

LAS DECISIONES SOBRE COMPROMISOS DEL ART. 9 DEL REGLAMENTO 1/2003

Oriol ARMENGOL I GASULL¹
Socio de PÉREZ-LLORCA

1. INTRODUCCIÓN

El Reglamento 1/2003 introdujo un nuevo mecanismo para poner fin a los procedimientos iniciados por la Comisión Europea por infracción de los arts. 81 y 82 CE. Tal mecanismo se asienta en el acuerdo entre la Comisión y una o varias empresas investigadas en virtud del cual éstas aceptan la imposición de determinadas obligaciones y, a cambio, la Comisión pone fin a la investigación sin pronunciarse sobre si existió infracción a la competencia ni imponerles sanciones.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 no existía ninguna disposición con un contenido similar, si bien hay varios precedentes en los que la Comisión prefirió no llevar hasta el final la investigación de presuntas infracciones a los arts. 81 y 82 CE y dio por terminado el procedimiento después de que la empresa investigada ofreciera determinados compromisos². La actuación de la Comisión en estos casos se amparaba en el amplio grado de discrecionalidad de que disponía (y con-

¹ El autor desea agradecer a Álvaro PASCUAL MORCILLO sus valiosos comentarios en la preparación de esta ponencia.

² Así, por ejemplo, en *IBM*, citado en el XIV Informe de Política de Competencia (1984), apartados 94-95; en *Microsoft*, citado en el XXIV Informe de Política de Competencia (1993); o en *Interbrew*, citado en XXVI Informe de Política de Competencia (1996).

tinúa disponiendo) en orden a establecer sus prioridades en la tramitación de los diferentes asuntos que se le someten³. Sin embargo, el principal inconveniente de estos *acuerdos informales* entre la Comisión y las empresas investigadas era que no existía un instrumento legal adecuado para que la Comisión pudiera imponerlos en caso de que las empresas decidieran incumplirlos⁴.

Esta situación fue corregida por el Reglamento 1/2003 que, en el listado de decisiones que la Comisión puede adoptar en aplicación de los arts. 81 y 82 CE, incluye las decisiones sobre compromisos. El art. 9 del Reglamento 1/2003 reza como sigue:

«1. Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.

2. La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento:

- a) Si se produce la modificación de la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión.
- b) Si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos.
- c) Si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes».

Esta disposición debe leerse conjuntamente con lo dispuesto en los considerandos 13 y 22 del propio Reglamento 1/2003. El primero de ellos aclara que las decisiones sobre compromisos no harán ningún tipo de mención «sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe» y que «se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades nacionales de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso». Añade, además, que tales decisiones no resultan procedentes cuando la Comisión se disponga a imponer una multa. Por su parte, el considerando 22 insiste en que las decisiones del art. 9 no impiden que los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros puedan aplicar los arts. 81 y 82 CE.

Las disposiciones del art. 9 se completan con lo dispuesto en los arts. 23.2.c) y 24.1.c) del propio Reglamento 1/2003, que facultan a la

³ Cfr. apartados 8 y 28 de la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, que recoge los principios establecidos por la jurisprudencia *Automec II* (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

⁴ En tal caso, la Comisión se veía obligada a iniciar una nueva investigación y, en su caso, adoptar una decisión declarando la infracción y eventualmente imponiendo una sanción.

Comisión para imponer sanciones económicas a las empresas que incumplan los compromisos declarados obligatorios por una decisión.

La regulación de las decisiones sobre compromisos plantea interesantes cuestiones, algunas de las cuales serán abordadas en estas páginas. Así, en los párrafos que siguen, analizaremos la naturaleza de las decisiones del art. 9 como medio para poner fin a los procedimientos, y repasaremos someramente el procedimiento previsto para ello. A continuación, veremos qué efectos tienen este tipo de decisiones para las empresas y terceros interesados y, por último, nos preguntaremos cuál es el rol de las autoridades y jueces nacionales en su aplicación.

2. NATURALEZA DE LAS DECISIONES SOBRE COMPROMISOS

En general, se suele considerar que las decisiones sobre compromisos del art. 9 sustituyen a las decisiones de infracción del art. 7⁵. Desde esta perspectiva, el art. 9 sería un mecanismo destinado a poner fin a una infracción con un menor número de recursos que los que serían necesarios para concluir satisfactoriamente una investigación y ordenar mediante decisión el cese de la conducta ilícita. Al adoptar una decisión sobre compromisos, la Comisión está implícitamente admitiendo que el acuerdo o práctica objeto de la investigación, tal y como resulta modificada con los compromisos presentados por las empresas y que la propia decisión convierte en obligatorios, ya no es susceptible de infringir los arts. 81 y/o 82 CE. En este contexto, el hecho de que los compromisos «respondan a las inquietudes que (...) haya manifestado la Comisión» equivaldría a afirmar que ponen fin o eliminan la infracción.

No obstante, la anterior interpretación se compadece mal con lo previsto en el considerando 13 en el sentido de que las decisiones del art. 9 no afectan a los poderes de las autoridades de competencia (y de los órganos jurisdiccionales nacionales) para dilucidar si ha existido infracción y adoptar, en su caso, una decisión sancionadora. En efecto, si entendemos que una decisión sobre compromisos está destinada a poner fin a una infracción, no parece muy lógico que se permita a las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales realizar su propia investigación y eventualmente declarar la existencia de tal infracción, ya que ello pondría en peligro el principio de aplicación uniforme del Derecho de la Competencia.

⁵ Ver W. P. J. WILS, «Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation núm. 1/2003», *World Competition*, vol. 29, núm. 3, septiembre 2006.

Es más, el hecho mismo de que las decisiones sobre compromisos puedan adoptarse tras un simple «análisis preliminar» permite pensar que la Comisión puede no tener claro todavía si la conducta investigada constituye realmente una infracción al Derecho de la Competencia. Así, cabe suponer que en el momento del análisis preliminar la Comisión puede no disponer de los mismos elementos de hecho que tendría a su alcance de haber completado satisfactoriamente la investigación, o puede no haber elaborado suficientemente el razonamiento jurídico necesario para fundamentar una decisión del art. 7. De hecho, a nuestro modo de ver, la ausencia en las decisiones sobre compromisos de cualquier tipo de pronunciamiento sobre si se ha producido o no la infracción o sobre si ésta aún persiste es precisamente una consecuencia del insuficiente conocimiento de las circunstancias del caso que tiene la Comisión en el momento de adoptar una decisión del art. 9⁶.

Ahora bien, si las decisiones sobre compromisos no están pensadas para poner fin a las infracciones a los arts. 81 y/o 82 CE, ¿qué finalidad persiguen? En nuestra opinión, tal y como hemos visto que ocurría con los *acuerdos informales* adoptados en el marco del antiguo Reglamento 17, el art. 9 no es sino un mecanismo para permitir a la Comisión no actuar contra una presunta infracción al Derecho de la Competencia cuando considere que, a resultas de los compromisos ofrecidos por la empresa o empresas investigadas, el asunto ya no representa una prioridad desde el punto de vista del interés comunitario por el que la Comisión debe velar. En estas circunstancias, el objetivo principal del art. 9 es poner fin a los procedimientos administrativos más que a las infracciones. De ello se sigue que una decisión sobre compromisos puede, o no, poner fin a una infracción a los arts. 81 y/o 82 CE, pero tal circunstancia deja de ser relevante toda vez que la Comisión decide no investigar la conducta supuestamente infractora cuando llega al convencimiento de que los compromisos ofrecidos le permiten excluir el asunto de su lista de prioridades⁷.

⁶ Ello tiene, además, otra consecuencia: si las circunstancias del caso pueden no ser evidentes tras el análisis preliminar, es perfectamente posible que los compromisos impuestos por la decisión del art. 9 no resulten suficientes para poner fin a una infracción a los arts. 81 y/o 82 CE. Y, a la inversa, cabe asimismo imaginar que dichos compromisos pueden ir más allá de lo necesario para eliminar tal infracción.

⁷ Frente a esta interpretación cabría argumentar que no tiene mucho sentido pasar varios meses o incluso años investigando conductas presuntamente anticompetitivas y negociando compromisos para llegar a una decisión del art. 9 que no pone necesariamente fin a la supuesta infracción y que sólo implica que la Comisión no va a investigarla más a fondo. No cabe duda, sin embargo, que el procedimiento se alargaría más en el caso de que la Comisión debiera obtener todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión del art. 7 suficientemente fundada, sin mencionar el tiempo necesario para resolver un eventual recurso de anulación contra la misma.

3. PROCEDIMIENTO

A) Momento procesal para la adopción de una decisión sobre compromisos

Una decisión sobre compromisos sólo puede adoptarse si la Comisión ha incoado formalmente un expediente por violación de los arts. 81 y/o 82 CE⁸. Sin embargo, el art. 9 no aclara convenientemente en qué momento del procedimiento de investigación pueden las empresas proponer compromisos. Por una parte, el art. 9 se refiere al momento en que la Comisión «se dispon[e] a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción», lo cual no parece que sea posible sin un elevado grado de convencimiento respecto a la existencia de una infracción. No obstante, este mismo artículo parece querer dar a entender que la valoración de la Comisión en el momento de recibir la propuesta de compromisos es necesariamente provisional cuando indica que éstos se proponen tras un «análisis preliminar».

Este «análisis preliminar» es un acto procesal que no aparecía mencionado en ninguna norma jurídica de Derecho derivado anterior a la aprobación del Reglamento 1/2003. De la práctica de la Comisión resulta que puede adoptar la forma de un pliego de cargos (que la Comisión debe remitir por escrito a las partes, según dispone el art. 10 del Reglamento 773/2004)⁹, aunque nada impide que se traduzca en un acto menos formal ni que se adopte una decisión sobre compromisos sin haber enviado antes el pliego de cargos a las empresas encausadas¹⁰.

Tal diversidad de precedentes sugiere que no se prevé un momento procesal específico para proponer compromisos, exigiéndose únicamente que la Comisión haya tenido ocasión de examinar el asunto y de comunicar a las partes formalmente sus inquietudes respecto a la licitud de la conducta objeto de análisis.

⁸ Al respecto, el considerando 13 sitúa las decisiones del art. 9 «en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica». Según el art. 2 del Reglamento 773/2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE, la incoación debe decidirse a más tardar en la fecha en que exponga a las partes el análisis preliminar o envíe un pliego de cargos.

⁹ La Comisión envió un pliego de cargos antes de adoptar la decisión sobre compromisos en los siguientes asuntos: *Premier League* (COMP/C-2/38.173), *De Beers-Alrosa* (COMP/B-2/38.381), *Distrigaz* (COMP/B-1/37.966), *Santiago Agreement* (COMP/C-2/38.126) y *CISAC* (COMP/38.698).

¹⁰ La Comisión adoptó una decisión sobre compromisos sin haber previamente enviado a las empresas investigadas un pliego de cargos en los casos siguientes: *Coca-Cola* (COMP/B-2/39.116), *Repsol* (COMP/B-1/38.348), *DaimlerChrysler* (COMP/E-2/39.140), *Bundesliga* (COMP/C-2/37.214), *Fiat* (COMP/E-2/39.141), *Toyota* (COMP/E-2/39.142) y *Opel* (COMP/E-2/93.143).

B) Acceso al expediente de las empresas investigadas

Cuando el análisis preliminar adopte la forma de un pliego de cargos, no cabe duda de que la empresa o empresas investigadas tienen derecho de acceder al expediente¹¹. La pregunta es si ese derecho asiste también a las empresas a las que la Comisión ha trasladado su análisis preliminar de cualquier otro modo, pues la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente¹² se refiere sólo a las decisiones *ex arts.* 7, 8, 23 y 24.2 del Reglamento 1/2003 pero no a las decisiones de art. 9. La cuestión es de enorme importancia para las empresas, que no podrán proponer a la Comisión unos compromisos que realmente respondan a sus inquietudes con un conocimiento pleno de las circunstancias del caso y del grado de información de que dispone la Comisión¹³.

Pese a que la cuestión dista de estar clara¹⁴, parecería que la jurisprudencia de los tribunales comunitarios en materia de derechos de defensa¹⁵ ampara el derecho de acceso de las empresas investigadas al expediente también en los casos en que el análisis preliminar de la Comisión no se contiene en un pliego de cargos sino que adopta cualquier otra forma. Ésta es, por lo demás, la solución más prudente en la medida en que, en la práctica, es frecuente que las decisiones del art. 9 se adopten tras un proceso de negociación entre las empresas y la Comisión sobre la naturaleza y alcance de los compromisos.

De lo contrario, la empresa puede acabar prefiriendo ser destinataria de un pliego de cargos simplemente para poder acceder así al expediente.

¹¹ El apartado 1 del art. 15 del Reglamento 773/2004 dispone al respecto que «previa solicitud, la Comisión dará acceso al expediente a las partes destinatarias de un pliego de cargos. El acceso se concederá después de la notificación del pliego de cargos».

¹² Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo. *DO C 325*, de 22 de diciembre de 2005.

¹³ J. TEMPLE LANG, «Commitment decisions and settlements with antitrust authorities and private parties under European antitrust law», *Fordham Corporate Law Institute*, Cap. 13, 2006, p. 227, para quien una empresa que se plantea ofrecer un compromiso después de conocer las inquietudes de la Comisión puede necesitar acceder al expediente antes de decidir cómo redactar dicho compromiso, o incluso si tal compromiso es necesario o no merece la pena intentar ofrecerlo.

¹⁴ Ver, en este sentido, R. WISH, «Commitment Decisions Under Art. 9 of the EC Modernisation Regulation. Some Unanswered Questions», en M. JOHANSSON, N. WAHL y U. BERNITZ (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg - A European for All Seasons*, Bruylant, 2006.

¹⁵ Asunto T-25/95, *Cimenteries CBR c. Comisión*, de 15 de marzo de 2000, Rec. II-508, cuyo párrafo 42 establece que «el examen del expediente forma parte de las garantías de procedimiento que tienen por objeto proteger los derechos de defensa y garantizar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído». Por su parte, «el respeto de los derechos de defensa constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y se impone, por tanto, antes de la adopción de cualquier Decisión que pueda perjudicar a las empresas afectadas» (asunto T-87/96, *Azicuriani Generali y Unicredito c. Comisión*, de 4 de marzo de 1999, Rec. II-206, párrafo 88).

diente y conocer directamente (sin la interferencia de la Comisión) la información de que ésta dispone. Éste puede ser particularmente el caso de las investigaciones iniciadas tras una denuncia, cuyo contenido no es público salvo que la misma se traslade informalmente a la empresa denunciada.

C) Publicación y participación de terceros interesados

El art. 27.4 del Reglamento 1/2003 establece que la Comisión debe publicar un «breve resumen del asunto y el contenido fundamental de los compromisos o de la línea de acción propuesta». El texto completo de los compromisos propuestos se publica en Internet. Las partes interesadas disponen de al menos un mes para presentar sus observaciones.

En principio, los terceros no denunciados no reciben más información que el «breve resumen» que se publica en el *DOUE*, mientras que los denunciados habrán accedido al pliego de cargos, caso de que tal acto administrativo exista, o habrán podido manifestar su punto de vista a la Comisión antes de que ésta decida hacer públicos los compromisos que se propone adoptar. No parece que deba existir mayor dificultad para permitir que los terceros no denunciados accedan a la información y documentación en poder de la Comisión sobre la base del Reglamento 1049/2001¹⁶. No obstante, en la práctica la Comisión ha sido poco generosa en materia de acceso al expediente, pues en ocasiones ha denegado el acceso a los propios denunciados incluso en casos en los que ha considerado acreditada la violación del Derecho de la Competencia¹⁷.

La cuestión del acceso al expediente tiene, si cabe, mayor importancia cuando los terceros hayan iniciado o tengan intención de iniciar frente a la empresa investigada una acción de reclamación de daños. En la medida en que no contienen un pronunciamiento sobre si ha existido una infracción (y éste es uno de los mayores incentivos para su utilización), las decisiones sobre compromisos no permiten fundamentar por sí mismas una acción de este tipo, por lo que la empresa demandante deberá demostrar la ilicitud de la conducta, la existencia del daño y la relación de causalidad entre ambas. Ahora bien, una empresa que pretende iniciar una acción de reclamación de daños puede tener interés en utilizar el pliego de cargos (o cualquier otro documento en el que la

¹⁶ Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (*DO L 145*, de 31 de mayo de 2001, p. 43).

¹⁷ Asunto T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Comisión*, de 13 de abril de 2005, Rec. II-1021.

Comisión haya plasmado su análisis preliminar) como elemento probatorio de su reclamación, por la influencia que dicho documento puede tener para el órgano jurisdiccional nacional que va a resolver su acción de reclamación de daños. Frente a ello, cabría plantearse si, de modo similar a las garantías existentes en relación con la política de clemencia, habría que imponer algún tipo de limitación a dicho acceso por parte de terceros.

Algún autor sugiere que en estos casos la alternativa podría consistir en obtener el pliego de cargos (y el resto de documentación importante producida en el contexto de la investigación de la Comisión) a través de las autoridades nacionales, a las que se les da traslado de dicha documentación en virtud de lo dispuesto en el art. 11.2 del Reglamento 1/2003¹⁸. En la medida en que dicha información va a ser utilizada en el marco de un procedimiento jurisdiccional nacional, el tribunal nacional podría plantearse solicitar la información a las autoridades nacionales (e, incluso, a la propia Comisión Europea). Por lo demás, no vemos grandes inconvenientes en el procedimiento civil español para que la empresa que haya iniciado una acción de reclamación de daños obtenga esta información directamente del propio demandado¹⁹.

4. EFECTOS DE LAS DECISIONES SOBRE COMPROMISOS

A) Obligatoriedad de los compromisos

El principal efecto de las decisiones del art. 9 es dotar de fuerza jurídica vinculante a los compromisos ofrecidos por las empresas. El Reglamento 1/2003 incluye dos tipos de mecanismos que persiguen asegurar el cumplimiento de los compromisos. Por una parte, el art. 24.1.c) faculta a la Comisión para imponer multas coercitivas de hasta un 5 por 100 del volumen de negocios medio diario a las empresas que no cumplan los compromisos. En la misma línea, el art. 23.2.c) permite que la Comisión imponga multas a las empresas que, conscientemente o por negligencia, no respeten dichos compromisos. Por otra parte, la Comisión puede, de conformidad con el art. 9.2, reabrir el procedimiento si resulta que las empresas afectadas no cumplen tales compromisos.

¹⁸ Así, J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 279.

¹⁹ Las autoridades públicas (en nuestro caso, la Comisión Nacional de la Competencia) están obligadas a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos en virtud del art. 332 LEC. La misma obligación se predica de cada una de las partes del proceso en el art. 328 LEC. Más complicado resultaría, en cambio, obtener esta documentación en una fase anterior a la interposición de la demanda como diligencia preliminar, dado el tenor literal de los *numerus clausus* previstos en el art. 256 LEC.

La cuestión que se plantea es qué ocurre si, ante la denuncia formal de la existencia de un incumplimiento de los compromisos impuestos por una decisión del art. 9, la Comisión decide no actuar por entender que la denuncia no entra dentro de sus prioridades²⁰. ¿Pueden en este caso las empresas perjudicadas por el incumplimiento de los compromisos solicitar a las autoridades de la competencia o los órganos jurisdiccionales nacionales que obliguen a la empresa destinataria de la decisión del art. 9 a cumplir dichos compromisos? Esta cuestión suscita nuevos interrogantes, algunos de los cuales serán respondidos en el apartado 5 siguiente.

B) Sobreseimiento del expediente

El art. 9.1 establece que las decisiones sobre compromisos constatarán que «*ya no hay motivos para la intervención de la Comisión*», lo que es tanto como decir que la Comisión pondrá fin a su investigación sobre la existencia de una presunta infracción a los arts. 81 y/o 82 CE y sobreseerá el expediente. Ahora bien, para las empresas destinatarias de la decisión de compromisos tan importante es la terminación de las investigaciones como el hecho de que la decisión de compromisos se adopta «*sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe*», como indica el considerando 13.

Como se ha señalado más arriba, en el momento de realizar su «análisis preliminar» la Comisión puede no disponer de todos los elementos de hecho o de derecho necesarios para afirmar de forma concluyente si se ha producido o no una infracción, y si ésta persiste, por lo que no deja de ser lógico que una decisión que pone anticipadamente fin al procedimiento no incluya ningún pronunciamiento en este sentido.

Más allá de ello, no se nos oculta que el mecanismo del art. 9 será útil en la medida en que las empresas tengan un incentivo para utilizarlo. Y no cabe duda de que una de las mayores ventajas de las decisiones

²⁰ Esto podría ocurrir en el caso de que la Comisión considere que la denuncia carece de interés comunitario porque no estime que la supuesta infracción denunciada sea lo suficientemente grave o porque los efectos del incumplimiento se limiten a un solo Estado miembro que constituya una parte sustancial del mercado común. Incidentalmente, cabe plantearse qué sucedería si el incumplimiento de la decisión del art. 9 se limitara a un territorio lo suficientemente pequeño y/o insignificante a efectos del comercio intracomunitario que no pudiera considerarse una parte sustancial del mercado común, pues en tal caso parecería que faltase el requisito de la afectación al comercio necesario para aplicar los arts. 81 y/o 82 CE. En nuestra opinión, el hecho de que tal incumplimiento de la decisión del art. 9, individualmente considerado, sea inidóneo para infringir los arts. 81 y/o 82 CE por faltar el requisito de la afectación al comercio es irrelevante, pues en todo caso existirá un incumplimiento de una decisión de la Comisión, que como norma de Derecho derivado es tan vinculante para el infractor como lo son los citados artículos del Tratado CE.

sobre compromisos es precisamente el hecho de que omiten toda declaración sobre la licitud o ilicitud de la conducta que la Comisión ha venido investigando, lo cual impide que puedan ser utilizadas por los perjudicados por tal conducta como fundamento de una acción de reclamación de daños.

En efecto, cualquier pronunciamiento contenido en una decisión de compromisos del que pudiera inferirse inequívocamente que la empresa estuvo infringiendo los arts. 81 u 82 CE vincularía a los tribunales nacionales en virtud del art. 16 del Reglamento 1/2003, obligándoles a reconocer la existencia de la conducta para evitar que una apreciación en sentido contrario resulte incompatible con la decisión de la Comisión. En estas circunstancias, los perjudicados «sólo» deberían acreditar el daño derivado de la conducta prohibida y el nexo causal entre ambos elementos, pues el ilícito administrativo habría sido reconocido por la Comisión en la decisión sobre compromisos.

De ahí que la ausencia de un pronunciamiento sobre la ilicitud de la conducta en el pasado y su persistencia en el futuro obligan al perjudicado a realizar una actividad probatoria completa y disminuyen significativamente el riesgo de una reclamación por daños.

5. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES Y JUECES NACIONALES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS

Planteábamos más arriba la cuestión de si un perjudicado por el incumplimiento de los compromisos declarados vinculantes mediante decisión puede hacer valer dicha decisión, y de qué modo, ante las autoridades de la competencia o de los órganos jurisdiccionales nacionales, particularmente cuando la Comisión decide no investigar dicho incumplimiento²¹. Desde un punto de vista de política legislativa, esta cuestión está íntimamente ligada a uno de los objetivos más importantes del Reglamento 1/2003, cual es el de la descentralización de la aplicación de las normas comunitarias de competencia. En el caso de los órganos jurisdiccionales, la cuestión se encuentra también vinculada a otro de los fines del citado Reglamento, el del fomento de la llamada «aplicación privada» del Derecho de la Competencia.

²¹ Nótese que esta cuestión es distinta de la de si las autoridades nacionales pueden declarar la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 CE por una condena que haya sido objeto de compromisos ante la Comisión. A este respecto, nos remitimos a un artículo publicado en su día en el que respondíamos parcialmente a esta cuestión: O. ARMENGOL y A. PASQUAL, «Some reflections on Art. 9 Commitment Decisions in the Light of the Coca-Cola Case», *ECLR*, núm. 3, 2006.

Como veremos a lo largo de este apartado, esta cuestión debe ser tratada de modo distinto en función de si lo que se busca es el amparo de los órganos jurisdiccionales o el de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

A) Actuación ante las autoridades nacionales

Es llamativo que, a diferencia de lo que sucede con los órganos jurisdiccionales nacionales, ni el Reglamento 1/2003 ni las distintas comunicaciones de la Comisión atribuyen específicamente a las autoridades nacionales de competencia la facultad de «ejecutar» las decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo al art. 9. Sin embargo, ello es lógico en la medida en que, de conformidad con el art. 9.2, sólo la Comisión puede reabrir el procedimiento (que ha tenido lugar ante ella, no ante la autoridad nacional) cuando la empresa incumple sus compromisos.

Ello no obsta para que las autoridades nacionales puedan iniciar una investigación sobre la misma conducta que investigó la Comisión y que dio lugar a la decisión del art. 9. Esta conclusión estaría apoyada por lo dispuesto en el considerando 13 en el sentido de que las decisiones sobre compromisos «se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades nacionales de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso» (la misma idea se contiene también en el considerando 22).

B) Actuación ante los órganos jurisdiccionales nacionales

Es evidente que la Comisión ha pretendido impulsar la implicación de los jueces nacionales en el control de cumplimiento de los compromisos, si bien no parece que haya podido llevar esa aspiración a una plasmación precisa en el Reglamento 1/2003, sino que ha tenido que conformarse con algunas menciones dispersas en varios instrumentos de escasa y, sobre todo, desigual fuerza vinculante. Así, en un Memorando sobre preguntas más frecuentes relativas al art. 9²², la Comisión afirma que los tribunales nacionales están obligados a hacer cumplir los compromisos por cualquier medio previsto en el Derecho nacional, incluyendo la adopción de medidas cautelares. Por su parte, la Comunicación

²² MEMO/04/17, «Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour)», disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/217&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales admite expresamente que «los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que ejecutar decisiones o reglamentos de la Comisión por los que se aplique el apartado 3 del art. 81 a ciertas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas», y aclara en un pie de página que estas «decisiones» se refieren a las previstas en los arts. 7 a 10 y 23 y 24 del Reglamento²³.

Vista la importancia de la descentralización que subyace en el Reglamento 1/2003, se echa en falta una regulación algo más precisa de los supuestos en que los tribunales nacionales pueden conocer de incumplimientos de una decisión de compromisos adoptada con arreglo al art. 9. Al respecto, surgen varias preguntas, la primera de las cuales es: ¿qué se puede solicitar exactamente al juez nacional ante un incumplimiento de una decisión sobre compromisos?

El apartado 7 de la Comunicación sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales afirma, inmediateamente antes de reconocer la necesidad de que los jueces «ejecuten» una decisión de art. 9, que «aparte de aplicar los arts. 81 y 82 CE, los órganos jurisdiccionales nacionales también son competentes para implementar los actos adoptados por las instituciones de la UE de conformidad con el Tratado CE o de conformidad con las medidas adoptadas para dar efecto al Tratado, en la medida en que estos actos surtan efecto directo». De aquí surgen otras dos dudas.

En primer lugar, el citado apartado 7 parece dar por hecho que las decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo al art. 9 gozan de efecto directo, lo cual puede ser cuando menos dudoso en muchos casos²⁴.

En segundo lugar, no está ni mucho menos claro qué se pretende de los tribunales nacionales al prever que «ejecuten» decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del art. 9. El órgano jurisdiccional nacional²⁵ no puede ejecutar una decisión de la Comisión, haya sido ésta adoptada en virtud del art. 9 o de cualquier otra base jurídica de Derecho primario o derivado. Dicho de otro modo, un demandante no puede solicitar a un juez que obligue al demandado a cumplir una decisión de la Comisión.

²³ Apartado 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. *DO C* 101, de 27 de abril de 2004.

²⁴ Cfr. en este sentido J. DAVIES y D. MANISH, «Private enforcement of Commission commitment decisions: a steep climb, not a gentle stroll», *Fordham Corporate Law Institute*, cap. 10, 2006, pp. 199 y ss.

²⁵ Nos referimos aquí, obviamente, en lo que respecta a España, a los jueces del orden civil y más concretamente a los Juzgados de lo Mercantil.

Como mucho, asumiendo que una decisión basada en el art. 9 goza de efecto directo, el juez puede pronunciarse sobre si se ha infringido aquélla a los efectos de dirimir una cuestión que sea de su competencia (por ejemplo, una reclamación de daños y perjuicios, o una solicitud de declaración de nulidad de un contrato). Pero entonces surge una segunda paradoja, que es la de que incluso aunque el juez llegue al convencimiento de que una parte ha incumplido una decisión basada en el art. 9, en ningún caso puede extraer de ello automáticamente la conclusión de que aquélla infringe así los arts. 81 y/o 82 CE, pues precisamente ésa es una cuestión que la decisión incumplida deja sin resolver. Lo que tendrá que hacer el juez, llegado el caso, es declarar la existencia de una infracción de los arts. 81 y/o 82 CE, pero no porque se hayan incumplido los compromisos, sino porque considere acreditado que la conducta de la empresa en cuestión, no ateniéndose a los compromisos, es constitutiva de tal infracción²⁶.

Por lo demás, sin duda el mayor atractivo de un procedimiento judicial (en comparación con uno de carácter administrativo) basado en un incumplimiento de una decisión de compromisos reside en la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares al objeto de que la empresa incumplidora respete dichos compromisos. En efecto, es razonable pensar que el incumplimiento de los compromisos puede fundar al menos la apariencia de buen derecho, en la medida en que en ausencia de ese comportamiento cabría la posibilidad de que se estuvieran infringiendo las normas de competencia del Tratado CE. Otra cosa es que pueda demostrarse la urgencia en la adopción de la medida cautelar, cuestión que previsiblemente dependerá en mayor medida de las circunstancias del caso.

6. CONCLUSIÓN

El art. 9 es un instrumento práctico y útil que debe contribuir no sólo a reducir la carga administrativa de la Comisión sino también el número de infracciones a los arts. 81 y 82 CE. Pese a ello, esta disposición suscita un buen número de interesantes cuestiones, algunas de las cuales han pretendido ser respondidas en estas páginas, mientras que otras han

²⁶ En principio no vemos inconveniente en que la sentencia declare la existencia de una infracción de los arts. 81 u 82 del Tratado CE no sólo a partir del momento en que se incumplen los compromisos, sino incluso desde un momento anterior a éstos. En efecto, el considerando 13 del Reglamento (CE) 1/2003 contempla que los jueces y autoridades de competencia nacionales declaren la existencia de una infracción incluso en presencia de una decisión de compromisos; en todo caso ya no cabría hablar de que podría perderse el efecto útil de la misma, en la medida en que de todos modos estaría siendo incumplida por su destinatario.

sido simplemente esbozadas. Estamos convencidos de que en los años venideros la jurisprudencia de los tribunales comunitarios está llamada a aclarar varios aspectos del funcionamiento del art. 9 y del papel que las decisiones sobre compromisos están llamadas a desempeñar en un sistema descentralizado de aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES NACIONALES

Fernando LORENTE HURTADO
Abogado Uría Menéndez

1. INTRODUCCIÓN

La institución del art. 52 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia, debe entenderse como bastante más, a nuestro juicio, que una mera actualización de lo previsto en el art. 36 *bis* de la Ley 16/1989. Excede de las modificaciones puestas de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley, concretadas a la no necesidad del concurso o conformidad de los denunciantes y demás interesados y a la posibilidad de que la terminación convencional se plantee con posterioridad a la formulación del pliego de concreción de hechos.

Implica, a nuestro entender, la consagración de un nuevo cauce, no sólo procedimental sino también sustantivo, de restablecimiento de la libre competencia, alternativo al del procedimiento sancionador y a la apreciación de la existencia de infracción, con el que comparte algunos elementos pero del que le separan otros igualmente relevantes.

Parece evidente que el referente determinante de la nueva configuración de la terminación convencional es la institución, prevista en el art. 9 del Reglamento 1/2003/CE, de las Decisiones de la Comisión Europea relativas a la conversión en obligatorios de los compromisos propuestos por las empresas concernidas para satisfacer los problemas de competencia («las inquietudes») planteados por aquélla.