las cuatro condiciones recogidas en el párrafo tercero del artículo 101, se considerarán válidos mientras las sigan cumpliendo (art. 1 R 1). No es posible que las empresas partícipes se dirijan a ninguna autoridad, comunitaria ni nacional, para que emita una decisión de exención que cree derechos para las mismas²⁴.

De este modo se pretende que, tanto la Comisión como las autoridades internas, puedan asegurar una vigilancia eficaz de los mercados y puedan centrar sus esfuerzos en las denuncias y procedimientos de oficio que deberán previsiblemente

nera preventiva aunque se ampliara el ámbito de acción del artículo 4 R 17 y porque el monopolio de la Comisión continuaría bloqueando la efectiva participación de las autoridades y tribunales nacionales.

²¹ Un completo estudio sobre la propuesta en que se basa puede encontrarse en W. WILS, “The modernization of the Enforcement of articles 81 and 82 EC: A legal and economic analysis of the Commission’s proposal for a new Council Regulation replacing regulation n. 17” en *Fordham International Law Journal*, Junio 2001.

²² Véase el informe explicativo anexo a la propuesta del Reglamento, pág. 4.

²³ NICOLAIDES, P. “Reform of EC Competition Policy: A significant but Risky Project”, en *Ei-pascope*, n. 2, 2002, págs. 16 a 21; WESSELING, R. “The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of alternative Options” en *European Competition Law Review*, 1999, págs. 420 a 433.

²⁴ Sobre los cambios ya vigentes en el ámbito de los acuerdos denominados verticales SUBIOTTO, R. AMATO, F. “The reform of the European Competition Policy concerning vertical restraints”, en *Antitrust Law Journal*, 2001.

llevarles a decisiones de prohibición de aquellos acuerdos que pueden considerarse más lesivos para el mercado comunitario²⁵.

Esta modificación implica un considerable incremento en el número de organismos competentes para aplicar plenamente los artículos 101 y 102 TFUE y una relativamente compleja distribución competencial²⁶. Tratando de evitar los problemas que han venido existiendo con el régimen precedente y que han limitado la cooperación entre las autoridades nacionales entre sí y entre éstas y la Comisión, el Reglamento dedica un capítulo, el IV, a la cooperación entre las diferentes autoridades en que se hace referencia tanto a autoridades administrativas como judiciales²⁷. Limitándose exclusivamente a las autoridades administrativas, comunitarias e internas, se crea una Red de intercambio de información²⁸.

Todas esas autoridades participarán directamente en la aplicación del Derecho comunitario. Sea en procedimientos iniciados por denuncia, de oficio, o, en el caso de las autoridades judiciales, en demandas de reclamación de daños, podrán analizar la consecución de los requisitos del 101.3 TFUE²⁹.

Uno de los grandes riesgos del sistema descentralizado sería la fragmentación del mercado por una aplicación desigual de la normativa comunitaria. De hecho, y tal como reflejábamos, este riesgo fue el que impulsó a crear un sistema fuertemente centrado en la Comisión en el momento en que se diseñó la política comunitaria.

Durante toda la fase de preparación de la regulación actualmente vigente, éste fue sin duda uno de los grandes inconvenientes que se percibían respecto de la solución planteada por la Comisión. Diferentes factores, como el riesgo de que cobrara nueva fuerza el enfoque nacional de los asuntos ante las autoridades administra-

²⁵ En este punto pueden consultarse C. D. EHLERMAN, "The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution" en *Common Market Law Review*, 2000, págs. 537 a 590, o A. SCHAUB, R. DOHMS, "Das Weissbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag" en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1999, págs. 1055 a 1070.

²⁶ El Capítulo II del Reglamento 1 dedica los artículos 4 a 6 a establecer las competencias de la Comisión (4), las autoridades nacionales de competencia (5) y las autoridades judiciales (6).

²⁷ Se denunciaba en el sistema precedente que a la Comisión le resultaba más sencillo cooperar con las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia que con las de los Estados miembros. Los acuerdos bilaterales en materia de competencia suscritos por la organización pueden consultarse en la página web de la Comisión http://ec.europa.eu/competition/international/overview/index_en.html.

²⁸ Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia Diario Oficial de la Unión Europea nº C 101/43, de 27 de abril de 2004.

²⁹ Lógicamente, las autoridades judiciales nacionales seguirían siendo exclusivamente competentes para conocer de las demandas instando la nulidad civil de los acuerdos y los posibles daños y perjuicios que hubiera conllevado.

tivas o judiciales internas, la escasa cultura en materia de competencia de algunas de las autoridades de los nuevos Estados miembros, la falta de costumbre de las autoridades judiciales a enfrentarse a asuntos con un componente económico tan fuerte, o simplemente el elevado número de autoridades que se encargarán de aplicar las normas vigentes, se han puesto de manifiesto por un buen número de los comentaristas del nuevo sistema³⁰.

Consciente de todos estos elementos, la Comisión ha reiterado en numerosas ocasiones que el cuerpo de sus propias decisiones interpretando la regulación comunitaria, las Comunicaciones que han entrado en vigor simultáneamente con el R 1, así como las resoluciones del Tribunal de Justicia ejerciendo sus potestades de control, deberían constituir instrumento suficiente para que, tanto las empresas como las autoridades encargadas de aplicar la normativa lo hicieran de manera uniforme y armónica.

El riesgo de fragmentación se ha tenido en cuenta sin embargo, en el Reglamento 1 que trata precisamente de arbitrar soluciones para que aquél no se concrete.

El art. 15, bajo el epígrafe “Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia” crea un procedimiento tendente a lograr una aplicación coincidente de la regulación comunitaria por parte de todas las autoridades de diversa índole que pueden aplicar las normas materiales.

El precepto atiende tanto a las autoridades judiciales como a las administrativas y en todos los casos se establece la Comisión como modelo para determinar la política comunitaria.

En el caso de los órganos jurisdiccionales se establece que éstos no podrán adoptar resoluciones incompatibles con una decisión ya adoptada por la Comisión o que pueda preverse. En este caso queda a decisión de la autoridad judicial la suspensión de su procedimiento interno. Como resulta evidente, este cauce no obsta para que la autoridad judicial recurra a la presentación de una cuestión prejudicial.

Las autoridades administrativas internas, cuando pretendan aplicar los artículos 101 y 102 TFUE, no podrán adoptar decisiones incompatibles con las adoptadas por la Comisión³¹.

³⁰ RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., “Libre competencia y Tribunales Superiores de Justicia: recomendaciones colectivas de precios y aplicación uniforme del Derecho de la competencia” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Ed. La Ley. nº 32, pág. 11-2.

³¹ En el caso de las autoridades administrativas internas no se puede plantear la posibilidad de aplicación no uniforme en procedimientos que se estén llevando a cabo por la Comisión, dado que la competencia de la institución comunitaria priva automáticamente de la suya a las autoridades administrativas internas tal como comentaremos más adelante y se recoge expresamente en el art. 11.6 R 1.

Resulta destacable en este sistema, en primer lugar, que no se establecen salvaguardas sobre la aplicación no uniforme del Derecho europeo por parte de autoridades administrativas de distintos Estados miembros, ni por parte de éstas y autoridades jurisdiccionales. En segundo lugar es digno de reseña que la propia redacción de este precepto muestra que el régimen comunitario no garantiza, podría incluso decir que no pretende garantizar, el absoluto respeto del principio *non bis in idem*³².

2.1. El papel de la Comisión

En aplicación del art. 4 R 1 la Comisión, como guardiana de los Tratados y garante del interés de la UE, bajo la supervisión del Tribunal, sigue manteniendo su papel de rectora de la política comunitaria en materia de defensa de la libre competencia y ha ejercido su labor emitiendo el Reglamento 773/04 sobre procedimiento y las Comunicaciones procesales y materiales sobre modernización³³.

A parte de esta labor normativa, la Comisión puede emitir las denominadas “declaraciones de inaplicabilidad” (art. 10 R 1). Por medio de decisión, que se

³² Debe subrayarse efectivamente que, si las autoridades administrativas y judiciales deben tomar en consideración las decisiones ya emitidas por la Comisión en un asunto en que pretendan aplicar la normativa comunitaria, es evidentemente, porque nada en la normativa comunitaria les impide iniciar un nuevo procedimiento respecto de los mismos hechos. Dado que la interpretación del principio *non bis in idem* afecta no solo a la doble sanción sino también al doble enjuiciamiento, deberemos concluir que la nueva normativa no garantiza su respeto.

La misma conclusión podría derivarse de los procedimientos simultáneos que, tal como acabamos de reflejar pueden llevarse a cabo, enjuiciando las mismas conductas, por parte de autoridades judiciales y administrativas.

³³ Podría decirse que el paquete completo de modernización está formado por el Reglamento de la Comisión y un grupo de comunicaciones cuya referencia completa se recoge a continuación. Reglamento nº 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº L 123/18, de 27.4.2004; **Comunicación** de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE, *Diario Oficial de la Unión Europea* nº C 101/54 C 101/54; **Comunicación** de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, ES 27.4.2004 *Diario Oficial de la Unión Europea* C 101/65; **Comunicación** de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) ES C 101/78 *Diario Oficial de la Unión Europea* 27.4.2004; **Comunicación** de la Comisión Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado ES 27.4.2004 *Diario Oficial de la Unión Europea* C 101/81; **Comunicación** de la Comisión Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, ES 27.4.2004 *Diario Oficial de la Unión Europea* C 101/97.

adoptará en todo caso de oficio, la Comisión puede declarar que el artículo 101 o el 102 no son aplicables a unos determinados hechos³⁴.

Por tanto, en determinados casos individuales, y siempre que éstos tengan especial relevancia y así lo requiera el “interés público”, la Comisión puede emitir decisiones de “no-infracción” sea porque una práctica no entra en el ámbito del párrafo primero del art. 101 o del art. 102, o porque cumple las condiciones del 101.3 TFUE.

Estas decisiones individuales servirán de precedente a la aplicación de la reglamentación comunitaria por parte de las autoridades y tribunales nacionales.

Estas decisiones serán no obstante meramente declarativas y su finalidad no será, en ningún caso, satisfacer el interés individual de las empresas partícipes en los acuerdos sino el interés público comunitario

No se trata de que la Comisión asuma nuevamente el papel reactivo que ejerce en el sistema precedente; más bien, con este procedimiento se intenta facilitar la labor de las entidades encargadas de la aplicación de la normativa y ofrecer a los operadores económicos en general una muestra de la postura de la Comisión³⁵.

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

El mismo objetivo se reconoce a las decisiones en que la Comisión acepte las modificaciones –propuestas por las propias empresas o por la propia Comisión pero asumidas en todo caso por los partícipes en el acuerdo– respecto de las prácticas contrarias a la libre competencia, para evitar que éstas sean objeto de sanción; es decir, las denominadas “decisiones de compromiso”.

Esos acuerdos serán vinculantes para las partes y parece razonable concluir que impedirán que los terceros puedan llevar la práctica en cuestión ante los tribunales nacionales, creándose un umbral razonable de garantía para las empresas partícipes

³⁴ PERA, A. and CASSINIS, P, “Decentralised Application of Community Competition Law: Italy’s Recent Experience and the Modernisation Perspective”, en PÉREZ VAN KAPPEL, A. *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L’application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001, pág. 35 a 5.

³⁵ ARROYO APARICIO, A, “La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del tratado CE según el reglamento CE núm. 1/2003”, en PINO ABAD, Manuel; FONT GALÁN, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, 2005, pág. 249 a 272; CONTRERAS DE LA ROSA, I, “La descentralización de los órganos de defensa de la competencia”, en PINO ABAD, M; FONT GALÁN, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Ed. Marcial Pons, 2005, pág. 323 a 334.

en los acuerdos que ni mucho menos se alcanza en la generalidad de los casos con el sistema establecido en el Reglamento³⁶.

2.2. Las autoridades administrativas internas de los Estados miembros

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

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

Las autoridades nacionales podrán emitir decisiones de prohibición, decisiones aceptando modificaciones de los acuerdos, rechazando denuncias, con medidas provisionales cuando un acuerdo cree restricciones en su mercado nacional y sea incompatible con el 101.3 TFUE³⁷.

Igualmente podrán imponer multas sancionadoras y coercitivas de acuerdo con la regulación recogida en su normativa nacional, lo cual podría resultar otro de los elementos que ponga en tela de juicio la uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario dando incluso lugar a prácticas de *forum shopping*.

En cualquier caso debemos concluir que las autoridades internas podrán emitir los mismos tipos de decisiones que en este momento adopta la Comisión, salvo las que suponen que los acuerdos son conformes a la normativa comunitaria y supondrían un mayor umbral de seguridad jurídica para las empresas ya que en ese caso tan solo podrán decir “que no procede su intervención” (art. 5 R 1).

2.3. La intervención de los tribunales internos

El protagonismo de las autoridades judiciales internas de los estados se ve profundamente modificado y ampliado con la reforma. Los jueces nacionales podrán decidir sobre la validez o nulidad de un acuerdo, así como, tal como sucede ahora, sobre los posibles daños derivados del mismo (art. 6 R 1).

³⁶ GUILLÉN CARAMÉS, J, “La descentralización del derecho de la competencia en España”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la publicidad (Tomo I)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 751 a 888.

³⁷ Estas posibilidades de actuación de las autoridades internas se recogen también en la normativa aplicable a las restricciones verticales. Reglamento n° 1215/1999, DOCE n° L 148 de 1999, pág. 1, que afecta al Reglamento 19/65 y al 2790/1999, DOCE n. L 336 de 1999, pág. 21.

Este aumento en el papel de los jueces internos puede acarrear problemas derivados, fundamentalmente, de la complejidad no solo jurídica sino fundamentalmente económica que supone la aplicación de esta política. El Tribunal de Justicia ya había reconocido, aplicando la normativa del R 17, la potestad de los tribunales internos para analizar la posibilidad de aplicación de una exención del 101.3 TFUE para dar una respuesta apropiada a sus procedimientos en el caso de la adopción de medidas provisionales³⁸.

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

Finalmente, queda abierta la posibilidad de presentar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

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

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

En este punto conviene subrayar que la reiterada jurisprudencia que establece que el artículo 101.3 TFUE deja un cierto margen de discrecionalidad a la Comisión, sería trasladable a la aplicación del precepto por los jueces internos de los Estados. Sin embargo, en caso de que se cumplan las condiciones del párrafo tercero, necesariamente debe aplicarse su regulación y consecuentemente debe levantarse la prohibición permitiendo la puesta en marcha de la práctica analizada³⁹.

³⁸ STJCE 28 febrero 1991, *Delimitis/Henninger Bräu*, C-234/89, Rec. 1991, pág. I-935.

³⁹ Véanse las STJCE 9 julio 1987, *Ancides/Commission*, 43/85, Rec. 1987, pág. 3131; STJCE 8 junio 1995, *Schöller/Commission*, T- 9/93, Rec.1995, pág. II-1611; STJCE 27 febrero 1992, *Vichy/Commission*, T. 19/91, Rec.1992, pág. II-415; STJCE 15 julio 1994, *Matra Hachette/Commission*, T 17/93, Rec. 1994, pág. II-595; STJCE 25 octubre 1977, *Metro/Commission*, 26/76, Rec.1977, pág. 1875; ATJCE 4 junio 1996, *SCK and FNK/Commission*, T-18/96, Rec.1996, pág. II-407. En algunos de ellos se hace referencia al margen de “discrecionalidad” de la Comisión. El citado margen se refiere, no obstante, a la posibilidad de apreciación que esta tiene reconocido para determinar si se verifican las condiciones del art. 81.3. En el caso de que se consideren cumplidas, deberá necesariamente aplicarse la exención. STJCE 12 julio 1991, *Peugeot/Commission* 23/90, Rec. 1991, págs. II-653.

2.4. Intercambio de información

Respecto del intercambio de información el Reglamento mantiene, como sabemos, de manera expresa, que dentro de las informaciones objeto de intercambio entre las diferentes autoridades se incluyen las consideradas confidenciales.

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

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

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

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

En estos casos de transferencia del procedimiento y, en aras de la máxima eficiencia y celeridad, se establece la obligación de transmisión del expediente completo, incluyendo las informaciones confidenciales con las cautelas que ellas conllevan y con la necesaria y crecientemente relevante referencia a los programas de clemencia y sus implicaciones en estas cuestiones⁴⁰.

⁴⁰ European Competition Network. *Resolución adoptada en la reunión de Responsables de las Autoridades de Competencia Europeas sobre la protección de la información presentada en solicitudes de clemencia en el contexto de las acciones de daños y perjuicios*, 23 mayo 2012; SANZ SANZ, I., “Inmunidad total para la empresa que desmanteló los cárteles de vitaminas por aplicación del principio de clemencia (*leniency*)” en *Anuario de la Competencia* 2001, Ed. Marcial Pons, 2002, págs. 479-504; YANES YANES, P., “Confidencialidad y clemencia en la Directiva de daños: una aproximación”, en MORILLAS JARILLO, M. J.; PERALES VISCASILLAS, M. P.; PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), *Estudios*

Las pruebas contenidas en el procedimiento inicial podrán ser empleadas directamente por la autoridad receptora⁴¹.

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

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

sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Ed. Universidad Carlos III, 2015, pág. 1140-1162; CACHAFEIRO GARCÍA, F, “Confidencialidad de los documentos del programa de clemencia”, en FONT RIBAS, A; GÓMEZ TRINIDAD, S. (coords.), Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales, Ed. Marcial Pons, 2013, pág. 143-156; PÉREZ FERNÁNDEZ, P, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos “antitrust”, en FONT RIBAS, Antoni; GÓMEZ TRINIDAD, S. (coords.), Competencia y acciones de indemnización: actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales, Ed. Marcial Pons, 2013, págs. 205 a 224.

⁴¹ El principio en virtud del cual la carga de la prueba de una infracción recae en la Comisión se había derivado durante la vigencia del R 17 de la jurisprudencia del Tribunal (pueden consultarse, en sus distintos aspectos, las STJCE 15 julio 1970, *ACF Chemiefarma*, 41/69, ap. 145-153; STJCE 21 febrero 1973, *Continental Can*, 6/72, ap. 35-37, o STJCE 16 diciembre 1975, *Coöperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ y Otras/Comisión*, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, Rec. 1975, págs. 1663 y sigs., ap. 199 a 210; STPI 9 julio 1992, *Publishers Association/Comisión*, T-66/89, Rec. 1992, pág. II-1995, apartados 5 y 6; STJCE 7 junio 1983, *S. A. Musique Diffusion Francaise (Pioneer)*, 100 a 103/80, o STPI 10 Marzo 1992, *Societa Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa y Ppg Vernante Pennitalia Spa*, T-68/89, T-77/89 y T-78/89; STJCE 28 marzo 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines s.a. y Rheinzink gmbh*, 29/83 y 30/83, ap. 16; o STJCE 31 marzo 1993, C-89/85, C-116 y 117/85, C-125 a 129/85, apartados 126 y 127). Este principio es el objeto del artículo segundo de la nueva propuesta de Reglamento. De acuerdo con él, en todos los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82, la carga de la prueba de una violación del 81.1 o del 82, recaerá en quien la alegue. Se deduce que incumbirá a quien invoque el beneficio de las disposiciones del artículo 81.3, aportar la prueba de que se cumplen las condiciones de dicho apartado.

2.5. Relación entre las autoridades

La existencia de un número tan elevado de autoridades a las que se reconoce competentes para aplicar la normativa comunitaria exige el establecimiento de un sistema de relación entre ellas que supone un alto nivel de implicación. El Reglamento dedica el Capítulo IV a la definición del nuevo sistema.

De acuerdo con la Comisión, una de las características fundamentales del modelo que se plantea es la búsqueda de una protección más eficaz de la competencia. Para ello se considera elemento básico del sistema, que la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia formen una red y trabajen en estrecha colaboración en la aplicación de la normativa comunitaria⁴². Con este modelo se trata por una parte de garantizar que se aplica tan solo un *corpus jurídico* a todas las transacciones con consecuencias transfronterizas. Además se trataría de facilitar una asignación eficiente de los asuntos dentro de la red de autoridades de competencia, de manera que cada caso sea tramitado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

Tanto la Comisión como las autoridades internas de defensa de la libre competencia son autoridades de naturaleza administrativa por lo que los principios que rigen su actuación pueden considerarse *grosso modo* coincidentes, empezando por el principio de oportunidad que no les obliga a conocer de todos los asuntos que se presenten ante ellas. Esta circunstancia no se verifica evidentemente en las autoridades jurisdiccionales para las que, por ello, se establece un régimen diferente. El artículo 11 R 1 se ocupa, básicamente, de las relaciones entre la Comisión y las autoridades administrativas internas de los Estados, mientras que el art. 15 R 1 se ocupa de las relaciones con las autoridades judiciales.

El precepto que regula la relación entre las autoridades internas y la Comisión se basa en un principio “de estrecha colaboración” a pesar del cual no puede concluirse que todas las autoridades estén en pie de igualdad. Así, la Comisión se obliga a transmitir a las autoridades internas copia tan solo de los “documentos más importantes”, estando prevista la transmisión de otros documentos que sean necesarios para la apreciación del asunto tan solo a instancia de la autoridad interesada (art. 11.1 R 1).

La Comisión se ofrece igualmente para que las autoridades internas le consulten sobre la aplicación del Derecho de la UE.

Cuando las autoridades internas se planteen actuar aplicando Derecho europeo, deben informar por escrito a la Comisión de su intención antes de iniciar las primeras diligencias o inmediatamente después de iniciadas. Esta información puede hacerse llegar al resto de las autoridades internas de los Estados.

⁴² Puede consultarse la Exposición de Motivos a la Propuesta de Reglamento, punto C, 1, a), pág. 6.

Igualmente, como máximo treinta días antes de la adopción de una decisión de cesación de una infracción, una decisión de aceptación de compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades internas tienen que informar a la Comisión. La información deberá incluir un resumen del asunto y el texto de la decisión o al menos documentos en que se indique cuál es la línea de acción propuesta. La Comisión podrá si lo considera pertinente hacer llegar la información a otras autoridades nacionales que igualmente tienen la posibilidad de intercambiarse información directamente sobre los asuntos que estén instruyendo. La Comisión tiene reconocida la posibilidad de solicitar a la autoridad nacional que lleva a cabo el procedimiento que le facilite otros documentos que sean necesarios para evaluar el asunto. La autoridad interna estará obligada a entregarlos.

La incoación de un procedimiento por parte de una autoridad administrativa puede tener incidencia en la competencia de las demás. Habría que establecer una diferencia entre el régimen previsto para el caso de tramitaciones simultáneas (algo semejante a lo que en procedimientos judiciales sería la litispendencia) y la incidencia que pueden tener los procedimientos ya tramitados por otras autoridades (lo que sería equivalente al principio de cosa juzgada en procesos judiciales).

Respecto de los procedimientos pendientes o por iniciar, se comprueba nuevamente la prevalencia de la Comisión sobre el resto de autoridades administrativas de defensa de la competencia. Según el artículo 11 párrafo 6 R 1, la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades internas de su competencia para aplicar el Derecho Comunitario. En el caso de que una autoridad interna hubiera iniciado ya un procedimiento sobre los mismos hechos, la Comisión debe simplemente consultarle antes de incoar el procedimiento. No parece que su negativa sea óbice para la competencia de la Comisión y la consiguiente desaparición de la de la autoridad interna.

La Comisión por su parte puede, si lo considera oportuno, desestimar una denuncia formulada en razón de unos hechos que estén siendo tratados por otra autoridad de competencia (art. 13 R 1).

La relación entre las autoridades internas es diferente a la que acabamos de reflejar. Así, cuando varias autoridades reciban una denuncia sobre los mismos hechos, el hecho de que una de ellas se encuentre instruyendo el asunto “constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su procedimiento o desestimar la denuncia”.

Cuando nos referimos a procedimientos ya finalizados la regulación es semejante para la Comisión y las autoridades nacionales. Así, cualquiera de ellas podrá desestimar una denuncia formulada contra unos hechos que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia. Lamentablemente no se aclara cuáles serían las consecuencias, claramente contrarias al respeto del principio *non bis in idem*, para los particulares si cualquiera de esas autoridades no considerara oportuno paralizar sus procedimientos e incoara un nuevo proceso.

2.6. Intercambio de información entre las autoridades

Este sistema de colaboración entre las autoridades administrativas en la aplicación del Derecho Comunitario ha dado lugar a un sistema de intercambio de información entre las mismas que se recoge en el art. 12 R 1.

Las autoridades internas de los Estados deben poder facilitarse todos los elementos de hecho o derecho y emplearlos como medios de prueba⁴³. En la citada información que se intercambie se incluye expresamente aquella que se ha considerado confidencial⁴⁴. La citada regulación se introduce en aras de lograr que cada miembro de la red aplique con la máxima eficacia los artículos 101 y 102 TFUE. La red busca así garantizar una asignación eficiente de los asuntos basada en el principio de que éstos deben ser tramitados por la autoridad que esté en mejores condiciones para hacerlo.

La citada información se empleará, en principio para imponer sanciones a las empresas. En el caso de que vayan a imponerse sanciones a las personas físicas, la información intercambiada sólo podrá emplearse por la autoridad receptora cuando la legislación de la autoridad remitente permita dicho tipo de sanciones y cuando la autoridad emisora haya respetado el mismo nivel de protección de los derechos de las personas físicas que se establezca en el ordenamiento del Estado receptor. En ningún caso se podrá emplear esta información para imponer penas privativas de libertad.

La información que se intercambie se empleará en principio por las diferentes autoridades en la aplicación de la normativa comunitaria. Sin embargo, en los casos en que se vaya a aplicar simultáneamente por las autoridades nacionales el derecho interno, la información intercambiada se podrá emplear siempre que el derecho interno “no conduzca a un resultado diferente”⁴⁵.

2.7. Cooperación con las autoridades jurisdiccionales nacionales

La colaboración entre las diferentes autoridades administrativas y las judiciales se plantea lógicamente en distintos términos y se centra fundamentalmente en dos líneas de acción.

⁴³ Deberán desaparecer las normativas internas vigentes en algunos estados que prohíben la transferencia de información a autoridades extranjeras o internacionales.

⁴⁴ Desaparece así una garantía que se recogía en el artículo 20 del Reglamento 17 y que se concretaba en el hecho de que las informaciones facilitadas por las empresas no podían ser utilizadas más que para los fines para los que eran solicitadas.

⁴⁵ Sobre las propuestas de modificación normativa en lo que hace a los poderes de la Comisión para recabar información de las empresas, RILEY, A. “Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition Law” en *European Law Review*, 2000, págs. 264 a 281.

En primer lugar la Comisión se ofrece para facilitar información a las autoridades judiciales de los Estados en el marco de los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y siempre a petición de éstos.

En segundo lugar, se establece un sistema que exige que los ordenamientos procesales internos de los Estados permitan a las autoridades administrativas internas y a la propia Comisión intervenir en los procedimientos judiciales de aplicación de la normativa comunitaria. De este modo se deberá permitir que la autoridad administrativa del Estado cuyos tribunales conocen de un asunto o la Comisión, presenten por iniciativa propia observaciones escritas en los procesos internos. En ambos casos, con la venia del tribunal, la Comisión o la autoridad correspondiente podrán presentar en el proceso observaciones orales.

En el caso de las autoridades judiciales las exigencias de intercambio de información son lógicamente sensiblemente menores. Así, tanto las autoridades internas como la Comisión pueden solicitar al órgano jurisdiccional que les remita todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate a los solos efectos de la preparación de sus observaciones.

En todo caso, la regulación del Reglamento 1 (art. 15.4) prevé la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales confieran poderes más amplios a las autoridades administrativas internas.

En aras de conseguir información adecuada y completa de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, el Reglamento prevé la obligación a los Estados miembros de transmitir a la Comisión todas las sentencias de sus tribunales en que pronuncien sobre la aplicación de los citados preceptos sin dilación tras la notificación a las partes el texto íntegro de la resolución.

Parece claro que no resulta posible obligar a las autoridades judiciales internas a paralizar sus procedimientos por el hecho de que haya comenzado uno la Comisión o ésta haya resuelto sobre los mismos hechos. El art. 16 R.1 prevé exclusivamente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales internos suspendan sus procedimientos si así lo consideran procedente cuando la Comisión y no una autoridad interna según la redacción del citado precepto, haya incoado un procedimiento susceptible de finalizar en una decisión que podría entrar en conflicto con lo que la autoridad judicial pudiera resolver.

2.8. Criterios de distribución de los asuntos entre las distintas autoridades competentes

Analizadas las potestades que tienen reconocidas las distintas autoridades para aplicar la normativa comunitaria, se plantea el auténtico problema de la distribu-

ción competencial, dado que en el nuevo sistema las empresas tienen reconocida libertad para dirigirse a cualquiera de las autoridades competentes.

Desde el punto de vista de los intereses de los posibles denunciantes, se impone una aclaración lo más precisa posible de las situaciones en las que se puede o no plantear la existencia de un “interés comunitario” a los efectos de emplear el cauce del art. 10 R 1. El carácter administrativo de la Comisión le fuerza a guiarse por el principio de oportunidad, lo cual puede llevarle a rechazar denuncias cuando existen prioridades superiores que le aconsejan dedicar sus efectivos a cubrir otros objetivo⁴⁶. En esos casos, los denunciantes podrían preferir dirigirse a una autoridad judicial interna de un Estado⁴⁷. Sin embargo, cuando la Comisión emita una decisión de este tipo situará a las empresas en una posición que les permite una garantía de la legalidad de la práctica que pretenden ejecutar que, de acuerdo con el sistema general, parece excepcional.

Es una Comunicación de la Comisión quien se encarga de ofrecer a los operadores criterios que les faciliten la opción entre las diferentes autoridades⁴⁸.

Según este sistema, los asuntos pueden ser tramitados por una única o por varias autoridades nacionales de competencia actuando de forma concurrente o por la Comisión empleando el principio de autoridad mejor situada.

En la mayor parte de los casos, la autoridad que recibe una denuncia o incoa de oficio un procedimiento seguirá siendo responsable del asunto. Se considerara que una autoridad está bien situada para tramitar un asunto si existe un vínculo material entre la infracción y el territorio del Estado miembro del que depende, de modo que esté en condiciones de poner fin efectivamente a la infracción. Un segundo reparto de un asunto solamente se plantearía al principio del procedimiento cuando esta autoridad considera que no está bien situada para actuar o cuando otras autoridades se consideran también competentes. Además, la acción de una única autoridad nacional de competencia podría también ser apropiada cuando, aunque más de una autoridad pueda estar bien situada, la acción de una sola sea suficiente para poner fin a la totalidad de la infracción.

Una acción concurrente de dos o tres autoridades puede ser apropiada cuando un acuerdo o práctica tenga efectos sustanciales sobre la competencia principalmente en sus territorios respectivos y la acción de una sola autoridad no sea suficiente para poner fin a la infracción o sancionarla adecuadamente. Las autoridades

⁴⁶ STJCE 18 septiembre 1992, *Automec/Commission*, T-24/90, Rec. 1992, pág. II-2223.

⁴⁷ SCHAUB mantiene que se pretende recoger esos criterios en una comunicación de la Comisión en que se establezcan las líneas básicas de actuación de las diferentes autoridades que permitan a los denunciantes tener elementos de juicio suficientes a la hora de decidir el foro al que acudir a presentar la denuncia. A. SCHAUB, “Modernisation...”, *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia [*Diario Oficial* C 101 de 27.4.2004].

que tramiten un asunto de forma concurrente tratarán de coordinar su actuación en la medida de lo posible.

La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros. Por otra parte, la Comisión está particularmente bien situada para tramitar un asunto si éste está estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia, así como en los casos en que el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva.

III. LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL

1. Orígenes del sistema

El origen de la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia en España se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre que se dicta a raíz de los recursos de inconstitucionalidad acumulados 2009/1989 y 2027/1989, interpuestos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra un serie de artículos de la ya derogada Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia⁴⁹.

Estos recursos consideraron que la norma invadía competencias de las Comunidades autónomas al limitar la capacidad de estas para aplicar o ejecutar la normativa de competencia⁵⁰.

Aunque no se cuestionaba la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre la materia sí se ponía de manifiesto que, en la medida en que la Constitución no atribuye al Estado competencias en materia de defensa o promoción de la competencia, las Comunidades autónomas pueden, por vía de sus Estatutos de autonomía, asumir las citadas competencias (art. 149.3 CE) (fundamento jurídico 5 de la Sentencia del TC). De este modo, al reconocer la competencia exclusiva de la Comunidades Autónomas en materia de comercio interior, sin perjuicio de la

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) n° 208/1999, de 11 de noviembre y Ley estatal 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* núm. 170 de 18 de julio.

⁵⁰ PONS, C. P., "The Experience of the Spanish Competition Authorities", en PÉREZ VAN KAPPEL, A., *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform = L'application décentralisée du droit communautaire de la concurrence: expériences nationales et réforme = Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts: Nationale Erfahrungen und Reform*. Ed. Bundesanzeiger, 2001, pág. 25 a 34.

legislación sobre defensa de la competencia, la ejecución de la regulación quedaría en manos de las Comunidades. Según confirmó en TC, el comercio interior y la defensa de la competencia conforman materias que conceptualmente se solapan hasta el punto de que la defensa de la competencia debe considerarse incluida, al menos en parte, dentro del llamado comercio interior. Para ello sigue la definición de defensa de la competencia que él mismo había ofrecido y de acuerdo a la cual, la misma “comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado”⁵¹.

De este modo, “siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, solo en esa medida, conceptualmente comercio”⁵².

Además (fundamento jurídico 5) el hecho de que se contenga la precisión, “sin perjuicio de [...] la legislación sobre defensa de la competencia” en la cláusula que reconoce las competencias en materia de comercio interior tendría dos implicaciones. La primera que la misma solo tendría sentido si existe vinculación entre comercio interior y competencia. La segunda, como establece el TC que “del simple hecho de que la totalidad de la defensa de la competencia no haya quedado reservada al Estado, sino sólo la legislación, cabría deducir inmediatamente que las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia han de estimarse, en alguna medida, atribuidas a las Comunidades Autónomas; conclusión a la que podría llegarse por un mero razonamiento a contrario: la atribución de la legislación al Estado comportaría, de suyo, la asunción, con el alcance que luego se dirá, de la ejecución por las Comunidades Autónomas recurrentes, en tanto no resulte incluida en otras competencias estatales” (fundamento jurídico 6).

Resulta evidente que la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia requiere de cautelas para conseguir la aplicación uniforme de la regulación y evitar una aplicación no uniforme de la regulación que generase discriminación entre las empresas o ciudadanos. Por ello, en aplicación del artículo 149.1.13 CE resultaba necesario establecer las bases para la coordinación “de la planificación general de la actividad económica”. Solo de este modo, se podría mantener la aplicación descentralizada de la normativa de competencia respetando el mandato del artículo 38 CE que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado como uno de los derechos de los ciudadanos.

⁵¹ Fundamento jurídico 15º Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre.

⁵² Fundamento jurídico 5º de la Sentencia 208/99 y Fundamento jurídico 4º de la Sentencias 88/1986, de 1 de julio y Fundamento jurídico 4º de la 264/1993, de 22 de julio.

La competencia puede considerarse un presupuesto de la economía de mercado pero supone igualmente un límite a la libertad de empresa. Por ello la competencia resulta imprescindible para conseguir el mercado único dentro de España y dentro de la Unión Europea. Por todo ello el TC consideró la defensa de la competencia como una parte en la “planificación general de la actividad económica”.

2. Sistema de distribución de casos entre autoridades

El propio Tribunal Constitucional estableció, tomando como base el artículo 149.1.13 CE, que corresponden al Estado las competencias legislativas en todo caso y las competencias ejecutivas en las conductas contrarias a la competencia cuyos efectos tengan un ámbito supra-autonómico⁵³.

*“[...] Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal “ex” art. 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la **normación**, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las **actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional**, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes.”* (fundamento jurídico sexto).

Fue la misma resolución la que estableció que el Estado “puede y debe articular los **mecanismos de coordinación** que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los **criterios de conexión** pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca” (fundamento jurídico sexto)⁵⁴.

En consecuencia, las Comunidades autónomas tienen su competencia limitada para llevar a cabo actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario y afecten a cárteles o abusos de posición de dominio, descartando el análisis de las ayudas de estado y el control de las

⁵³ GIBERT BOSCH, A; “La descentralización del sistema español de competencia. Ventajas e inconvenientes”; en *Estudios de Deusto*; Vol. 63/1 enero-junio 2015; págs. 19-36; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. “El futuro de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia”; en *Estudios de Deusto*; Vol. 63/1 enero-junio 2015; págs. 85 a 104.

⁵⁴ RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A; “La Red española de autoridades de la competencia: las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia”; en *Estudios de Deusto*; Vol. 63/1 enero-junio 2015; págs. 105 a 129.

concentraciones económicas. De manera bastante llamativa, la regulación excluye de la competencia de las autoridades autonómicas la aplicación de la normativa de la UE⁵⁵.

El criterio de distribución de competencias es, por tanto, el del ámbito geográfico afectado por la conducta sin precisión alguna que ayude a aquilatar el concepto jurídico indeterminado ni regular las situaciones de posibles desbordamientos tangenciales⁵⁶.

El Tribunal consideró necesario declarar la inconstitucionalidad de los preceptos que determinan la competencia de los organismos estatales “en todo o en parte del mercado nacional”. Sin embargo difirió la nulidad del precepto hasta la fijación de los criterios de conexión pertinentes por parte del Estado de forma que se evitase la producción de un vacío que generase desprotección de las empresas y el mercado (fundamento jurídico 8)⁵⁷.

Para evitar esos daños se promulgó la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia⁵⁸.

La Ley 1/2002 desarrolla los puntos de conexión que determinan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en la materia. El artículo 1 diseña un sistema basado, lógicamente, en los principios que habían sido establecidos en la sentencia del TC. Debe tomarse en consideración que la citada norma se adoptó antes de que comenzara a funcionar ninguna de las autoridades de competencia autonómicas existentes y por lo tanto desconociendo, por ausencia de experiencia, la entidad y cantidad de los casos que iban a poder ser resueltos por las autoridades autonómicas, su estructura, capacidades...

La Ley recoge igualmente un mecanismo de resolución de los conflictos entre las autoridades estatal y autonómicas que parte de la existencia de un suministro de información bidireccional sobre denuncias y actuaciones practicadas de oficio.

⁵⁵ PETITBÒ I JUAN, A, “Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones”, en *Anuario de la Competencia 2001*, Ed. Marcial Pons, 2002, págs. 45-76.

⁵⁶ RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “Descentralización y eficiencia en la protección de los consumidores y la competencia: el caso español”, en *Revista de Derecho de la Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 10, n° 10, enero-diciembre 2014, págs. 207-233.

⁵⁷ ARZOZ SANTISTEBAN, X., “El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2003 en la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC”, en *Anuario de la Competencia 2003*, Ed. Marcial Pons, 2004, págs. 321-342.

⁵⁸ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, *BOE* n° 46, de 22 de febrero de 2002; modificada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *BOE-A-2003-23936*, y Ley 15/2007, de 3 de julio, *BOE-A-2007-12946*. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-3590>.

En caso de que no exista acuerdo entre las autoridades, se prevé la convocatoria de lo que se denomina “Junta Consultiva de Conflictos” con la finalidad de que emita un dictamen. La Junta Consultiva tiene naturaleza pseudo-arbitral y su formación es paritaria.

Está integrada por un número igual de representantes designados por el Estado y por las CCAA, siendo flexible el número total en función de las Comunidades Autónomas en conflicto. Sin embargo el voto del presidente, nombrado por el Ministerio, es dirimente aunque su resolución no resulta vinculante.

Si las administraciones implicadas en el conflicto no aceptan de manera voluntaria el informe de la Junta se plantea que sea precisamente el Tribunal Constitucional quien resuelva el conflicto⁵⁹. Se trataría de un conflicto positivo o negativo de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o, si fuera el caso –aunque aún no se ha verificado esta posibilidad–, entre éstas entre sí.

Las comunidades autónomas tienen reconocida la posibilidad de desarrollar su sistema propio de defensa y promoción de la competencia o bien realizar convenios con la autoridad estatal para que sean los órganos estatales los que colaboren con ellos en la resolución de casos que ellos instruyan.

En el caso de que se creen autoridades autonómicas la norma prevé mecanismos de coordinación entre el Estado y las CCAA⁶⁰.

En primer lugar se crea el Consejo de Defensa de la Competencia. Este órgano está compuesto por representantes de todas las comunidades autónomas con competencia en materia de competencia. Su objetivo es la “colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia”.

Con una perspectiva más práctica, se generan una serie de mecanismos de información recíproca sobre posibles restricciones de las que tengan conocimiento los órganos competentes, a fin de posibilitar el desarrollo de sus funciones.

La Ley establece también la posibilidad de que la Dirección de investigación de la CNMC intervenga en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos en calidad de interesado y faculta a la CNMC para recurrir los acuerdos y resoluciones de los mismos, definiendo esta legitimación como un instrumento que consiga la aplicación uniforme del derecho de competencia⁶¹.

⁵⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁶⁰ BERENGUER FUSTER, L., “La reforma de la Política de Competencia en la UE y su incidencia en el sistema español”, en VV.AA, *Cuadernos Europeos de Deusto. Política de competencia: descentralización y reforma en la UE y en España*, núm. 38/2008, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2008, págs. 51 a 80.

⁶¹ FRANCO I SALA, LL., “La unidad de mercado en el sistema español y comunitario de defensa de la competencia”, en VVAA, *Cuadernos Europeos de Deusto. Política de competencia: descentrali-*

Finalmente se establece la obligación de la CNMC de recabar del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, en relación con las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la ley de defensa de la competencia o en los artículos 101 y 102 del TFUE que, aunque pudieran afectar a más de una comunidad autónoma, tengan una especial incidencia al territorio de alguna de ellas.

La Ley 1/2002 establece unos puntos de conexión para determinar la competencia entre autoridades dentro del Estado.

La base del reparto entre las autoridades está en el territorio afectado pero a esta se le añaden una serie de reglas adicionales.

De acuerdo a este criterio la competencia corresponderá al Estado cuando exista afectación del conjunto del mercado nacional o de una zona geográfica que desborde el territorio de una sola CA. Por otro lado, la competencia corresponderá a las CCAA cuando estemos ante conductas de entidad menor, sin trascendencia en el ámbito supraautonómico o estatal, pero con aptitud para lesionar la competencia en un ámbito que coincida o no exceda de los confines de la CA de que se trate.

Además la norma establece otros criterios de reparto atribuyendo competencia a las autoridades estatales en los siguientes casos:

- a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.
- b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma.”

Las presunciones establecidas en la norma se consideran *iuris et de iure* y atribuirían competencia a los órganos estatales en el caso de que se de alguno de los siguientes elementos:

zación y reforma en la UE y en España, núm. 38/2008, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2008, págs. 131 a 154.

- Afectación de la unidad del mercado nacional. Los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la concurrencia de este presupuesto son, entre otros, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, y los efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios.
- Posible atentado contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español.
- Obstaculización directa o indirecta de la libre circulación y establecimiento de las personas y de la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional.
- Compartimentación de los mercados.
- Menoscabo de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Como puede comprobarse, los criterios están repletos de conceptos jurídicos indeterminados que requieren de interpretación y que abren opciones de discusión que no resultan óptimas para la eficiencia de la gestión de los procedimientos.

Además el sistema de competencias exclusivas que puede finalizar en un conflicto bilateral entre el Estado y la Comunidad autónoma que será resuelto por el Tribunal Constitucional no genera la celeridad necesaria para resolver los problemas de competencia de manera eficiente.

Puede considerarse por tanto que el sistema es inflexible y basado en conceptos determinados por la Ley y que, en última instancia, siempre pueden interpretarse a favor de una u otra de las autoridades en presencia, lo que resulta poco eficiente y debería por tanto ser revisado.

IV. EL SISTEMA ALEMÁN

Alemania, como España, es un Estado descentralizado compuesto por los estados de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia⁶². Las características de los diferentes estados difieren de manera relevante por razones de tamaño, población (algunos estados se limitan a una ciudad mientras que otros pueden considerarse muy extensos), historia y circunstancias económicas. Estos *Länder* presentan importantes diferencias en relación con su po-

⁶² Véase la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949.

blación, territorio, origen histórico (algunos de ellos tienen hondas raíces históricas como Baviera o Sajonia mientras que otros no existían antes de la Segunda Guerra mundial como Renania) y poder económico⁶³.

El hecho de que la Ley fundamental declare a Alemania como *Estado federal democrático y social* tiene su origen en una larga tradición federal y en la intención de garantizar un control horizontal del poder⁶⁴.

1. Distribución de competencias

La distribución de competencias entre el Estado federal y los estados está regulada en la Ley Federal que determina que, como regla general, las competencias corresponden a las regiones. El Título VII de la Ley establece cuáles son las competencias exclusivas de los estados. A pesar de esta afirmación que podría hacernos pensar en un modelo de legislación regional generalizada, la realidad demuestra que las competencias regionales quedan sobre todo reducidas a materias de policía, cultura y educación.

La norma recoge una lista de materias de competencia compartida entre el Estado federal y las regiones. Entre ellas se encuentran el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho procesal, el Derecho laboral, el Derecho de la economía, el estado civil, el derecho de asociación y el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros.

En los casos en que existe esta competencia compartida, la LFB establece que las regiones tan solo pueden ejercer su potestad de regulación en los casos en que la federación no haya ejercido su competencia legislativa, aunque en algunos casos se exige que se acredite la existencia de un interés de la totalidad del Estado, bien para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal, bien para el mantenimiento de la unidad jurídica o económica.

La ejecución de la legislación federal se puede realizar por las regiones en propio interés, por la propia federación o por las regiones si la federación les delega la potestad.

En materia de legislación sobre libre competencia existe una competencia compartida entre el Estado y las regiones pero el estado federal ha optado por desa-

⁶³ TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Estudio sobre el reparto de competencias en materia de defensa de la competencia: análisis comparativo del régimen jurídico europeo, alemán y español*, octubre 2010.

⁶⁴ PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia, “Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb)” en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, 2012, págs. 217 a 228.

rollar su competencia legislativa, lo que limita la posibilidad de las regiones para legislar.

En Alemania ejecuta la normativa de competencia la autoridad federal de competencia (“*Bundeskartellamt*”), autoridad federal independiente asignada al Ministerio Federal de Economía y Tecnología y las autoridades regionales⁶⁵.

La distribución de competencias entre las autoridades regionales y la autoridad federal se establece en la LRC, es decir en la norma que regula la parte sustantiva de la regulación de competencia.

De acuerdo con estas normas, corresponde al *Bundeskartellamt* la competencia para resolver los problemas derivados de prácticas que afecten a un ámbito geográfico superior a la región y a las autoridades regionales la competencia para conocer de conductas cuyos efectos no desborden el territorio correspondiente.

Existen conductas que siempre se consideran competencia federal, como son el control de las concentraciones económicas, el control sobre la fijación de precios de reventa en el sector de la prensa y las relaciones con la Comisión Europea o con las autoridades de competencia de los Estados miembros⁶⁶.

La regulación establece una obligación recíproca de información sobre procedimientos incoados e investigaciones que se estén llevando a cabo. Además se establece un principio de cooperación e intercambio de información que facilite el ejercicio de las funciones de cada una de ellas. Las autoridades regionales tienen competencia para aplicar la normativa de la Unión Europea cuando la conducta limite sus efectos a la región pero tenga incidencia en el mercado interior.

La regulación alemana plantea la posibilidad de que la autoridad que se consideraría competente de acuerdo a los puntos de conexión establecidos por la norma remita de manera excepcional el caso a la otra autoridad implicada. Igualmente se permite al *Bundeskartellamt* alegar la falta de competencia de las autoridades regionales e interponer recurso ante los tribunales opción que no se contempla para las autoridades regionales.

⁶⁵ El link del *Bundeskartellamt* http://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/LinksAddresses_neu/CompauthoritiesLaender/CompauthoritiesLaender_node.html conduce a una lista de las autoridades de competencia de los dieciséis Länder con su domicilio y dirección.

⁶⁶ No obstante lo anterior, el *Bundeskartellamt* no podrá prohibir una concentración proyectada sin antes ofrecer la oportunidad de realizar comentarios a las autoridades de los *Länder* donde las empresas afectadas tengan su domicilio social.

El control sobre la fijación de precios de reventa en el sector de la prensa. De acuerdo con la normativa resulta lícito que las empresas que producen periódicos y revistas exijan a los compradores de dichos productos (i) que los revendan a unos precios determinados o (ii) que impongan el mismo compromiso a sus propios clientes en relación con la reventa al consumidor final. No obstante, bajo determinadas circunstancias, el *Bundeskartellamt* podrá declarar sin efecto la fijación de los precios de reventa en este ámbito.

Los tribunales alemanes han ido precisando la aplicación del punto de conexión geográfico empleado por la normativa estableciendo que, si bien el efecto es una pauta para la distribución de competencias, en el caso de conductas abusivas se pueden tener en cuenta criterios tales como el lugar de residencia del perjudicado, mientras que en el caso de restricciones verticales deberá tomarse en consideración la región en que la empresa a la que se impone la restricción esté activa⁶⁷. Además se establece un sistema en que para determinar la autoridad competente se tienen en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. De este modo, la autoridad de una región puede remitir a la autoridad federal un asunto que pertenezca a su competencia, siempre y cuando ello sea útil en vista de las circunstancias del asunto. Con la remisión, el *Bundeskartellamt* se convertirá en la autoridad de competencia competente. Por su parte la autoridad federal puede remitir a la autoridad regional un asunto por las mismas razones.

Antes de la remisión, el *Bundeskartellamt* informará a las otras autoridades de *Länder* afectadas. La remisión no tendrá lugar si una autoridad de *Land* afectada hace objeciones dentro del plazo fijado por el *Bundeskartellamt*.

En la práctica, por tanto, cabe que se altere el sistema rígido del punto de conexión si se cumplen estos requisitos:

- La solicitud de la autoridad interesada ya que no cabe la posibilidad de obligar a una autoridad a conocer de un asunto que, de acuerdo a la Ley, no le corresponde.
- La voluntad de la autoridad competente de acuerdo a la Ley. Es imprescindible la remisión del asunto por parte de dicha autoridad.
- Si se trata de un caso en que el *Bundeskartellamt* plantea abstenerse en favor de una autoridad regional, el resto de autoridades regionales afectadas también deben manifestar su autorización. Para conseguir este objetivo el *Bundeskartellamt* está obligado a informar a dichas autoridades previamente a la remisión del asunto y, en caso de que alguna de ellas formule objeciones dentro del plazo concedido al efecto, no proceder a la remisión.
- La utilidad en vista de las circunstancias del asunto. Requisito ambiguo que carece de interpretación jurisprudencial.

En el caso de que hubiese un conflicto de competencia entre las autoridades involucradas en el conocimiento de un asunto hay un evidente desequilibrio en favor de la autoridad federal.

Los conflictos pueden ser puestos de manifiesto por las partes en los expedientes. Si no realizan la alegación durante el procedimiento no cabe realizarla al recurrir la resolución dictada por la autoridad de competencia. Ante el recurso, si la au-

⁶⁷ KG WuW/E OLG 2284, 2285 – Stadtwerke Frankfurt. Sentencia de 6 de mayo de 1980.

toridad se pronuncia formalmente y confirma su competencia, la parte tiene la posibilidad de realizar un recurso jurisdiccional y el recurso tiene efectos suspensivos.

Si la autoridad opta por no pronunciarse sobre su posible falta de competencia la parte tiene abierta la posibilidad de plantear la cuestión en el recurso jurisdiccional contra la resolución.

La Ley atribuye al *Bundeskartellamt* la condición de parte en todos los procedimientos llevados a cabo ante las autoridades regionales. En esa medida puede ser la propia autoridad federal quien cuestione ante los tribunales, con los mismos medios, la competencia de una autoridad regional.

Esta posibilidad no se prevé de manera recíproca para las autoridades regionales que puedan cuestionar la autoridad de la autoridad federal.

2. Mecanismos de cooperación

Independientemente de los posibles conflictos planteados entre las autoridades de competencia, la Ley plantea una serie de mecanismos de cooperación que buscan la eficiencia en la aplicación de la normativa de competencia en Alemania. Existe, en primer lugar, una obligación de suministro de información entre autoridades en el momento en que se inician actuaciones en relación con un determinado asunto.

La obligación de la autoridad federal se basa en el lugar donde tengan su domicilio social las empresas afectadas. La obligación de las autoridades regionales abarca a todos los casos que inicien.

Además, existe una posibilidad de intercambio de información que se verifica en cualquier momento del procedimiento y que incluye datos personales siempre que sean necesarios para el desarrollo de las funciones de defensa de la competencia que tienen encomendadas.

Como ya hemos comentado, el *Bundeskartellamt* interviene en los procedimientos tramitados por las autoridades regionales y esta posibilidad de confiere la facultad de realizar comentarios durante la tramitación de los expedientes.

V. CONCLUSIONES

Los modelos presentados suponen diferentes opciones del legislador para conseguir incrementar la eficiencia en la aplicación de la regulación de competencia en diversos ámbitos.

Todos ellos parten de premisas diferentes pero buscan el objetivo común de incrementar la aplicación de la normativa de competencia en sus mercados y el éxito de los tres modelos expuestos pone de manifiesto que este sistema, con sus luces y sombras –contra las que el sistema debe reaccionar, protegerse y evitar– merece las mejoras que permitan maximizar precisamente esas ventajas.

Las opciones que abren los tres modelos expuestos son sensiblemente diferentes: desde las competencias exclusivas establecidas por el sistema español hasta los sistemas flexibles alemán y europeo basado en la autoridad mejor situada para conocer del asunto; desde el sistema más teóricamente recíproco del ordenamiento español a los sistemas que, partiendo de la flexibilidad, descansan más en la autoridad estatal o supranacional.

Todos ellos tienen puntos de conexión cercanos entre sí (aunque como hemos visto, no idénticos). La opción por sistemas de flexibilidad en el reparto de competencias empleando conceptos jurídicos indeterminados que atienden a las circunstancias del caso, requiere necesariamente una clara convicción sobre las ventajas de la descentralización, la confianza entre las autoridades y la capacitación sólida de los diferentes organismos encargados de la ejecución de la regulación. Los sistemas rígidos de competencias exclusivas producen mayor seguridad jurídica teórica, aunque al basarse en general en el concepto de mercado afectado o relevante, siempre existe un elevado margen de apreciación para las autoridades y operadores. El incremento en la seguridad jurídica tiene como contrapartida negativa la imposibilidad de tomar en consideración circunstancias del caso y alcanzar respuestas de máxima eficiencia.

La valoración de las experiencias de descentralización pone de manifiesto un incremento de la eficiencia y la consiguiente ventaja para los mercados y los consumidores.

La existencia de posibles tensiones entre las diversas autoridades, la posibilidad de que se pueda generar un *fórum shopping* o la puesta en riesgo de la aplicación uniforme son problemas que no resultan insalvables y no pueden tener como consecuencia una apuesta por la recentralización.

Ámbitos como los problemas derivados de la contratación pública, la legislación local o regional, la promoción de la competencia o el seguimiento de asuntos de mayor vinculación económica con las regiones o mayor trascendencia para los ciudadanos no pueden ser abordados por autoridades fuertes y sólidas en la aplicación de las normas, pero alejadas de las realidades en que se producen las prácticas. Las citadas prácticas generan, sin embargo, un elevado perjuicio para la economía y el intereses general y requieren de respuestas eficientes y flexibles.

Solo apostar por modelos descentralizados de calidad puede conseguir el desarrollo de una política de competencia que cale en la sociedad, genere transparen-

cia, ventajas para los usuarios, igualdad de oportunidades para las empresas, genere empleo y competitividad para las economías.

Debemos por tanto superar los problemas que se pueden derivar de la descentralización de manera que se consigan todas las ventajas que genera una competencia leal para la sociedad.

RESUMEN: El presente artículo presenta los principales elementos de los más relevantes sistemas descentralizados de aplicación de la normativa de competencia existentes en Europa.

Estos regímenes optan por soluciones semejantes para conseguir incrementar la eficiencia en la aplicación de la competencia, pero los elementos en que se basan los modelos de distribución de competencias son sensiblemente diferentes. Esas diferencias tienen implicaciones relevantes en las relaciones entre autoridades y en las opciones que se abren a los operadores a la hora de decidir dónde presentar sus reclamaciones.

El objeto del trabajo es plantear modelos alternativos al existente en el sistema español, con el objeto de proponer alternativas al mismo, subrayando sin embargo las cautelas que cada sistema requiere para conseguir incrementar la eficacia sin detrimento de la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Competencia; aplicación descentralizada; cooperación administrativa.

ABSTRACT: This article presents the main elements of the most relevant decentralized antitrust enforcement systems in Europe.

These regimes opt for similar solutions in order to increase efficiency in the application of competition law, but the elements on which the distribution of competences among authorities are based, are significantly different. These differences have important implications for the relationships between authorities and the options open to operators when deciding where to file their claims.

The objective of the paper is to present alternative models to the one existing in the Spanish system, with the aim of proposing alternatives to it, while emphasizing the precautions that each system requires in order to increase efficiency without detriment to legal certainty.

KEY WORDS: Competition; decentralized enforcement; administrative cooperation.

