

EL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO PARA ASUNTOS DE CÁRTEL

María Luisa TIERNO CENTELLA*
Comisión Europea

1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE «TRANSACCIÓN» Y «PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN»

El procedimiento de transacción comunitario ha sido concebido para integrarse en el marco institucional y legal vigente, introduciendo ajustes y variantes solamente en la legislación secundaria. La Comisión Europea (en lo sucesivo, «la Comisión») dispone desde julio de 2008 de un paquete legislativo que le permite, de acuerdo con las empresas concernidas, aplicar un procedimiento simplificado a los asuntos de cártel que afectan al comercio entre Estados miembros. El paquete legislativo consta de dos instrumentos legales:

- *Reglamento (CE) núm. 622/2008 DE de la Comisión de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel*¹. Esta modificación es técnicamente necesaria para acomodar la opción de la transacción en el marco legal

* María Luisa TIERNO CENTELLA es Jefa adjunta de la unidad G-2 de la Dirección de cárteles de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Las opiniones vertidas en este artículo se expresan a título personal y no deben ser interpretadas como un reflejo directo de las opiniones de la Comisión Europea.

¹ DO L 171, de 1 de julio de 2008, pp. 3-6.

vigente, con objeto de: *a)* introducir una serie de disposiciones y plazos alternativos con respecto a aspectos tales como la incoación del procedimiento, el papel de los demandantes, el acceso al expediente o la vista, dentro de los límites establecidos por el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado² (en lo sucesivo, «el Reglamento núm. 1/2003»); *b)* habilitar la opción de una secuencia diferente de pasos procesales, pudiendo adelantar algunos con carácter previo a la notificación del pliego de cargos; *c)* permitir que las empresas que elijan explorar la transacción y, en su caso, transigir, estén sujetas a determinadas obligaciones indispensables para obtener economías procesales, habida cuenta de que las Comunicaciones de la Comisión vinculan a la propia Comisión pero, por sí solas, no crean obligaciones para las empresas.

- *Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel*³ (en lo sucesivo, «la Comunicación sobre la transacción»). Esta comunicación describe los pormenores del procedimiento y permite a las empresas evaluar la oportunidad y conveniencia de acogerse a él, conociendo las garantías que incorpora y los beneficios que comporta, al tiempo que les permite anticipar la cooperación que se esperaría de ellas. Además, esta Comunicación establece una reducción del 10 por 100 de la futura multa y es una guía de interpretación de las nuevas disposiciones del Reglamento (EC) núm. 773/2004 (en adelante «Reglamento núm. 773/2004»).

Desde el punto de vista de la Comisión Europea (en lo sucesivo «la Comisión»), una «transacción» no es sino una decisión que constata y penaliza una infracción, adoptada en virtud de los arts. 7 y 23 del Reglamento núm. 1/2003 al cabo de un procedimiento simplificado en el curso del cual los destinatarios de la decisión han admitido su responsabilidad por la infracción del art. 81 CE. Por tanto, la transacción comunitaria no constituye una alternativa informal a un procedimiento formal ordinario. Se trata, por el contrario, de un procedimiento reglado, aunque más ágil, conducente a una decisión formal susceptible de revisión por la judicatura competente⁴.

² DO L 001, de 4 de enero de 2003, pp. 1-25.

³ DO C 167, de 2 de julio de 2008, pp. 1-6.

⁴ El párrafo 41 de la Comunicación sobre la transacción reza: «Las decisiones finales adoptadas por la Comisión con arreglo al Reglamento (CE) núm. 1/2003 están sujetas a control judi-

La transacción comunitaria no prevé ninguna negociación⁵ sobre el alcance de las imputaciones, los medios de prueba o el importe de la multa como contrapartida de la cooperación de las partes en la consecución de un procedimiento abreviado. En cambio, ampara el ejercicio efectivo por las partes de su derecho a ser oídas sobre la veracidad y pertinencia de los hechos e imputaciones alegados por la Comisión y la veracidad e interpretación de los medios de prueba.

Por un lado, garantiza que las partes en el procedimiento no pueden ser obligadas a transigir, sino que si se decantan por esta opción lo hagan a la vista de las pruebas que contiene el expediente, con plena conciencia de las imputaciones y de las consecuencias a las que se enfrentan. Por otro lado, el paquete legislativo garantiza que la Comisión mantenga la posibilidad de decidir si procede entablar o proseguir el procedimiento de transacción en función de factores tales como el progreso registrado durante las conversaciones con las partes y la probabilidad de resultar en una agilización del procedimiento que justifique la reducción por transacción. Por ello importa subrayar que el procedimiento de transacción no puede iniciarse sin una petición expresa de las empresas a las que concierne. Si las empresas no lo solicitan o la Comisión no lo incoa, el procedimiento ordinario se aplica por defecto⁶, así como en el supuesto de un intento fallido de transacción⁷.

Como veremos más adelante, el procedimiento de transacción comunitario ha sido diseñado para no interferirse con los incentivos y funcio-

cial en virtud del art. 230 del Tratado. Además, tal y como establecen el art. 229 del Tratado y el art. 31 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, el Tribunal de Justicia goza de competencia jurisdiccional plena para revisar las decisiones sobre multas adoptadas con arreglo al art. 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003».

⁵ El párrafo 2 de la Comunicación sobre la transacción explica: «Si bien la Comisión, en tanto que autoridad investigadora y guardiana del Tratado [...] no negocia la existencia o inexistencia de una infracción de la legislación comunitaria ni la sanción que debe imponerse, sí puede recompensar la cooperación que se describe en esta Comunicación».

⁶ El párrafo 19 de la Comunicación sobre la transacción reza: «Si una parte interesada no presenta su solicitud de transacción, el procedimiento que concluirá con la decisión final con respecto a ella se regirá por las disposiciones generales, en particular del art. 10, apartado 2, del art. 12, apartado 1, y del art. 15, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 773/2004, en lugar de por las disposiciones que regulan el procedimiento de transacción».

⁷ El párrafo 27 de la Comunicación sobre la transacción dispone: «La Comisión se reserva el derecho a adoptar un pliego de cargos que no refleje el contenido de las solicitudes de transacción de las partes. En este caso, serán de aplicación las disposiciones generales del art. 10, apartado 2, del art. 12, apartado 1, y del art. 15, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 773/2004. [...]». Análogamente, el párrafo 29 reserva para la Comisión «el derecho a adoptar una posición final que se aparte de la posición preliminar que haya expresado en un pliego de cargos que suscriba las solicitudes de transacción de las partes, bien a la luz del dictamen del Comité consultivo, o bien por otras consideraciones apropiadas relativas a la autonomía de que dispone en última instancia la Comisión en la toma de decisiones. No obstante, si la Comisión opta por proceder de esta manera, informará a las partes y les notificará un nuevo pliego de cargos para permitir el ejercicio de sus derechos de la defensa de conformidad con las normas generales de procedimiento aplicables [...]».

namiento de la clemencia comunitaria, reflejados en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel⁸ («la Comunicación sobre la clemencia»).

2. OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO

Una vez se haya adquirido experiencia en su aplicación, cabe esperar que el procedimiento de transacción comunitario ayude a liberar recursos para acometer otros asuntos⁹, redundando en una mayor efectividad y efecto disuasorio de la acción de la Comisión. La clave de la economía de recursos resulta de:

- Un menor esfuerzo de redacción y, por ende de traducción, al elaborar tanto pliegos de cargos como decisiones en un escenario de conformidad expresa por parte de las partes, en comparación con aquellos casos en los que es preciso detenerse en cada argumento y en los que cabe prever un contencioso posterior ante el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo.
- La posibilidad de concentrar el esfuerzo de clarificación de la confidencialidad sólo en los documentos del expediente que tienen trascendencia para establecer los hechos (pruebas de cargo y descargo).
- Adelantar la posibilidad de oír a las partes, de modo que ciertos pasos procedimentales (tales como la vista oral o un nuevo y más completo acceso al expediente) resulten redundantes una vez adoptado un pliego de cargos que ya refleje las conclusiones admitidas por las partes en sus respectivas solicitudes de transacción.
- Una menor incidencia de contenciosos ante el TPI. La experiencia demuestra que en la actualidad gran parte del contencioso comunitario en asuntos de cárteles se consagra a cuestiones tales como la cuantía de la multa o la atribución de responsabilidad, más que a la participación en la infracción.

3. METODOLOGÍA: ENCAUZAR LAS LEGÍTIMAS OPCIONES PROCEDIMENTALES DE LAS PARTES DE MODO QUE REDUNDEN EN UN PROCEDIMIENTO MÁS EFICIENTE

El procedimiento ordinario comunitario aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia ofrece un extenso abanico de garantías para las partes, con objeto de amparar sus derechos en todos los casos y particular-

⁸ DO C 298 de 8 de diciembre de 2006, pp. 17-22.

⁹ El considerando cuarto del Reglamento núm. 662/2008 justifica la introducción del «procedimiento de transacción para permitir a la Comisión tramitar con mayor rapidez y eficacia los asuntos relativos a cárteles [...]».

mente en aquellos en que éstas elijan contradecir radicalmente las conclusiones de la Comisión y rechazar responsabilidad por los hechos, tanto en el marco del procedimiento administrativo, como luego en el contencioso.

Es cierto que nada en el procedimiento ordinario impide que las empresas contribuyan a la investigación de la Comisión con pruebas (como en el marco de la clemencia), o reconociendo los hechos y su valoración, o no contestándolos, como tampoco obsta para que las partes puedan dejar de instar el acceso total o parcial al expediente o no solicitar la celebración de una vista oral. Así viene sucediendo voluntaria y esporádicamente, en la medida en que los derechos procesales de acceso al expediente o a participar en una vista se ejercen a instancia de parte también en el transcurso del procedimiento ordinario. Como tales opciones descansan en la iniciativa de las partes, no menoscaban la legalidad de la decisión adoptada al final del procedimiento. Ahora bien, como el procedimiento comunitario contra cárteles es típicamente multilateral, las elecciones aisladas de una o varias partes no dan como resultado una mejora sustancial de la eficiencia del procedimiento en cuestión. Por ejemplo, aunque unas partes no soliciten el acceso completo al expediente o la celebración de la vista, lo uno y lo otro deben ser preparados de todos modos para el resto de las partes.

En suma, el procedimiento ordinario, válido para todas las posibles estrategias de defensa, no ha sido concebido para facilitar ni promover que las partes investigadas ejerzan sus derechos de modo convergente, con el fin de hacer posibles las eficiencias perseguidas con la transacción para el procedimiento en sí. Por ello, el paquete legislativo de la transacción ofrece reglas transparentes y aclara las garantías e incentivos que asisten a las partes que, a la vista de las pruebas que obran en el expediente, elijan libremente hacer un determinado uso convergente de sus derechos subjetivos o de libre disposición.

4. RAZONES PARA RESERVAR EL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO PARA EL TRATAMIENTO DE ASUNTOS DE CÁRTELES

A) Probabilidad de que las partes lleguen a conclusiones concordantes con las de la Comisión, a la vista de los elementos de prueba que constan en el expediente

Los cárteles¹⁰ son conductas deliberadas adoptadas por los operadores económicos, a menudo clandestinas, que se hallan por su propio

¹⁰ En definición a pie de página en la Comunicación de la transacción que reproduce el párrafo 1 de la Comunicación sobre la clemencia: «Los cárteles son acuerdos o prácticas concer-

objeto entre las infracciones más graves del art. 81 CE. Las autoridades de competencia se enfrentan a los cárteles recurriendo a sus poderes de investigación y a programas de clemencia concebidos para alentar la cooperación desde dentro del cártel. Como ya se ha dejado escrito, el contencioso comunitario relativo a los cárteles suele concentrarse en cuestiones procedimentales, circunstancias que revisten consecuencias en el cómputo de la multa y la responsabilidad de las empresas matrices por la conducta de sus filiales. Así suele suceder en particular en los asuntos en que se aplica la Comunicación sobre la clemencia.

A diferencia de lo que sucede con otras prácticas, cuando una empresa se ve confrontada con un asunto de cártel, no precisa discutir la intencionalidad, la definición de mercado o la extensión, naturaleza y peso relativo de los efectos pro- y anticompetitivos de la conducta en el mercado. Su interés fundamental estriba en determinar si las indagaciones de la Comisión han expuesto su conducta, si se ha llegado a reunir pruebas que permitan probar el alcance de su implicación y averiguar la cuantía potencial de la multa. Por ello, los asuntos de cártel se prestan mejor a un procedimiento de transacción de las características y con el objetivo del comunitario.

B) Alcance de la simplificación posible en los procedimientos multipartitos de cártel

Un expediente comunitario medio en el campo de los cárteles cuenta decenas de miles de páginas (varían entre unas 10.000 y unas 100.000), cada una de las cuales ha de ser revisada a la luz de las solicitudes de confidencialidad, a pesar de que sólo unos pocos cientos de esas páginas vienen siendo utilizadas como medios de prueba (de cargo o de descargo). Preparar el expediente completo para que las partes tomen vista de él requiere su revisión concienzuda, adoptar decisiones sobre la extensión y justificación de las diferentes solicitudes de confidencialidad ponderándolas frente a los derechos de la defensa de las demás partes que solicitan acceso a los documentos, páginas, párrafos o datos concretos estimados confidenciales... La Comisión ha de embarcarse en este ejercicio independientemente de si tales datos o textos han sido utilizados en absoluto para fijar los hechos. Esto se debe a que la jurisprudencia

tadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Tales prácticas figuran entre los casos más graves de violación del art. 81 del Tratado CE».

ha establecido que la Comisión sólo puede determinar los documentos que cabe calificar como «incriminatorios» al utilizarlos a cargo; pero en cambio no puede determinar qué pruebas o informaciones pueden resultar útiles en descargo de las partes. Además, los desacuerdos relativos a solicitudes de confidencialidad y solicitudes de vista del expediente pueden ser sometidos a la consideración del Consejero Auditor y, en último término, ser objeto de recurso separado ante el Tribunal de Primera Instancia (el llamado «procedimiento Akzo»), aunque se trate de simples informaciones que nadie acabe utilizando. Este tremendo esfuerzo se ve exacerbado cuando se añaden las exigencias derivadas de procedimientos paralelos en terceros Estados, o cuando las partes hacen reclamaciones dilatorias. Ahorrar esfuerzos, recursos y tiempo en la parte potencialmente superflua de este ejercicio y consagrarse a cientos o miles de páginas en vez de a todo el expediente, es de importancia crítica para mejorar la eficiencia del procedimiento comunitario¹¹.

Además, las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de cárteles que desbordan los límites nacionales son más frecuentes que las de otros tipos de prácticas anticompetitivas y las cargas procesales asociadas a los asuntos de cártel son muy elevadas, porque suelen requerir un procedimiento particularmente laborioso en función del número de partes implicadas, la multiplicidad lingüística y las cuestiones de índole jurisdiccional que suscitan (*v. gr.*, las diligencias de «*discovery*»).

Por ello, cabe considerar que la transacción en asuntos de cártel es susceptible de producir economías sustanciales que justifican una herramienta específica y su valoración en el cómputo de la multa.

C) El procedimiento de transacción no está indicado en todos los asuntos de cártel

El procedimiento de transacción no sustituirá al procedimiento ordinario en todos los casos de cártel, puesto que se trata de un instrumento que no puede imponerse ni a las partes¹² ni a la Comisión y dado que

¹¹ Ciertamente, el acceso completo al expediente sigue siendo posible a instancia de parte para los destinatarios del pliego de cargos, una vez recibido, en el marco del procedimiento ordinario. Participar en conversaciones con vistas a la transacción no afecta a ese derecho y si las partes no llegan a transigir, siempre podrán tener acceso al expediente completo cuando se les notifique el pliego de cargos.

¹² El párrafo 5, *in fine*, de la Comunicación sobre la transacción recuerda que la «Comisión sólo podrá iniciar conversaciones con vistas a una transacción previa solicitud escrita de las partes afectadas», de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo art. 10 *bis* (1) del Reglamento núm. 773/2004. El párrafo 20 de la Comunicación insiste en que se trata de una opción deliberada de las partes: «Las partes que opten por el procedimiento de transacción deberán presentar una solicitud formal de transacción [...]».

no todos los expedientes se prestan para obtener el consenso de los implicados. Por ello, ya el párrafo 5 de la Comunicación de la transacción (y el párrafo 4 de la Exposición de Motivos del Reglamento núm. 622/2008), se refiere a una serie de criterios no exhaustivos que la Comisión tomará en consideración para abrir o dar continuidad al procedimiento de transacción: «La Comisión tiene un amplio margen discrecional para determinar en qué casos puede resultar indicado explorar el interés de las partes en entablar conversaciones con vistas a una transacción, así como para iniciar o suspender tales conversaciones o llegar a una transacción definitiva. A este respecto, puede tomarse en consideración la probabilidad de lograr un entendimiento común con las partes afectadas en cuanto al alcance de las objeciones potenciales dentro de un plazo razonable, a la vista de factores como el número de partes afectadas, las previsibles posiciones enfrentadas en torno a la atribución de responsabilidad, el alcance de la impugnación de los hechos, etc. Ha de considerarse la probabilidad de lograr eficiencias procedimentales a la luz del avance general alcanzado en el procedimiento de transacción, incluido el volumen de trabajo que representa facilitar el acceso a las versiones no confidenciales de documentos del expediente. Pueden atenderse asimismo otros factores tales como la creación de un posible precedente. La Comisión puede poner fin a las conversaciones entabladas con vistas a una transacción si hay partes en el procedimiento que se coordinan para falsear o malograr cualquier prueba relevante para constatar toda o parte de la infracción o relevante para el cálculo de la correspondiente multa [...]». Si reflexionamos un momento sobre los casos en que cabe plantearse la transacción de manera realista, repararemos en que hay determinados factores que son objetivamente susceptibles de favorecer o dificultar el consenso de las partes y de la propia Comisión y que entran con mayor o menor holgura en el catálogo abierto de elementos establecido en el párrafo 5 de la Comunicación, que acabamos de citar.

Para establecer «la probabilidad de lograr un entendimiento común con las partes afectadas en cuanto al alcance de las objeciones potenciales dentro de un plazo razonable», alude la Comunicación al «alcance de la impugnación de los hechos». En buena lógica, esto puede ponerse de manifiesto durante las conversaciones entabladas con vistas a la transacción o incluso antes, durante la investigación propiamente dicha, o deducirse de factores objetivos y de la experiencia en el tratamiento de asuntos de cártel. Me parece que la presencia de pruebas concluyentes (en particular, múltiples corroboraciones, documentos contemporáneos de la infracción directamente incriminatorias para las partes, etc.) puede ser primordial para que el alcance de la impugnación de los hechos no revista gran importancia y las partes se decidan a transigir. Sin embargo,

aun en presencia de pruebas abundantes y concluyentes, otros factores pueden favorecer la opción de la transacción, o dificultarla. Así, el hecho de que una cierta proporción de las partes en el procedimiento haya obtenido clemencia puede favorecer la transacción (sin ser indispensable), dado que la decisión de transigir debería resultar en principio más sencilla para una empresa que ya ha tomado la decisión de cooperar con la Comisión ayudándole a probar la infracción, sabiendo además que las reducciones por los dos conceptos son cumulativas. Asimismo, es posible que sea más fácil transigir para las empresas que no se enfrentan a circunstancias agravantes que puedan ser objeto de litigio, ya que el aumento del importe de la multa que comportan determinadas agravantes es superior a la reducción que supone la transacción. Aun así, todo puede depender de si las pruebas sobre las que se basa la agravación son incontrovertibles y, por ejemplo, la reincidencia es difícil de contradecir, en la medida en que su demostración depende de hechos públicos y objetivos (aunque el incremento de la multa que la reincidencia comporte puede ser materia más litigiosa). Con todo, estas consideraciones pierden relevancia si el importe total de la multa viene limitado porque se tiene que rebajar al techo del 10 por 100 del volumen de negocios global, independientemente de si se computa o no la agravante o algún otro factor, porque en ese caso la transacción siempre asegura una reducción de la multa del 10 por 100 aplicado sobre ese 10 por 100 del volumen de negocios global, además de redundar en un procedimiento más corto y en menores gastos que los que acarrea el contencioso.

En cambio, como la Comunicación pone también de manifiesto, si bien cabe prever «posiciones enfrentadas entre las partes en torno a la atribución de responsabilidad» (por ejemplo, cuando distintas empresas compartan una responsabilidad solidaria por la infracción cometida por una filial que haya pasado de un grupo a otro), es poco probable que tales empresas lleguen a conclusiones compatibles entre sí en esta materia y este factor milita en contra de la transacción, salvo que conste que tales cuestiones están resueltas.

Otro factor que puede ser lógicamente relevante y tenido en cuenta es el hecho de que las propias partes hayan manifestado su interés por la transacción antes incluso de haber incoado el expediente y sería lógico esperar que muchas empresas, al solicitar la clemencia o al recibir una inspección o una solicitud de información, decidan manifestar su interés en una eventual transacción, como también cabe esperar que los servicios de la Comisión procuren conocer si las partes estarían interesadas en participar (sin obligación de resultado) en conversaciones con vistas a la transacción en caso de ser emplazadas formalmente para declarar su interés en el procedimiento.

Además, puede haber elementos externos al procedimiento comunicatorio que incidan en su progresión. Por ejemplo, cabe pensar que las empresas serán más proclives a la transacción en los casos en que no quepa temer acciones judiciales que puedan resultar en «*treble damages*» (el pago del triple de los daños y perjuicios infligidos, como en EEUU), o en penas privativas de la libertad para los individuos que hayan desempeñado determinados puestos de responsabilidad en las empresas implicadas. El interés en la transacción por parte de las empresas será más probable cuando el asunto no atañe a las jurisdicciones que aplican tales principios y sanciones, o cuando, aun concerniéndolas, esos capítulos hayan quedado resueltos.

De estos ejemplos y reflexiones personales —que distan de ser exhaustivos—, se deduce también que aunque quizá no puedan impedirse las especulaciones simplistas sobre los motivos que lleven a la Comisión a atenerse al procedimiento ordinario en un caso concreto, las razones para proceder de un modo u otro pueden ser (y normalmente serán) múltiples y complejas. Por ello, y dado que sólo la Comisión dispone de una visión panorámica de todas las partes y del procedimiento, ha sido preciso preservar la discreción de la Comisión en esta materia, mientras se indican los principios maestros que debe seguir en su ejercicio y se explicitan algunos posibles criterios a título de ejemplo y clarificación.

D) Diferencias entre las decisiones adoptadas al término de procedimientos de transacción y las decisiones de compromisos del art. 9 del Reglamento núm. 1/2003

El anuncio hecho en su día por la Comisaria N. Kroes de que había dado instrucciones a la Dirección General para que creara un instrumento que hiciera posible la transacción, llevó a algunos a especular con la posibilidad de utilizar como base jurídica o como inspiración el art. 9 del Reglamento núm. 1/2003 (los «compromisos»)¹³. Como se ha visto,

¹³ «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 periodo 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».

no ha sido ésa la vía elegida y la base jurídica de las decisiones adoptadas al término del procedimiento de transacción son los arts. 7 y 23 del Reglamento núm. 1/2003. Las distintas bases jurídicas para los «compromisos» y la «transacción» reflejan diferencias fundamentales entre ambos instrumentos, hasta el punto de que considero que las únicas similitudes entre ellos son el hecho de ser ambos procedimientos formales y reglados y el de requerir la colaboración de las partes.

Las decisiones que hacen vinculantes los *compromisos* ofrecidos por las empresas:

- a) Son adoptadas cuando aquéllos se juzgan apropiados para poner fin a las inquietudes que la conducta suscitaba. Permiten a la Comisión hacer una priorización eficiente de los casos que trata.
- b) No establecen formalmente la existencia de la infracción¹⁴, ni imponen multas, sino que ponen fin a la conducta sospechosa dotando de fuerza vinculante a los compromisos propuestos por las empresas. Por ello:
 - Exige una investigación que lleve a suscitar una inquietud fundada en la Comisión con respecto a la competencia que pueda plasmarse en un análisis preliminar, que puede ser menos pormenorizado que un pliego de cargos.
 - Aunque nada impide a los tribunales nacionales que tengan en cuenta el hecho de que la Comisión haya plasmado su inquietud en un análisis preliminar y que la empresa haya decidido dar satisfacción a la Comisión ofreciendo unos compromisos determinados a la hora de resolver en procedimientos por daños y perjuicios, los jueces tendrán que basar su resolución en su propia apreciación jurídica, porque la decisión de la Comisión no da por probada la infracción.
 - Por ende, las decisiones de compromisos no constituyen precedentes para establecer la reincidencia.
 - Si las autoridades nacionales de competencia o los tribunales nacionales de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo fueran llamados a tratar el mismo asunto sobre la base del art. 81 CE o del art. 53 EEE, no incurrirían en *bis in idem*, dado que, de acuerdo con el considerando 13 del Reglamento núm. 1/2003, las «decisiones relativas a los compromisos se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccio-

¹⁴ De acuerdo con el considerando 13 del Reglamento núm. 1/2003: «[...] Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe [...]».

nales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso». La incoación del procedimiento comunitario solamente suspende la competencia de las autoridades nacionales de competencia a lo sumo hasta la adopción de la decisión de compromisos. En mi opinión, la razón estriba en que incluso los procedimientos que culminan con una decisión de compromisos se incoan con el fin o al menos con la potencialidad de conducir a la adopción de una decisión de constatación y cese de la infracción del art. 7 del Reglamento núm. 1/2003.

- c) Las decisiones de compromisos no son apropiadas para aplicarse en asuntos de cártel, en la medida en que «no procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa»¹⁵, y las decisiones de compromisos se limitan a concluir que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión. En principio, la Comisión impone multas en todos los asuntos de cártel contra los que decide actuar y además considera prioritaria su persecución, dado su carácter grave y clandestino y la consiguiente dificultad intrínseca de investigar y establecer los hechos. Por eso es fundamental penalizarlos y hacerlo por medios suficientemente disuasivos. En mi opinión, sería difícil justificar un interés público en que la Comisión se conformara con el único compromiso que cabría aplicar a un asunto de cártel: abstenerse de coordinarse con los competidores en los parámetros mismos de la competencia. Ello, porque los cárteles suelen verse interrumpidos desde que sus miembros son conscientes de que la Comisión investiga su conducta y porque son infracciones multilaterales que suelen no depender de la conducta unilateral de un solo miembro.

Por su parte, las *decisiones de transacción*:

- a) Reposan en la base jurídica ordinaria y habitual de las decisiones de la Comisión en su actuación frente a violaciones de los arts. 81 y 82 CE¹⁶.
- b) Establecen la existencia de una infracción, la describen y la prueban, al tiempo que conminan a sus destinatarias a cesar en la infracción y les imponen una multa. Por ello, las decisiones de transacción:

¹⁵ Vid. el considerando 13 del Reglamento núm. 1/2003, *in fine*.

¹⁶ Vid. en este sentido el nuevo art. 10 *bis*, apartado 3 del Reglamento núm. 773/2004 y los párrafos 2, 28 y 30 de la Comunicación sobre la transacción.

- Se adoptan al cabo de un procedimiento reglado, una investigación meticulosa y la notificación de un pliego de cargos.
 - Pueden ser la base de una acción de daños y perjuicios.
 - Constituyen un precedente válido para establecer la reincidencia en el futuro.
 - Tiene efecto de preclusión (*ne bis in idem*) de modo que las autoridades nacionales de competencia de la UE pierden su competencia para adoptar una nueva decisión sobre los mismos hechos y en aplicación de la misma base legal. La incoación del procedimiento por la Comisión, sea o no con vistas a la transacción, las priva de su competencia.
- c) Las decisiones de transacción se circunscriben a los asuntos de cártel por las razones ya expuestas.

5. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO

A) Investigación de la conducta

La Comisión, en su calidad de autoridad investigadora y guardiana del Tratado, hace sus indagaciones como en cualquier caso de cártel, con los medios habituales (*v. gr.*, inspecciones, clemencia, solicitudes de información...). En ese punto, no hay que reseñar ninguna alternativa ni modificación del Reglamento núm. 773/2004. La Comisión no estará en condiciones de determinar si un asunto es susceptible de resultar en una transacción hasta que no haya reunido y analizado los elementos de prueba y esté preparada para redactar un pliego de cargos.

B) Incoación del procedimiento y pasos exploratorios con vistas a la transacción

Al valorar la oportunidad y conveniencia de dar pasos exploratorios con vistas a la transacción en un determinado caso, la Comisión apreciará la probabilidad de que todas las empresas implicadas coincidan en admitir que son fundados los cargos por los que la Comisión les considera imputables, así como si cabe razonablemente esperar que la transacción agilice el procedimiento. Ya se ha hecho referencia al contenido, no limitativo, del párrafo 5 de la Comunicación de la transacción.

Si la Comisión opta por explorar la vía de la transacción, notificará a las empresas en cuestión la incoación del procedimiento, lo que confiere a las empresas el carácter de «partes» en el procedimiento, además

de privar de su competencia a las autoridades nacionales de competencia para aplicar el art. 81 EC al caso. Además, se les emplazará para declarar su interés en participar en conversaciones bilaterales con la Comisión, con vistas a una posible transacción. Cuando la Comisión incoe procedimientos contra varias entidades jurídicas que haya identificado con el mismo grupo de empresas, se lo indicará a las mismas, previniéndoles de que si quieren tomar parte en las conversaciones bilaterales, será preciso nombrar una representación común¹⁷. Esto no implica la aceptación por su parte de ninguna atribución de responsabilidad para las empresas matrices, ni ninguna otra. Es un requisito concebido para facilitar las conversaciones y permitir que partes con idénticos o parecidos intereses tengan el mismo nivel de información al mismo tiempo sobre el contenido y las conclusiones de las reuniones.

Por otro lado, se recordará a las partes lo dispuesto en el párrafo 13 de la Comunicación sobre la transacción: que el plazo otorgado para declarar su eventual interés en participar en conversaciones con vistas a la transacción, es también el plazo dentro del cual pueden aún presentar solicitudes de clemencia, si no lo hubieran hecho. Cumplido ese plazo, pueden todavía presentarse, pero pueden ser desestimadas sobre la base de la expiración del plazo, igual que en el procedimiento ordinario cabe desestimar las solicitudes de clemencia presentadas una vez adoptado el pliego de cargos. En el caso de la transacción, este fenómeno se adelanta para evitar la confusión entre la transacción y la clemencia, como se explicará más adelante.

C) Conversaciones bilaterales con las partes con vistas a la transacción

Las modificaciones introducidas en el Reglamento núm. 773/2004 han creado un espacio para entablar conversaciones bilaterales entre la Comisión y las partes con vistas a la transacción entre el momento de incoación del expediente con arreglo al art. 11(6) del Reglamento núm. 1/2003 y la notificación del pliego de cargos. La Comisión se reserva el derecho de determinar el orden, el ritmo y la secuencia de las conversaciones para intentar obtener el procedimiento más ágil, de acuerdo con el

¹⁷ Esto se deriva del nuevo art. 10 bis, apartado 1, párrafo 2: «Si dos o más partes de la misma empresa indican que desean iniciar conversaciones con vistas a una transacción con arreglo al párrafo primero, designarán representantes conjuntos para iniciar en su nombre las conversaciones con la Comisión. Al establecer el plazo citado en el párrafo primero, la Comisión indicará a las partes afectadas que están identificadas como pertenecientes a la misma empresa, con el único fin de que puedan acogerse a la presente disposición». También se recoge en el párrafo 12 de la Comunicación sobre la transacción.

art. 10 bis, apartado 2 del Reglamento núm. 773/2004 y el párrafo 15 de la Comunicación sobre la transacción.

De acuerdo también con el párrafo 15 de la Comunicación sobre la transacción, la Comisión decidirá sobre el alcance y el momento en que transmite a las empresas las informaciones necesarias para llegar a la transacción, en función de los avances registrados. Las partes, que no pueden ser obligadas a presentar una solicitud formal de transacción, tampoco pueden ser siquiera emplazadas¹⁸ por la Comisión para presentar ninguna solicitud de transacción sin haber tenido la oportunidad de ejercer su derecho a ser oídas sobre los cargos previstos y haber comunicado una estimación de los niveles máximo y mínimo de multa en que son susceptibles de incurrir, a juicio de los servicios de la Dirección General de Competencia, de acuerdo con las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003¹⁹ (en los sucesivos, «Directrices sobre multas»), teniendo en cuenta, en su caso, la posible reducción por aplicación de la Comunicación sobre la clemencia y la reducción por transacción²⁰. Por ello, en la medida en que avancen las conversaciones bilaterales, la Comisión informará primero a las partes de los cargos a los que pueden enfrentarse y se les dará vista progresivamente de las pruebas que obran en el expediente y permiten acotar dichos cargos, del listado de documentos que obren en el expediente hasta ese momento y, últimamente, se tratará de la cuantía de la multa.

El párrafo 16 de la Comunicación sobre la transacción es más explícito que el Reglamento y especifica que las partes que presenten solicitudes de transacción habrán sido «informadas de los elementos esencia-

¹⁸ El párrafo 17, *in fine*, de la Comunicación sobre la transacción es terminante: «Antes de concederse este plazo, las partes tendrán derecho, si así lo solicitan, a obtener la información especificada en el punto 16».

¹⁹ DO C 210 de 1 de septiembre de 2006, p. 2.

²⁰ El párrafo tercero del nuevo art. 10 bis, apartado 2, establece al respecto: «Si las conversaciones con vistas a una transacción avanzan, la Comisión podrá fijar un plazo dentro del cual las partes podrán comprometerse a proseguir el procedimiento de transacción presentando una solicitud de transacción que refleje el resultado de las conversaciones mantenidas a tal fin y reconozca su participación en una infracción del art. 81 del Tratado y su responsabilidad. Antes de que la Comisión establezca un plazo para introducir las solicitudes de transacción, las partes afectadas podrán acceder a la información especificada en el art. 10 bis, apartado 2, primer párrafo, siempre que lo hubieran solicitado dentro de plazo. La Comisión no estará obligada a tomar en consideración los solicitudes de transacción recibidos tras la expiración de dicho plazo». En cuanto a la información especificada en el primer párrafo, se trata: «a) de las objeciones que prevé formular en su contra; b) de los elementos probatorios utilizados para determinar las objeciones previstas; c) de las versiones no confidenciales de cualquier documento específico accesible que forme parte del expediente del caso en dicho momento, en la medida en que la solicitud de la parte en dicho sentido esté justificada con el fin de permitirle evaluar su posición en lo relativo a un período de tiempo o a cualquier otro aspecto particular del cartel; y d) del abanico de multas potenciales».

les tomados en consideración hasta el momento, tales como los hechos alegados y su calificación, la gravedad y duración del presunto cártel, la atribución de responsabilidad, una estimación de la franja en que se situarán las probables multas, así como los elementos probatorios utilizados para establecer las objeciones potenciales. De esta manera, las partes podrán hacer valer de forma efectiva su opinión sobre las objeciones potenciales en su contra y tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de la transacción. Previa solicitud de una de las partes, los servicios de la Comisión le concederán acceso a versiones no confidenciales de cualquier documento accesible en concreto que figure en el listado del expediente del asunto en ese momento, en la medida en que esté justificado para permitir que la parte en cuestión haga valer su posición en un periodo de tiempo determinado o con respecto a cualquier otro aspecto del cártel». La Comisión dará acceso a otros documentos, a petición de parte, en la medida en que esté justificado habida cuenta del objetivo de agilización del procedimiento de transacción, así como el hecho de que el derecho a acceder a todo el expediente nace en el procedimiento ordinario una vez notificado formalmente el pliego de cargos. Si la Comisión deniega el acceso a esos documentos adicionales del expediente, lo hace sólo en el marco del procedimiento de transacción. En ese escenario, la parte en cuestión accederá a los documentos, como al resto del expediente, una vez notificado el pliego de cargos en el marco de un procedimiento ordinario, pero no optará a la transacción. En realidad, si una parte sabe tan poco de su propia conducta en el pasado que necesita tener acceso a todos o muchos de los documentos que obran en el expediente y que no constituyen evidencia, es dudoso que le convenga transigir con la Comisión y puede resultarle más interesante seguir el procedimiento ordinario. En todo caso, el Consejero Auditor puede ser llamado a intervenir para revisar las cuestiones relativas al acceso al expediente y los derechos de la defensa, como especifica el párrafo 18 de la Comunicación sobre la transacción.

Las conversaciones bilaterales tendrán lugar sobre la base de un borrador de solicitud de transacción, con el fin de concentrar las discusiones en los puntos relevantes del debate y avanzar con mayor facilidad y agilidad. En el marco de las conversaciones bilaterales, las partes tendrán, pues, la oportunidad de expresar y argumentar su posición con respecto a los cargos, los medios de prueba y demás aspectos del caso. En la medida en que sus argumentos resulten convincentes para la Comisión, ésta puede modificar o prescindir de algunos cargos que ya no parezcan convincentes y esto tendrá un lógico reflejo en la franja en que se mueva la previsible cuantía de la multa. Estos cambios posibles constituyen la consecuencia lógica del examen efectivo de los argumentos

de las partes, pero no deben confundirse con ninguna negociación o «regateo» entre las partes y la Comisión. En este sentido, conviene recordar que, de acuerdo con el art. 27 de del Reglamento núm. 1/2003, antes de adoptar una decisión final, la Comisión viene obligada a ofrecer a las partes «la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión» y las partes tienen la garantía de que además «la Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones». El procedimiento de transacción está, por supuesto, sujeto a estas disposiciones, garantizando plenamente los derechos de la defensa de las partes, en la modalidad de ejercicio que proceda.

Si las posiciones de las partes y sus argumentos muestran que es improbable llegar a una transacción en términos compatibles para los distintos agentes o de lograrlo en un plazo que justifique el recurso a la transacción, en vez de al procedimiento ordinario, la Comisión puede dar por finalizadas las conversaciones y con ellas la comunicación de información que las caracteriza, volviendo al procedimiento ordinario. Igualmente, las partes pueden poner término a las conversaciones unilateralmente.

En esta fase, ni las partes ni la Comisión han adoptado una posición formal. Las conversaciones son bilaterales para permitir el intercambio franco y confidencial de puntos de vista. En ellas ha de poderse hacer referencia expresa a datos e información confidencial de las empresas que participan en cada reunión concreta, además de la información extraordinariamente confidencial sobre la posible cuantía de las respectivas multas. Las conversaciones son bilaterales y confidenciales para garantizar su eficacia en una serie relativamente corta de reuniones, al tiempo que se evita entrar en ejercicios comparativos y posiciones orquestadas que alargarían el procedimiento en vez de agilizarlo²¹.

Cabe recordar que los párrafos 12 y 14 de la Comunicación sobre la clemencia prohíben a los solicitantes de clemencia comunicar el hecho o el contenido de sus solicitudes de clemencia a terceros (los demás miembros del cártel inclusive) hasta la notificación del pliego de cargos.

²¹ El párrafo 7 de la Comunicación sobre la transacción dispone: «Las partes en el procedimiento no podrán desvelar a ningún tercero, en ninguna jurisdicción, el contenido de las conversaciones ni de los documentos a los que hayan tenido acceso en el marco de las conversaciones para llegar a la transacción, salvo que dispongan de una previa autorización expresa de la Comisión. Toda infracción de esta regla podrá llevar a la Comisión a no considerar la solicitud de la empresa de proseguir el procedimiento de transacción. Dicha divulgación podrá constituir también una circunstancia agravante en el sentido del punto 28 de las Directrices sobre multas y constituir una falta de cooperación en el sentido de los puntos 12 y 27 de la Comunicación sobre la clemencia».

Esta prohibición sigue vigente en el marco de la transacción. Además, como dispone el nuevo art. 10 bis, apartado 2, párrafo segundo, es imprescindible mantener el secreto del contenido de las conversaciones bilaterales con respecto a terceros en cualquier jurisdicción, por las mismas razones que la Comisión protege las solicitudes de transacción o las declaraciones de la empresas realizadas en el marco de la Comunicación de la clemencia.

Algunos comentaristas han sugerido que interesaría a la Comisión que las empresas discutieran y concertaran sus respectivas posiciones y el contenido de sus respectivas solicitudes de transacción de modo que las más favorables a la causa de la transacción pudieran convencer a las demás para hacer otro tanto. Creo que nada obsta para que unas partes animen a otras a participar en las conversaciones ni les anuncien que tienen intención de solicitar formalmente la transacción. Sin embargo, del mismo modo que la Comisión no ha optado por un sistema de negociación o «regateo» con las empresas, y fía su posición en el carácter concluyente de las pruebas que obran en el expediente y los incentivos inherentes a la transacción, sería inapropiado descansar en cambio en una negociación o regateo entre los cartelistas que versara sobre los términos de las solicitudes de transacción o en su capacidad para persuadirse unos a otros con incentivos positivos o negativos y encontrar un mínimo común denominador. Por ello, el párrafo 5 de la Comunicación sobre la transacción advierte a las empresas de que la coordinación para falsear o malograr elementos de prueba dará al traste con la transacción y podrá constituir además una circunstancia agravante en el sentido del punto 28 de las Directrices para el cálculo de las multas, además de constituir una falta de cooperación en el sentido de los puntos 12 y 27 de la Comunicación sobre la clemencia, en su caso.

D) Solicitudes formales de aplicación del procedimiento de transacción

Una vez llegado a un «entendimiento común» sobre el alcance de los cargos y la multa potenciales, la Comisión podrá conceder un plazo definitivo de al menos 15 días laborables para que las empresas presenten sus solicitudes de transacción definitivas, de acuerdo con los arts. 10 bis, apartado 2, y 17, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 773/2004 y el párrafo 17 de la Comunicación sobre la transacción.

Las solicitudes de transacción estarán formuladas en los términos resultantes de las conversaciones bilaterales desarrolladas sobre la base del borrador ya mencionado. En principio, la Comisión conducirá las reuniones bilaterales con las distintas partes de modo aproximadamente

contemporáneo para poder evaluar el progreso del conjunto del procedimiento y recibir las solicitudes de transacción en plazos compatibles con la eficiencia perseguida con el ejercicio. El art. 10 bis, apartado 2, del Reglamento núm. 773/2004 determina el contenido mínimo de las solicitudes de transacción, que queda mejor explicado en el párrafo 20 de la Comunicación sobre la transacción. Se trata de:

- El reconocimiento en términos claros e inequívocos de la responsabilidad de la parte en la infracción, mediante una breve descripción de su objeto, de las modalidades de su posible puesta en práctica, de los hechos principales, de su calificación legal, incluido el papel desempeñado por la parte en cuestión, y la duración de su participación en la infracción de acuerdo con los resultados de las conversaciones con vistas a la transacción.
- Una indicación del importe máximo de la multa que las partes prevén que les será impuesta por la Comisión y que las partes aceptarían en el marco de un procedimiento de transacción (el extremo superior de la franja discutida durante las conversaciones bilaterales).
- La confirmación por las partes de que:
 - a) Han sido informadas adecuadamente de las objeciones que la Comisión tiene previsto formular en su contra.
 - b) Se les ha ofrecido una oportunidad suficiente para dar a conocer su opiniones a la Comisión.
 - c) A la luz de lo anterior, no tienen previsto pedir acceso al expediente ni ser oídas de nuevo en audiencia, salvo que la Comisión no refleje sus propuestas de transacción en el pliego de cargos y en la decisión.
 - d) Han mantenido la confidencialidad de las conversaciones bilaterales, salvo autorización expresa por la Comisión.
 - e) Solicitan recibir el pliego de cargos y la Decisión final con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en la lengua oficial de la Comunidad Europea que mencionen.

Hasta el momento de la solicitud formal de transacción, las partes no vienen obligadas a transigir. Al presentar la solicitud, sí manifiestan formalmente su preferencia por el procedimiento de transacción y se comprometen a transigir, siempre y cuando la Comisión actúe en consecuencia, reflejando el contenido de la solicitud de transacción en el pliego de cargos y la decisión final, y no imponga una multa que exceda la cantidad indicada. Esta idea se encuentra en los párrafos 21 y 22 de la Comunicación sobre la transacción²². Si el pliego de cargos recogiere

²² El párrafo 21 dispone: «El reconocimiento y la confirmación de circunstancias efectuados por las partes con vistas a la transacción constituyen la expresión de su compromiso de cooperar

cargos nuevos con respecto a los admitidos en la solicitud de transacción, o si tuviere la intención de imponer una multa superior, la parte en cuestión queda exonerada de sus compromisos y de sus admisiones, que no podrían ser utilizadas a cargo ni contra esa parte ni contra ninguna otra.

E) Procedimiento abreviado de transacción hasta su culminación en una Decisión de la Comisión

Si las solicitudes de transacción son fieles al entendimiento alcanzado al término de las conversaciones bilaterales, la Comisión normalmente adoptará poco después un pliego de cargos probablemente más breve que si hubiera sido redactado en un contexto de disputa y posible contencioso, y que refleje el contenido (no necesariamente los términos exactos) de las solicitudes de transacción, haciéndolas compatibles entre sí y haciendo referencia (probablemente somera) a los documentos del expediente que resulten relevantes para probar cada punto, sin necesidad de explicitar y comentar por extenso su contenido. La notificación del pliego de cargos sigue siendo obligatoria en el procedimiento comunitario, también en el contexto de la transacción, en virtud del art. 10(1) del Reglamento núm. 773/2004. En tal escenario, las partes responderán al pliego de cargos simplemente para confirmar que éste refleja el contenido de su solicitud —si así es—, de acuerdo con los arts. 10 bis, apartado 3 y 17(3) del Reglamento núm. 773/2004. A partir de ese momento, el procedimiento se simplifica considerablemente, puesto que tanto el acceso al expediente como la audiencia se tornan redundantes de hecho y superfluos de Derecho [en función de los nuevos arts. 12(2)²³ y 15(1bis)²⁴ del Reglamento núm. 773/2004]. En consecuencia, la Comi-

en la tramitación expeditiva del asunto tras el procedimiento de transacción. No obstante, están supeditados a que la Comisión acepte su solicitud de transacción, incluido el importe máximo anticipado de la multa». El párrafo 22 dispone: «Las solicitudes de transacción no podrán ser revocadas unilateralmente por las partes que los hayan presentado salvo que la Comisión no acepte sus solicitudes de transacción reflejando el contenido de las solicitudes de transacción primero en un pliego de cargos y, en última instancia, en la decisión final [...]. Se considerará que el pliego de cargos suscribe las solicitudes de transacción si refleja su contenido con respecto a los aspectos citados en el punto 20.a). Además, para que se considere que una decisión final refleja el contenido de las solicitudes de transacción, la multa que imponga no podrá exceder del importe máximo indicado en las solicitudes».

²³ Art. 12(2): «No obstante, al presentar sus solicitudes de transacción las partes confirmarán a la Comisión que sólo exigirán tener la oportunidad de exponer sus argumentos en una audiencia en caso de que el pliego de cargos no refleja el contenido de sus solicitudes de transacción».

²⁴ Art. 15(1) bis: «Tras la incoación del procedimiento con arreglo al art. 11, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 1/2003, y con el fin de que las partes que deseen presentar solicitudes de transacción puedan hacerlo, la Comisión divulgará las pruebas y documentos descritos en el art. 10 bis, apartado 2, siempre que así le sea solicitado y a condición de que se cumplan las condicio-

sión puede inmediatamente después transformar el pliego de cargos en un proyecto de decisión (con los lógicos añadidos, incluido el importe de la multa), y presentarlo al Comité Consultivo de representantes de los Estados miembros para recibir su dictamen, antes de adoptar la decisión y notificarla a las partes.

La decisión final recogerá una reducción de la multa por transacción de un 10 por 100, aplicado al importe final resultante del cálculo normal realizado siguiendo las Directrices sobre el cálculo de las multas y, una vez aplicados el límite máximo del 10 por 100 del volumen de negocios global y la posible reducción a título de clemencia²⁵. En consecuencia, incluso las empresas que hayan rozado el «larguero» del 10 por 100 y las que reciban una reducción por clemencia, mantienen intacto su interés en la transacción, puesto que la reducción está garantizada al aplicarse en último lugar y, en su caso, además de la reducción de clemencia. Además, la transacción permite a las empresas dejar atrás el procedimiento, reducir el daño a su reputación empresarial, controlar mejor los tiempos, y velar mejor por los accionistas.

6. REFLEXIONES SOBRE 10 POR 100 DE REDUCCIÓN DE LA MULTA CON MOTIVO DE LA TRANSACCIÓN

Habrá tiempo de comprobar si el porcentaje de 10 por 100 es acertado en términos operativos. De momento sí cabe observar que constituye una elección prudente atendiendo a una serie de consideraciones de política de competencia:

- La reducción por transacción debía ser modesta para mantener el efecto disuasivo de las multas, sobre todo teniendo en cuenta su carácter cumulativo con las reducciones por clemencia.
- La reducción por transacción debía ser modesta para reflejar el hecho de que la Comisión someterá a la transacción casos en los que cuente con pruebas concluyentes con respecto a todas las partes y que no pretende negociar las pruebas ni los cargos para reducir el importe de la multa. En tales casos, un porcentaje modesto es una opción interesante para las partes, frente a la perspectiva de iniciar un contencioso con escasa o nula probabilidad de ganarlo.
- Parece claro que la reducción por transacción no debía llegar al 20 por 100, si hemos de preservar objetivamente intactos los incen-

nes establecidas en los párrafos correspondientes. A tal efecto, al presentar sus solicitudes de transacción, las partes confirmarán a la Comisión que sólo exigirán acceso al expediente tras recibir el pliego de cargos si éste no refleja el contenido de sus solicitudes de transacción».

²⁵ *Vid.* los párrafos 32 y 33 de la Comunicación sobre la transacción.

tivos para cooperar con la investigación en el marco del programa de clemencia, dado que el 20 por 100 es el mínimo de la segunda banda de reducción de la multa y el máximo de la tercera y última banda de reducción. Esto evita que ninguna empresa se plantee la posibilidad de renunciar a colaborar con pruebas en el marco de la Comunicación de la clemencia al sopesar la posibilidad de obtener la misma o mayor reducción por transacción, si la Comisión llega a probar los cargos por otros medios, sin su colaboración.

- Es lógico que la reducción por transacción no sea inferior a 10 por 100, dado que en el pasado la antigua Comunicación de clemencia de 1996 ya concedía un 10 por 100 de reducción por no contestar los hechos, requisito bastante menos riguroso que el que impone la transacción y que dejó de contemplarse en las subsiguientes Comunicaciones de clemencia.
- La reducción del 10 por 100 es aplicable por igual a todas las empresas que transigen. En mi opinión, no podría ser de otra manera entre partes del mismo procedimiento, habida cuenta de la discreción que la Comisión se reserva en algunos aspectos. Por un lado, todas las partes contribuyen por igual a agilizar la tramitación del expediente (otras contribuciones se recompensan con otros instrumentos); por otro lado, la Comisión se reserve el derecho a decidir el orden en el cual entabla las conversaciones bilaterales con las partes, lo cual no resultaría posible si ese factor tuviera una incidencia en el porcentaje de la reducción. En ese caso, dado que la Comisión lleva la iniciativa, podría ser acusada de discriminar entre las empresas. Ésta es una diferencia, por ejemplo, con el programa de clemencia, en el que es lógico recompensar a las empresas en función del momento en que aportan pruebas de la infracción, dado que la iniciativa incumbe a las propias empresas, y no a la Comisión. Mantener la carrera entre las empresas para obtener la dispensa del pago de las multas o la reducción por clemencia es fundamental para la lucha contra los cárteles y por ello considero que no sería conveniente interferir en ella mezclando los conceptos de clemencia y transacción y sacrificando las necesidades procesales de la una a la otra o viceversa. Al contrario, conviene que las reducciones sean cumulativas, cuando las partes hayan colaborado en los objetivos específicos de los dos instrumentos. Además, no hay ninguna razón para excluir de la transacción a las empresas sólo por no haberse beneficiado del programa de clemencia, dado que sí pueden contribuir todavía a la agilización del procedimiento, redundando en el interés general.

7. CONCLUSIÓN

La exposición del nuevo procedimiento de transacción comunitario muestra que no emula a ningún otro. La Comisión ha optado por un sistema propio destinado a agilizar el procedimiento ordinario en los casos apropiados, siempre y cuando haya una solicitud expresa de las empresas afectadas, hecha con pleno conocimiento de causa, y en la medida en que se puedan alcanzar los objetivos de simplificación, agilización y adecuada distribución de recursos.

Creo que la opción escogida por la Comisión demuestra prudencia y confianza en el método comunitario de enfrentarse a los cárteles, amén de respeto por los principios establecidos por la jurisprudencia en este ámbito y sentido de la proporción.

Se trata, pues, de una opción prudente, puesto que edifica sobre la estructura institucional y legal actual, introduciendo modificaciones sólo en el nivel de la legislación secundaria, sin repercusión negativa para el tratamiento de los asuntos pendientes, respetando escrupulosamente los derechos de la defensa y el libre arbitrio de las partes. Por esas mismas razones, se trata de medidas proporcionadas para el fin de simplificación y agilización de la resolución de asuntos en los que cabe poca contestación.

Habría resultado desproporcionado optar para ese fin por dar el giro copernicano que habría supuesto adoptar otros paradigmas respetables y valiosos, pero que habrían alterado el edificio institucional comunitario. Un hipotético cambio de paradigma habría trastocado los papeles respectivos del Tribunal de Primera Instancia y de la Comisión, haciendo de la Comisión un ministerio fiscal y del TPI el órgano decisor, lo cual habría tenido consecuencias en todos los ámbitos del Derecho de la Competencia y del Derecho comunitario en general. Parece un cambio muy radical (incluido el Tratado) para objetivo tan concreto y tan magro. Además, habría supuesto renunciar a medio siglo de jurisprudencia y práctica comunitaria en la materia, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica.

Por otro lado, la opción escogida por la Comisión refleja su confianza en su práctica actual en la lucha contra los cárteles y en los instrumentos de que se ha dotado, y en particular en poderes de investigación del Reglamento núm. 1/2003, las líneas directrices en materia de multas y la eficacísima Comunicación sobre la clemencia. En mi opinión, era prioritario para la Comisión preservar la eficacia de la Comunicación sobre la clemencia, sus incentivos y su *modus operandi*, creando un instrumento distinto, con su propia lógica, y abierto a todas

las partes en el procedimiento, independientemente de si además se habían beneficiado de la clemencia, por las razones y con los medios expuestos en el cuerpo de esta ponencia.

Considero que el sistema elegido cumple escrupulosamente con el fondo y el espíritu de la jurisprudencia y la tradición europea, garantizando que las empresas hagan una elección voluntaria e informada y que la autoridad pública cumpla su cometido de autoridad investigadora y no sustituya la investigación objetiva y concienzuda por una posible negociación de cargos y multas. Garantiza, además, el respeto del principio de no discriminación, puesto que todas las partes del mismo procedimiento se enfrentan a los cargos sobre la base del mismo conocimiento del expediente (y no de forma sucesiva, a expedientes progresivamente más abultados, dependiendo del momento en que se llegue a la transacción con cada empresa). Al mismo tiempo se concentra en las dificultades específicas del procedimiento comunitario, como son lo prolijo de la preparación del acceso al expediente, la audiencia en el marco administrativo o las traducciones, en un sistema que opera en 23 lenguas. Se trata, pues, de un sistema *sui generis* para dar respuesta a problemas que también lo son.