

LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA LEGISLACIÓN INTERNA Y COMUNITARIA SOBRE COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Director de la Agencia de Protección de Datos.
Magistrado. Ex-vicepresidente TDC

1. INTRODUCCIÓN

No ha sido pacífica, al principio, la doctrina a la hora de determinar quién o quiénes son los encargados de aplicar la normativa sobre competencia tanto comunitaria como la establecida por los derechos internos de los Estados miembros CEE. Mucho menos en nuestro país, que tardíamente se incorporó a la CEE y en donde la legislación interna sobre la materia resultaba desfasada de su realidad económico-social y no resultaba aplicable por los Tribunales jurisdiccionales, dada la exclusividad que estableció la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia sobre la declaración de las prácticas anticoncurrenciales a favor del Tribunal de Defensa de la Competencia. Si a ello se añade el que carecíamos de legislación eficaz sobre competencia desleal se comprenderá fácilmente el retraso con el que los Tribunales jurisdiccionales españoles se incorporan también a la aplicación de la legislación sobre competencia desleal y en definitiva a la de una normativa anticoncurrencial moderna como la existente en la mayoría de los países europeos. De ahí que resulte de sumo interés la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo a la hora de dilucidar esta cuestión que no resulta precisamente baladí, y en cuya aplicación van a concurrir las autoridades comunitarias —Comisión y TJCEE—, las autoridades nacionales de defensa de la competencia —SDL, TDC—, y los Tribunales jurisdiccionales.

A. DERECHO COMUNITARIO

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, es el propio Tratado de Roma¹ el que establece la principal legislación en materia de com-

¹ Artículos 85 al 94 TCEE, hoy artículos 81 al 90 del Tratado CE después de la numeración establecida por el Tratado de Amsterdam.

petencia. De los artículos 87 y 88 del Tratado CEE se desprendería que la aplicación de esta normativa comunitaria se reserva a las propias instituciones comunitarias, principalmente a la Comisión y al Tribunal de Justicia, según señala al artículo 87.2.d), aunque en tanto se dicten las normas apropiadas para su aplicación se confiere la de los artículos 85 y 86 a las autoridades nacionales.

La entrada en vigor del Reglamento 17 del Consejo² viene a privar a las autoridades nacionales de competencia de conceder exenciones en virtud del artículo 85.3 TCEE, ya que el artículo 9.1 de aquél establece la exclusiva competencia de la Comisión para la aplicación del citado precepto, aunque «las autoridades nacionales» podrán seguir aplicando los arts. 85.1 y 86, pero se va a derivar cierta complicación ante la posible aplicación concurrente a una misma conducta de los citados preceptos por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

Por otro lado, tampoco son concordantes los criterios sobre la noción «*de autoridad nacional*» a la que se refiere el artículo 88 TCEE y el Reglamento 17/1962. Va a ser el TJCEE el que en su Sentencia «BRT/SABAM», de 30 de enero de 1974, dilucide la controversia. En esta Sentencia se viene a decir que autoridades nacionales de competencia son aquellas a las que los diversos derechos internos de los Estados miembros confieren la aplicación de su propio derecho interno sobre la materia, y que en unos casos son autoridades administrativas y en otros judiciales especialmente encargadas de aplicar el Derecho de la competencia. Serán estas mismas a las que, como tales autoridades nacionales, se encomienda también la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE. Esta interpretación de lo que ha de entenderse por «autoridad nacional» la confirma el propio TJCEE en sus Sentencias «Anne Marty/Estée Lauder», de 10 de julio de 1980, y «Nouvelles Frontières», de 30 de abril de 1986.

Con independencia de lo anterior, los Tribunales jurisdiccionales de los Estados miembros aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE en virtud del efecto directo y carácter prevalente del Derecho comunitario, al dirimir contiendas entre particulares. El TJCEE, en la citada Sentencia «BRT/SABAM», reconoció el efecto directo de ambos preceptos al señalar que: «*siendo las prohibiciones de los artículos 85 y 86 aptas por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar*». Esta doctrina ha sido ratificada por el propio TJCEE en múltiples ocasiones³.

Como señala en su introducción la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los artículos 85 y 86 TCE⁴, «[v]arias Ins-

² De fecha 6 de febrero de 1962.

³ Véase Sentencias de 2 de abril de 1974 «SACHI», 14 de abril de 1989 «AHMED SAEED», 10 de diciembre de 1991 «Marci Convenzionali», 28 de febrero de 1991 «Delimitis» y 18 de septiembre de 1992 «Automec», entre otras.

⁴ 93/C39/05, DOCE, núm. C39, de 13 de diciembre de 1993.

tituciones tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Tal y como se indica en el texto de la citada Comunicación, los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los artículos 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia⁵, disponiendo la Comisión de competencias exclusivas para aplicar el artículo 85.3 y dictar reglamentos de exención a determinadas categorías⁶.

B. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO SOBRE COMPETENCIA

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho interno sobre competencia, como se apunta antes, a cada Estado miembro corresponde establecer su propio régimen interno. Por lo que respecta a nuestro país, debemos distinguir dos etapas, marcadas por las respectivas leyes que las rigen. Una primera, que comienza con la entrada en vigor de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia y termina con su derogación por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que viene a sustituir a aquélla y marcar el comienzo de la segunda etapa.

a) *Situación bajo la vigencia de la Ley 110/1963*

No es el lugar aquí de señalar las virtudes de la Ley 110/1963, que las tenía, ni las causas que llevaron a su fracaso, aunque se debe hacer notar que los artículos 1 y 2 de la misma vienen a prohibir tanto los acuerdos colusorios como los abusos de posición de dominio. Pero lo importante a resaltar a los efectos que aquí nos interesa, es que la competencia del TDC bajo la vigencia de esta Ley *«será privativa en cuanto a las declaraciones o intimidaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte sobre la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllos deriva sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda»*⁷. En su curioso Preámbulo, bajo el epígrafe IV, *«Examen de la Ley»*, en su inciso 3, *«la jurisdicción»*, se justifica el citado precepto normativo diciendo que las consecuencias en los ámbitos civil y administrativo se basan en

⁵ Comunicación III-5.

⁶ Comunicación II-7.

⁷ Artículo 10 Ley 110/1963.

idénticas prohibiciones de la Ley, pero atribuir su jurisdicción a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que obstaculizarían en uno u otro campo la finalidad que la Ley persigue. Estas consideraciones abocan a una necesaria concreción: La necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva.

Así se comprueba que en la Ley 110/1963 el TDC constituye una única jurisdicción para la declaración de las prácticas prohibidas por la Ley con plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales.

Esta Ley de 1963 es además la única que va a regular nuestro orden económico concurrencial, toda vez que se puede afirmar sin paliativos, que carecíamos de regulación en materia de competencia desleal. En efecto, la competencia desleal venía confundida en nuestro ordenamiento jurídico con la competencia ilícita y regulada por la Ley de 16 de mayo de 1902, que hacía mucho tiempo que había devenido obsoleta, por lo que la institución de la competencia desleal permanecía en la práctica sin regulación y, en consecuencia, sin la posibilidad de perseguir y sancionar aquellas prácticas⁸.

En esta situación, al adherirse España a las Comunidades Europeas y tener plena vigencia en el nuevo Estado miembro el Derecho comunitario a partir del 1 de enero de 1986, se hace preciso el determinar quién aplicará los artículos 85.1 y 86 TCE como autoridad nacional. Ello motiva el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto de 1986, cuyo artículo 1 va a establecer que el TDC será la autoridad competente, a efectos del artículo 9 del Reglamento 17 y del artículo 15 del también Reglamento 1017, para la aplicación en nuestro país de los artículos 85.1 y 86. Así, queda el TDC como «*autoridad nacional*» en materia de competencia, mas todo ello sin perjuicio del efecto directo de aquéllos que obliga a su aplicación por los Tribunales jurisdiccionales en la resolución de contiendas entre particulares, aunque resulte paradójico que al menos durante la vigencia de la Ley 110/1963 no puedan éstos aplicar las normas internas sobre la misma materia.

b) *Régimen de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal*

La LDC encarga al Tribunal de Defensa de la Competencia de la aplicación del Derecho interno de la competencia, con funciones de resolución y en su caso de propuesta; y al Servicio de Defensa de la Competencia la instrucción de los expedientes en los términos que señala la propia Ley. También debe incluirse entre aquellos órganos al Consejo de Ministros, al que se atribuyen las funciones de autorizar con o sin

⁸ Ver al respecto mi trabajo: «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 184-218.

condiciones, o prohibir las operaciones de concentración que afecten el mercado español y las de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento número 4064/89 del Consejo, y al que corresponde adoptar las medidas pertinentes en aplicación de lo previsto en el artículo 21.3 del Reglamento 4064/89.

El legislador español, como se comprueba, ha optado por encomendar a autoridades administrativas la aplicación del Derecho interno sobre competencia, siendo éstas las que aplicarán los artículos 85.1 y 86 en los términos antes examinados, como autoridades nacionales.

Pero no podemos olvidar tampoco que el objetivo principal de las normas de competencia es la salvaguarda de interés público. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 expresamente señala: «[l]a presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...», para precisar más adelante «[l]a aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos:...». Queda suficientemente explícita en la Exposición de Motivos la vocación de tutela de intereses públicos con que nace la Ley y que tiene también su reflejo en el contenido que el artículo 46 de la misma delimita para las Resoluciones del TDC, quedando fuera de la misma la declaración de la nulidad con que el artículo 1.2 sanciona a las conductas prohibidas, que corresponderá a la jurisdicción así como ante la que deberá ejercitarse la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de actos prohibidos por la Ley, según señala el artículo 13 LDC.

La normativa de defensa de la competencia protege, pues, intereses públicos y sólo privados en tanto en cuanto coincidan con los públicos. Igual filosofía se contiene en el régimen especial de medidas cautelares que al efecto diseña el artículo 45 LDC, del que es de destacar, a estos efectos, la legitimación del SDC para proponer las medidas al TDC, la especial medida expresa en el precepto que se concreta en órdenes de cesación o imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas, la limitación de la prestación de fianza al supuesto de que sean los particulares quienes propongan las medidas o la excepcional facultad que se otorga al TDC para imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de las medidas⁹. También está presente la defensa de intereses públicos en el hecho de que se encargue de la aplicación de la Ley a un órgano administrativo de especial singularidad y cualificación, por cuanto se integra por juristas y otros profesionales especializados en la materia, que toman las decisiones colegiadamente por su Pleno compuesto por ocho vocales y un presidente, y que, pese a su

⁹ Véase al respecto mi trabajo: «Medidas cautelares en el Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia 1996*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 139-153. También mi ponencia «Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de defensa de la competencia», en las *Jornadas del TDC*, Madrid, 1998.

carácter administrativo, goza de total independencia frente a la Administración que garantiza la Ley y la inamovilidad de sus miembros por el tiempo de su nombramientos. Ello es una muestra más de la preocupación del legislador por garantizar el interés público de la competencia.

En el mismo sentido de vocación de protección de intereses públicos atribuida a los órganos de defensa de competencia, el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, modifica por su artículo 15 el artículo 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3 en el que se faculta a los órganos de defensa de la competencia, para decidir no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Con el mismo criterio, pero como mejor redacción y precisión en su contenido, dicho inciso se reforma por la más reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, para señalar: «3. *Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.*»

De otro lado, se comprueba que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 LDC vienen sancionados con nulidad de pleno derecho por el apartado 2 del mismo precepto, a no ser que estén amparados por las exenciones previstas en la misma LDC, sin que el TDC pueda declarar la nulidad según se deriva del artículo 46 LDC. Habrá, pues, que acudir a la vía jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad, única competente para ello.

Por otro lado, el artículo 13 LDC, tras proclamar la compatibilidad de las sanciones a que se refiere la misma Ley con otras responsabilidades que en cada caso procedan, establece que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC —art. 1,6 y 7— «*podrá ejercitarse*», una vez firme la declaración en vía administrativa, por los que se consideren perjudicados, remitiendo para ello a la vía jurisdiccional civil.

Para completar la regulación de nuestro ordenamiento económico-concurrencial se va a promulgar, aunque tardíamente, la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

En efecto, para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, se publica en 1991 la Ley de Competencia Desleal¹⁰. La LCD se aplicará a los empresarios o cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado (art. 3.1) siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales (art. 2.1), teniendo por objeto la Ley, como expresamente se hace constar en su artículo 1, «... *la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el*

¹⁰ Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal, BOE, núm. 10, de 11 de enero de 1991.

mercado». Para ello, continúa el mismo precepto, se prohíben los actos de competencia desleal. Se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal ¹¹ «para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, al artículo 1. También y muy especialmente, el artículo 5 en el que implícitamente al menos se consagra la noción de abuso de competencia» ¹². Dada la falta de tradición en nuestro país en perseguir la competencia desleal ¹³, el legislador de 1991 optó por el sistema de establecer una cláusula general, la del artículo 5, aunque, dada su alta indeterminación y la falta de cultura sobre la materia, tipifica a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales ¹⁴.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de la Ley. La ventaja ha de ser significativa». Vemos, pues, cómo se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley con tal de que tenga efecto en el mercado. Pero el número 2 del mismo artículo reputa desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», sin ninguna otra exigencia especial. Una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en relaciones entre particulares podrán ser evidentemente perseguidos al amparo del artículo 15.2 LCD, debiendo ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos previstos en dicha Ley y procesalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, por esta vía los particulares podrán atajar más rápidamente las graves consecuencias que para una empresa se pueden derivar de las infracciones por otros empresarios de la legislación sobre competencia. Además, resultará el único camino para el supuesto de prácticas que las autoridades de competencia consideren de escasa importancia y que por ello deciden no perseguir.

Con independencia del ejercicio de las pertinentes acciones ante la jurisdicción, puede ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resultara afectado el interés

¹¹ El que establecía el Convenio de la Unión de París de 1889 y nuestra Ley de Marcas de 1988, al regular parcialmente la competencia desleal en sus artículos 77 a 79, derogados por la Ley 3/1991.

¹² Son palabras del propio legislador en el Preámbulo de la Ley, apartado IV.

¹³ Estuvo mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no resultando sancionable en la práctica, dada la deficiente regulación que al efecto hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, Título X. Véase al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patente y Marcas*, Centro de Estudios judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 185-218.

¹⁴ Artículos 6 a 17 LCD. Véase al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general», en *Propiedad Industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial - ANDEMA, 1995, pp. 11-40.

público y consecuentemente pudiera ser sancionada por el TDC en los términos que establece la LDC. Se nos puede decir que esta doble vía puede traer graves consecuencias por cuanto que el criterio de un órgano y otro al juzgar una práctica pudiera resultar distinto. Si bien ello es absolutamente cierto y no deseable, cabe señalar que tales decisiones se tomarán en dos ámbitos distintos. En el primer caso al juzgar relaciones privadas y en el segundo supuesto al proteger la afectación del interés público. En ambos, además, tanto la sentencia que dicte el Juez de Primera Instancia como la Resolución del TDC serán revisables en vía jurisdiccional por órganos superiores encargados de conocer de las respectivas apelaciones, Audiencia Provincial y Audiencia Nacional respectivamente, y en su caso por el Tribunal Supremo por vía de casación. Así, en definitiva, podrá crearse algún día una jurisprudencia que modulará futuras decisiones de aquellos órganos. En cualquier caso, la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de las acciones ejercitadas al amparo de la LCD es incuestionable como también lo es la tipificación específica que hace el artículo 15 de la misma.

2. DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DEL TS SOBRE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA Y COMUNITARIA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Hasta la fecha, la Sala Primera del TS sólo ha dictado cuatro Sentencias en las que se pronuncia sobre los órganos competentes para aplicar en España la legislación en materia de competencia tanto interna como comunitaria. Al menos éstas son las únicas conocidas por mí y, por tanto las que se comentan a continuación.

A. SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes*

El supuesto que se analiza es el siguiente: Una empresa A formula demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra otra empresa M sobre nulidad de contrato ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro.

La Sentencia de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, así como otra demanda acumulada a los mismos autos, que había formulado M contra A en petición de otorgamiento de escritura de compromiso y subsidiariamente de condena indemnizatoria. Apelada la Sentencia por ambas partes, la Audiencia desestimó los recursos y confirmó la Sentencia dictada en Primera Instancia.

Por la empresa A se interpuso recurso de casación.

b) *Doctrina del ts*

El ts en su Sentencia rechaza fundamentalmente los motivos de casación por su inadecuada formulación procesal, pero también señala que el único fundamento que se utiliza por la Sentencia apelada debe ser mantenido. En él se señaló que el procedimiento que se siguió era inadecuado, pues debió haberse utilizado el establecido en la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos artículos 7 y 10 reservan el conocimiento de estos asuntos al procedimiento en ella establecido, tanto en lo referente a los supuestos de hecho alegados a los efectos de su tipificación entre los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley, como asimismo en lo relativo a la concurrencia de los requisitos que, para la intimidación aducida exige el artículo 1.267 del Código Civil, en relación con la especialidad de la materia.

Evidentemente, aunque esta STS es parca en doctrina, puede fácilmente constatarse que la misma se refiere a hechos que acontecen bajo la vigencia de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. El artículo 10 de esta Ley, citado por la STS, establecía la competencia privativa del TDC en las declaraciones e intimidaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos en todos los ámbitos jurisdiccionales. Por ello debe considerarse el criterio expuesto por el ts en la indicada Sentencia acorde con la legislación vigente y aplicable a los hechos enjuiciados. En la actual Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no existe ningún precepto equivalente, en ninguno de los aspectos citados en que el artículo 10 de la Ley 110/1963 otorgaba competencia exclusiva en la materia al TDC y dotaba a sus Resoluciones de las especiales cualificaciones que se señalan en aquel precepto. Por ello no es trasladable aquella doctrina a la actualidad, en que rige otra Ley que no contiene aquellas previsiones.

B. SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes*

Esta Sentencia levantó gran polémica y reveló criterios muy distintos en cuanto a su alcance e interpretación, siendo objeto de concienzudos y documentados estudios ¹⁵.

¹⁵ Véase al respecto MARTÍNEZ LAGE: «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)», *Gaceta jurídica de la CE*, Boletín, números 94 y 95, «La aplicabilidad directa del Derecho de la Competencia Comunitaria y Nacional por los Tribunales Ordinarios Españoles (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas jurídicas Actuales, Homenaje a Alfredo Sanchez-Bella Carswell*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ: «El efecto directo del artículo 86 TCE en el orde-

La cuestión que analiza el TS por vía de casación tiene su origen en la demanda civil de 210 armadores de buques contra CAMPSA, en cuyo suplico se pedía:

1. Condena a CAMPSA a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a los armadores españoles de buques pesqueros por razón de su nacionalidad.

2. Condena a CAMPSA a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios que les ha causado la citada demandada con su ilegal proveedor.

3. Condena a CAMPSA a abonar a los demandantes la indemnización correspondiente al lucro cesante que su proceder les ha infringido y concretamente en la cifra de tal lucro cesante que se determine fue provocada por el incremento de costas que le impuso. De ser necesario, tal cifra se fijará en trámite de ejecución de sentencia.

Se propuso por la demandada, en su contestación a la demanda, la excepción previa de falta de jurisdicción del juzgado por razón de la materia, por tratarse de una cuestión relativa a prácticas restrictivas de la competencia y falta de la necesaria declaración administrativa previa del Tribunal Español de Defensa de la Competencia o de la Comisión Europea, sobre la existencia o no de una supuesta práctica restrictiva de la libre competencia. Tal excepción fue mantenida en el acto de la comparecencia, lo que dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, que conocía del asunto, dictara Auto el 7 de septiembre de 1989 por el que declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada y acordó el sobreseimiento.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al revisar el auto en la apelación desestimó el recurso y confirmó la resolución del Juzgado.

b) *Doctrina del TS*

El Tribunal Supremo, al analizar en casación la Sentencia de la Audiencia, la confirmó al desestimar el recurso.

En el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia señala el TS que la cuestión suscitada en el recurso ha de ser contemplada desde un doble plano: el constituido por el Derecho comunitario y el integrado por el Derecho interno. Continúa señalando el mismo Fundamento las normas aplicables dimanantes del propio Tratado de Roma y del Reglamento número 17, sobre la consideración de autoridades de los Estados miembros y su competencia para aplicar los artículos 85.1 y 86 TCEE, así

namiento español», *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5). También mi trabajo «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 215-239, donde se analiza la citada sts.

como la jurisprudencia del TJCEE sobre la aplicación de aquellas normas. Mas la afirmación que realiza más adelante, al final del fundamento jurídico, respecto de que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 está reservada a la Comisión si ha iniciado un procedimiento, no es en cualquier caso exacta¹⁶. En el párrafo en que se contiene, se dice además «[d]e todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas (en nuestro sistema judicial, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado, tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que, en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».

Como se ha puesto de relieve por algún autor¹⁷, el TS distingue entre aplicación del Derecho de la competencia a título principal y a título incidental, lo que parece tener su origen en el *Tratado de Derecho de la Competencia* del Profesor M. Waelbroeck y utilizada por el Abogado General Mayras en sus conclusiones en el asunto «BRT/SABAM», en el sentido de que se aplican a título principal las normas comunitarias de competencia por las autoridades especialmente encargadas de este cometido, administrativas o no, y en cambio lo hacen a título incidental los Tribunales dirimiendo controversias privadas, lo que en terminología más clara para nosotros implica en este caso que no actúan en defensa del interés público, sólo en defensa del interés privado de una parte¹⁸. La terminología empleada aquí por el TS, cuyo alcance no precisa, aumenta la desorientación y produce interpretaciones encontradas, toda vez que hablar de aplicación de una norma a título principal y a título incidental sin otra explicación supone una gran indeterminación.

Algún autor justifica el razonamiento del Tribunal Supremo¹⁹, al considerar que no resulta posible que un Tribunal se vea dotado en virtud del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia para

¹⁶ Ya lo puso de relieve MARTÍNEZ LAGE en su trabajo *cit. supra*, Boletín 95, p. 2.

¹⁷ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español», *cit. supra*.

¹⁸ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, *supra*.

¹⁹ S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho Español», *cit. supra*.

aplicar el Derecho de la competencia a este caso, de la que carece con arreglo al derecho interno. Evidentemente, esta última afirmación resulta acorde con la realidad, pues los hechos enjuiciados acontecen bajo la vigencia de la Ley 110/1963 y, como se ha analizado antes, su artículo 10 establecía la competencia privativa del TDC en cuanto a las declaraciones e intenciones previstas en aquella Ley, y los dota de presunción legal de certeza y plenitud de efectos jurídicos en todas las jurisdicciones. Pero la Sentencia que se comenta, pese a su aparente claridad, esconde en realidad un obstáculo insalvable para el reconocimiento y aplicación del efecto directo del artículo 86 TCE al condicionarlo a la previa declaración de un órgano administrativo y reducir la tarea del Juez civil a deducir los efectos civiles de la aplicación previa de la norma por la Administración²⁰. El efecto directo de que gozaban las normas contenidas en los TCEE desde la adhesión de España a las CE, y también el artículo 86 según se analiza antes, impide, a mi juicio, condicionar a declaración previa alguna de un órgano administrativo su aplicación por la jurisdicción dirimiendo conflictos entre particulares.

En el tercero de los Fundamentos Jurídicos se analiza por el TS la cuestión desde el plano de derecho interno español, señalando que el propio Reglamento del TDC reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, dispone en su artículo 3 que la competencia del Tribunal en cuanto a las declaraciones o intimidaciones previstas en la Ley será, privativa en el orden administrativo. Más adelante insiste: *«es decir, no nos encontramos ante un asunto atribuido a la competencia de un órgano jurisdiccional de un determinado orden y sobre cuál pueda conocer otro órgano de otro orden jurisdiccional distinto, a los efectos previstos en el citado artículo 10.1. De ello, ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil, para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia»*.

Las previsiones de la Ley 110/1963 aplicable a los hechos enjuiciados, debe insistirse una vez más, no son las mismas que las de la Ley 17/1989, según se resalta antes, en cuanto a las atribuciones que una y otra otorgan al TDC, por lo que los argumentos jurídicos de la STS, en todo caso, no son hoy aplicables a supuestos acontecidos bajo la regulación de la Ley 17/1989. Toda vez que la Sentencia se dictó el 30 de diciembre de 1993, cuando hacía ya varios años que regía la LDC, debió de hacerse alguna indicación sobre el cambio que dicha Ley supuso sobre la del 1963 con lo que se hubiera evitado la disparidad de interpretaciones a que ha dado lugar aquella Sentencia.

²⁰ B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit. supra*, p. 5.

C. SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999, SALA PRIMERA TS

Como en las restantes STS que aquí se analizan, el comentario se circunscribe al análisis de los pronunciamientos que contiene la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999 respecto del órgano que, a juicio del Alto Tribunal, tiene atribuida en nuestro país la aplicación exclusiva y excluyente de la legislación interna sobre competencia. Quedan, pues, al margen de este examen otras cuestiones de importancia que se derivan de la misma Sentencia.

a) *Antecedentes y pronunciamientos contenidos en las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia*

La entidad United International Pictures y Cía., S. R. C., formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Josep S. S. y la sociedad mercantil Salsas Hermanos, S. A., en reclamación de la suma de 10.525.000 pesetas en concepto de indemnización pactada por el incumplimiento de contrato cinematográfico de exhibición de películas, más los intereses de demora y las costas. La actora había, al parecer, suscrito con los demandados diversos contratos para la exhibición por éstos de películas cinematográficas distribuidas por aquélla y cuyo número excedía de los períodos temporales que se fijaban en los contratos para su exhibición, imponiendo la contratación, junto a películas de las denominadas «en cartelera» por su actualidad, de otras que carecían de interés para el exhibidor. Las películas contratadas lo eran por un porcentaje sobre la recaudación de taquilla, pero, en todo caso, por una cantidad mínima por cada una de ellas. El importe de la suma reclamada judicialmente era, al parecer, por el montante económico mínimo de las no exhibidas.

Emplazados los demandados, compareció D. Josep S. S., quien contestó a la demanda solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la misma, esgrimiendo la excepción de falta de personalidad y para el caso de que no prosperase, entrando en el fondo pidió la desestimación de la demanda en su totalidad con imposición de costas a la demandante.

La otra demandada, que no compareció, fue declarada rebelde.

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badalona se dictó Sentencia en fecha 27 de septiembre de 1993 por el que se desestima íntegramente la demanda y se absuelve a los demandados de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma, «*declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados entre los litigantes entre las fechas 15 de julio de 1988 y 23 de mayo de 1991, cuyas copias obran en las actuaciones en los folios 17 a 23, debiendo reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de su perfección*», con condena a la actora en las costas.

Apelada la Sentencia por United International Pictures y Cía., S. R. C., la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 19 de octubre de 1994, por cuyo fallo se desestima el recurso de apelación y se confirma íntegramente la dictada en Primera Instancia, con condena en las costas de la alzada a la entidad apelante.

La Sentencia de la Audiencia, después de destacar las cláusulas de los contratos de especial relieve para la contienda entre las partes, establece que «[c]omo señaló la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de marzo de 1990, la Ley 3/1970 y el Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 13 de junio, propician la contratación de alquiler por lotes, siendo práctica restrictiva de la competencia la imposición al exhibidor de lotes cerrados sin posibilidad de elección de los títulos de las películas que contrata, y por lo que a continuación se expone, también la contratación que suponga y obligue al exhibidor a proyectar más películas que las que el espacio temporal permite» (FJ 4.º).

Más adelante se precisa «... el cumplimiento de la prestación para el exhibidor en la forma pactada es materialmente imposible y, por tanto, jurídicamente inexigible, anulando los contratos así establecidos (art. 1.184 cc), sin olvidar que este modo de contratación traslada todo el riesgo comercial al exhibidor mientras que el distribuidor mantiene asegurado el cobro del precio de todas las películas, incluyendo, por tanto, el de aquellas que por ser físicamente imposible su proyección ningún provecho va a obtener el exhibidor, truncando el equilibrio de las prestaciones entre las partes y también la posibilidad de que el exhibidor pueda contratar con otras empresas distribuidoras, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989» (FJ 5.º).

La Sentencia de la Audiencia se recurre en casación por el demandado que había comparecido en el procedimiento, entre otros, por los siguientes motivos:

1. Al amparo del número 4 del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por infracción de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 y 18 de mayo de 1985 que establecen el carácter privativo de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para conocer las prácticas comprendidas en la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 por la especialidad de su materia.

2. Al amparo del número 4 del artículo 1.692 LEC, por infracción de los artículo 6.a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 17 de julio de 1989 en su correcta interpretación hecha por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los cuales han sido aplicados indebidamente.

b) *Doctrina del TS establecida por la Sentencia*

Agrupados en un fundamento único ambos motivos por el TS, «ya que la razón de fondo es la misma para los dos²¹», señala que «toda vez

²¹ FJ 1.º

*que los primeros contratos se remontan al 15 de julio de 1988, parcialmente la litis ha de regularse por la anterior Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, si bien, aun en este contexto temporal es aplicable el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, reformado en 1982, por así proclamarlo la Disposición Derogatoria de la Ley de 17 de julio de 1989*²²».

En relación con la aplicabilidad de la Ley 110/1963 a los primeros contratos no hay nada que objetar. Pero respecto de la última afirmación, es necesario precisar que el Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia resultará aplicable por estar vigente en el momento en que se suscriben los contratos y no por cuanto señala la Disposición Derogatoria de la Ley de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, que se limita a establecer precisiones a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, como es lógico, y así señala la derogación de diversos Decretos, en lo que se opondan a la nueva Ley, entre los que se señalan los de aprobación del citado Reglamento y de reforma posterior del mismo, o lo que es lo mismo, su vigencia aún posterior a la publicación de la Ley en aquello que no se oponga a la misma.

En relación con los contratos posteriores al 17 de julio de 1989 señala la STS *«la Sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1993 es drástica y transparente: la competencia del Tribunal, en cuanto a las declaraciones e intimidaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo»*. Ante tal declaración, bueno es empezar por recordar que la Sentencia de 30 de diciembre de 1993 no se refiere a contratos a los que resulta de aplicación la LDC de 1989, sino la anterior Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 y contiene la antedicha declaración señalando su fundamento en el Reglamento del TDC y concretamente en su artículo 3 reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982²³.

A continuación, en la Sentencia comentada, se señala que bajo la vigencia de la Ley de 1963, otra Sentencia de 18 de mayo de 1985 había mantenido análogos criterios. *«En ambos fallos se defiende la misma doctrina: aunque a efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional puede conocer asuntos que no le están atribuidos privativamente, esta facultad no permite extender la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales a materias de la competencia exclusiva o privativa de la Administración, como son los relativos a la existencia de prácticas abusivas al explotar una posición de dominio en el mercado.»*

No resultan extrapolables las afirmaciones que pudieran hacerse con base en la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 a situaciones similares contempladas bajo la vigencia de la LDC de 1989. Aquella Ley era la única norma específica que regulaba el sistema concurrencial en nuestro país. Sin embargo, la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se completa

²² FJ 1.º

²³ FJ 3.º de la Sentencia de 30 de diciembre de 1993.

en la disciplina concurrencial con las normas contenidas sobre competencia desleal, primero limitadamente en la Ley de Marcas de 1988²⁴ y con carácter mucho más amplio a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), con los efectos a los que luego me referiré. Pero además, aparte de no regularse conductas privadas en la concurrencia sino en tanto en cuanto afectasen al interés público, la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963, como se resalta antes, en varias ocasiones, establecía la competencia privativa del TDC en lo relativo a las declaraciones previstas en aquella Ley dotándoles de plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales (art. 10). También la Ley le atribuía la declaración de nulidad de determinadas conductas prohibidas²⁵, facultad de la que no goza a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1989 de Defensa de la Competencia el TDC dado su carácter de órgano administrativo, debiendo acudir, por tanto, para obtener la declaración de nulidad de los acuerdos colusorios, que el artículo 1.2 LDC sanciona con nulidad de pleno derecho, a los tribunales jurisdiccionales del orden civil²⁶.

No parece acorde con la vigente la LDC de 1989 y la LCD de 1991 el afirmar que sea competencia exclusiva o privativa de la Administración el conocimiento de todo lo relativo al Derecho de la competencia y en concreto las prácticas abusivas de explotación de posición dominante.

La argumentación siguiente de la Sentencia en apoyo de esta tesis, si bien parte de afirmaciones válidas, concluye estableciendo una conclusión, a mi juicio, errónea. Después de señalar que, según el artículo 3 de la Ley de 1963, las Resoluciones del TDC ponen fin a la vía administrativa, continúa: *«Esta regla, se confirma después de 1989, por el artículo 49 de la nueva Ley, según el cual: «Contra las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso administrativo». Según toda la regulación específica, el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa como un órgano administrativo para dilucidar la problemática competencial y las posibles prácticas restrictivas y por ello el artículo 50 de la Ley establece que ese Tribunal ajustará su actuación a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que la posible litigiosidad sobre estos aspectos no discurre por los cauces de la jurisdicción ordinaria.»*

Es cierto que las resoluciones definitivas del TDC ponen fin a la vía administrativa conforme establece el artículo 49 LDC y, por tanto, sólo cabe su impugnación en vía contencioso-administrativa o lo que es lo

²⁴ Artículos 70 a 72.

²⁵ Artículo 13.2.

²⁶ En el Anteproyecto de la última reforma de la LDC se pretendió atribuir dicha facultad de nuevo al TDC, pero el Consejo de Estado en su Dictamen preceptivo hizo ver que tal declaración debía realizarse por los órganos jurisdiccionales coincidiendo también en este criterio el propio TDC en su informe también preceptivo, y siguiendo tal criterio desaparece aquella previsión del texto definitivo del artículo 1.2. Véase mi trabajo «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999, pp. 79-86.

mismo, que no son recurribles en alzada ante otro órgano administrativo, ni siquiera en reposición ante el propio Tribunal ²⁷.

También es cierto que el TDC «*actúa como un órgano administrativo para resolver la problemática competencial y las posibles prácticas restrictivas*» pero al realizar tales afirmaciones es evidente que no se tiene en consideración las funciones que la LDC le atribuye ni la regulación de nuestro orden concurrencial, en el que es pieza fundamental no sólo la LDC, sino también la LCD. El nuevo orden económico en nuestro país deriva del principio de libertad de empresa en un sistema de economía de mercado según proclama el artículo 38 de la Constitución Española. La LDC de 1989, según señala su Exposición de Motivos, responde a la salvaguarda del interés público, objetivo principal de todas las normas sobre competencia. Así, expresamente dice: «*La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...*» precisando más adelante que «*La aplicación de la Ley en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, se encomienda en el Título Segundo a órganos administrativos...*» ²⁸. Las normas sobre competencia protegen prioritariamente intereses públicos y de ahí el procedimiento administrativo sancionador que diseña la LDC ²⁹. Nuestro legislador, de forma similar al comunitario y al de la mayoría de los Estados miembros, ha confiado esta misión a órganos administrativos, en nuestro caso el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), ambos órganos de defensa de la competencia y no sólo el TDC, como señala la STS, con posterior revisión jurisdiccional, aunque hubiese sido igualmente posible otorgar aquella función a órganos jurisdiccionales.

Pero la regulación de nuestro orden concurrencial se completa, como ya se señala antes, con la Ley de Competencia Desleal de 1991.

La LCD nace para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, aplicándose a todos los que participen en el mercado ³⁰, siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales ³¹, teniendo la Ley por objeto, como expresamente se hace constar en su artículo 1, «... la protección de la competencia en interés de todos

²⁷ Esta última afirmación sólo es válida hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 4/1999, de Reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que viene a posibilitar el recurso de reposición con carácter facultativo previo al contencioso-administrativo, artículos 116 a 117.

²⁸ Énfasis míos.

²⁹ A semejanza del sistema instaurado a nivel comunitario europeo y por los restantes Estados miembros, toda vez que uno de los principales objetivos del Tratado de Roma es la instauración de un mercado común basado en un régimen de libre competencia —art. 3.a) y f) TCEE— que desarrollan los artículos 85 a 94 del mismo.

³⁰ Artículo 3.1.

³¹ Artículo 2.1.

los que participan en el mercado», prohibiéndose por ello los actos de competencia desleal. Como señala el Preámbulo de la Ley, se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal ³² «... para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También y muy especialmente el artículo 5, en el que, implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de competencia».

Dada la falta de tradición en nuestro país en la persecución de los actos de competencia desleal ³³, el legislador de 1991 optó por el sistema de introducir una cláusula general, la del artículo 5, para tipificar a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales ³⁴.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de las Leyes. La ventaja ha de ser significativa». Según se comprueba, se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley, con tal de que produzca efectos en el mercado. Pero además, el número 2 del mismo artículo reputa desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», sin ningún otro tipo de exigencias. Así pues, una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a los que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en las relaciones entre particulares podrán evidentemente perseguirse al amparo del artículo 15.2 LCD a través del ejercicio de la pertinente acción ante la jurisdicción ordinaria. Y ello con independencia de que pueda ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resulta afectado el interés público y consecuentemente procediera su sanción por el TDC en los términos que establece la LDC, entre los que destaca la imposición de importantes multas sancionadoras por importe que podrá alcanzar hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa sancionada correspondiente al ejercicio anterior ³⁵.

En el mismo sentido de vocación de protección de intereses públicos atribuida a los órganos de defensa de competencia, el Real Decreto-ley

³² Que diseñó la Ley de Marcas de 1988 en sus artículos 77 a 79 y que estuvo vigente por muy escaso tiempo.

³³ Estuvo durante mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no sancionándose apenas en la práctica, dada la deficiente regulación que hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902 en su Título X. Ver al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal», en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Cursos vol. 6, 1991, pp. 185-218.

³⁴ Artículos 6 a 17 LCD. Véase al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general», en *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA, 1995, pp. 11-40.

³⁵ Artículo 10 LDC.

7/1996, de 7 de junio, modifica por su artículo 15 el artículo 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3³⁶ en el que se faculta a los órganos de defensa de la competencia para decidir no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Con el mismo criterio, pero con mejor redacción y precisión en su contenido, dicho inciso se reforma por la más reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, para señalar: «3. *Los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreseer los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.*»

Si bien esta última norma no se había dictado en el momento de pronunciarse la STS que se comenta, sí estaban vigentes y desde hace bastante tiempo las otras dos que no merecen comentario alguno en la Sentencia. De mantenerse el criterio sentado con tanta contundencia por el Tribunal Supremo, nos encontraremos que las empresas sólo podrán recurrir, en supuestos de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 LDC, a denunciarlo ante el SDC y esperar la larga tramitación del procedimiento administrativo ante el SDC, posteriormente ante el TDC y su revisión jurisdiccional por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y en la mayoría de los casos posteriormente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dependiendo de la cuantía, para sólo así después de ganar firmeza la resolución del TDC poder acudir a la jurisdicción ordinaria a solicitar la nulidad de los pactos colusorios y/o reclamar la indemnización de daños a través también de tres instancias. Pero, además, en el caso de que por los órganos de defensa de la competencia se decida no iniciar o sobreseer el procedimiento ya iniciado por su escasa importancia al no afectar de manera significativa a la competencia, aunque afecte intereses privados, los titulares de éstos no podrán obtener protección alguna, pudiendo incluso verse arrojados del mercado, sin posibilidad tampoco de obtener compensación por los graves perjuicios económicos que a nivel particular se les irroguen.

Por el contrario, si los particulares, ante una práctica que les afecte, contraria a los artículos 1 o 6 LDC, acuden a la jurisdicción ordinaria al amparo del artículo 15 LCD podrán ver tutelados mejor sus intereses, por cuanto que podrán solicitar medidas cautelares, y la sentencia al declarar la práctica como desleal al amparo del artículo 15 LCD, si lo es en relación con el artículo 1 LDC, declarar además la nulidad. Si se relaciona con el artículo 1 o con el 6, ambos de la LDC, declarar además que procede establecer indemnización por daños y cuantificarse los mismos en la propia sentencia. De otro lado, en el caso de conductas de escasa importancia, también por la vía jurisdiccional verán amparados sus derechos los afectados por las mismas.

³⁶ BOE de 8 de junio de 1996 y corrección de errores BOE de 18 de junio de 1996.

D. SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 2000, SALA PRIMERA TS

a) *Antecedentes y pronunciamientos de las instancias*

Tiene sus antecedentes en la demanda interpuesta por un empresario individual en fecha 2 de enero de 1991 contra las entidades DISA y Prodalca. El actor había suscrito en fecha 19 de febrero de 1990 con DISA un contrato de concesión mercantil cuyo objeto era la explotación por el demandante de una gasolinera o estación de servicio propiedad de DISA, quien además suministraría los productos. Con su demanda, el actor solicitó la validez y eficacia del referido contrato, cuya ejecución entre las partes nunca había llegado a iniciarse, así como el cumplimiento de lo pactado, con entrega de la estación de servicio por DISA, y la declaración de nulidad de la relación jurídica que hubiera entre ésta y Prodalca, que era la que en realidad se había hecho cargo de la explotación, y la indemnización de daños y perjuicios hasta la de entrega real de la gasolinera al actor.

DISA, al contestar la demanda, reconoció la existencia y realidad del contrato, pero alegó la nulidad de pleno derecho del mismo por ser muchas de sus cláusulas contrarias al Derecho comunitario, citando el efecto al artículo 85 TCE, en relación con el Reglamento número 1984/1983, de 22 de junio, de la Comisión de las Comunidades Europeas. En síntesis, entendía que el contrato, al establecer una serie de limitaciones a la actuación mercantil del concesionario, implicaba restricciones a la libre competencia, incompatibles con el Derecho comunitario.

La otra demandada, Prodalca, se limitó a oponer su condición de tercero ajeno al contrato suscrito por el actor y DISA y, por tanto, al conflicto planteado.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de las Palmas de Gran Canaria, que conoció de la litis, dictó Sentencia, con fecha 20 de septiembre de 1993, estimando parcialmente la demanda, absolvió a Prodalca de todas las pretensiones contra la misma formuladas, declaró válido el contrato suscrito por el actor y DISA, condenando a ésta al pago de la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento del mismo hubiese ocasionado, y desestimó la pretensión de su cumplimiento y, en consecuencia, la entrega de la estación de servicio.

Entendió la Sentencia de primera instancia que el art. 85 TCE no era aplicable a acuerdos entre empresas dentro de un mismo Estado miembro y además que el contrato objeto del litigio no eliminaba la concurrencia total o parcialmente ni contenía una concesión en exclusiva, razones por las que declaró su validez, pero al entender que también era válido el contrato posterior, celebrado entre las dos entidades demandadas, y, por tanto, imposible el cumplimiento del primer contrato de forma específica, lo sustituía por una indemnización de daños y perjuicios.

La Sentencia dictada en primera instancia fue apelada tanto por el actor como por DISA, lo que determinó que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictara sentencia, en fecha 2 de junio de 1995, desestimatoria de ambos recursos de apelación y confirmando la sentencia apelada.

La Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación por el demandante y por DISA.

El recurso de DISA emplea los dos primeros motivos en insistir en la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso por incompatibilidad de sus cláusulas con el Derecho comunitario sobre la competencia y los dos restantes en impugnar la indemnización de daños y perjuicios acordado a favor del actor.

El demandante orienta los dos motivos de su recurso en primer lugar para que se declare nulo el posterior contrato suscrito entre DISA y Prodalca, dedicando el segundo motivo del recurso de casación a que se acuerde la indemnización de un millón de pesetas mensuales desde el 22 de agosto de 1999, en que se comenzó a explotar la gasolinera, hasta su efectiva entrega a él, tal y como solicitó en su demanda.

La Sala Primera del TS dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2000 por la que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y haber lugar al recurso de casación interpuesto por DISA al considerar nulo de pleno derecho el contrato objeto de la demanda *«por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretada según el Derecho comunitario, entendiéndose esta Sala que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual de la Comisión»* [FJ 7.º, apartado E)].

b) *Fundamentos jurídicos de la STS*

En primer lugar hay que destacar dos curiosidades de la Sentencia comentada. La primera es que, como hace notar la STS, en ninguna de las dos que pusieron fin a las respectivas instancias aparecen reflejados siquiera someramente los términos del contrato litigioso, por lo cual lo transcribe literalmente con el fin de comprobar seguidamente si sus cláusulas son o no compatibles con el Derecho comunitario³⁷.

Hace ya bastante tiempo que, por lo general, las sentencias de cualquier instancia limitan los antecedentes de hecho a referir las peticiones de las partes y las fases del proceso sin que siquiera se relaten los hechos más relevantes que hagan inteligible el objeto del debate y las posturas de las partes, lo que, en la mayoría de los casos, se limita a introducir muy resumidamente en los fundamentos jurídicos.

³⁷ FJ 4.º

La otra curiosidad que contiene la Sentencia es que su FJ 5.º se dedica a señalar el derecho aplicable a la cuestión planteada. Así, se establece al respecto:

A) Los artículos 85.1 y 87.1 del TCE, según la numeración de artículos del Tratado CEE.

B) El Derecho comunitario derivado, y concretamente el Reglamento 17/62 CEE del Consejo, artículo 1, el Reglamento 19/65 CEE del Consejo, artículo 1, y Reglamento 1984/1983 de la Comisión (arts. 1, 2, 3, 10, 11, 12, 16, 17, 18 y 19)

C) Derecho español: artículo 6.3 CC, artículos 1, 2 y 3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, el FJ 6.º señala una amplia jurisprudencia del TJCEE, en concreto sobre las siguientes materias:

A) Acerca de la aplicabilidad del artículo 85 TCE a contratos celebrados entre dos empresas de un solo Estado miembro y que se refieren a la reventa de productos dentro del mismo Estado.

B) Acerca de los Reglamentos de exención por categorías.

C) Acerca de las competencias del Juez comunitario, de la Comisión y del Juez nacional en relación con los Reglamentos de exención por categorías.

D) Acerca de la interpretación no extensiva de las excepciones contempladas en los Reglamentos de Exención por categorías.

E) Acerca de la declaración por el Juez nacional de la nulidad de pleno derecho de un contrato por incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Todo lo anterior es demostrativo del profundo estudio llevado a cabo por la Sala del Derecho comunitario principalmente, que considera aplicable al objeto del litigio así como de la jurisprudencia del TJCEE.

Finalmente, el FJ 7.º se dedica a examinar el contrato litigioso a la luz del derecho que considera aplicable y la jurisprudencia del TJCEE, y así en definitiva a resolver en casación.

Una vez más es preciso repetir que el objeto de estudio del presente trabajo es la doctrina que establece en las sentencias examinadas el TS sobre los órganos competentes para la aplicación del Derecho sobre competencia tanto comunitario como nacional. No se entra a analizar las tesis de fondo que tras optar por la competencia para la aplicación o no de dicha normativa mantenga la sentencia examinada.

Examinemos detenidamente esta Sentencia atendiendo a cada uno de sus incisos.

Apartado A), párrafo primero:

«Acerca de la inclusión del contrato litigioso en el ámbito prohibitivo del artículo 85 del Tratado CE.

Ha de considerarse incurso en la prohibición porque se trata de un contrato entre una empresa con forma de sociedad anónima y un empresario

individual cuyas cláusulas esenciales indudablemente tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último.»

En el segundo párrafo del mismo inciso A), se dice:

«La circunstancia de que lo sometido a la consideración de esta Sala sea un solo contrato, no una serie de contratos similares destinados a producir efectos en una misma zona, y el hecho de que se concertase entre empresas españolas y para producir sus efectos solamente en las Islas Canarias, no deben excluir el contrato del ámbito de la prohibición. En primer lugar, porque al imponerse por el proveedor al revendedor la compra exclusiva de todos los productos, impide, cuando menos indirecta y potencialmente, la entrada de productos procedentes de otros Estados miembros. Y en segundo lugar, porque el contrato litigioso versa sobre productos que, como los carburantes y los combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio o, si se quiere, especialmente sensible a las limitaciones de la competencia mediante el dominio de hecho de unas pocas empresas suministradoras que acaban imponiendo sus precios a los consumidores finales del producto.

De otra parte, ya se ha visto cómo la exposición previa del reglamento 1984/1983 contempla que los contratos entre dos empresas de un mismo Estado puedan ser objeto de prohibición.»

Para lo que aquí interesa, como objeto de estudio, se comprueba que ya en este apartado del fundamento jurídico, el TS se decanta por la aplicación por la jurisdicción del Derecho comunitario sobre competencia.

En el párrafo tercero, también del inciso A), se afirma:

«Finalmente, el principio de interpretación conforme conllevaría a la misma conclusión, ya que en cualquier caso sería aplicable al contrato litigioso el artículo 1.2 de la Ley española de Defensa de la Competencia interpretada de acuerdo con las normas del Derecho comunitario.»

Debería explicar el TS la base de tal afirmación, ya que en su Sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999 señaló taxativamente que las declaraciones previstas en la LDC son privativas de órganos administrativos. Un cambio tan importante y radical debería en todo caso argumentarse debidamente.

Finalmente, entraremos a analizar la doctrina contenida en los apartados C) y E) del mismo fundamento jurídico, toda vez que el análisis que del contrato se hace a la luz del Reglamento Comunitario 1984/1983 y su interpretación en el apartado D) entra dentro del estudio del fondo de la Sentencia, lo que excede de este trabajo, por las razones ya apuntadas.

El apartado C) señala:

«Acerca de la competencia de esta Sala para declarar en su caso la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.

Le corresponde como juez nacional de un Estado miembro que debe, por tanto, aplicar el ordenamiento comunitario si entiende que el contrato litigioso no cumple las condiciones de exención del Reglamento 1984/1983 y que tampoco podría ser nunca objeto de una exención individual otorgada por la Comisión, habrá de declarar la nulidad, aunque con el alcance que proceda según el Derecho español.»

El TS viene, en definitiva, a reconocer que los Tribunales jurisdiccionales no sólo pueden, sino que deben, aplicar el ordenamiento comunitario también en materia de competencia y no sólo las disposiciones contenidas en el TCE, sino también la de los Reglamentos Comunitarios.

En el apartado E) se afirma:

«Acerca de la nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.

De lo dicho en el apartado anterior se desprende que el contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretado según el Derecho comunitario, entendiéndose esta Sala que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual por la Comisión.»

Una vez más se confirma la procedencia de aplicar por los jueces el Derecho comunitario sobre Competencia y la procedencia de la declaración de nulidad de un contrato por su incompatibilidad con dicho ordenamiento sin que se exija declaración previa alguna del TDC. Pero también la posibilidad de declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.2 LDC sin que se exija tampoco pronunciamiento alguno previo del TDC.

En resumen, de todo lo afirmado por las fundamentaciones jurídicas transcritas, se viene a reconocer en esta Sentencia por el TS no sólo la posibilidad, sino el deber de los Tribunales jurisdiccionales de aplicar el Derecho comunitario sobre competencia y tanto el contenido en el Tratado como en los Reglamentos, la posibilidad de declarar consecuentemente la nulidad de un contrato por su incompatibilidad con aquellas normas, y también el pronunciamiento sobre nulidad por aplicación, sin previa declaración alguna del TDC del artículo 1.2 LDC.

Se ha de insistir una vez más en la conveniencia de que el TS explique su cambio de criterio respecto al contenido en su anterior Sentencia sobre la materia, sobre todo habida cuenta de lo contundente, a la vez que parco en explicaciones, de aquel pronunciamiento.

Por otro lado, la aplicación del artículo 1.2 LDC sin análisis previo de la inclusión de la conducta enjuiciada entre las tipificadas en el artículo 1.1 de la misma Ley no parece posible. Como tampoco el que por la jurisdicción se apliquen aquellos preceptos más que por la vía del artículo 15 LCD. Piénsese que la LDC, tanto en su carácter sustantivo como en el procesal, está diseñada para su aplicación por las autoridades administrativas a las que la misma encomienda la defensa de la competencia en salvaguarda del interés público de garantizar el orden econó-

mico constitucional en el sector de la economía de mercado. Así, incluso aquéllas conocerán, en los términos de la LDC, de los actos de competencia desleal que, por falsear sensiblemente la libre competencia, afecten al interés público, conforme establece el artículo 7 LDC y pese a que los actos de competencia desleal, por lo general, es decir, cuando no se produzca afectación de intereses públicos, deben ser enjuiciados por la jurisdicción civil. Por el contrario la LCD, que va a servir fundamentalmente para atender al ejercicio de las acciones que la misma posibilita dirimiendo contiendas entre particulares ante la jurisdicción, también contempla el que en dicho ámbito se persigan las infracciones de la LDC, y en concreto la aplicación de sus artículos 1 y 6, como se deriva de la tipificación que su artículo 15 establece como actos de competencia desleal de las simples infracciones de las normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Parecen, pues, claras, a mi entender, las funciones que una y otra Ley desempeñan en la regulación de nuestro ordenamiento concurrencial y los órganos encargados de su aplicación.

4. PERSPECTIVA DE FUTURO

Sin una jurisprudencia sólida que establezca bajo qué condiciones y con qué amparo legal se podrá acudir a la jurisdicción en solicitud de que se diriman contiendas aplicando el Derecho comunitario e interno sobre competencia hemos de encarar el futuro, que además nos va a propiciar inexorablemente nuevas incertidumbres.

En primer lugar, porque parece inminente una reforma de la LDC para adecuarla a las exigencias de la STC por el que declara la competencia de las Comunidades Autónomas en ejecución de la legislación en materia de competencia y se insta al Gobierno para que lleve a cabo la normativa que posibilite la conexión entre el TDC y los órganos autonómicos que se establezcan al respecto. Esta tarea, de suma complejidad, va a determinar en la práctica conflictos entre las diversas autoridades de competencia y el propio TDC, lo que propiciará el que muchos prefieran acudir a dirimir sus problemas ante la jurisdicción. En segundo lugar, porque se pretende llevar a cabo un nuevo Reglamento del Consejo CE por el que se establezca un nuevo sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, sustituyendo el sistema de autorizaciones del artículo 81.3 TCE que, desde la publicación del Reglamento 17, viene rigiendo hasta la actualidad, por otro de exención legal y consecuente aplicación también por los Tribunales jurisdiccionales de los artículos 81 y 82 en su integridad, en concurrencia con las autoridades nacionales de la competencia y con la propia Comisión.

Toda vez que, por lo que respecta a la reforma de la LDC y aunque ya se han producido al parecer varios borradores de Anteproyecto de Ley, no ha sido publicado ninguno hasta la fecha, ni ha alcanzado ninguno

el grado de Proyecto de Ley —al menos que yo conozca— me limitaré a continuación a comentar brevemente la Propuesta de Reglamento en su estado actual dada la trascendencia que ha de comportar cuando al fin se apruebe el Reglamento definitivo.

A. EL LIBRO BLANCO SOBRE MODERNIZACIÓN DE LAS REGLAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 TCE Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO³⁸

La Comisión adoptó y publicó en 1999 el Libro Blanco con el fin de adecuar la normativa de competencia de la CE a los tiempos actuales y a los retos de los próximos años. El Libro Blanco, tras analizar diversas opciones de reforma, viene a proponer un sistema de aplicación radicalmente distinto de las normas de competencia para el futuro. Se opta por un sistema de excepción legal que sería directamente aplicable. Así, la norma de excepción del apartado 3 del artículo 81 se aplicará directamente tanto por la Comisión como por las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales jurisdiccionales nacionales en todos los procedimientos en que se vean llamados a aplicar la prohibición del artículo 81.1.

La propuesta del Libro Blanco recibió opiniones muy distintas sobre su conveniencia. Así, mientras el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social apoyaron la propuesta, insistiendo, no obstante, en la importancia de garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria manteniendo un nivel adecuado de seguridad jurídica, las posiciones de las organizaciones empresariales y de los abogados son heterogéneas, pues si bien algunos la acogen con satisfacción y la consideran alternativa más eficiente al sistema actual, otros subrayan la necesidad de asegurar que la reforma no lleve a una aplicación incoherente, a una renacionalización de la normativa comunitaria sobre competencia, y a que no se reduzca la seguridad jurídica de las empresas.

La Propuesta de Reglamento del Consejo toma como punto de partida el Libro Blanco, pero también tiene en consideración, al menos en parte, las preocupaciones que se han puesto de relieve en el proceso de consulta. El fundamento jurídico de la Propuesta lo encuentra el Consejo en el artículo 83 del propio TCE, por cuanto que éste le faculta para establecer los Reglamentos o las Directivas apropiados para dar cumplimiento a los principios establecidos en los artículos 81 y 82, si bien en el Reglamento 17, aún hoy en vigor, que es el que concedió competencia exclusiva a la Comisión para la aplicación del artículo 81.3, el repetido precepto 3 puede parecer adecuado para su aplicación directa, aunque deje un

³⁸ Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68 CEE, núm. 4056/86 CEE y núm. 3975/87 CEE.

cierto margen de apreciación en cuanto a su interpretación. De la misma forma que tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales jurisdiccionales han venido aplicando hasta ahora los artículos 81.1 y 82 TCE, de aprobarse la propuesta de Reglamento también todos éstos aplicarían el artículo 81.3 TCE. Es evidente que los términos indeterminados de este precepto y el margen de interpretación que propicia, precisaron en un principio que sólo la Comisión lo aplicara a fin de garantizar un criterio uniforme, pero el tiempo transcurrido ha posibilitado una amplia jurisprudencia del TJCE y doctrina emanada de las decisiones de la Comisión lo que pudiera posibilitar en el futuro una aplicación uniforme por todos estos órganos. En todo caso, la Comisión, que hasta hace muy poco ha defendido con sumo celo su competencia exclusiva en la aplicación del artículo 81.3 TCE, pretende ahora compartir esta función no sólo con las autoridades de competencia nacionales, sino también con todos los órganos judiciales, de los que, por otro lado, no parece fiarse, en cuanto a la aplicación armónica del precepto, como lo demuestra entre otras medidas el querer introducir la figura del «*amicus curiae*» a desempeñar por la propia Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

B. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROPUESTO

El nuevo sistema que pretende la Propuesta de Reglamento se justifica en una serie de ventajas que se dice tendrá sobre el actualmente en vigor. Así:

a) *Protección más eficaz de la competencia*

Se aspira a incrementar la protección de la competencia, lo que se quiere lograr con un mayor número de organismos que apliquen plenamente las normas de competencia de la CE —Comisión, Autoridades nacionales y Tribunales jurisdiccionales— permitiendo además el nuevo sistema reorientar la acción de la Comisión a fin de que pueda dedicarse fundamentalmente a perseguir las prácticas más graves al verse descargada del trabajo actual derivado del sistema de notificaciones.

Para ello, además se pretende aumentar los poderes de investigación de la Comisión y sus funcionarios, considerándose al respecto importante el codificar las normas que regulan la obtención de mandamientos judiciales, y el que los mandamientos judiciales posibiliten también los registros domiciliarios privados.

b) *Marco jurídico más armónico*

Aumentando los supuestos en que se aplique el Derecho comunitario de competencia, con disminución de los casos en que se apliquen las

normas internas de cada Estado miembro, que aún son muy distintas, se conseguirá un marco jurídico más armoniosos en todo el mercado único, lo que beneficiará a las empresas. Para ello se pretende que a las prácticas que puedan afectar al comercio entre Estados, sin duda las más importantes, se apliquen los artículos 81 y 82 TCE únicamente prescindéndose de aplicar además la normativa interna. El hecho de aplicarse una misma legislación fomentará en sí la aplicación uniforme en todo el territorio interno.

La aplicación del Derecho comunitario de competencia, tanto por los Tribunales jurisdiccionales como por las Autoridades nacionales, estará guiada y sujeta por la jurisprudencia del TJCE y la del Tribunal de Primera Instancia, así como por la práctica administrativa de la propia Comisión, lo que indudablemente contribuirá a su aplicación más armoniosa. A este respecto, el texto de la Propuesta de Reglamento prevé que tanto las autoridades como los Tribunales deberán evitar cualquier resolución contradictoria con las Decisiones de la Comisión.

Con respecto a los Tribunales jurisdiccionales, que pueden tener mayor dificultad para aplicar esta legislación especial, se recuerda el procedimiento preliminar del 234 y la facultad de los Tribunales, y correlativa obligación de la Comisión, de cooperar con información y evacuación de dictámenes.

Para facilitar la supervisión de la Comisión, se establecen dos exigencias a los Tribunales jurisdiccionales, que van a encontrar, en todo caso, difícil incardinación en nuestro Derecho interno. Me refiero a la exigencia de que éstos remitan a la Comisión copia de las Sentencias que dicten en aplicación de los artículos 81 y 82 TCE³⁹ y especialmente del Derecho que se viene a establecer a favor de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia de presentar observaciones escritas u orales a los Tribunales en aquellos procedimientos. Más adelante se volverá a examinar esta cuestión más en concreto.

c) *Un nivel adecuado de seguridad jurídica para las empresas y una reducción de burocracia*

Al desaparecer la obligación de que, en aquellos supuestos en los que resulte aplicable el artículo 81 TCE, sea necesario notificar a la Comisión y obtener una decisión de exención, se suprime burocracia y se gana en celeridad. Así, la propuesta de Reglamento establece que *ab initio*, los acuerdos y decisiones que cumplen los requisitos del artículo 81.3 TCE son válidos y aplicables. Para ello, las empresas tendrán que establecer su propia evaluación previa que habrá de fundarse en la jurisprudencia y decisiones de la Comisión, quien, no obstante, seguirá estando dispuesta

³⁹ Incluso se pretende que las Sentencias de los Tribunales nacionales sean revisadas por el TJCE, según propuesta del Comité Económico y Social, lo que no parece tener cabida en nuestra Constitución.

a debatir casos específicos cuando lo considere oportuno ante la ausencia de jurisprudencia. A ello habrá de añadirse la habilitación general de la Comisión para aprobar Reglamentos de exención por categoría, lo que hará que esté en condiciones de reaccionar con rapidez suficiente ante los nuevos avances y condiciones de mercados cambiantes.

5. PROBLEMÁTICA PARA LOS TRIBUNALES JURISDICCIONALES ESPAÑOLES ANTE LAS PREVISIONES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

Si bien los Tribunales españoles entendieron pronto la obligación de aplicación de los Tratados Comunitarios derivada de su efecto directo, al dirimir contiendas entre particulares, como también la posibilidad de ejercer la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE y así lo han venido haciendo con regularidad adecuada, en los supuestos de aplicación de las normas comunitarias de competencia, artículos 81.1 y 82 TCE, las cosas no han discurrido por el mismo camino, pues han sido escasos los supuestos en que se ha producido la aplicación de los mismos en vía jurisdiccional. En gran parte ello ha sido debido, a mi juicio, a la escasa y dispar jurisprudencia interna, antes examinada, y al criterio extendido también en otros ámbitos, de que las autoridades internas de competencia —SDC y TDC— eran las únicas habilitadas para llevar a cabo tal aplicación. Ello deriva también del distinto régimen que al TDC otorgaron la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 y la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989, según se analiza antes. Si prospera la propuesta de Reglamento, no sólo habrán de aplicarse por la jurisdicción los citados preceptos, sino también el artículo 81.3, lo que sin duda comportará nuevas obligaciones y exigirá un conocimiento más profundo del Derecho de competencia. También parece previsible que la demanda de aplicación de la legislación comunitaria sobre competencia ante los Tribunales jurisdiccionales sufrirá un considerable aumento, ya que la primera intención de los operadores económicos es solventar sus propios problemas y sólo en cuanto este interés coincida con el de preservar el interés público de garantizar una competencia suficiente en el mercado, también atender aquél, y no viceversa.

Parto de la base que los Tribunales que deberán llevar a cabo la aplicación de esta normativa serán por lo general los del orden jurisdiccional civil, pues ante ellos se plantearán las contiendas entre particulares en materia de competencia. Un problema que surgirá, ya apuntado, es el conocimiento profundo de esta especial materia, lo que requiere sin duda de una especialización de los Juzgados y Tribunales del orden civil, ya que su aplicación por órganos generalistas, como ocurre en la actualidad, requiere un esfuerzo desproporcionado en el estudio de un caso sobre una materia que no va a ser habitual, con el peligro de pronunciamientos con criterios diversos.

Como consecuencia principal de nuestra incorporación a las Comunidades, se ha venido produciendo una profunda reforma de nuestra legislación mercantil para adecuar la misma a la normativa comunitaria. Así, han ido surgiendo nuestras Leyes de Patentes de 1986, de Marcas y General de Publicidad, ambas en 1988, de Reforma del Derecho de Sociedades en 1989, de Defensa de la Competencia en el mismo año y de Competencia Desleal en 1991, por citar sólo las más relevantes. Toda esta legislación especial requiere de órganos jurisdiccionales especializados para su correcta aplicación, que además va a venir en muchos supuestos condicionada por la adopción de medidas cautelares que posibiliten la eficacia de la Sentencia que en su día se dicte, lo que requiere un conocimiento profundo de la materia, para la reacción ágil que toda medida cautelar precisa. Mientras en el resto de países que componen la hoy Unión Europea, con unos u otros criterios, los Jueces y Tribunales hace mucho tiempo que están especializados, nosotros continuamos dando la espalda a la realidad social y económica no encomendando el conocimiento de estas materias y otras que les son próximas a Jueces especializados. La única experiencia al respecto se circunscribe a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que se ha encargado vía artículo 98 LOPJ de los recursos de la práctica totalidad de los asuntos mercantiles dentro de su competencia territorial, con magníficos resultados de todos conocidos, tanto en relación a la calidad de sus sentencias como a la indudable ventaja para todos de unificación de criterios. Pero a pesar de los buenos resultados obtenidos, esta experiencia no ha sido extendida al resto del territorio nacional, ni tampoco al supuesto de los órganos judiciales unipersonales. Si el Reglamento propuesto llega a ver la luz, lo cual parece inevitable aunque con algunas modificaciones, no nos debe de coger desprevenidos. Basta recordar también la obligación derivada de la aplicación jurisdiccional del Reglamento de la marca comunitaria y que pese a ser nuestro país sede de la OAMI y tener por ello aparte de las competencias propias del resto de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros además la competencia residual derivada de la ubicación de la Oficina de la Marca Comunitaria en España, sólo cumplimos formalmente la exigencia de concentrar el conocimiento de las acciones derivadas del mismo en un número menor de órganos jurisdiccionales⁴⁰.

Independientemente de la necesidad de especializar los órganos jurisdiccionales, que algún día habremos de resolver y no parece que la solución se pueda aplazar más tiempo⁴¹, es preciso abordar dos cuestiones específicas que, como obligaciones derivadas del futuro Reglamento, comportan cierta problemática en nuestro ordenamiento interno. Una parece

⁴⁰ Véanse mis trabajos: «Órganos judiciales especializados y Propiedad Industrial», en *La Propiedad en España y su contexto europeo*, CEFI, 1993, pp. 177-205; «Tribunales de marcas comunitarias», en *VI Jornadas sobre marcas*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA 1999, pp. 284-315.

⁴¹ Resulta esperanzador el que en el reciente «Pacto de Estado para la Reforma de la Administración de la Justicia» se encuentre entre sus previsiones la especialización de órganos judiciales en materia mercantil.

sencilla: la obligación futura de remitir a la Comisión copia de las Sentencias que resulten de aplicar los artículos 81 y 82 TCE, que aunque no se concreta a qué efectos, parece que será a simples efectos informativos. Ello no obstante, debe determinar la aplicación de unos criterios doctrinales uniformes y acordes, lo cual no va a resultar fácil si se continúa con el actual régimen de Jueces generalistas.

La segunda cuestión resulta más problemática porque no tiene precedentes ni encaje legal en nuestro sistema procesal actual. Me refiero al derecho que reserva a la Comisión el artículo 15.3 del Reglamento, en fase de propuesta, por el que tanto ésta como las autoridades nacionales de competencia pueden presentar observaciones escritas u orales a los Tribunales nacionales, con el fin, se dice, de llamar la atención de éstos sobre cuestiones de gran importancia para la aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia, aunque aquéllos no vengan obligados a compartir la opinión expresada por la Comisión. Aparte de la indeterminación de estas actuaciones, tanto en el supuesto de la Comisión como en el de las Autoridades nacionales de competencia, este sistema de *amicus curiae* es extraño a nuestro ordenamiento procesal interno y podría distorsionar el sistema de contradicción de nuestro proceso. No parece adecuado el que la Comisión pretenda descargar sus actuales funciones en la aplicación del artículo 81.3 TCE en los Tribunales jurisdiccionales de los Estados miembros, de los que no se fía, y pretenda establecer una especie de tutela sobre el control de la doctrina en materia de competencia interfiriendo la función jurisdiccional.

Finalmente, parece oportuno hacer mención a una reciente Sentencia del TJCE en la que se viene a señalar que los Tribunales nacionales, al aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, están vinculados no sólo por la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, sino también por las decisiones de la Comisión, sean éstas firmes o no. En efecto, tal pronunciamiento se contiene en la Sentencia TJCE de fecha 14 de diciembre de 2000, asunto *Masterfoods Limite LTD con HD Icecream LTD*. En la misma se afirma, además, que en el marco de la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE, un Tribunal nacional no puede adoptar una Resolución contraria a una Decisión de la Comisión dictada sobre los mismos hechos, aunque dicha Decisión esté siendo objeto de un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios, siendo irrelevante el que el TPI haya suspendido la ejecución, ya que los actos de las Instituciones comunitarias disfrutan de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o revocados. Si bien es de destacar que la doctrina que contiene esta STJCE se circunscribe al caso concreto de que el Tribunal jurisdiccional conozca sobre «los mismos hechos» sobre los que se pronunció la Comisión en una Decisión anterior, no puede ignorarse la trascendencia de la misma y la dificultad que, en todo caso, supondrá su encaje con los diversos sistemas jurisdiccionales y con sus sistemas internos de recursos que pueden en unos casos corresponderse, según la fase, con la inexistencia de decisión alguna de la Comisión para posteriormente, cuando se va a decidir

el recurso, existir ya con pronunciamiento de la Comisión, recurrible a su vez. En todo caso, de existir una Decisión de la Comisión, si ha sido impugnada, lo prudente parece aconsejar el que se suspenda el procedimiento por los órganos jurisdiccionales, pues pudiera ocurrir que, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia comentada, el Tribunal jurisdiccional aplicase el mismo criterio que el de la Decisión de la Comisión y ésta resulte revocada al resolverse el recurso contra la misma.

El proyectado Reglamento debe, en definitiva, establecer unas muy claras reglas y definir los papeles de cada cual nítidamente, pues, en otro caso, el sistema actual que, aunque debe ser perfeccionado, posibilita una defensa de la competencia razonablemente eficaz, se verá perturbado seriamente ante pronunciamientos diversos de los distintos órganos administrativos y jurisdiccionales, con lo que se creará una grave inseguridad jurídica, lo que es absolutamente indeseable que ocurra.