

APLICACION EN ESPAÑA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

Por CARLOS FERNANDEZ LERGA

Sumario: I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CEE: A) *Diferencias CEE-CECA.* B) *Ambito de aplicación de las normas CEE.* C) *Fundamento de las normas de la competencia.* D) *Contenido de las normas del tratado CEE:* 1) artículo 85: prohibición de ententes; problemas derivados del régimen de propiedad industrial; autorización de determinados acuerdos; Exenciones por Categorías y Comunicaciones; 2) artículo 86: abuso de la posición dominante; 3) concepto de empresa a efectos de los artículos 85 y 86; 4) artículo 90: empresas públicas y monopolios; 5) artículos 92-94: control de las ayudas; 6) características del derecho de la competencia CEE.—II. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA: A) *Su relación con el derecho nacional.* B) *Organos que pueden aplicar el derecho comunitario.* C) *Cuestiones de procedimiento: Certificación Negativa, Notificación, «Lettres de classement»; poderes de investigación de la Comisión; evolución del procedimiento.* D) *Efectos de la aplicación del derecho de la competencia:* 1) nulidad y sanciones económicas; 2) prescripción. E) *Régimen transitorio de Adhesión.*

Introducción

Este volumen de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA trata de plantear los efectos que se derivarán de nuestra próxima adhesión a las Comunidades Europeas.

Para la elaboración de este capítulo referido al derecho de la competencia se han tomado en consideración varios factores.

El contenido del derecho comunitario de la competencia deriva tanto del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, del de la Comunidad Económica como, marginalmente, del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; puesto que los aspectos CECA y Euratom se tratan en otros capítulos, en éste no se abordan, apenas, las cuestiones suscitadas por estos Tratados en el derecho de la competencia.

Aunque nos vamos a referir al derecho de la competencia CEE se excluyen varios aspectos del mismo: lo referido a empresas públicas y monopolios, el régimen de las ayudas de Estado y las peculiaridades relativas a la Agricultura y al Transporte. La razón, idéntica a la anterior, en su tratamiento en otros capítulos de este volumen.

Si la orientación en conjunto de la obra es analizar los efectos de la adhesión, sobre todo, desde el punto de vista de las adaptaciones de nuestro ordenamiento jurídico, las relaciones de éste con el comunitario son peculiares en el ámbito del derecho de la competencia. De los principios de primacía, aplicabilidad directa y efecto directo del derecho comunitario no debe deducirse en principio, en el derecho de la competencia, la no aplicación del derecho nacional en esta materia. Como más tarde se analizará cabe la coexistencia y, en determinados supuestos, la doble aplicación de lo dispuesto en el derecho comunitario y en el derecho nacional.

Dado que se trata de analizar los efectos y ya que se reduce el contenido a las normas aplicables a las empresas privadas, nos concentraremos en los mecanismos de puesta en práctica de estas normas más que en los supuestos por ellas regulados.

En consecuencia, este capítulo se divide en dos grandes apartados: en el primero se expone, muy sucintamente, el contenido básico del derecho de la competencia CEE, que será el nuevo entorno para las empresas; en el segundo la puesta en práctica de estas normas tratando de responder a preguntas como: incidencia sobre el derecho nacional, quién aplica estas normas, cómo se aplican, efectos que se derivan de ellas, qué ocurrirá a partir de la adhesión.

I. El derecho de la competencia en la CEE

A) DIFERENCIAS DE LA REGULACION EN LOS TRATADOS CECA Y CEE

Tanto en el Tratado de París, que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, como el de Roma, que crea la Comunidad Económica Europea, contienen normas de derecho de la competencia; por el contrario, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica no existen estas normas, aunque en su artículo 62 podemos encontrar una referencia, limitada, a los contenidos básicos de este derecho.

En el Tratado de París son los artículos 65, 66 y 67 los que contienen lo esencial de este derecho al regular los acuerdos, concentraciones, abu-

sos de posición dominante y la afectación a las condiciones de la competencia motivadas por la acción del Estado. Otros artículos de este Tratado (arts. 54 y 64) al contener normas sobre inversiones, ayudas financieras, producción y precios, inciden en el ámbito de la regulación de la competencia pero de manera indirecta.

En el Tratado de Roma son los artículos 85 a 94 los que contienen estas normas de la competencia. En ellos se regulan tres aspectos fundamentales: la conducta de las empresas privadas, el régimen de las empresas públicas y monopolios y los principios para el control de las ayudas que los Estados conceden a las empresas.

La similitud entre lo regulado en el Tratado de la CECA y en el Tratado de la CEE es importante pero existen algunas diferencias de entidad.

El carácter de Tratado-ley del Tratado de París hace que los artículos de éste sean mucho más extensos y contengan aspectos que en el caso del Tratado de Roma, Tratado-cuadro, han sido desarrollados por actos del derecho derivado comunitario.

El artículo 66 del Tratado CECA regula los supuestos de concentración de empresas, sometiéndolos a la autorización previa de la Alta Autoridad. Por el contrario, ninguno de los artículos mencionados del Tratado de Roma regula este supuesto. Se suscitó un importante debate sobre la cuestión de si los artículos 85 y 86 del Tratado eran o no aplicables a las concentraciones. En el memorándum sobre «El problema de las concentraciones en el Mercado Común» (1) la Comisión se decantaba por la no idoneidad del artículo 85 para aplicarlo a las concentraciones, aunque sí sostenía la tesis de la posible aplicación del artículo 86; los asuntos «Continental Can» y «BSN-Gervais-Danone-Pikington» demuestran esta opinión. Para una adecuada resolución del problema, el 20 de julio de 1973, la Comisión propuso al Consejo un Reglamento sobre el control de las concentraciones; este proyecto todavía no ha sido aprobado por lo que la Comisión ha elevado una nueva propuesta, modificada, el 12 de febrero de 1982 que tampoco ha sido aprobada hasta el presente.

Otra diferencia importante entre las normas de la competencia CECA y las normas CEE radica en su ámbito de aplicación. El Tratado CECA es una organización sectorial que establece un Mercado Común del Carbón y del Acero, definiéndose estas expresiones en el Anejo I del Tratado de París. El artículo 80 define el concepto de empresa para el Tratado. En

(1) *Le problème des concentrations dans le Marché Commun*, 1-1-65, série «Concurrence» núm. 3.

consecuencia, las normas de competencia CECA se aplican a las empresas de producción y distribución del carbón y acero.

El Tratado CEE establece, también, un Mercado Común pero no sectorial sino general. Sus normas sobre la competencia se aplican, en principio, a cualquier empresa cuya producción no esté sometida a lo dispuesto en los Tratados CECA o Euratom, pudiendo llegarse, incluso a la doble aplicación de normas CECA y CEE o Euratom y CEE en función de las producciones de la empresa en cuestión.

Por último, las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional de la competencia son diferentes, como se verá más adelante, en el ámbito de la CECA y en el de la CEE.

B) AMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS CEE

Si bien el Tratado CEE tiene esa mayor generalidad, hay dos sectores dentro del mismo a los que las normas de competencia se aplican de forma particular: son los Transportes y la Agricultura.

- En el caso de los Transportes el Reglamento 141, de 26 de noviembre de 1962, excluyó la aplicación del Reglamento 17 en este sector; esta excepción, que no podía durar más allá de junio de 1968, provocó la adopción del Reglamento 1017, de 19 de junio de 1968, por el que se regula la aplicación al transporte por carretera, ferrocarril o vía navegable de las normas de derecho de la competencia. Los Reglamentos 1629 y 1630, de 8 de agosto de 1969, regulan aspectos de procedimiento.

Dentro del sector del transporte se planteó la cuestión de si las normas de competencia eran o no aplicables al transporte marítimo y aéreo. En virtud de los Reglamentos 141/1962 y 1017/1968 estos modos de transporte no disponían de ningún procedimiento de aplicación de las normas del Tratado, ya que el Reglamento 17 no les era aplicable. ¿Quiere esto decir que no están sometidos a las reglas generales del Tratado? El artículo 84 estipula que las normas del título IV del Tratado se aplican a los transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables previendo asimismo que el Consejo podrá decidir si se adoptarán o no disposiciones para el transporte marítimo y aéreo. No habiendo decidido nada el Consejo, estos dos últimos modos de transporte no están sometidos, por el momento, a las disposiciones del Título IV —los transportes— pero sí a las normas del Tratado incluidas, por supuesto, las de la competencia. Así se ha pronunciado el Tribunal de las Comunidades en sus sentencias

de 4 de abril de 1974 (asunto 167/1973) y de 12 de octubre de 1978 (asunto 156/1977).

Quedan en consecuencia sometidos a las normas del Tratado pero sin procedimiento de aplicación, siendo su régimen el de los artículos 88 y 89 (2). Para resolver esta situación la Comisión presentó al Consejo dos proyectos de Reglamento: uno para el transporte marítimo el 5 de noviembre de 1981 (JOC núm. C 282) y otro para el aéreo el 12 de noviembre del mismo año (JOC núm. C 291).

— El artículo 42 del Tratado prevé específicamente que el capítulo relativo a las normas de la competencia no se aplica a la producción y comercio de productos agrícolas más que en la medida en que así lo decida el Consejo.

El Reglamento número 26, de 24 de abril de 1962, establece el mecanismo de aplicación de las normas de la competencia al sector agrícola y prevé para este sector un régimen menos riguroso que el que se aplica a otros sectores. La eficacia de este Reglamento ha ido decreciendo a medida que se han ido desarrollando las organizaciones comunes de mercado. El Reglamento 1360, de 19 de junio de 1978, regula las uniones y agrupaciones de productores agrícolas.

Dado el carácter de generalidad de las normas CEE, aplicables en principio a todos los sectores con las excepciones ya mencionadas, es a ellas a las que nos vamos a referir; además, sus principios, eficacia e interpretación son válidos para los ámbitos CECA, Agrícola y Transportes.

C) FUNDAMENTO DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

La existencia de normas sobre la competencia en el Tratado de Roma deriva, en primer lugar, de su voluntad de establecer y desarrollar la libre circulación de las mercancías. Para conseguirla se establecen un conjunto de medidas: arancelarias, aduaneras, fiscales y otras, entre las que cabe incluir las de la competencia; si éstas no se hallaran en el Tratado difícilmente podría hablarse de una auténtica libre circulación de las mercancías. Las conductas reguladas en los artículos 85 a 94 del Tratado CEE son consideradas lesivas porque, entre otros efectos, dificultan u obstaculizan la plena fluidez de los intercambios; acuerdos de distribución exclusiva con protección territorial absoluta, repartos de mercados, ayudas a

(2) Este problema será analizado más tarde en lo que se refiere a las competencias de las autoridades nacionales.

las empresas o monopolios comerciales son sólo algunos ejemplos de supuestos regulados que limitan la circulación de las mercancías.

No es éste el único fundamento de la existencia de estas normas en el Tratado. El artículo 3, que recoge los medios para la consecución de los fines de la Comunidad, establece entre aquéllos «el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no se falsee en el Mercado Común». La competencia es considerada un elemento motor, dinamizador y seleccionador de ese mercado; su libre desarrollo potenciará el desarrollo técnico y económico, lo que posibilitará una mejora del conjunto de la actividad económica y un consecuente incremento del nivel de vida. Esta concepción, que lo es de un modelo económico, no es terórica, sino que trata de conciliar los intereses, a menudo contrapuestos, de las empresas, el Estado, los usuarios y consumidores, analizados siempre desde la dimensión comunitaria. Desde esta visión de una «competencia practicable» (3), se ha construido un sistema de controles, prohibiciones y autorizaciones con un enfoque realista y pragmático que convierten a este conjunto normativo en un instrumento de política económica flexible y adaptable a las circunstancias.

Por último, la protección de los intereses de usuarios y consumidores justifica, también, la existencia de estas normas. Si la ampliación del mercado incrementa la oferta y permite una mejor satisfacción de la demanda, es necesario garantizar que la posibilidad de esta satisfacción no se ponga en peligro por medios artificiales.

D) CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL TRATADO CEE

Las normas sobre la competencia del Tratado de Roma regulan tres aspectos fundamentales:

- Actividad de las empresas privadas.
- Tratamiento de las empresas públicas.
- Régimen de las ayudas concedidas a las empresas.

1) Artículo 85

a) Declara la incompatibilidad con el Mercado Común y la prohibición de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empre-

(3) El memorándum sobre el problema de las concentraciones en el MC afirma que «competencia practicable significa competencia efectiva, es decir, cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción, cuando aquéllas responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores de los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico».

sas y prácticas concertadas (4) susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, falsear o restringir el juego de la competencia en el interior del Mercado Común. Los acuerdos o decisiones prohibidas son nulos de pleno derecho.

No todos los acuerdos o prácticas concertadas están prohibidos, sólo aquellos que cumplan las dos condiciones exigidas: posible afectación a los intercambios y al juego de la competencia. Sin embargo, el tipo de supuestos prohibidos es muy amplio, incluyendo tanto acuerdos horizontales como verticales; el artículo 85 señala, a título de ejemplo, algunos de estos acuerdos, decisiones o prácticas: fijación de precios, reparto de mercados, condiciones discriminatorias, etc. El desarrollo de la actividad por parte de las instituciones comunitarias ha ido precisando su contenido: prácticas de boicot colectivo a una empresa, cláusulas de subordinación, acuerdos de compra o de venta en común, publicidad en común, utilización común de una marca de calidad, conducta de organizaciones profesionales, etc., han sido analizadas a la luz del artículo 85 del Tratado y en muchos casos consideradas incursas en la prohibición.

b) Un aspecto que conviene resaltar es el referido a los problemas derivados de los regímenes nacionales de propiedad industrial. El derecho de propiedad industrial es fundamentalmente nacional y suele tener un carácter impeditivo y territorial. El derecho comunitario, a reserva de lo que se derive de las Convenciones de Munich y Luxemburgo, no entra en los mecanismos de obtención de las patentes (5) pero sí actúa sobre los mecanismos de explotación de éstas y las condiciones de cesión a terceros y de explotación por éstos. La razón de esta aplicación del derecho comunitario estriba en la eventual incidencia sobre la libre circulación de mercancías y sobre la competencia; son así aplicables los artículos 36 y 85 del Tratado de Roma. Ha habido un importante número de Decisiones de la Comisión y Sentencias del Tribunal perfilando las relaciones entre el derecho de la competencia y el derivado de la propiedad industrial. Tesis como la del agotamiento del derecho de la protección de la patente, de los efectos de la primera puesta en circulación o de que la exclusividad no es inherente a la explotación de un derecho de propiedad industrial, han ido limando la vieja idea del monopolio jurídico de la patente y de su carácter puramente impeditivo; como consecuencia, muchas cláusulas contractuales que de ella se derivan han sido puestas en cuestión.

(4) Nos permitiremos, a menudo, utilizar la expresión francesa *entente* que agrupa estos tres supuestos.

(5) Estos principios son aplicables también a las marcas, si bien para este caso hay un proyecto de Directiva y de Reglamento en materia de marcas.

La Comisión publicó tres Comunicaciones, conocidas como mensajes de Navidad, sobre los acuerdos de licencia de patente; pueden todavía considerarse válidas las de 9 de noviembre y 24 de diciembre de 1982.

Existe además un proyecto de Reglamento, de 3 de marzo de 1979, estableciendo una Exención por Categorías de acuerdos de licencia de patente; en él se establece un catálogo de cláusulas admisibles y cláusulas prohibidas.

Este proyecto de Reglamento ha recibido severas críticas por el riesgo claro de al querer salvaguardar la libre competencia, afectar a la explotación de la invención industrial. Por otra parte, como señala Bernini, es dudoso que la Exención por Categorías sea el instrumento adecuado, lo suficientemente sutil para discernir los diferentes problemas planteados. A pesar de todas estas críticas, este Reglamento ha sido definitivamente aprobado el 23 de julio de 1984 y publicado con el núm. 2349/1984 en el *Diario Oficial de las Comunidades* de 16 de agosto de 1984.

c) No es posible estudiar, aquí, los diversos tipos de acuerdos y su tratamiento comunitario, pero sí conviene señalar que a menudo se trata de prácticas o contratos habituales en la actuación empresarial. Esto ha motivado que frecuentemente se dirijan objeciones a la política de la competencia seguida por la comunidad; llegando incluso a afirmarse que una interpretación rígida de estas normas puede, en muchos casos, afectar a la misma estrategia empresarial y ser en ocasiones contradictoria en la esencia del Tratado.

La ampliación del mercado puede, a veces, suscitar en las empresas la necesidad de una adaptación de su capacidad de producción, distribución o tecnológica. La sola ampliación del mercado genera un incremento de la concurrencia, un aumento teórico de la demanda y, en consecuencia, un incremento de la competencia. En muchos casos las empresas para competir en ese nuevo mercado ampliado o para poder proteger las cuotas de mercado que antes de la ampliación poseían, debieran no actuar autónomamente sino a través de procesos de cooperación, colaboración o concertación. Una interpretación rígida de las normas de la competencia podría llevar a impedir estos procesos y consolidar «de facto» la situación de aquellas empresas que poseen o una dimensión adecuada para el nuevo mercado o de los procesos de distribución y tecnológicos capaces de sostener la competencia en el mismo; podría, eventualmente, excluirse del beneficio de la ampliación del mercado a las empresas que tuvieran que realizar ese esfuerzo de adaptación.

Estas críticas suelen carecer, en general, de fundamento por dos razo-

nes. El propio Tratado ha previsto en el artículo 85.3 la posibilidad de que la prohibición enunciada en su primer apartado sea declarada inaplicable, mediante decisión de la Comisión, siempre que esos acuerdos, que en principio estarían prohibidos, tengan un carácter «económicamente beneficioso». Para interpretar este concepto el Tratado exige ciertas condiciones a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas:

- contribuir a la mejora de la producción o la distribución;
- promover el progreso técnico o económico;
- reservar a los usuarios o consumidores una parte equitativa del beneficio que las empresas obtienen de la realización de la «entente»;
- no imponer a las empresas participantes restricciones no indispensables para la consecución de los objetivos;
- no permitir a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos en cuestión.

d) Aparte de la posibilidad de autorización individual la Comunidad utiliza otros mecanismos que permiten la aplicación de las normas del Tratado.

Como antes se señalaba muchos de los acuerdos, decisiones de asociaciones o prácticas concertadas son habituales entre las empresas y a menudo sus contenidos son similares. La Comisión ante esta constatación y ante el convencimiento de que responden a una necesidad de las empresas, ha promovido los Reglamentos de Exenciones por Categorías. Mediante estos Reglamentos se produce una autorización general, que no requiere notificación, de aquellos acuerdos que se sometan a lo en ellos dispuesto. Normalmente contiene normas sobre el tipo de empresas beneficiarias y cláusulas admitidas y prohibidas.

El Reglamento 3604/1982, de 23 de diciembre de 1982, concede esta autorización a determinados acuerdos de especialización. El antiguo Reglamento 67/1967, de 22 de marzo de 1977, se aplicaba a los acuerdos de distribución exclusiva; su vigencia expiró el 1 de julio de 1983 y fue sustituido por los Reglamentos 1983/1983 y 1984/1983, ambos de 22 de junio de 1983, referidos el primero, de manera general, a los acuerdos de Distribución exclusiva y el segundo a acuerdos de Compra exclusiva con normas especiales para acuerdos de aprovisionamiento de cerveza y sobre estaciones de servicio de carburantes.

La Comisión prepara un Reglamento de exención por categoría, de acuerdos de distribución selectiva en el sector del automóvil y otro relativo a acuerdos en materia de investigación y desarrollo; no conviene olvidar el ya mencionado proyecto sobre acuerdos de licencia de patente.

Los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas podrán ser autorizados mediante autorización individual o general, a través de las exenciones por categorías; los acuerdos no autorizados están prohibidos. De esta afirmación no debe deducirse que cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada esté prohibido. De él deben derivarse los efectos exigidos por el Tratado: posible afectación al comercio entre los Estados miembros y a la competencia. La Comisión ha establecido unos criterios cuantitativos llamados regla «de minimis» que si no se cubren permiten considerar que, en principio, el acuerdo no incurre en prohibición. En las Comunicaciones de la Comisión, de 27 de mayo de 1970 y 19 de diciembre de 1977, relativas a los acuerdos de importancia menor, estableció dos referencias: la parte de mercado de los productos objeto del acuerdo no debe ser superior al 5 por 100 y el volumen del negocio de las empresas partícipes no debe ser superior a 50 millones de unidades de cuenta.

La Comisión ha considerado también, en su Comunicación de 24 de diciembre de 1962 relativa a los contratos de representación con representantes de comercio, que si éste no asume ningún riesgo y ventura en la operación, los contratos exclusivos de representación no caen en la regulación del artículo 85.

La Comunicación de la Comisión, de 18 de diciembre de 1978, relativa a los contratos de *sous-traitance* indica que, en principio, este tipo de acuerdos no incurren en la prohibición.

Por último, la Comisión consciente de la conveniencia o necesidad de colaboración entre empresas, sobre todo en el caso de las PYMES mediante su Comunicación de 28 de julio de 1968, ha considerado que dieciocho tipos de acuerdos no restringen la competencia, si tienen por objeto la cooperación (6). Entre estos posibles acuerdos de cooperación cabe señalar: realización común de estudios, garantía común de créditos, cooperación contable, ejecución común de contratos y proyectos de investigación y desarrollo, venta en común, si no son competidoras, utilización común de medios de producción, almacenamiento y transporte, etc.

A través de estas Comunicaciones (7) se han establecido criterios que permiten a las empresas evaluar si su acuerdo o práctica concertada incurre o no en prohibición. Pero las empresas poseen además un procedimiento cautelar, individual, para conocer la postura de la Comisión sobre la aplicación o no de las normas a un determinado supuesto; este procedi-

(6) Para potenciar la cooperación la Comisión ha creado una Oficina de Acercamiento entre empresas.

(7) Ya se mencionaron las referidas a licencias de patentes.

miento se denomina Certificación Negativa. La Notificación por tanto es a la Exención por Categorías lo mismo que la Certificación Negativa es a una Comunicación.

Las empresas deben, en consecuencia, analizar primero si su «entente» entra o no dentro del ámbito de lo prohibido; para ello disponen de los criterios de las Comunicaciones y del procedimiento de la Certificación Negativa. Por supuesto, habrá que determinar, previamente, también si hay o no acuerdo, práctica concertada o decisión de una asociación para luego determinar sus posibles efectos.

Si en principio su acuerdo está prohibido habrá que determinar si puede incluirse en alguno de los supuestos de Exención por Categorías; si esto no fuera posible, cabe el recurso a la Notificación para obtener una autorización individual (8).

Esta posibilidad de autorización de acuerdos permite a la Comisión orientar una práctica administrativa, una política de la competencia, que pueda adaptarse a las mudables circunstancias de la actividad económica tratando de conjugar las necesidades del mercado y las de las empresas. Por otra parte, los instrumentos de esta política de la competencia no son rígidos ni parten de una concepción dogmática, sino que, bien al contrario, son flexibles; no puede existir una permisividad total que podría abocar en una consolidación de producciones y mercados en los que el efecto, deseado, de la competencia tuviera una incidencia cada vez menor; tampoco cabe un rigor indiscriminado hacia conductas que pueden ser respuesta a exigencias del mercado. La Comunidad trata de conciliar la necesaria fluidez y transparencia del mercado con objetivos de mejoras técnicas y económicas y necesidades empresariales.

2) El artículo 86 del Tratado de Roma declara incompatible con el Mercado Común y prohibido el abuso de la posición dominante sobre el mercado común o una parte sustancial de él, en la medida en que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado por este abuso. Hay que observar que el Tratado no prohíbe la posición dominante en sí misma; esto es lógico porque una prohibición de esta naturaleza requeriría determinar a priori cuándo se considera que esa posición dominante existe. Esta determinación, muy difícil de realizar, podría condicionar en muchos casos la expansión de las empresas y neutralizar planes o programas de inversión y tecnológicos que requieren procesos largos de madura-

(8) Evidentemente, la práctica decisoria de la Comisión y la Jurisprudencia del Tribunal han ido precisando la interpretación pero dadas las peculiaridades de cada supuesto y ante la posibilidad de opinión contraria de la Comunidad, parece aconsejable la notificación máxime si se toman en consideración sus efectos.

ción pero cuyo sentido es incrementar su posición en el mercado. La posición dominante además puede, en muchos casos, ser el resultado de una mayor eficacia empresarial y no sería lógico que la Comunidad hiciera una política contraria a la misma, pero tampoco se puede permitir que de esa posición puedan derivarse, por el abuso de la misma, efectos perjudiciales para el mercado o para la competencia. El concepto de abuso no tiene unos perfiles precisos; la doctrina de la Comisión tiende a considerar que existe este abuso cuando, quien detenta una posición dominante, utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que no obtendría si existiera una competencia suficientemente eficaz y practicable; así puede considerarse que existe abuso cuando se imponen precios de compra o de venta u otras condiciones no equitativas en la transacción, cuando en determinadas circunstancias se produce un rechazo de venta, cuando se subordina la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias o cuando se aplican condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

3) El contenido de estos artículos son las reglas aplicables a las empresas privadas. Ni el Tratado, ni la práctica de la Comisión, ni la jurisprudencia se han preocupado en exceso de formular una definición del concepto de empresa en este ámbito; no se trata tanto de utilizar criterios jurídicos o económicos cuando de obtener un elemento de imputabilidad de conducta. En consecuencia, se utiliza un enfoque pragmático y funcional que cubre, como afirma De Roux, «las formas más variadas bajo las que una actividad económica puede manifestarse». Así, han podido ser consideradas empresas desde un sujeto individual, sin que éste respondiera a la definición del empresario establecido por un ordenamiento jurídico, hasta un sindicato profesional.

Esta concepción tan amplia de la empresa plantea algunos problemas específicos en los grupos de empresas; suele partirse del principio de autonomía real o no de las empresas del grupo desde el punto de vista económico y político, si existe será imputable esa conducta a la filial, si no, tenderá a trasladarse la responsabilidad al centro directivo del grupo. El Tribunal de las Comunidades ha afirmado en el asunto «materias colorantes», de 14 de julio de 1972, que el hecho de que «la filial tenga personalidad jurídica distinta a la de la sociedad madre no basta para excluir la posibilidad de imputar a ésta el comportamiento de la primera... la unidad de comportamiento sobre el mercado prevalece sobre la separación formal de las sociedades». Un problema conexo es el de si los acuerdos entre empresas de un mismo grupo pueden o no considerarse acuerdos en

el sentido del artículo 85. La aceptación de la teoría de la *intra-entreprise-conspiracy* ha evolucionado tanto en la práctica de la Comisión como en la doctrina de la jurisprudencia; la primera ya en el asunto «Kodak», decisión de 30 de junio de 1970, tomó más en consideración el efecto perjudicial que el del concurso de voluntades, tesis que ya había sostenido en el asunto «Scott Paper», decisión de 24 de octubre de 1968. El Tribunal ha primado en muchos casos el efecto sobre los mercados, pero precisando que si no existe autonomía para las filiales y el contenido de estos acuerdos tiene una finalidad de reparto interno de tareas, no debiera considerarse que exista acuerdo.

4) El artículo 90 se refiere a las empresas públicas y establece el principio básico de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas; los Estados no pueden adoptar ninguna medida contraria a las reglas del Tratado, sobre todo al principio de no discriminación o a las normas de la competencia. Pero al igual que ocurre en el artículo 85, en el que la posibilidad de autorización de determinados acuerdos atempera el rigor del principio general, el apartado 2 del artículo 90 establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, están sometidas a las reglas de la competencia siempre que la aplicación de estas normas no impida el cumplimiento de la misión que les está conferida. Estas dos excepciones se justifican: la primera por el carácter de servicio de interés general que esas empresas puedan prestar, lo que puede justificar que no se les aplique a esas empresas una disciplina similar a la que se aplica al resto. La segunda por el hecho de que la fiscalidad es una competencia no transferida a las Comunidades Europeas, siendo cada Estado libre para determinar la forma de gestión de los recursos que detrae para el erario público.

Frecuentemente los monopolios fiscales llevan aparejado un monopolio de carácter comercial: la exclusiva en la importación, venta y distribución de determinados productos. Este aspecto comercial de los monopolios no está regulado por el artículo 90 del Tratado CEE sino por el artículo 37 del mismo, incluido, por razones obvias, en el Título I referido a la libre circulación de las mercancías. El artículo 37 estipula que los monopolios nacionales que tengan un carácter comercial se adecuarán progresivamente para que al término del período transitorio se excluya toda discriminación entre los ciudadanos de los Estados miembros en las condiciones de aprovisionamiento y distribución.

En consecuencia, los monopolios comerciales no están prohibidos en

cuanto tales sino en cuanto sean discriminatorios. La jurisprudencia comunitaria ha entendido que deben desaparecer la discriminación existente y la potencial, así como aquel tipo de norma o práctica que puede posibilitarla; de lo que se trata es de obtener una garantía de igualdad de acceso al mercado y de igualdad de condiciones en el mismo, teniendo presente que el principio de no discriminación afecta tanto a la importación como a la comercialización.

Las empresas públicas que no entren en ninguna de las categorías antes mencionadas están, en consecuencia, sometidas al principio de igualdad de trato. La Comisión, dando un paso más en esta dirección, adoptó el 25 de junio de 1980 una Directiva, contestada sin éxito por tres Estados miembros, sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

5) Los artículos 92 a 94 se refieren a las ayudas que los Estados conceden a las empresas, considerándolas incompatibles en la medida en que afecten a los intercambios y falseen o amenacen de falsear la competencia, favoreciendo a ciertas empresas o a ciertas producciones. Este principio general de incompatibilidad de ayudas a las empresas, bajo cualquier fórmula que se utilice, se ve, también, atemperado por la posibilidad de que la Comisión pueda autorizarlas. Para ello deben estar orientadas a favorecer el desarrollo de regiones con bajo nivel de vida o alto nivel de subempleo o a regiones que no estando deprimidas puedan sufrir tensiones en su estructura productiva; pueden, también, autorizarse ayudas sectoriales.

La Comisión ha establecido un sistema de control previo y permanente de las ayudas, exigiendo que antes de que una ayuda vaya a ser concedida por el Estado sea analizada por la Comunidad, por los Estados e incluso por las empresas interesadas, para emitir una opinión sobre su compatibilidad o no con el Mercado Común. La Comunidad trata así de conciliar la necesidad que en muchos casos sienten los Estados de conceder ayudas, y más en épocas de crisis, con una inexcusable disciplina del mercado; trata de evitarse la acumulación de la concesión de ayudas que tienden a menudo a neutralizarse y a falsear la actividad económica.

6) Este pequeño esbozo de qué es el derecho de la competencia en la CEE nos permite realizar algunas consideraciones que puedan ser útiles para comprenderlo en su conjunto.

a) Se trata de un derecho cuyos conceptos básicos están mal definidos. Las nociones que lo integran: competencia, afectación al comercio, acuerdo, empresa, posición dominante, etc., no están perfilados en el Tra-

tado ni en el derecho derivado. Esta circunstancia, criticable quizá desde el punto de vista de la seguridad jurídica, encuentra su justificación en un doble motivo. Primero: la enorme dificultad y dudosa eficacia de una definición a priori de todos los supuestos en cuestión, máxime si tomamos en consideración la rigidez de los conceptos jurídicos y la mutabilidad de las actuaciones empresariales. Segundo: se trata de un derecho reciente, de origen sajón, que está desarrollándose y precisándose por su puesta en práctica, lo que hace que todavía puedan encontrarse lagunas o dificultades en su aplicación o interpretación. Requiere un análisis de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal, lo que no permite, en muchos casos, la obtención de respuestas nítidas.

b) En consonancia con lo anterior, se trata de un derecho flexible y pragmático, que trata de adaptarse a la realidad y en el que la interpretación teleológica juega un papel preponderante. Este pragmatismo hace que deban tomarse en consideración las circunstancias del caso para determinar el equilibrio, siempre difícil, entre la defensa del bien jurídico que pretenden proteger y las exigencias que para las empresas se derivan del mercado y de las condiciones del mismo. Esto explica que puedan autorizarse acuerdos aunque la autorización tenga un período de vigencia y sea revocable; que se haya utilizado también la autorización general de tipos de acuerdos de características similares mediante las «exenciones por categorías» o que incluso se fomenten ciertas formas de cooperación entre empresas sobre todo en el caso de las PYMES. Junto a estos sistemas que permiten atenuar los efectos de estas normas existe una vigilancia permanente del mercado y una actuación, en muchos casos contundente, contra las empresas infractoras.

c) Es un derecho represivo y sancionador. Persigue las conductas colusorias y acarrea efectos jurídicos, nulidad de pleno derecho, y económicos, multas y multas coercitivas. Es directamente aplicable; los artículos 85 y 86 poseen efecto directo y sus normas son consideradas de orden público comunitario.

d) Para su aplicación las Instituciones comunitarias, sobre todo la Comisión controlada por el Tribunal, poseen poderes adecuados y en algunos casos exclusivos de decisión, investigación, verificación y sanción.

II. Aplicación del derecho comunitario de la competencia

Analizado, muy sucintamente, el contenido del Derecho de la competencia en la Comunidad Europea, corresponde ahora plantearnos los pro-

blemas que pueden derivarse de su aplicación en España en virtud de la Adhesión a las Comunidades Europeas. Las cuestiones serán:

A) La aplicación del derecho comunitario y su relación con el derecho nacional en materia de competencia.

B) Quién puede aplicar estas normas comunitarias en materia de competencia.

C) Cómo se aplican estas normas o lo que es lo mismo, cuestiones relativas al procedimiento.

D) Los efectos de la aplicación de estas normas.

E) Los problemas de derecho transitorio que se plantearán en el momento mismo de la Adhesión.

A) APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO NACIONAL

Los principios en los que se basa el ordenamiento jurídico comunitario son fundamentalmente los de primacía, efecto directo y aplicabilidad directa. Sin entrar en la cuestión de si del derecho comunitario se deriva o no la exigencia de derogar las normas nacionales contrarias a dicho ordenamiento, sí es claro que en virtud del principio de primacía, en caso de oposición entre normas comunitarias y normas nacionales, se aplicará la norma comunitaria dejando sin efecto la norma nacional.

En el ámbito de la competencia hubo un intenso debate doctrinal entre quienes sostenían la llamada Teoría de la «barrera única», sobre todo el profesor Catalano, y quienes sostenían la Teoría de la «doble barrera», entre otros Braun, Gliss y Hirsch.

La teoría de la barrera única defendía que, en virtud precisamente del principio de primacía, el derecho comunitario de la competencia impedía la aplicación del derecho nacional. Por el contrario, la teoría de la doble barrera consideraba que se trataba de dos bienes jurídicos distintos a proteger, dos ámbitos distintos de aplicación y que, en consecuencia, cabía la posibilidad de que ambos ordenamientos, nacional y comunitario, pudiesen aplicarse. El fundamento de la teoría de la doble barrera lo encontraban, básicamente, en el artículo 87.2 e) donde se dice que las disposiciones que podrán ser adoptadas por el Consejo tendrán, entre otros, como objeto definir las relaciones entre la legislación nacional y las disposiciones del Tratado aplicables a las empresas privadas, así como las normas de desarrollo. Si existían diferentes soluciones normativas entre el derecho nacional y el comunitario, debería aplicarse el régimen más riguroso.

Tras algunas Sentencias, *Grunding-Consten* de 13 de julio de 1966 y *Maschinenbau-Ulm* de 30 de junio de 1966, en las que se determinó la aplicación del derecho comunitario sin entrar a considerar el problema de su relación con el derecho nacional en el ámbito de la competencia, es la Sentencia *Walt Wilhelm* de 13 de febrero de 1969 la que clarifica la situación. En ella se afirma que la aplicación de las reglas de la competencia CEE no excluye, en principio, la aplicación del derecho de la competencia de los Estados miembros. En ausencia de un reglamento adoptado en virtud del artículo 87 que disponga de otra manera, las Autoridades nacionales pueden intervenir contra un acuerdo en aplicación de su ley interna, incluso aun cuando ese acuerdo estuviera siendo analizado por la Comisión. Queda claro, por tanto, que en materia de la competencia cabe el paralelismo de actuación de las Autoridades nacionales y de las comunitarias aplicando cada una su legislación. Cuestión distinta, que resolveremos más tarde, es la de si cabe paralelismo de actuación aplicando ambas Autoridades la legislación comunitaria.

Determinada la posibilidad de doble aplicación de normas, nacionales y comunitarias, se plantea el problema de la congruencia de las soluciones adoptadas. Cabe que la solución del ordenamiento nacional sea congruente con la respuesta que al supuesto dé el comunitario, pero cabe también que la norma nacional resuelva de forma distinta a la comunitaria. En el primero de los supuestos se produce la aplicación de ambas normas; por el contrario, en el caso de que la solución nacional fuera discrepante con la solución comunitaria, entra en juego el principio de primacía del ordenamiento comunitario. La Sentencia antes mencionada declaraba que «la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no pueden variar de un Estado a otro por el efecto de actos internos sin que se dificulte el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los fines del Tratado».

Cuestión distinta es si este principio de la doble aplicación se modifica o no por las circunstancias temporales; pueden imaginarse varias situaciones: que se haya adoptado una decisión nacional antes que una decisión comunitaria; que la decisión comunitaria haya sido adoptada antes que la decisión nacional y que ambos procedimientos, nacional y comunitario, para la aplicación de la norma nacional y comunitaria estén todavía abiertos. La obligación de respetar la Primacía se aplica también, como señala el IV Informe sobre la Competencia, cuando una decisión anterior de las Autoridades nacionales se demuestra incompatible con la comunitaria; esta solución puede plantear graves problemas de orden jurídico si

la decisión adoptada por la Autoridad nacional ha adquirido fuerza de cosa juzgada. En el segundo supuesto, decisión comunitaria adoptada antes que decisión nacional, deben respetarse los efectos de esta decisión y la Autoridad nacional debe cuidar de que la decisión a tomar no perjudique el pleno efecto jurídico y material de la decisión comunitaria. En el tercer supuesto, cuando ambos procedimientos están abiertos, las Autoridades nacionales deberán adoptar las medidas apropiadas para evitar un conflicto; la Comisión en este sentido ha propuesto dos soluciones: la suspensión del procedimiento nacional para esperar a la decisión comunitaria y/o la consulta a la Comisión para el estudio de la cuestión.

Esta jurisprudencia y doctrina comunitaria que permite la aplicación de ambos ordenamientos, siempre que las soluciones a las que llegue el ordenamiento nacional sea congruente con aquellas a las que llegue el ordenamiento comunitario, es válida para las normas del Tratado CEE no siendo así en el ámbito de aplicación del Tratado CECA. En el caso de este último Tratado los supuestos de los artículos 65 y 66 —y así lo afirma el II Informe sobre la Competencia— deben únicamente ser analizados a la luz de estos artículos y se vinculan a la única jurisdicción CECA. La razón de esta diferencia, que no permite la aplicación del derecho nacional en el ámbito de competencias del Tratado CECA, estriba en la diferente concepción de este Tratado que comunitariza los productos y que, en virtud del propio texto del mismo, concede una competencia exclusiva a sus instituciones para aplicar su regulación a las empresas y producciones a él sometidos. Un ejemplo ilustrativo del diferente juego de las normas CEE y CECA fue el que se planteó en el asunto G.K.N. y Sachs; se trataba de una operación de concentración en la que existían producciones CECA y producciones CEE. La Comisión autorizó la concentración en base al artículo 66 de la CECA y consideró que no planteaba problemas desde el punto de vista CEE. La Oficina federal de «ententes» sólo analizó los aspectos de concentración no CECA; en este caso, la Oficina federal tenía plena libertad para poder aplicar la legislación nacional a los aspectos que la Comisión consideró no planteaban dificultades desde el punto de vista de la CEE. Si por el contrario la Comisión hubiera tomado postura en materia CEE, ésta hubiera podido limitar el contenido de la decisión de la Oficina federal.

A pesar de la relativa claridad de la jurisprudencia comunitaria, en el momento en que la Sentencia Wilhelm abordó este problema de la doble aplicación de ambos ordenamientos, se desarrollaba un gran debate. La Comisión, basándose en el artículo 87.2, planteó la posibilidad de regular

mediante una norma comunitaria los casos de aplicación simultánea de ambos ordenamientos; pero ya en el IV Informe sobre la Competencia, la Comisión consideraba que no era necesario un reglamento que regulara los posibles conflictos, y la razón fue que en la práctica éstos son evitados, como señala Font Galán, por la estrecha colaboración entre la Comisión y las Autoridades nacionales. La Comisión substituyó su propuesta reglamentaria por un acuerdo de intensificar la información entre las Autoridades nacionales y las Autoridades comunitarias. El 9 de diciembre de 1976 se aprobaron unas propuestas de la Comisión, discutidas con los expertos nacionales, tratando de pormenorizar la obligación de información establecida en los Reglamentos números 17 y 1017; la Comisión se comprometía a informar a las Autoridades nacionales de todos los actos formales, jurídicos o de procedimiento, e incluso, aun no estando obligada a ello, a informar sobre los procedimientos CECA. Por su parte, las Autoridades nacionales se comprometían a informar a la Comisión de sus actuaciones tendentes a aplicar tanto el derecho nacional en materia de competencia como el comunitario.

Una cuestión que conviene, por último, señalar es la de si este principio de primacía se aplica también a las exenciones adoptadas por la Comisión en base al artículo 85.3. La Sentencia Wilhelm rechazó la teoría según la cual la exención de la Comisión no haría más que levantar la barrera comunitaria del artículo 85.1, dejando intacto el poder de la Autoridad nacional para prohibir ese acuerdo en virtud del derecho interno. El Tribunal consideró que se debe aplicar la primacía también a las autorizaciones concedidas en virtud del artículo 85.3, ya que las disposiciones del artículo 85 son un conjunto que debe ser aplicado de la manera más uniforme posible. Para que esta primacía se aplique a la exención debe ser adoptada en un acto formal; como señalaba el Comisario Andriaessen a la cuestión (núm. 1508/1981) de Lady Elles, sólo los reglamentos de exención por categorías o las decisiones formales de exención pueden excluir la aplicación de normas de derecho interno que prohibieren o anularan el acuerdo convalidado en virtud del artículo 85.3 del Tratado CEE; esta exigencia de decisión estricta puede tener importancia porque a menudo la Comisión, como veremos en las cuestiones de procedimiento, suspende los procedimientos sin adoptar una decisión formal.

B) ORGANOS QUE PUEDEN APLICAR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los artículos 88 y 89 del Tratado de Roma prevén que tanto las autoridades nacionales como la Comisión puedan aplicar las normas contenidas en los artículos 85 y 86.

La competencia de las autoridades nacionales era plena hasta tanto no se adoptaran normas en aplicación del artículo 87 del Tratado.

El Reglamento 17 de 6 de febrero de 1962, norma básica para la aplicación de los principios contenidos en los artículos 85 y 86, establece una distribución de competencias entre autoridades nacionales y comunitarias.

En virtud de su artículo 9 las autoridades de los Estados miembros siguen siendo competentes para aplicar lo dispuesto en los artículos 85.1 y 86 del Tratado de Roma. Esta competencia se mantiene «hasta tanto la Comisión no haya iniciado ningún procedimiento» para expedir una Certificación Negativa, constatar una infracción o conceder una Autorización en virtud del artículo 85.3.

La Comisión comparte las competencias para aplicar lo dispuesto en los artículos 85.1 y 86 pero posee además algunas competencias exclusivas. Sólo ella puede expedir Certificaciones Negativas o Autorizaciones en base al artículo 85.3.

Pueden teóricamente suscitarse algunos conflictos si hay procedimientos iniciados ante las jurisdicciones nacionales sobre los que luego inicie actuaciones la Comisión o si, por el contrario, se ha dirigido una notificación a la Comisión y antes de su decisión se solicita de los Tribunales nacionales la aplicación de los efectos que se derivan de una violación de los artículos 85.1 y 86.

¿Qué debe entenderse por comienzo del procedimiento por parte de la Comisión? Los asuntos *Grunding-Consten* y *Convención Cementera* fueron los primeros pasos que con la Sentencia *Haecht II*, de 6 de febrero de 1973, precisaron qué se entendía por inicio del procedimiento: «un acto de autoridad de la Comisión, manifestando su voluntad de tomar una decisión, en virtud de los artículos antes citados». Pueden, en este sentido, considerarse actos de autoridad la solicitud de información, la comunicación de las imputaciones, una verificación, etc.

La Sentencia *Marty-Lauder*, de 10 de julio de 1980, reforzando este criterio del acto de autoridad establece que «una carta administrativa mediante la que se comunica el archivo del expediente, puesto que no constituye ni una decisión de Certificación Negativa, ni una decisión de aplicación del artículo 85.3, no puede considerarse como inicio del expedien-

te. En consecuencia, una carta administrativa no tiene por efecto impedir a las jurisdicciones nacionales que en base a los elementos que posean adopten una apreciación diferente». Mientras la Comisión no inicie ningún procedimiento para una decisión formal de prohibición o autorización, las autoridades nacionales son competentes para aplicar los artículos 85.1 y 86.

Por otra parte, reiterada jurisprudencia ha declarado, como señala el XIII Informe sobre la Competencia, que las prohibiciones de los artículos 85.1 y 86 tienen efecto directo y en consecuencia engendran derechos en los particulares que las jurisdicciones deben salvaguardar. Por tanto, si los particulares se consideran víctimas de actuaciones de empresas contrarias a los artículos 85 y 86, poseen acceso directo a una jurisdicción nacional para constatar una infracción y derivar de ella los efectos oportunos.

Pueden producirse diversos tipos de situaciones:

1) Que se recurra a los Jueces nacionales contra un acuerdo notificado pero sobre el que todavía no hay decisión. Si el acuerdo dispone de validez provisional (9) el Juez deberá esperar a la decisión de la Comisión; si por el contrario se trata de un acuerdo posterior el Juez podrá decidir.

2) Que exista un asunto pendiente ante las jurisdicciones nacionales y la Comisión inicie el procedimiento. La Sentencia Marty-Lauder señala, citando a la Sentencia BRT/SABAM de 30 de febrero de 1974, que puesto que los artículos 85.1 y 86 producen efecto directo «negar a las jurisdicciones nacionales la competencia, en virtud del artículo 9 del Reglamento 17, para asegurar la salvaguardia de los derechos sería privar a los particulares de derechos que se derivan del Tratado». Se sigue, en consecuencia, que: «el inicio por la Comisión de un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento 17, no puede dispensar de pronunciarse a una jurisdicción nacional ante la que se invoca el efecto directo. En esta hipótesis es sin embargo posible y aconsejable que la jurisdicción nacional decida sobrepasar, si lo estima necesario por razones de seguridad jurídica, y esperar al resultado de la acción de la Comisión».

Esta doctrina jurisprudencial del efecto directo de los artículos 85.1 y 86 y de la capacidad de aplicarlo por las jurisdicciones nacionales precisa el concepto de «autoridad de los Estados miembros» del artículo 9 del Reglamento 17. Como señala el Tribunal en el asunto BRT-SABAM en

(9) Véase lo referente a derecho transitorio.

virtud del artículo 88 del Tratado las autoridades de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 85 y 86. En algunos Estados se incluye en esta denominación jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional de competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por las autoridades administrativas, igualmente competentes para aplicar las disposiciones de los artículos 85 y 86. Aunque la denominación «autoridades de los Estados miembros» del artículo 9.3 del Reglamento 17, englobe a tales jurisdicciones no puede dispensar a una jurisdicción de pronunciarse cuando se invoca el efecto directo.

Parece, por tanto, que el efecto suspensivo de competencias por inicio del procedimiento afectará a las Autoridades del Estado pero no a las jurisdiccionales que siempre podrán pronunciarse sobre el efecto directo, si bien podrán decidir para el proceso hasta la decisión de la Comisión.

En cualquier caso, la mayor parte de estos problemas tienen más bien un carácter casi teórico ya que en la práctica existe una gran intercomunicación entre las Administraciones nacionales y la comunitaria, a través del «Comité de Ententes», y una fluida relación con las jurisdicciones nacionales, éstas pueden, a reserva del recurso prejudicial, acceder a la Comisión para que tome postura o esperar a su decisión.

C) CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Sin perjuicio de las competencias reales, aunque limitadas, de las Autoridades nacionales para aplicar el derecho de la competencia CEE, la mayor parte de los actos de aplicación los realizan las Instituciones comunitarias, sobre todo, la Comisión bajo control del Tribunal.

La razón de este fenómeno es doble. En primer lugar, ya se ha señalado, se constata un debilísimo recurso a las jurisdicciones nacionales para la aplicación de estas normas; incluso en los supuestos en los que se produce, tienden ésta a reenviarlo a las instituciones comunitarias.

La exclusividad de la Comisión para poder aplicar la excepción del artículo 85.3 y para poder expedir Certificaciones Negativas (Attestations Negatives), así como su capacidad de actuar tanto a instancia de parte como de oficio —posibilidad excluida en las jurisdicciones nacionales— para constatar una infracción, es la segunda razón jurídica y no de hecho, que lo explica.

— La Certificación Negativa es el resultado de un procedimiento que permite a las empresas conocer la postura de la Comisión. Median-

te esta Certificación, como dice el artículo 2.º del Reglamento 17, la Comisión puede «constatar que en función de los elementos que ella conoce no hay razón para que intervenga, con relación a un acuerdo, decisión de asociación o práctica concertada, en base a los artículos 85.1 y 86» el Tratado CEE.

Esta certificación es una decisión formal que debe ser publicada en el Diario Oficial de las Comunidades (art. 21 del Reglamento 17) pero no debe deducirse de ello que obligue definitivamente a la Comisión. Esta puede reconsiderar su postura si aparecen elementos nuevos o la situación de hecho se modifica (10).

Para poder obtener una Certificación Negativa es necesario que exista una demanda por parte de una o varias de las empresas participantes. Esta debe ser presentada mediante el formulario denominado A/B ante la Comisión (arts. 2.º y 4.º del Reglamento 17).

Recibida la demanda, la Comisión envía (art. 10 del Reglamento 17) una copia a las autoridades competentes de los Estados miembros con los que mantiene una estrecha relación a lo largo del procedimiento. Antes de adoptar una decisión, consulta al «Comité consultatif en matière d'ententes» y debe dar (art. 19 del Reglamento 17) la posibilidad a las empresas interesadas de hacer saber sus puntos de vista. Si la Comisión se propone expedir una Certificación Negativa debe publicar lo esencial del contenido de la demanda en el Diario Oficial para que los terceros interesados, en plazo no inferior a tres meses, puedan expresar sus observaciones.

La Certificación Negativa es, por tanto, un procedimiento cautelar en manos de las empresas para determinar si sus actuaciones presentes o las que se propongan realizar, están incursas o no en la prohibición de los artículos 85.1 y 86. Si las empresas no obtienen la Certificación Negativa podrán intentar, eventualmente, y en el caso de una «entente» la autorización por la vía del apartado 3 del artículo 85.

— La Notificación es el procedimiento que permite a las empresas obtener de la Comisión la autorización de una «entente» —acuerdo, decisión de asociación o práctica concertada— tal como está previsto en el apartado 3 del artículo 85 (11).

(10) Este aspecto así como el relativo al margen de apreciación de la Comisión en su decisión demuestran, al igual que luego veremos en el caso de la Notificación, el carácter pragmático de la aplicación de estas normas y la voluntad de aplicarlas en consonancia con la situación del mercado.

(11) Entre el 1 de enero de 1973 y el 31 de diciembre de 1982 se presentaron a la Comisión 3.213 demandas de Certificación Negativa o Notificación solicitando la autorización del 85.3. Hay que tener presente que como consecuencia de la primera Adhesión (1 enero 1973) se presentaron en bloque unas 1.500 demandas o notificaciones. La media anual viene a ser de una 200 demandas o notificaciones.

Para que esta autorización —más exactamente decisión de inaplicación— se produzca es necesario que concurren tres elementos: que la «entente» esté incluida entre las incompatibles y prohibidas del artículo 85.1; que, a pesar de estar prohibida, concurren en ella las características o los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 85, y que permitan considerarla «económicamente beneficiosa»; que se solicite formalmente a la Comisión mediante la Notificación.

Este último aspecto es uno de los principales efectos de la Notificación: es imprescindible para que la autorización pueda concederse; sin notificación no puede haber autorización.

La Notificación posee algunos efectos adicionales. Como señala el XI Informe sobre la Competencia, pone a las empresas que han notificado al abrigo de la imposición de multas. En este sentido, el artículo 15.5 del Reglamento 17 establece que las multas del apartado 2 del mismo artículo (infracciones del 85.1 y 86 de un monto de mil a un millón de ECU o 10 por 100 de la cifra de negocio) no pueden infringirse por actuaciones posteriores a la notificación a la Comisión y anteriores a su decisión, positiva o negativa, siempre que esos comportamientos se mantengan en los límites de la actividad descrita en la notificación (12).

Por último, la Notificación permite una autorización retroactiva de la «entente»; el artículo 6.º del Reglamento 17 establece que cuando la Comisión adopta una decisión de aplicación del artículo 85.3 indica la fecha a partir de la cual su decisión tiene efecto; este aspecto puede tener importancia desde el punto de vista de eventuales reclamaciones por daños y perjuicios.

Existen dos excepciones a esta exigencia de Notificación. En primer lugar, los acuerdos que son objeto de un Reglamento de Exención por Categorías; en segundo, los previstos en el artículo 4 del Reglamento 17. El hecho de que estos supuestos estén exceptuados de Notificación no significa que las empresas participantes no «puedan» notificar. Conviene señalar que para el Tribunal, asunto Fedetab de 20 de octubre de 1980, lo previsto en el artículo 4 del Reglamento 17 debe ser interpretado de forma muy estricta.

La Notificación debe presentarse, al igual que la solicitud de Certifica-

(12) Sin embargo, el apartado 6 de este mismo artículo establece que las multas serán aplicables si la Comisión, después del examen provisional, estima que no puede aplicarse el 85.3. El Tribunal, asunto Cimenterie CBR, de 15 de marzo de 1967, ha exigido en este supuesto que la Comisión exponga de forma precisa las razones por las que estima que no puede aplicarse el artículo 85.3. El Tribunal ha considerado también, como señalan De Roux y Voillemont, que la Comunicación dirigida a las empresas como consecuencia del examen provisional, constituía no una simple opinión sino una decisión susceptible de recurso jurisdiccional.

ción Negativa, ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión mediante el formulario A/B. Como señala el X Informe sobre la Competencia el Tribunal se ha mostrado muy riguroso en lo referente a las formas prescritas para la Notificación. La utilización del formulario es obligatoria y condición indispensable para la validez de la misma. En los asuntos Fedetab, antes citado, y Distillers de 10 de julio de 1980, el Tribunal rechazó considerar válidamente notificados unos acuerdos que habían sido comunicados a la Comisión en respuesta a una solicitud de información formulada por ésta en base al artículo 11.2 del Reglamento 17. Por el contrario, el Tribunal en el asunto V.B.B.B., de 20 de mayo de 1980, consideró válida la notificación, aunque en el formulario utilizado no se especificaran todos los aspectos del acuerdo ya que el texto completo del mismo se había proporcionado como anejo.

Al igual que en el caso de las Certificaciones Negativas, cualquier empresa participante está habilitada para presentar una Notificación; si sólo la presenta una o alguna de las participantes, éstas deben comunicárselo al resto, siendo conveniente designar un mandatario común.

La Comisión transmite copia de las Notificaciones a las Autoridades de los Estados miembros, que pueden formular observaciones y que están en contacto permanente con la Comisión.

Si tras el examen provisional de la cuestión la Comisión considera que hay posibilidad de aplicar la excepción del artículo 85.3, sin perjuicio de oír a los interesados, publica lo esencial del asunto en el Diario Oficial, invitando a los terceros interesados para que, en plazo que ella fija y que no puede ser inferior a un mes, hagan conocer sus observaciones. Consulta más tarde al Comité Consultivo de «Ententes» y adopta su decisión concediendo la exención del artículo 85.3.

Esta decisión formal de la Comisión se publica en el Diario Oficial de las Comunidades y contra ella cabe —como contra cada decisión de la Comisión en esta materia— recurso ante el Tribunal de la Comunidad (13).

La decisión de autorización, como señala el artículo 8.º del Reglamento 17, se concede por una duración determinada y puede estar subordinada al cumplimiento de determinadas cargas o condiciones; si esto ocurre la Comisión debe informar previamente a las empresas, asunto Trasosecan de 23 de octubre de 1974, para que éstas puedan presentar las observaciones oportunas.

(13) Artículo 173 del Tratado CEE.

Al término del período autorizado las empresas pueden solicitar una renovación si continúan cumpliéndose las condiciones del artículo 85.3.

La decisión de autorización, antes lo señalábamos, indica la fecha desde la que se considera válido el acuerdo; esta decisión, por último, puede ser modificada o revocada o puede prohibir a los interesados determinados actos, incluso con carácter retroactivo.

Si por el contrario la Comisión estima que el acuerdo que le ha sido notificado no puede ser autorizado, se inicia un procedimiento similar al que vamos a analizar a continuación en el ámbito de los poderes de la Comisión para aplicar las disposiciones de los artículos 85.1 y 86.

— La Comisión posee poderes de investigación a través de su capacidad de solicitar información a las empresas, de realizar verificaciones y encuestas por sectores económicos. La consecuencia de este poder de investigación es lógicamente el poder de decisión. Hasta ahora hemos visto dos fórmulas —Certificaciones Negativas y Autorizaciones— mediante las cuales este poder se demuestra; el complemento es el poder para constatar infracciones a los artículos 85.1 y 86 y obligar mediante decisión a que cese la infracción constatada. La capacidad de sancionar económicamente es el tercer aspecto de las competencias de la Comisión.

La constatación de la infracción puede realizarla la Comisión de oficio o a instancia de parte. De oficio podrá intervenir si a resultados de demandas de Certificación Negativa, de Notificaciones o de sus actividades investigadoras constata estas infracciones. A instancia de parte cuando cualquier Estado o persona física o moral que acredite un interés legítimo así lo solicite. Hay que hacer notar que la solicitud de los particulares no implica para la Comisión obligación de decidir. Puede considerar que no hay elementos para intervenir (art. 3.2 del Reglamento 17) y archivar el expediente, lo que no impide que pueda reabrirlo en otro momento.

La Comisión en estos supuestos comunica las imputaciones a los interesados y a las Autoridades de los Estados miembros. Esta «communication des griefs» se hace por escrito a cada una de las empresas implicadas concediéndoles un plazo —prorrogable— de uno o dos meses para que presenten sus alegaciones. La Comisión puede, también, antes de adoptar una decisión dirigir recomendaciones a las empresas para que cesen en la infracción. En virtud de una Ordenanza del Tribunal de 17 de enero de 1980 se permite a la Comisión la adopción de medidas provisionales cuando sean necesarias para evitar un daño irreparable o cuando el

mantenimiento de la situación es intolerable para el interés público (14). Deben ser adoptadas mediante una decisión motivada que permita el recurso ante el Tribunal. Así, el 18 de agosto de 1982, a título de medidas provisionales la Comisión obligó a Ford Werke A.G. a volver a vender en Alemania determinado tipo de vehículos.

La contestación se hace por escrito pero las partes pueden solicitar una fase oral, esta audiencia se hace bajo la dirección del Consejero-Auditor (figura nueva creada para la mejora del procedimiento). Pueden también intervenir en el procedimiento terceros: personas físicas o morales, que acrediten un interés suficiente.

Terminada la fase oral, la Comisión consulta al Comité de «Ententes» y adopta una decisión. En esta decisión, formal y publicada en el Diario Oficial, se ordenará poner fin a la infracción y podrán incluirse otras medidas: multas, multas coercitivas o comportamientos determinados para las empresas.

- En la acción administrativa de la Comisión se ha venido desarrollando una práctica conocida como las «conform Letters» o «Lettres de classement». Cuando la Comisión considera que no hay razón para intervenir contra una «entente» suele, a menudo, dirigir una carta a las empresas indicándoles su opinión y comunicándoles su intención de archivar el expediente.

Esta práctica que, como señala el X Informe sobre la Competencia, es indispensable para una buena gestión de la política de la competencia, plantea problemas desde el punto de vista jurídico. Supone la clausura del procedimiento sin la adopción de una decisión formal. El Tribunal ha considerado que se trata de cartas puramente administrativas, que no respetan la exigencia de publicidad y que, por tanto, no son ni decisiones de Certificación Negativa ni de Autorización del 85.3. De su naturaleza, definida por el Tribunal, se deriva que no son oponibles a terceros ni impiden a las jurisdicciones nacionales decidir en sentido diferente aunque, como señala el Comisario Andriaessen en su respuesta núm. 1508/81 a la pregunta de Lady Elles, constituyen un elemento de hecho que éstas pueden tomar en consideración.

- La Comisión como fase previa o concomitante a su actuación decisoria puede también recibir información; la obtiene a través de tres fórmulas fundamentales:

1) *Encuestas por sectores económicos.*—La Comisión puede pro-

(14) En el Tratado CECA están previstas en el artículo 66.

ceder a realizarlas cuando, como señala el artículo 12 del Reglamento 17, la evolución de los intercambios, las fluctuaciones de precios, las rigideces de los mismos o cualquier otra circunstancia hacen presumir que, en el sector económico considerado, la competencia está siendo restringida o falseada.

Puede entonces la Comisión solicitar a las empresas del sector las informaciones necesarias para la aplicación de los principios de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

- 2) *Solicitudes de Información.*—La Comisión en base al artículo 11 del Reglamento 17 puede solicitar a los Gobiernos, autoridades competentes y empresas, todas las informaciones necesarias para el cumplimiento de su función.

Este procedimiento debe realizarse, y así lo ha exigido claramente el Tribunal en el asunto National Panasonic de 26 de junio de 1980, en dos fases. La Comisión envía una carta solicitando la información, si la empresa requerida no cumple con lo solicitado, la Comisión debe adoptar una decisión (art. 11.5 del Reglamento 17) que precisa las informaciones requeridas, concede un plazo, indica las sanciones previstas y el recurso posible contra la decisión. No puede realizarse la solicitud por vía de decisión si previamente no se ha formulado por el sistema simplificado.

- 3) *Verificaciones.*—En el cumplimiento de sus funciones la Comisión puede, art. 14 del Reglamento 17, proceder a todas las verificaciones necesarias ante las empresas o asociaciones de empresas.

Los agentes de la Comisión pueden: controlar los libros y otros documentos profesionales; tomar copias o extractos de los mismos; solicitar explicaciones orales; acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de la empresa.

El apartado 3 del artículo 14 del Reglamento 17 establece que las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las verificaciones ordenadas por la Comisión por vía de decisión. En el asunto National Panasonic, antes mencionado, se planteó la cuestión de si la Comisión puede proceder a verificaciones por vía de decisión sin previamente haber intentado la verificación mediante el mandato escrito dado a sus agentes. El Tribunal contestó afirmativamente, no siendo por tanto necesaria la doble fase, que sí lo es en las solicitudes de información. La diferente estructura de los artículos 11 y 14, razones de eficacia y no perjuicio

a los derechos fundamentales justifican esta posición del Tribunal. Criterios prácticos motivan que la Comisión, como lo indican el IX y X Informe sobre la Competencia, se vea forzada a utilizar la vía de la decisión formal para poder estar plenamente capacitada de instruir los casos de presuntas infracciones.

En las verificaciones se produce una gran colaboración entre la Comunidad y las Autoridades nacionales ya que los agentes de éstas pueden asistir a los de la Comunidad o pueden proceder a la verificación a solicitud de la Comisión.

Las solicitudes de información y los procedimientos de verificación han planteado graves problemas desde el punto de vista del secreto profesional, el derecho a la defensa y tipos de empresas y documentos que pueden ser controlados.

La Sociedad FIDES, sociedad fiduciaria, se opuso a una verificación alegando el secreto profesional y la necesidad de autorización de sus mandantes; la Comisión adoptó una decisión de verificación para realizarla. Como señalan De Roux y Voillemot (15) la Comisión había desarrollado una interpretación restrictiva de los límites que el secreto profesional podía aportar a sus poderes de investigación. Ante las fuertes críticas que se generaron, la Comisión estableció una nota de información aneja al mandato de verificación en la que se explican los límites de los poderes de los funcionarios encargados de la verificación y los derechos de las empresas.

La Sentencia A.M. & S., de 18 de mayo de 1982, ha delimitado con más precisión y recortado los poderes de la Comisión. El asunto se planteó para determinar si la Comisión podía o no inspeccionar y utilizar documentos sobre los cuales la empresa invocaba el principio de confidencialidad.

El Tribunal concluyó que la Comisión posee un amplio poder de investigación que no excluye la posibilidad de reconocer, en ciertas condiciones, el carácter confidencial de determinados documentos profesionales. Se protege la confidencialidad con dos condiciones: «debe tratarse de documentos intercambiados en el ámbito y para los fines del ejercicio del derecho a la defensa; esta correspondencia, además, debe emanar de abogados independientes, es decir, no vinculados por un contrato de trabajo». La primera condición cubre toda la correspondencia intercambiada después de la apertura del procedimiento capaz de producir una decisión

(15) *Le droit de la Concurrence de la CEE*, 4.^{ème} édition; Paris 1982.

de aplicación de los artículos 85.1 y 86. La empresa que invoque la protección de la confidencialidad debe demostrar, a los agentes mandatados por la Comisión, que ese documento goza de esa cualidad. En caso de desacuerdo, la Comisión debe adoptar una decisión atacable ante el Tribunal.

— En respuesta a la pregunta núm. 796/81 de la Sra. Clwyd sobre la lentitud de los procedimientos, el Comisario Andriaessen consideraba que en conjunto los Reglamentos 17/62 y 99/63 eran satisfactorios ya que garantizaban el equilibrio entre el interés general de la Comunidad y los intereses particulares de las empresas, sobre todo, el respeto del derecho a la defensa. Esta pregunta en el Parlamento, como otras muchas sobre esta materia, refleja las críticas que frecuentemente se dirigen a estos procedimientos de aplicación del derecho de la competencia CEE.

En este sentido, el XI Informe sobre la Competencia reconoce la existencia de un amplio debate tanto en el Parlamento como en los medios jurídicos y económicos sobre el desarrollo de estos procedimientos. Las principales sugerencias se dirigen tanto a la simplificación y aceleración de los procedimientos como al incremento de la seguridad jurídica y el establecimiento de garantías suplementarias para la apreciación objetiva de los asuntos.

La seguridad jurídica puede aumentarse mediante procedimientos más rápidos para la concesión de la autorización. La Comisión va a tratar de utilizar más el sistema de las Exenciones por Categorías. Pero puesto que en muchos casos es necesaria la decisión individual, la Comisión se propone utilizar el recurso de las «cartas administrativas»; para que su valor jurídico sea superior se hará una publicación, en el Diario Oficial, de la intención de la Comisión, a fin de que los terceros interesados puedan hacer valer su opinión. En los casos que manifiestamente sean cubiertos por el artículo 85.3, la Comisión se propone adoptar autorizaciones de forma simplificada.

Para incrementar las garantías de objetividad, la Comisión se declara favorable a una doble instancia ya propuesta en 1978 por el Tribunal. Las críticas fundamentales se basan en el hecho de que los mismos funcionarios tienen el poder de encuesta, instrucción y decisión. La primera instancia examinaría las cuestiones de hecho y de derecho; la segunda se limitaría a las cuestiones de derecho.

Para aumentar la transparencia se han adoptado ya medidas y se pro-

ponen otras en materia de verificaciones, de acceso a los expedientes de la Comisión y de desarrollo de la audiencia oral.

Desde el punto de vista de las Verificaciones, la Comisión prepara un nuevo Código de derechos y deberes de los funcionarios y las empresas; estas nuevas normas se ven muy influenciadas por la jurisprudencia sentada en el asunto A.M. & S.

La Comisión también ha adoptado un conjunto de normas administrativas que permiten a las empresas acceder a los expedientes que les afectan, con el debido respeto al secreto de los negocios; las empresas, además, serán informadas de los procedimientos que la Comisión siga para garantizar el buen desarrollo de la comunicación de los expedientes.

Para garantizar, por último, la objetividad de la fase oral, la Comisión ha creado, desde el 1 de septiembre de 1982, la figura del «Conseiller-Auditeur». Posee poderes autónomos y está directamente relacionado con el Comisario encargado de los asuntos de la Competencia. Asegura el buen funcionamiento de las audiencias orales y el respeto a los derechos a la defensa.

Todo este conjunto de medidas tratan de mejorar la rapidez, eficacia y equilibrio del procedimiento de aplicación del derecho de la competencia aunque no conviene olvidar, como señala reiteradamente la Comisión, que se trata de un procedimiento administrativo y no judicial y que, por tanto, no debe transformarse en un proceso entre partes.

D) EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA; PRESCRIPCIÓN

1) Las conductas contrarias a los principios de los artículos 85.1 y 86 generan diversos efectos para las empresas infractoras: nulidad, sanciones económicas y en determinados supuestos acciones o comportamientos impuestos a las mismas.

— Nulidad: El artículo 85.2 del Tratado CEE establece que los acuerdos o decisiones de asociaciones prohibidos son nulos de pleno derecho. El efecto de la nulidad no se predica por tanto ni de las prácticas concertadas ni del abuso de posición dominante.

Esta «nulidad de pleno derecho» del Tratado plantea problemas para su identificación con conceptos similares en los ordenamientos jurídicos nacionales. El artículo 85.3 habla de la posibilidad de autorización de determinados acuerdos prohibidos y que en consecuencia serían «nulos de pleno derecho»; si a ello unimos el tiempo que media entre la Notifica-

ción, condición para la autorización, y la decisión de la Comisión que puede autorizar, nos encontramos ante una suerte de lo que algunos autores han denominado nulidad provisional. A su vez, y se menciona en el epígrafe relativo al derecho transitorio, la jurisprudencia del Tribunal ha acuñado la llamada teoría de la «validez provisional», que incrementa la imprecisión del contorno conceptual de esta «nulidad de pleno derecho» del artículo 85.2 del Tratado.

Pero, a pesar de estos problemas, es claro que en base a los derechos nacionales, de la nulidad de los comportamientos pueden derivarse acciones para obtener los correspondientes daños y perjuicios. Si bien esta posibilidad es real no es menos cierto que en la práctica apenas se produce; en algunos casos, por ejemplo violaciones por empresas de diferente nacionalidad, la determinación del derecho nacional aplicable según las reglas del derecho internacional privado, dificulta todavía más el recurso a esas acciones.

Una comisión de expertos, encargada de estudiar en los diversos ordenamientos nacionales la reparación de las consecuencias perjudiciales, concluyó que la violación de las reglas de la competencia abría a las personas lesionadas vías judiciales de derecho interno que les permiten obtener reparaciones; aunque como antes señalábamos en la práctica pocos casos se han producido de estas reclamaciones. En este sentido el Comisario Andriaessen en la contestación a la pregunta número 1935/83 del Sr. Moreland reconocía en primer lugar que el derecho de la competencia CEE se aplicaba poco por las jurisdicciones nacionales y consideraba que la posibilidad de obtener daños y perjuicios podría constituir una incitación a los interesados para dirigirse a las jurisdicciones nacionales y así éstas aplicarán más este derecho. La Comisión, continúa informando el Comisario Andriaessen, estudia la posibilidad de una nueva acción legislativa tendente a reforzar la utilización entre particulares de acciones por daños y perjuicios si bien, esta cuestión no ha adquirido todavía un desarrollo suficiente que permita formular previsiones sobre la forma y amplitud de la iniciativa que pueda ser adoptada, no pareciendo necesaria una legislación que pretendiera armonizar los procedimientos nacionales para las acciones de daños y perjuicios.

Se ha planteado a menudo la cuestión de si la nulidad afecta a la totalidad del acuerdo o decisión de la asociación o sólo a los efectos que sean contrarios al ordenamiento jurídico comunitario. En principio, la respuesta sería que los elementos no afectados por la prohibición escapan al derecho comunitario cabiendo por tanto la nulidad parcial, pero, como se-

ñala la Sentencia Grunding-Consten, si estos elementos o compromisos no pueden ser separados del resto se producirá la nulidad total de los acuerdos y decisiones.

— Además de la sanción jurídica de la nulidad derivada del artículo 85.2, el Reglamento 17 prevé en los artículos 15 y 16 la posibilidad de sanciones pecuniarias a través de Multas y Multas coercitivas. Las multas oscilan entre 100 y 5.000 ecus en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones que se derivan del procedimiento, por ejemplo: informaciones inexactas o presentación incompleta de libros u otros documentos en el momento de las verificaciones. En el año 1981 la Comisión sancionó a las empresas Comptoir Comercial de Importación, Telos, S. A., y Nacional Panasonic por informaciones incompletas y en 1982 a la Federación Nacional de Industria del Calzado de Francia por haber comunicado de forma incompleta documentos requeridos en una verificación.

Los supuestos de violación de los artículos 85.1 y 86 o el incumplimiento de algún condicionamiento impuesto en una autorización concedida en virtud del artículo 85.3, pueden acarrear multas que oscilen entre 1.000 y 1.000.000 de ecus, si bien esta última cifra puede ser llevada hasta el 10 por 100 de la cifra de negocio realizado a lo largo del ejercicio social precedente por cada una de las empresas que haya participado en la infracción. En la decisión Pionner, de 20 de diciembre de 1979, la Comisión indicó su intención de reforzar el efecto disuasorio de las multas, tesis aceptada por el Tribunal, aumentando su cuantía en el caso de infracciones graves; a título de ejemplo pueden, como señala el XIII Informe sobre la Competencia, considerarse infracciones graves: la prohibición de exportar, sistema de cuotas, cierre de mercados, rechazo injustificado de venta, rebaja por fidelidad, fijaciones de precios y discriminaciones en precios. El carácter de estas multas, como señala el artículo 15.4 del Reglamento 17, no tiene carácter penal.

Se ha planteado la cuestión de si se producía o no aplazamiento de pago cuando una empresa interpone recurso ante el Tribunal frente a una decisión de la Comisión en la que se impone una multa. La tesis de la Comisión, aceptada por el Tribunal en el asunto AEG Telefunken de 25 de octubre de 1983 y Hasselblad, determina que no hay aplazamiento más que si la empresa paga intereses de mora y proporciona la correspondiente garantía bancaria; el Tribunal en el asunto Pionner ha aceptado que la Comisión pueda conceder aplazamientos de pago.

Las multas coercitivas oscilan entre 50 y 1.000 ecus por día desde la

fecha en que la Comisión fija en su decisión la obligación de poner fin a una infracción de los artículos 85 u 86 o desde que la Comisión revoca o modifica una decisión de autorización.

Un problema que se deriva de la posible doble aplicación del derecho nacional de la competencia y del derecho comunitario es la doble sanción. Aceptada indiscutiblemente la posibilidad de doble procedimiento en base a diferentes ordenamientos jurídicos, la conclusión es que la acumulación de sanciones es posible si bien, como señala el Tribunal de las Comunidades en el asunto Wilhelm, una exigencia general de equidad implica que se tenga en consideración cualquier decisión represiva anterior para la determinación de una eventual sanción; pero, en el asunto Boeringuer, de 14 de diciembre de 1972, el Tribunal mantuvo la decisión de la Comisión de no proceder a una compensación entre la sanción procedente del derecho comunitario y la procedente del derecho norteamericano. La decisión del Tribunal de no proceder a esta compensación se basa en que los hechos que justificaban cada decisión, comunitaria y norteamericana, no eran idénticos, sobre todo en lo que se refería al objeto y a la localización territorial.

2) Las disposiciones CEE en materia de derecho de la competencia contienen la posibilidad de que la Comisión pueda imponer sanciones, multas y multas coercitivas, pero ni el Tratado de Roma ni las normas de derecho derivado habían previsto nada en materia de prescripción. Esto planteaba un grave problema desde el punto de vista de la seguridad jurídica, máxime si, como consideraban tanto la Comisión como el Tribunal, no era posible deducir de los ordenamientos nacionales normas precisas en materia de prescripción; fue por tanto, como señala el II Informe sobre la Competencia, el legislador comunitario quien debió establecer la solución a este problema. El 26 de noviembre de 1974 el Consejo de Ministros adoptó el Reglamento número 2988/1974 (CEE) relativo a la prescripción de acciones y ejecución en materia de derecho de la competencia y derecho del transporte.

En el campo concreto de la competencia el Reglamento limita en el tiempo el poder de la Comisión de imponer multas y de forzar la ejecución de las multas o multas coercitivas. El Reglamento establece un período de tres años en el que prescriben las infracciones relativas a las demandas o notificaciones, a la obtención de información por parte de la Comisión o a la realización de verificaciones. Este período corto de prescripción se aplica, en consecuencia, a las que pudiéramos considerar infracciones menores. La duda, como señala De Roux y Voillemot, estriba

en la ambigüedad de qué se considera infracción en las disposiciones relativas a las demandas o notificaciones. La respuesta nos la puede proporcionar el artículo 15 del Reglamento 17 en lo que se refiere a las notificaciones inexactas o incompletas. Por tanto, si una notificación es incompleta o errónea, y la Comisión no ha realizado ningún acto para interrumpir esta prescripción, al cabo de tres años dicha notificación errónea o incompleta tendrá los mismos efectos que una notificación conforme, debiendo por lo tanto la Comisión determinar si el artículo 85.3 es o no aplicable y eximir a los notificantes de las sanciones previstas en el Reglamento 17 para las infracciones en materia de notificaciones. Este efecto sobre la notificación errónea o incompleta no debe confundirse con una prescripción adquisitiva para los hechos o actos que le hubieran sido notificados.

La prescripción larga, cinco años, tiene por objeto en expresión del Reglamento las otras infracciones; por exclusión, dado que no son ni infracciones en las demandas o notificaciones, ni infracciones en la obtención de información, ni en las verificaciones, esta prescripción de cinco años se refiere tanto a los acuerdos o prácticas concertadas o decisiones de asociaciones como el abuso de la posición dominante.

Puesto que como dice el Reglamento en el artículo 1.2 para las infracciones continuadas, supuesto normal de «ententes» o abuso de posición dominante, la prescripción no corre más que a partir del día en que la infracción ha terminado, este plazo de cinco años deberá contarse no desde el momento del inicio de la infracción sino desde el momento en que esta infracción ha terminado. En el supuesto de infracción no continuada la prescripción comienza a correr a partir del día en que la infracción haya sido cometida.

La prescripción puede interrumpirse en virtud del artículo 2 del mencionado Reglamento por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro, actuando en nombre de la Comisión, relativo a la instrucción o a la actuación sobre la infracción. El Reglamento cita a título de ejemplo, no de manera limitativa, algunos tipos de actos que permiten la interrupción de la prescripción; por ejemplo: el inicio del procedimiento por la Comisión, la comunicación de las imputaciones, la solicitud de informaciones escritas, los mandatos escritos de verificación, etc. Conviene señalar que la comunicación a una sola de las empresas o asociación de empresas que haya participado en la infracción permite que los efectos de la interrupción de la prescripción sirvan para todos los otros participantes.

A pesar de la posibilidad de interrupción de la prescripción, el aparta-

do 3 del artículo 2 del Reglamento 2988/74 establece que la prescripción es definitiva como muy tarde el día en que se complete un período igual al doble del plazo de la prescripción sin que la Comisión haya pronunciado una multa o sanción; esto quiere decir que cualesquiera que sean los actos de la Comisión, la prescripción es definitiva al cabo de seis o diez años según la naturaleza de la infracción. Obviamente, la prescripción se suspende si la decisión de la Comisión es objeto de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia, no corriendo durante todo el tiempo que dure ese procedimiento los plazos antes mencionados.

En materia de ejecución, el Reglamento, tomando en consideración también los principios del artículo 192 del Tratado, establece que el poder de la Comisión de ejecutar sus decisiones en las que establezca sanciones, multas o multas coercitivas, prescribe a los cinco años a contar desde el día en que la decisión es definitiva. La prescripción en materia de ejecución se interrumpe si se produce la comunicación de una decisión que modifique el monto inicial de la multa o multa coercitiva o que rechace la solicitud de esa modificación; se interrumpe también por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro, actuando en nombre de la Comisión, tendente al cobro forzoso. A partir de cada interrupción corre de nuevo la prescripción. La prescripción en materia de ejecución se suspende tanto tiempo como haya sido concedida alguna facilidad en el pago o siempre que la ejecución forzosa se suspenda en virtud de una decisión del Tribunal de las Comunidades Europeas.

E) RÉGIMEN TRANSITORIO DE ADHESIÓN

La Adhesión de un Estado a la Comunidad Europea supone la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Las únicas excepciones a la aplicación íntegra del mismo son las pactadas en la Negociación de Adhesión bajo fórmulas de excepciones temporales (no aplicación de una norma comunitaria durante un plazo determinado) o medidas transitorias (permiten una aplicación escalonada de las disposiciones comunitarias). A menudo, las normas comunitarias contienen previsiones, plazos, denominaciones, listas, etc., que, en virtud de la Adhesión de un nuevo Estado, tienen que ser adaptadas técnicamente pero no se varía su contenido ni se exceptúa su aplicación.

En el ámbito del derecho de la competencia y más precisamente en los supuestos de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE no parece que vayan a existir ni excepciones temporales, ni medidas transitorias. Desde el mo-

mento de la Adhesión, las empresas españolas van a ver regulados sus comportamientos por un nuevo conjunto normativo, normas del Tratado y normas de derecho derivado, cuyos principios han sido desarrollados por la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal. Las consecuencias jurídicas y económicas que de ellas se derivan las sufrirán nuestras empresas, o se beneficiarán de ellas, desde la entrada en vigor del Tratado de Adhesión.

Parece conveniente, por tanto, que se analicen las «ententes» de las que son parte las empresas para determinar si están prohibidas o no. Caso de que lo estuviesen pueden modificarse y adaptarse o para evitar su prohibición o para conseguir incluirlas dentro de los supuestos de exención por categorías. Pueden, por último, ser notificadas para obtener el beneficio que se deriva del apartado 3 del artículo 85.

Las normas de derecho derivado comunitario en materia de competencia, Reglamentos 17, 27, 19, 67, etc., contienen una serie de plazos concedidos a las empresas y a los Estados para que estas normas de desarrollo de los principios del Tratado sean plenamente operativas.

Lógicamente, si un Estado se adhiere a la Comunidad debe tener los plazos que se concedieron a los Estados originarios o a los que se adhirió más tarde. Sin entrar en otras consideraciones nos encontramos ante uno de los supuestos que antes hemos denominado adaptaciones técnicas.

El precedente de las ampliaciones anteriores muestra una coincidencia de que estos plazos se fijen en tres meses para las normas CECA y seis meses para las CEE (16).

Las normas de derecho de la competencia se aplicarán desde el momento de la Adhesión con un período de seis meses para la puesta en práctica de determinados supuestos previstos en los Reglamentos: artículos 5.º-1; 7.º-1 y 2; 15.2.a y 14.6 del Reglamento 17; artículo 4.º-1 y 4.º-2 del Reglamento 19; artículo 5.º del Reglamento 67 y artículos 2.º y 26.6 del Reglamento 1017.

El artículo 5.º del Reglamento 17 establece una distinción entre nuevas «ententes» y aquellas existentes antes de la entrada en vigor del Reglamento; para éstas establece un período de notificación. El interés de esta distinción estriba en los efectos que se derivan de la notificación en plazo de las «ententes» anteriores a la entrada en vigor del Reglamento.

La adopción del Reglamento 17 generó una avalancha de notificación

(16) Véase el artículo 156 del Tratado de Adhesión de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca; véase igualmente el capítulo V del anejo 1.º del mismo Tratado de Adhesión. Véase asimismo el capítulo V del anejo 1.º del Tratado de Adhesión de Grecia.

nes. Su volumen impedía una resolución rápida de los procedimientos; la falta de precedentes en la aplicación de la autorización no permitía conocer los criterios, administrativos o jurisprudenciales, de interpretación. Se creó en ese momento una situación de incertidumbre desde el punto de vista jurídico.

¿Cuál era la situación de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas notificadas, hasta la decisión de la Comisión? Las notificaciones creaban una situación de dependencia puesto que aun estando prohibidas podían ser eximidas.

El Tribunal en la Sentencia Bosch de 6 de abril de 1962 aplicó al ámbito CEE el concepto de «validez provisional» que había sido desarrollado por la jurisprudencia CECA, asunto Stork de 4 de febrero de 1959. En virtud de esta Sentencia Bosch la notificación según el procedimiento del Reglamento 17, concedía validez provisional hasta que hubiera una decisión de la Comisión. Esta tesis fue reiterada en las Sentencias Portelange de 9 de julio de 1969 y Bilge de 18 de marzo de 1979, si bien en este último caso se aplicaba al supuesto de exención de notificación: «un acuerdo dispensado de notificación y que no haya sido notificado produce plenos efectos hasta que su nulidad no haya sido constatada».

El sentido de esta jurisprudencia, como declara el Comisario Andriessen en respuesta a la cuestión 291/1982, consiste en «permitir a las empresas, en aras de la seguridad jurídica y del mantenimiento de la confianza, aplicar sus acuerdos hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad con las disposiciones del artículo 85 apartados 1 y 3».

Obviamente, esta tesis de la «validez provisional» planteaba graves problemas tanto desde el punto de vista jurídico como desde el de las competencias de las jurisdicciones nacionales para aplicar el derecho comunitario.

Es en el asunto Haecht II, de 6 de febrero de 1973, cuando el Tribunal limita la extensión de la validez provisional; en esta Sentencia viene a distinguirse entre nuevas y antiguas «ententes», siendo el criterio distintivo su existencia posterior o anterior a la entrada en vigor del Reglamento 17. Sólo los acuerdos, prácticas concertadas o decisiones anteriores al Reglamento y debidamente notificadas disfrutarán de esa «validez provisional».

En relación con esta jurisprudencia ¿cuándo decae la validez provisional? ¿es necesaria una decisión formal de la Comisión para la pérdida de ese beneficio? Esta cuestión se planteó en los asuntos Bloos de 14 de di-

ciembre de 1977 y Lancôme de 10 de julio de 1980. En opinión del Tribunal una simple carta administrativa en la que se comunica el archivo del expediente tiene como efecto poner fin a la validez provisional. Como señala el X Informe sobre la Competencia «si en lo que concierne a las antiguas "ententes" la seguridad jurídica exige que, cuando el acuerdo ha sido notificado en virtud del Reglamento 17, el Juez (nacional) no constate su nulidad de pleno derecho hasta que la Comisión haya adoptado una decisión, el mantenimiento de esta protección no se justifica más cuando la Comisión informa a los interesados que ha procedido al archivo del expediente. A partir de ese momento, es improbable que haga uso, a favor de esos acuerdos, de su poder de conceder una exención, eventualmente, con efecto retroactivo. Nada impide al Juez (nacional) que vuelve, entonces, a ser competente para decidir tomar en consideración la actitud de la Comisión, completada por la totalidad de su práctica decisoria: En cualquier caso, las empresas que han notificado su acuerdo mantienen su inmunidad en materia de multas (17)».

Como consecuencia de esta jurisprudencia se delinearán varios tipos de situaciones posibles:

- Acuerdos, prácticas o decisiones anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 17 y notificadas en plazo: disfrutan de validez provisional hasta que la Comisión no adopte una decisión de aplicación del art. 85.3 o rechace su autorización; una carta administrativa suspendería esta validez provisional. Si por otra parte la Comisión, a raíz del examen provisional de la cuestión, considera que el acuerdo cae en la prohibición del art. 85.1 y lo comunica de forma razonada y precisa a las empresas, esta comunicación suspende el efecto protector de la notificación en materia de multas (no aplicación de multas por el período que media entre la notificación y la decisión de la Comisión).

Estos efectos de la validez provisional se aplican a acuerdos, prácticas o decisiones anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 17 que estén exentos de notificación.

- Acuerdos, prácticas o decisiones anteriores al Reglamento 17 y que debiendo ser notificados no lo fueran en tiempo útil; serán nulos de pleno derecho desde la entrada en vigor del Reglamento.
- Acuerdos, prácticas o decisiones posteriores a la entrada en vigor

(17) Véase lo expuesto sobre el efecto de las notificaciones sobre las multas en cuestiones de procedimiento.

del Reglamento 17. Para poder obtener la autorización del art. 85.3 deben ser notificados pero aún siéndolo, sólo pueden ser puestos en práctica a riesgo de las partes.

En el caso de la Adhesión de España a la Comunidad habrá un plazo de seis meses para notificar los acuerdos. Cuestión distinta es saber si para los acuerdos, prácticas o decisiones anteriores a la Adhesión juega el efecto de la validez provisional. Existe una cierta discrepancia doctrinal basada en que los factores de incertidumbre inicial ya no existen por la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal. Si lo determinante es la existencia anterior o posterior a la entrada en vigor del Reglamento 17, en un caso de Adhesión (sin excepción temporal para el mismo) la entrada en vigor se producirá el día mismo de la Adhesión; esta será la fecha que permitirá determinar si es anterior o posterior, debiendo, a nuestro entender, aplicarse los principios generales.