

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. APORTACIONES DE LA LEY 52/1999, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento ¹

1. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. APROXIMACIÓN GENERAL

A la hora de abordar la reflexión sobre el papel de los órganos administrativos y judiciales respecto de los efectos jurídico-privados (nulidad e indemnización de los daños y perjuicios irrogados) de los actos contrarios a la legislación de defensa de la competencia el concepto de competencia y de defensa de la competencia del que se parta no es una cuestión en absoluto menor.

De hecho, la respuesta a la pregunta relativa al concepto y alcance de la defensa de la competencia puede determinar la solución al problema de cómo arbitrar un sistema eficaz de protección de los intereses particulares que se ven afectados por una conducta contraria a la libre competencia.

No ocurrirá así en el caso de que la respuesta consista en afirmar que la defensa de la competencia es un instrumento o mecanismo jurídico dirigido a garantizar un nivel suficiente de competencia en un determinado sector o mercado al objeto de que los procesos de formación de precios y el propio funcionamiento de aquéllos no puedan verse alterados artificialmente en perjuicio de unos u otros agentes económicos.

Una respuesta de éste o semejante tenor, siendo probablemente correcta, no determinaría mayores consecuencias respecto del modelo

¹ Este trabajo responde a la época en que, como Abogado del Estado destinado en la Secretaría de Estado de Economía, tuve la ocasión de colaborar con la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia en la elaboración del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

de protección de la libre competencia ni, por supuesto, en cuanto a los sistemas de garantía de los distintos intereses en conflicto (públicos y privados).

Si, en lugar de utilizar definiciones de carácter finalista a la hora de determinar el concepto de defensa de la competencia, se opta por realizar aproximaciones que tengan en cuenta su naturaleza, nos situaremos frente a dos propuestas que, aunque enfrentadas dialécticamente, tienen la nota común de que, una vez elegidas, resultará difícil optar por un modelo de defensa de la competencia y de protección de los derechos e intereses perjudicados que no sea el correspondiente a una aproximación iuspublicista o iusprivatista al derecho de la competencia.

Así, por un lado, si se responde a la cuestión planteada sosteniendo que la defensa de la competencia es, ante todo, una política económica, un instrumento de intervención del Estado en la economía², será coherente afirmar que el modelo de defensa de la competencia tendrá un carácter básicamente administrativo (sin perjuicio del control posterior a cargo de los órganos jurisdiccionales) teniendo la protección o restauración de los derechos de los particulares una importancia secundaria.

Por el contrario, si se pone el acento en la vertiente «privada» de la defensa de la competencia, es decir, si se la considera en primer término como un instrumento de protección de los derechos patrimoniales de agentes económicos determinados frente a la conducta ilícita de sus competidores, sin perjuicio de que la conexión con principios de gran importancia (con relevancia constitucional) como el de la libertad de empresa haga igualmente imposible negar la existencia de intereses públicos involucrados, será igualmente coherente proponer sistemas de tutela judicial de la competencia sin intervención previa de los órganos administrativos.

Esta diversidad de enfoques (podría incluso hablarse de una distinta «sensibilidad», de una distinta valoración de los intereses jurídicos en conflicto) explica la atención paralela que desde la doctrina mercantilista y la administrativista viene prestándose a la defensa de la competencia. Partiendo de la premisa anterior, la diversidad de perspectivas parece lógica.

Podría incluso hablarse de una tercera posibilidad, consistente en reconocer una importancia equivalente a los intereses públicos y privados que se ponen en juego como consecuencia de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, postulando igualmente un «modelo mixto» de respuesta ante tal infracción: los intereses públicos se tutelarían por las Administraciones Públicas a través de la tramitación de los correspondientes procedimientos e imponiendo, si procediese, las sanciones previstas en la Ley, mientras que los intereses privados serían tutelados por

² Ésta es la posición sostenida que, desde la óptica del derecho administrativo, se han ocupado de la defensa de la competencia. Así, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, Idelco-Marcial Pons, 1998. L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid, Escola d'Administració Pública de Catalunya-Marcial Pons, 1995.

los Tribunales de Justicia, como sucede en los supuestos de competencia desleal.

Personalmente, me inclino por un enfoque «iuspublicista» de la defensa de la competencia, compartiendo la opinión de que ésta constituye, ante todo, una política económica, un instrumento de intervención del Estado en la economía.

De hecho, la defensa de la competencia es uno de los pocos instrumentos de intervención económica de los que podrá disponer el Estado en un momento en que, como consecuencia de la Tercera Fase de la Unión Económica y Monetaria, el Estado ha quedado desposeído de sus facultades tradicionales en política monetaria y ha visto considerablemente minorado su margen de actuación en materia fiscal y presupuestaria (como consecuencia del pacto de estabilidad).

No obstante lo anterior, no puede negarse que en la defensa de la competencia concurren tanto intereses públicos como privados de una forma probablemente inseparable, lo que pone en juego viejas y nuevas formas de actuación de los poderes públicos.

Tratando de superar este debate, puede ser conveniente destacar que la contraposición o concurrencia de intereses públicos y privados no se produce del mismo modo, ni provoca los mismos efectos, en los distintos procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia. Así, no cabe duda de la enorme repercusión que sobre los intereses generales pueden tener procesos de concentración económica de la magnitud de los que vienen produciéndose desde enero de 1999, ahora sujetos a un oportuno régimen de notificación obligatoria desde abril del pasado año. Al fijar umbrales como instrumento técnico para delimitar la competencia de los órganos administrativos para el análisis de dichos procesos, el legislador reconoce tácitamente que las concentraciones que no alcanzan los umbrales no afectan a los intereses generales sino, exclusivamente, a los particulares.

Por el contrario, no existe una delimitación similar en los demás procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia, lo que podría hacernos pensar que el legislador considera aquí que los intereses generales se ven afectados en todos los supuestos de infracción de la Ley. Esta interpretación es inexacta. Lo que sucede en estos casos es que su propia heterogeneidad impide la utilización de sistemas objetivos de delimitación, obligando a los órganos administrativos a decidir en función de las concentras circunstancias del supuesto. Ésta es la razón de ser de la «regla de minimis» a la que posteriormente se hará referencia. Aplicando esa regla, prevista en el artículo 1.3 LDC, los órganos competentes podrán discernir entre la existencia o inexistencia de intereses públicos concernidos, dejando la competencia en manos de la Justicia civil en el segundo caso.

En cualquier caso, y con independencia de la postura que se adopte respecto del debate comentado, no cabe duda en cuanto al papel que,

como regulador, corresponde al Estado en materia de defensa de la competencia. Como legislador, el Estado debe ser coherente con los principios constitucionales involucrados (libertad de empresa, unidad de mercado...), como recientemente ha hecho al aprobar una reforma de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. El mismo imperativo de coherencia obliga al legislador a convertir la defensa de la competencia en una referencia inexcusable en la legislación sectorial en las diversas materias (telecomunicaciones, energía, transportes...).

Por otra parte, el Estado, en tanto que responsable (junto con las Comunidades Autónomas, según ha aclarado la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999) de la ejecución de esa política de defensa de la competencia, tiene el deber de reaccionar jurídicamente frente a las conductas contrarias a dicha legislación, de modo que los órganos administrativos competentes (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia) puedan tramitar los procedimientos administrativos que conducirán a la adopción de medidas cautelares y, en última instancia, a la imposición de sanciones administrativas.

Pero lo anterior no basta. Los particulares no encuentran satisfacción suficiente con la actuación administrativa tal y como hasta el momento ha quedado descrita, por cuanto no alivia ni repara en medida alguna el daño sufrido por quien ha sido víctima o perjudicado por conductas contrarias a la legislación de defensa de la competencia. El Estado debe proporcionar, en consecuencia, sistemas eficaces de protección de los derechos e intereses de los particulares, de modo que éstos puedan obtener una tutela efectiva de unos y otros.

En nuestro derecho tradicional, y la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia no ha introducido mayor novedad en este planteamiento, ese sistema complementario de protección de los derechos individuales ha tenido una naturaleza jurisdiccional.

El particular tenía derecho a recurrir a los órganos administrativos para denunciar las conductas que considerase contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, lo que podía provocar la adopción de medidas cautelares y, en última instancia, la imposición de sanciones administrativas al infractor, pero, para obtener reparación por los daños y perjuicios irrogados, debía dirigirse a los órganos competentes del orden jurisdiccional civil.

Al objeto de evitar contradicciones entre órganos administrativos y judiciales e, incluso (dada la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones planteadas en materia de defensa de la competencia en vía revisora) entre órganos jurisdiccionales, nuestra Ley de Defensa de la Competencia ha venido optando por un sistema que SORIANO GARCÍA³ denomina con acierto de «pre-

³ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 522.

judicialidad administrativa», en el cual la completa tramitación de la vía administrativa (incluida la fase jurisdiccional contencioso-administrativa) se convierte en condición previa imprescindible para el acceso a la tutela civil.

Este sistema compagina acertadamente la protección de los intereses públicos y privados por lo que, en un plano teórico, debe realizarse una valoración positiva, como ha reconocido recientemente MARTÍNEZ LAGE⁴. No obstante, como más adelante se verá, el sistema se caracteriza por provocar un acceso muy tardío a la justicia civil con lo que la protección de los intereses privados dista mucho de ser eficaz.

Tratando de mejorar los mecanismos de protección de los derechos privados, la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia abrió una reflexión en torno a la admisibilidad de nuevas formas de actuación administrativa en materia de defensa de la competencia y, más concretamente, sobre la posible asunción de funciones de carácter civil por parte los órganos administrativos encargados de la defensa de la competencia, de modo que éstos pudiesen pronunciarse no ya sólo sobre la existencia o inexistencia de la conducta prohibida, sino sobre las consecuencias jurídicas de la misma, incluyendo la declaración de nulidad de los acuerdos y el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

En el polo opuesto, y como igualmente se expondrá, surgen voces autorizadas que abogan por disociar las consecuencias jurídico-públicas y jurídico-privadas de la infracción de las normas de competencia, consintiendo que la tutela de los derechos e intereses de esta naturaleza pudiera solicitarse directamente ante los órganos de la jurisdicción ordinaria sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

A continuación, trataré de exponer las razones que justificaron el mantenimiento del sistema tradicional de prejudicialidad administrativa con ocasión de la reciente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

En segundo lugar, analizaré alguna de las alternativas que se consideraron durante la elaboración del anteproyecto de Ley, exponiendo los fundamentos jurídicos que hubieran podido respaldar una opción «administrativa» en cuanto a la determinación de las indemnizaciones a satisfacer por los autores de las infracciones en materia de defensa de la competencia a quienes resultaron perjudicados como consecuencia de las mismas.

Por último, trataré de situar la cuestión relativa al reparto de competencias entre órganos administrativos y judiciales en materia de defensa de la competencia en un contexto más amplio, en el que se tengan en

⁴ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el día 20 de octubre de 1999 en relación con la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 778/1999, p. 23082.

cuenta otros aspectos de la Ley de Defensa de la Competencia y de otras leyes que pueden tener una gran relevancia para la solución final del problema que nos ocupa.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES EN EL DERECHO CIVIL. DESCRIPCIÓN GENERAL

Las normas jurídicas se estructuran en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, entre los que existe un vínculo determinado por los valores imperantes en una comunidad en un concreto momento histórico. La atribución a un supuesto de hecho de una consecuencia jurídica favorable o desfavorable viene determinada por la valoración positiva o negativa de una conducta por parte del legislador.

De acuerdo con este planteamiento, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁵ clasifican los efectos esenciales de las normas jurídicas del siguiente modo:

1. Existe, en primer lugar, el deber jurídico de cumplimiento o de observancia de la previsión establecida por la norma (deber jurídico de cumplimiento de la norma).

2. Existe, en segundo lugar, un repertorio de consecuencias que el ordenamiento jurídico liga a la falta de cumplimiento del deber primario de observancia (eficacia sancionadora de las normas).

3. En tercer lugar, la norma acota una porción de la realidad social y en cuanto planea para ella un determinado orden jurídico, la transmuta o convierte en realidad jurídica (eficacia constitutiva de las normas).

Centrándonos en las consecuencias que el ordenamiento jurídico vincula a la falta de observancia de las normas (eficacia sancionadora) debemos aclarar que se utiliza un concepto de sanción más amplio que el habitual en el Derecho penal o el Derecho administrativo. Siguiendo nuevamente a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶, hemos de entender comprendidos en un concepto amplio de sanción no sólo a las sanciones penales y administrativas sino también a todas aquellas consecuencias (desfavorables) que acarrea para el infractor el acto antijurídico, englobándose en esa categoría, además de las citadas, la ejecución forzosa, el resarcimiento o la reparación de los daños y perjuicios y la nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituye la forma de sanción de carácter general en materia civil.

Dice el artículo 6.3 del Código Civil que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La regla general de nulidad de los actos y negocios jurídicos contrarios a las normas imperativas es coherente con la limitación que al principio

⁵ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 198.

⁶ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., pp. 210 y 211.

de autonomía de la voluntad impone el artículo 1.255 del Código Civil al establecer el respeto a la Ley como su restricción más severa.

No obstante, y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, ha de acudirse a la legislación aplicable en cada caso para determinar la efectiva existencia de contradicción entre el acto y la norma, la imposibilidad de una conciliación por vía interpretativa y la propia nulidad del acto como consecuencia de la infracción.

En cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios, es una regla general Del derecho de las sociedades avanzadas, respaldada por el más general principio de justicia, que el sujeto, público o privado, que causa un daño a otro que éste no tenga el deber jurídico de soportar queda obligado a satisfacer una indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Con carácter general, nuestro Derecho reconoce la posibilidad de que puedan surgir obligaciones entre sujetos que previamente no sostenían relaciones jurídicas entre sí como consecuencia de determinados acontecimientos, independientes o no de la voluntad de una o de las dos partes, susceptibles de provocar perjuicios a alguna de ellas.

Así, junto a las obligaciones derivadas de las relaciones contractuales, y por exigencia del principio de seguridad jurídica, surge el deber legal de responder por los daños y perjuicios causados como consecuencia de actos y omisiones ilícitos, o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, en la expresión del artículo 1.089 de nuestro Código Civil. Este precepto reconoce, como es sabido, que dichos actos y omisiones son capaces de provocar el nacimiento de obligaciones de la misma intensidad que las que tienen su origen en la Ley o en los contratos.

La respuesta del ordenamiento jurídico frente a conductas contrarias a la Ley no es unitaria. Aquellas agresiones más intolerables, por afectar a bienes jurídicos básicos para la comunidad y, en consecuencia, tipificadas como infracción criminal (delito o falta) en la legislación penal, encuentran respuesta en el catálogo de sanciones contenido en el Código Penal. Así lo establece expresamente el artículo 1.092 del Código Civil.

Por el contrario, respecto de otras infracciones del ordenamiento jurídico, y por indicación del artículo 1.093 del Código Civil, habrá de estarse a lo que en cada caso disponga la legislación especial aplicable al supuesto de que se trate y, supletoriamente, al Capítulo II, del Título XVI del Libro V del propio Código Civil.

En todo caso, el precepto clave en la materia es el artículo 1.902 del Código Civil que, como es sabido, sanciona la denominada responsabilidad extracontractual. El precepto establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

El origen de la responsabilidad extracontractual se encuentra en la realización de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia,

sin que pueda predicarse ni excluirse genéricamente la simultánea existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico. La concurrencia de esta circunstancia calificará normalmente la responsabilidad agravándola e, incluso, dando lugar a la aplicación simultánea de normas administrativas y civiles, pero no altera la existencia de una responsabilidad extracontractual, nítidamente diferenciada de las obligaciones legales. No es en estos supuestos la voluntad del legislador, sino la de los agentes intervinientes y el daño por éstos producido, la que provoca el nacimiento del deber de reparación.

La responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil no tiene un carácter objetivo, salvo que una disposición legal disponga lo contrario, excluyéndose expresamente en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del Código Civil).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podríamos concluir con la afirmación de que la existencia de prácticas, conductas, acuerdos o contratos contrarios a la Ley provoca, de acuerdo con nuestro Derecho civil, los siguientes efectos:

1. La nulidad radical de tales actos, acuerdos o contratos.
2. La existencia de un deber de reparación de los daños y perjuicios irrogados a terceros. No encontrándose éstos vinculados por las cláusulas del contrato, ni existiendo un deber de soportar dichos perjuicios, surgirá el derecho a reclamar una indemnización por los daños que hubieren padecido.
3. Entre las partes contratantes se estará a lo dispuesto en el artículo 1.306 del Código Civil.

3. LA NULIDAD DE LOS ACTOS Y ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El efecto de nulidad radical que nuestro ordenamiento jurídico anuda a la vulneración de las normas imperativas es aplicable a la infracción de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia. No quiere con ello decirse que exista una equiparación entre ilícito civil y conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. De hecho, como recuerda SORIANO GARCÍA ⁷, el ámbito de lo ilícito desde el punto de vista del Código Civil no es enteramente coincidente con el de la Ley de Defensa de la Competencia, como demuestra el supuesto de los acuerdos de fijación de precios, irreprochables desde una perspectiva puramente civil y, sin embargo, prohibidos por el artículo 1 LDC.

En cualquier caso, y realizando la remisión prevista en el artículo 6.3 del Código Civil para la determinación de los efectos de la contravención de las normas jurídicas, hemos de acudir a la Ley de Defensa de la Competencia para concretar cuáles son los efectos de su infracción.

⁷ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 522.

Así, el artículo 1.2 LDC determina la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1 de ese precepto no estuvieran amparados por las exenciones previstas en la Ley.

Es importante resaltar que se trata de una nulidad radical, no susceptible, en consecuencia, de subsanación, convalidación o acto sanatorio de especie alguna, y que, como es propio de los supuestos de nulidad de pleno derecho, no precisa de la declaración judicial sino a los solos efectos de destruir la apariencia de legalidad que anteriormente hubiera podido producirse, ya que la nulidad propiamente dicha es automática, careciendo el pronunciamiento judicial de eficacia constitutiva.

Este matiz puede revestir cierta relevancia por cuanto, en rigor, no es el órgano jurisdiccional civil quien determina la nulidad de tales acuerdos, decisiones y recomendaciones sino la propia Ley de Defensa de la Competencia. Una vez declarada la existencia de una conducta prohibida por parte de los órganos administrativos de defensa de la competencia la nulidad se produce por ministerio de la Ley teniendo el pronunciamiento judicial una eficacia puramente declarativa.

Esta última consideración podría abrir la posibilidad de que fuesen los órganos administrativos —sin perjuicio de la posterior revisión por el orden jurisdiccional competente— quienes efectuasen, no ya una declaración de nulidad, sino una declaración de aplicabilidad del artículo 1.2 LDC. También podría sostenerse que esa declaración de nulidad tuviera un alcance más limitado que el de las resoluciones judiciales de análogo contenido, aproximándose más a una inoponibilidad respecto de terceros de los actos o acuerdos, unido a un mandamiento dirigido a los partícipes en las conductas en el sentido de que se agotasen los efectos de los acuerdos o prácticas prohibidas.

En cualquier caso, no cabe ninguna duda sobre el efecto de nulidad radical que se proyecta sobre los acuerdos, decisiones o recomendaciones respecto de los que se realiza un pronunciamiento de ilicitud por parte de los órganos de defensa de la competencia (en el supuesto de que éste fuese confirmado, posteriormente, ante los órganos del orden contencioso-administrativo).

4. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS COMO CONSECUENCIA DE ACUERDOS, DECISIONES O RECOMENDACIONES PROHIBIDAS

A diferencia de lo que sucede con la declaración de nulidad, la Ley de Defensa de la Competencia no efectúa un pronunciamiento expreso sobre la existencia de un deber de indemnización de los daños y perjuicios irrogados a terceros como consecuencia de acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas.

No obstante, esta conclusión es inevitable, tanto en virtud de los preceptos del Código Civil que han sido previamente analizados, como por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando declara que las sanciones en materia de defensa de la competencia se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades previstas por la Ley y que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados de acuerdo con lo previsto en las leyes civiles.

De lo dispuesto en el artículo 13, y sin perjuicio de las cuestiones competenciales y procedimentales a que se hará posterior referencia, se desprende la existencia de un doble ámbito de responsabilidad derivado de la comisión de actos ilícitos desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Por un lado, existirá un procedimiento administrativo, de naturaleza sancionadora, que determinará la existencia de una conducta prohibida y, por consiguiente, de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia con la imposición de la sanción que en cada caso proceda.

Por otra parte, los perjudicados podrán ejercitar, de acuerdo con las leyes procesales civiles, las acciones de resarcimiento que entiendan procedentes en derecho, al objeto de obtener reparación por los daños y perjuicios que se les hubiesen irrogado como consecuencia de acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas.

Una y otra responsabilidad tienen, tal y como ya afirmábamos con carácter general al analizar la normativa contenida en el Código Civil, una distinta naturaleza, pública y privada, que determina la aplicación de normas jurídicas igualmente diferenciadas por parte de órganos también distintos.

Ambas responsabilidades no se presentan siempre de forma conjunta. De hecho, y al margen de su común presupuesto fáctico —la existencia de un acuerdo, decisión o recomendación contrario a la Ley de Defensa de la Competencia—, sería imaginable la existencia de una conducta prohibida, así declarada por los órganos de defensa de la competencia, que diera lugar a la imposición de las correspondientes sanciones y que, sin embargo, no conllevara la existencia de un deber de reparación, bien por no haberse acreditado la efectiva existencia de un daño o perjuicio, bien por no haber incurrido el perjudicado en algún defecto formal al articular su pretensión.

Más difícil de imaginar sería la existencia de una conducta ilícita que no conllevara sanción administrativa y sí una respuesta civil en forma de deber de resarcimiento. No obstante, sí es concebible un supuesto en que tal disociación se produzca en el caso de conductas a las que los órganos de defensa de la competencia apliquen la «regla de minimis» prevista en el artículo 1.3 de la Ley (es decir, inadmitan una denuncia o, practicadas algunas actuaciones, acuerden su sobreseimiento).

En estos casos, ante la inhibición de los órganos de defensa de la competencia por la inexistencia de un efecto relevante de la conducta sobre un determinado sector o mercado, y la correlativa inexistencia de una sanción administrativa, el particular perjudicado acudirá ante los órganos de la jurisdicción ordinaria y serán éstos quienes se pronunciarán respecto de la existencia o inexistencia de ilicitud, sus consecuencias sobre la validez de los acuerdos, decisiones y recomendaciones y la existencia de un deber de resarcimiento. Se produciría, así, también en este caso, una disociación entre sanción administrativa y responsabilidad civil que contribuye a ilustrar la distinta naturaleza y fundamento de una y otra.

En este mismo sentido, es conveniente la cita de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de diciembre de 1991 en la que se afirmó que el artículo 1 de la LDC establece unos límites a la autonomía de la voluntad inspirados en la defensa de la competencia en cuanto principio ordenador del mercado, cuya transgresión, a más de constituir una infracción administrativa susceptible de sanción —art. 10— hace al acuerdo nulo de pleno derecho —art. 1.2.

Como recuerda CASES⁸, esta percepción distinta en el orden administrativo y en el civil de unos mismos hechos o conductas ha sido considerada aceptable por el Tribunal Constitucional, aunque no en esta materia, sino en materia de arrendamientos urbanos.

No obstante, no puede negarse que existe un límite a la compatibilidad de ambas jurisdicciones. En una expresión ya acuñada jurisprudencialmente, nada puede ser y no ser al mismo tiempo. Es decir, puede existir un distinto enfoque entre el orden jurisdiccional civil y los órganos administrativos a la hora de interpretar una norma jurídica, pero esa divergencia no puede llegar hasta el extremo de que un orden afirme un hecho que el otro niega. En este sentido, no debe olvidarse que la delimitación de lo fáctico y lo jurídico no siempre es sencilla y existen cuestiones clave en materia de defensa de la competencia (como la determinación del mercado relevante) en la que el riesgo de un pronunciamiento contradictorio entre los distintos órganos competentes se hace particularmente evidente.

5. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS ACUERDOS, DECISIONES Y RECOMENDACIONES PROHIBIDAS Y LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS

No son, a la luz de lo expuesto, los aspectos conceptuales relativos a la existencia de nulidad radical o el deber de indemnización, los que suscitan problemas de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

⁸ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 275.

Los problemas que se plantean son fundamentalmente prácticos y responden a la adecuación del sistema vigente para dar respuesta eficaz a las pretensiones de los particulares tendentes a la reparación de los daños de todo orden provocados como consecuencia de la existencia de conductas prohibidas.

En general, la aplicación de la normativa de defensa de la competencia puede hacerse a través de tres grandes sistemas:

- a) Sistema judicializado o judicial puro en el que la defensa de la competencia queda en manos de los particulares, a través de la interposición de demandas en que se ejerciten las correspondientes acciones civiles ante los órganos jurisdiccionales competentes.
- b) Sistema administrativo puro en el que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se encomienda, exclusivamente, a órganos de naturaleza administrativa.
- c) Sistemas mixtos, en los que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se realiza tanto por órganos administrativos como por órganos jurisdiccionales.

La realidad es que en un Estado de derecho, caracterizado, entre otras cosas, por la existencia de un control jurisdiccional de la actuación administrativa, no es sencillo pensar en sistemas administrativos puros, a menos que entendamos por tales no solamente aquellos en que la aplicación de la legislación de defensa de la competencia se realiza por órganos administrativos sino también los casos en que la revisión de las resoluciones adoptadas por aquéllos corresponde a un orden jurisdiccional especializado (contencioso-administrativo, en nuestro caso) y no al que naturalmente correspondería el conocimiento de cuestiones de esta índole en un sistema judicial puro (orden jurisdiccional civil).

Así pues, en la práctica, las alternativas son: atribuir en exclusiva la protección de la defensa de la competencia a órganos judiciales o, por el contrario, atribuirlos a los órganos administrativos con participación, en todo caso, de los órganos jurisdiccionales, bien limitada a la revisión de la actuación de aquéllos, bien comprensiva de la competencia para conocer autónomamente de las pretensiones ejercitadas por los particulares en determinados casos.

Como hemos adelantado al comienzo de este trabajo, la defensa de la competencia tiene una doble vertiente —pública y privada— que aconseja optar por sistemas aplicativos de carácter mixto.

Por un lado, no cabe duda de la existencia de un interés público concernido por la defensa de la competencia y vinculado a principios constitucionales como el de la libertad de empresa o la economía de mercado. Los efectos negativos que sobre los mecanismos de formación de los precios e, incluso, para la propia supervivencia de las empresas tienen las prácticas colusorias justifican la continua vigilancia por parte de las Administraciones Públicas.

La Exposición de Motivos de la recientemente aprobada Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, es ciertamente significativa en el sentido apuntado cuando dice que «la profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas».

La existencia de mecanismos que permitan al Estado introducir medidas (no sólo legislativas) incentivadoras y protectoras de la libre competencia y de órganos de la Administración encargados de velar por el respeto a la libre concurrencia como interés público es, pues, a nuestro juicio, irrenunciable.

No obstante, los intereses públicos afectados por la defensa de la competencia no deben ser confundidos con otros intereses de no menor relevancia, igualmente públicos, y que gozan, incluso, de reconocimiento constitucional, como la defensa de consumidores y usuarios. Parece conveniente destacar que la política de defensa de la competencia, a pesar de sus efectos beneficiosos para los consumidores, debe ser radicalmente diferenciada de los instrumentos de tutela y protección de los intereses de aquéllos.

Por otro lado, la competencia tiene también una indiscutible dimensión privada. De hecho, los problemas de competencia se plantean siempre entre operadores económicos eventualmente perjudicados por la existencia de conductas contrarias a la libre competencia.

Por ello, los poderes públicos deben garantizar a los operadores económicos sistemas tuitivos eficaces de sus derechos frente a las agresiones que puedan sufrir como consecuencia de la conducta de otros agentes. Estos sistemas de protección no pueden agotarse en la adopción de medidas cautelares paralizadoras de las conductas anticompetitivas, o en la imposición de sanciones administrativas sino que igualmente debe garantizarse la satisfacción de los daños y perjuicios irrogados.

Piénsese en el caso de que la gravedad de la práctica contraria a la competencia haya sido tal que haya provocado la expulsión del mercado de un operador económico que se ha visto obligado así a cesar en su actividad por cualquiera de las vías que el Derecho contempla (quiebra, suspensión de pagos, disolución/liquidación...). En estos casos, es obvio que ni la adopción de medidas cautelares ni la imposición al infractor de una sanción administrativa (una multa) beneficiarán en nada al perjudicado, planteándose igualmente la duda relativa a si el rigor de la multa será suficiente como para compensar el beneficio provocado por la desaparición del competidor. En este sentido, debe destacarse la eficacia «disuasoria» del respeto a una regla de proporcionalidad entre el beneficio ya obtenido o previsible y la cuantía de la sanción. Por el con-

trario, la desproporción entre el beneficio y la sanción se convierte en un estímulo para el agresor a la libre competencia.

La distinción entre los dos planos (público y privado) implicados en la defensa de la competencia puede encontrarse en la práctica generalidad de la doctrina española. A título de ejemplo puede mencionarse la opinión de SORIANO GARCÍA⁹ cuando recuerda que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene por función la protección del mercado como institución del sistema económico y no la satisfacción concreta de intereses de particulares por lo que las pretensiones de éstos de obtener una indemnización por los daños y perjuicios no pueden ejercitarse ante él.

La forma de distribución de competencias entre órganos administrativos y judiciales ante las diversas cuestiones derivadas de los actos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia viene definida básicamente por lo dispuesto en el apartado dos del artículo 13 LDC cuando dice que «la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional». Es importante destacar que el precepto no condiciona el acceso a la jurisdicción ordinaria para obtener la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC, como tampoco lo hace ningún otro precepto de la Ley.

Así pues, y como afirman PETITBÓ y BERENGUER¹⁰, dado el carácter excepcional de toda limitación en el acceso a la jurisdicción, debe forzosamente concluirse que, frente a la interposición de una demanda exclusivamente encaminada a lograr la declaración de nulidad ex artículo 1.2 LDC y que no conlleve el ejercicio de una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios presuntamente irrogados, no cabría interponer excepción de clase alguna por la parte demandada y, desde luego, no existiría fundamento legal para afirmar la existencia de una «prejudicialidad administrativa» análoga a la prevista en el artículo 13 LDC.

En consecuencia, y en lo referente a la declaración de nulidad derivada de la infracción del artículo 1 LDC, el legislador ha optado, al menos, aparentemente, por un sistema mixto de aplicación del Derecho de la competencia.

Las consecuencias procesales de lo dispuesto en el artículo 13 LDC respecto de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios fundadas en la infracción de la normativa de defensa de la competencia quedaron expresadas, con tanta claridad como contundencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, cuyo fundamento de Derecho tercero, tras afirmar la incompetencia de los órganos jurisdiccionales para conocer, *prima facie*, de cuestiones relativas a la aplicación del Dere-

⁹ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 521.

¹⁰ A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *Anuario de Defensa de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, p. 49.

cho de la competencia, condicionaba el ejercicio de acciones civiles encaminadas a la obtención de una indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la previa existencia de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (en su caso, de la Comisión Europea) en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria cuya falta impide a los juzgados y tribunales entrar en el conocimiento de las mismas, sin que sea admisible la interposición de demandas *ad cautelam* y para el caso de que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de esas prácticas restrictivas prohibidas.

Las consecuencias prácticas de este sistema han sido puestas de manifiesto con particular realismo por Antonio CREUS¹¹ cuando, tras describir el largo proceso que debe seguir un particular para lograr la satisfacción de una indemnización de daños y perjuicios por actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, finaliza afirmando que «en resumen, y caricaturizando la situación, se requiere un procedimiento administrativo y dos judiciales (uno ante la jurisdicción contencioso-administrativa para la revisión de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y otro ante el orden jurisdiccional civil para ejercitar la acción de resarcimiento), esto es, dos resoluciones favorables a los intereses de los afectados por parte de los órganos administrativos, y entre 4 y 5 de órganos jurisdiccionales, para finalmente verse resarcidos por los daños sufridos. Con el añadido de que en varios de dichos supuestos, por no decir en todos, debemos esperar que se nos dé la razón, sin duda ante los de la última instancia».

Todo ello lleva, en opinión del autor precitado, a que «el tiempo que tardaría la indemnización en el supuesto más positivo no sería inferior a los diez años y posiblemente sean quince o más. Estos plazos se verían aumentados si el SDC o el TDC no recogen la solicitud de la parte afectada por la restricción, esto es el denunciante».

La mejor prueba de lo acertado del diagnóstico realizado es la de que, hasta el día de la fecha, y salvo error de quien suscribe, nadie ha conseguido recorrer el tortuoso camino descrito obteniendo en sede civil la satisfacción de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas previamente consideradas prohibidas por los órganos de defensa de la competencia. Teniendo en cuenta que acaban de transcurrir los diez primeros años de vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia, se evidencia el realismo de la descripción que acaba de realizarse.

Ante este estado de cosas, no parece descabellado afirmar que nuestro sistema de garantía de la competencia es adecuado y eficaz desde el punto de vista de la protección de los intereses generales por cuanto permite

¹¹ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril/mayo 1999, p. 56.

reaccionar en plazos razonables frente a las agresiones más intolerables frente a la libre competencia, en la doble dimensión de la adopción de medidas cautelares y la imposición de sanciones administrativas.

Por el contrario, el sistema de la Ley de 1989 distaba mucho de ser eficaz en cuanto a la protección de los derechos singulares de los operadores económicos, cuyas posibilidades de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos en un plazo razonable parecían, ciertamente, escasas.

Ante esta realidad, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, trató de alterar el sistema previsto en la Ley de 1989.

Las alternativas de reforma, tal y como las ha sistematizado CASES¹², se encontraban, por un lado, en lo que denomina «la solución alemana», en que se reconoce la plena jurisdicción al juez civil para determinar la existencia de los daños y perjuicios por infracción de las normas de la competencia y la «solución de Derecho público» que consiste en atribuir a los órganos de defensa de la competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia) la capacidad para fijar los daños y perjuicios ocasionados por la acción infractora.

La realidad es que éstas fueron las opciones que se plantearon durante la elaboración de los anteproyectos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Es evidente que una primera opción de reforma hubiera consistido en permitir que los órganos de la jurisdicción ordinaria conociesen directamente de las pretensiones relativas a las consecuencias civiles de la infracción de la normativa de defensa de la competencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta cuál había sido la posición del Tribunal Supremo sobre el particular, y el riesgo de que pudieran pronunciarse resoluciones que contuviesen interpretaciones contradictorias de la Ley de Defensa de la Competencia entre órganos jurisdiccionales y administrativos, no se consideró conveniente permitir el acceso directo a los órganos jurisdiccionales para solicitar una indemnización de daños y perjuicios cuando ésta tuviese como presupuesto la declaración de que se había cometido una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, sin el previo planteamiento de la cuestión principal ante los órganos previstos en la Ley 16/1989.

El riesgo de contradicción se puso de manifiesto durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Com-

¹² L. CASES PALLARES, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999 en relación con el proyecto de ley de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 778, 1999.

petencia por parte de MARTÍNEZ LAGE¹³ al afirmar ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados que una solución que pasase por la atribución a los órganos del orden jurisdiccional civil de competencias de aplicación de los artículos 1 y 6 de la Ley, aunque pudiera permitir una ganancia de tiempo, podría provocar resoluciones contradictorias de los órganos administrativos y judiciales de suerte que una misma conducta fuese considerada contraria a la normativa de defensa de la competencia en una sede y no legítima en la otra.

Para evitar esos riesgos, y como apuesta por el desarrollo de los órganos administrativos de defensa de la competencia, el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia remitido al Consejo General del Poder Judicial y al Consejo de Estado introducía una redacción novedosa del artículo 13 de la LDC en cuya virtud el Tribunal de Defensa de la Competencia podría, una vez determinada la aplicabilidad de los artículos 1, 6 ó 7 de la LDC, fijar la cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios que los autores de las prácticas, conductas o acuerdos prohibidos debieran satisfacer a los perjudicados por los mismos. Ello implicaba optar por un modelo administrativizado o administrativo de tutela de los derechos de las partes perjudicadas.

A favor de una solución de este tipo se encontraba la gratuidad del procedimiento administrativo, su celeridad, y la propia experiencia aplicadora de la legislación de defensa de la competencia por parte del TDC.

La solución «administrativa» planteaba, en sentido contrario, problemas jurídicos de importancia no desdeñable. Así, por un lado, podía oponerse al modelo la nula experiencia del Tribunal de Defensa de la Competencia en una función tan compleja y trascendental como la determinación de las consecuencias jurídico-privadas de una vulneración de la normativa de defensa de la competencia.

Por otro lado, se planteaba un problema práctico de no sencilla solución como era la ejecución de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando éstas se adentrasen en lo jurídico-privado pues, en estos casos, quedaría lógicamente vedado el recurso a la vía de apremio. Sería, en consecuencia, imprescindible establecer algún mecanismo de colaboración del orden jurisdiccional civil para la eventual ejecución de los acuerdos, no siendo reclamables las indemnizaciones por vía de apremio, al no tratarse de ingresos de Derecho público.

No obstante, existían fundamentos jurídicos de cierta solidez que permitían sostener la admisibilidad de un modelo como el propuesto.

De partida, es conveniente aclarar que la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de atribuciones a la hora de determinar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia no implica

¹³ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999», *op. cit.*, p. 23080.

negar la naturaleza civil de las cuestiones relativas a la declaración de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley 16/1989, y la concesión o denegación de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia de prácticas de esta índole.

Es igualmente indiscutible, que la nulidad de los acuerdos entre particulares, derivada de la vulneración de normas imperativas y, entre ellas, de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, es una sanción civil, derivada del artículo 6.3 del Código Civil y que se trata de una nulidad de pleno Derecho y, como tal, no necesitada de declaración judicial o administrativa alguna a efectos distintos de los puramente declarativos.

Sin embargo, en el caso de que los acuerdos resultasen contrarios a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ambas cuestiones tendrían un carácter incidental respecto de la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de la vulneración de norma imperativa propiamente dicha, teniendo ésta un carácter inequívocamente administrativo, como declaró el Tribunal Supremo en la precitada Sentencia de 30 de diciembre de 1993.

De ello resulta que la cuestión principal, la declaración de que los acuerdos de que se trate resultan contrarios a la legislación de defensa de la competencia, debería ser, en todo caso, competencia de órganos administrativos y, en cuanto a su revisión, contencioso-administrativos.

¿Podía el Tribunal de Defensa de la Competencia asumir las funciones «civiles» que se han descrito?

En cuanto a la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC, puede aceptarse que una declaración de nulidad con plenos efectos, como la procedente de un órgano jurisdiccional, no está al alcance de un órgano administrativo. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el legislador concede en esta materia un escaso margen al intérprete: si existe una conducta de las que el artículo primero considera prohibidas, sin que concurra una causa de exención, el acto o acuerdo ilícito son nulos por imperativo legal.

De hecho, si el Tribunal de Defensa de la Competencia declarase que una conducta es contraria a la Ley de Defensa de la Competencia —y esto sí es una función inequívocamente administrativa—, no existe duda alguna sobre la nulidad de los actos o acuerdos ilícitos.

La función de los órganos jurisdiccionales en los supuestos de nulidad de pleno Derecho determinada por la Ley es puramente declarativa y nunca constitutiva. La conducta es nula desde el comienzo y la Sentencia tiene como único efecto destruir la falsa apariencia de licitud de la situación creada. De hecho, aunque sin cuestionar la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales para declarar la nulidad, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁴ llegan a plantearse si cabe una declaración de nulidad de oficio

¹⁴ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 213.

(sin que dicha pretensión hubiera sido ejercitada por el actor en su demanda) en supuestos de nulidad radical.

Dando un paso más allá, SORIANO GARCÍA¹⁵ trata de diferenciar entre la declaración formal de nulidad realizada por los órganos jurisdiccionales y una posible «nulidad material» (en realidad, se trataría de una declaración de aplicabilidad del artículo 1.2 LDC a un supuesto concreto) de eficacia limitada al ámbito sectorial. Con estas limitaciones, el autor trata de compaginar el monopolio jurisdiccional respecto de la declaración formal de nulidad con la propia literalidad de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que parece desprenderse la existencia de competencias administrativas en este ámbito.

¿No podría aceptarse en estos casos, a la luz de lo expuesto, y con una eficacia limitada, que el Tribunal de Defensa de la Competencia declarase «aplicable» lo dispuesto en el artículo 1.2 LDC como paso previo a la resolución sobre la procedencia y cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados?

Dicha declaración, como se ha anticipado, no tendría la plenitud de efectos que es propia de una resolución judicial sino que, antes al contrario, implicaría más bien la inoponibilidad de los actos o acuerdos alcanzados. Sería impensable, por ejemplo, que como consecuencia de una «declaración de nulidad» efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia se produjese una modificación registral. Sin duda, para que esta modificación fuese posible sería imprescindible la resolución judicial.

Más compleja, si cabe, y sobre todo en la práctica, se plantea la asunción por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la competencia para decidir acerca del resarcimiento de los daños y perjuicios provocados como consecuencia de la conducta prohibida.

Esta facultad implicaría que el Tribunal, como Administración especializada en la defensa de la competencia, y aprovechando el conocimiento adquirido durante el procedimiento sobre el mercado o sector de que se tratase y de los efectos que la conducta colusoria hubiera podido provocar en los distintos operadores, asumiese funciones de una naturaleza claramente civil, como la decisión sobre la procedencia y cuantía de un eventual Derecho de resarcimiento de los perjudicados como consecuencia de las conductas prohibidas.

Habiéndose pronunciado sobre la existencia de una infracción a la Ley de Defensa de la Competencia, y habiendo impuesto la correspondiente sanción administrativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia declarararía aplicable lo dispuesto en el artículo 1.2 LDC y se pronunciaría sobre la procedencia y cuantía de un eventual Derecho de resarcimiento por los daños irrogados.

Aunque una y otra situación no puedan equipararse, por contraponer un órgano administrativo frente a un órgano jurisdiccional, el sistema

¹⁵ J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, op. cit., p. 526.

sería, de hecho, similiar al vigente en el ámbito penal. El proceso penal permite, sin negar la naturaleza civil de las cuestiones enjuiciadas, tramitar una «pieza de responsabilidad civil» en el seno del proceso penal cuyo objeto será frecuentemente el reconocimiento de un Derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la conducta ilícita.

De hecho, ha llegado a admitirse la competencia de los órganos de la justicia penal para pronunciarse incluso acerca de la nulidad de los negocios jurídicos a través de los cuales se instrumentase la conducta ilícita (por ejemplo, un delito de alzamiento de bienes).

La atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de atribuciones en materia de indemnización de daños y perjuicios encuentra un apoyo normativo en lo dispuesto en el artículo 130.2 que reconoce la posibilidad de que los órganos con competencia sancionadora fijen las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por los autores de las infracciones administrativas.

Frente a este argumento podría alegarse que el precepto está exclusivamente previsto para los supuestos en que fuesen las propias Administraciones Públicas quienes hubiesen sufrido los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita. Esta facultad sería una manifestación de la autotutela declarativa de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, esta crítica implica considerar que la naturaleza civil del deber de resarcir los daños y perjuicios irrogados se torna administrativa cuando aquéllos afectan a las Administraciones Públicas. La autotutela administrativa trae causa de la presunción de legalidad de los actos administrativos sin que ni una ni otra puedan predicarse de actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho privado.

A la idea de que el Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera asumir funciones de naturaleza civil —a las que califica como funciones arbitrales— se ha opuesto CASES¹⁶, al afirmar que el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede decidir sobre controversias entre actores privados respecto a la indemnización que debe percibir el perjudicado por la realización de comportamientos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, el propio CASES¹⁷ cita a continuación el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 y reconoce que se trata de una manifestación de la actividad arbitral de las Administraciones Públicas. Aunque ello parece contradecir la afirmación anterior, es lo cierto que el autor no extrae de ello mayores consecuencias.

Tomando como punto de partida la calificación de «funciones arbitrales» con que acaba de calificarse a la eventual atribución al Tribunal

¹⁶ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 240.

¹⁷ L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, op. cit., p. 240 (nota al pie).

de Defensa de la Competencia de funciones en orden a la determinación de la procedencia y cuantía de las indemnizaciones a satisfacer a los perjudicados por las conductas anticompetitivas, y aunque, tal vez, pudiera considerarse que más bien nos encontraríamos ante funciones de índole «cuasiarbitral» (tanto la naturaleza administrativa del Tribunal como el hecho de que su intervención no habría de producirse a solicitud de los particulares hacen difícil hablar de funciones propiamente arbitrales en este caso) puede ser conveniente replantear la cuestión expuesta sobre bases distintas: ¿Pueden atribuirse al Tribunal de Defensa de la Competencia funciones arbitrales —o cuasiarbitrales— similares a las que determinadas leyes sectoriales atribuyen a otras Administraciones independientes?

Y es que la posibilidad de atribuir a un órgano administrativo la facultad de ejercer funciones arbitrales en las disputas entre particulares no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, CARLON RUIZ¹⁸, en un reciente estudio sobre las atribuciones que la Ley 12/1997 atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, tras reconocer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una función arbitral y de resolución de conflictos, señala que los operadores pueden recurrir a la Comisión para que dirima sus conflictos tanto por vía privada (arbitral) como mediante resoluciones de carácter público, si bien en el primer caso la autora vincula dicha posibilidad con la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

No nos referimos aquí a las funciones arbitrales «puras» (sujetas al Derecho privado) que la Comisión puede realizar previa declaración individual o acuerdo de los operadores interesados, y que dan lugar a laudos recurribles ante el juez civil, sino a las posibilidades de intervención en los conflictos planteados entre operadores sobre determinados asuntos (interconexión y acceso y uso del espectro radio eléctrico) en que la Comisión actúa como auténtica Administración Pública siendo sus resoluciones vinculantes y recurribles exclusivamente en sede contencioso-administrativa puesto que ponen fin a la vía administrativa (art. 1.ocho de la Ley 12/1997).

Se dirá que en estos casos, bajo la apariencia de un debate entre operadores, subyace un interés público de gran relevancia: favorecer la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. ¿Es que no existe ese mismo interés público en otros sectores?

Algo similar sucede con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos que, en su Disposición Adicional Undécima, por la que se crea la Comisión Nacional de Energía, atribuye a ésta, en su apartado tercero, punto 1.º, regla novena, la facultad de actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen

¹⁸ M. CARLON RUIZ, «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, 1999, p. 2143.

actividades en el sector eléctrico o de los hidrocarburos. Esta facultad se encuentra sujeta a la voluntad de las partes enfrentadas y, por otra parte, el ejercicio de esta función se regirá por el Derecho privado, lo que aparta este modelo de la propuesta contenida en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, la regla decimotercera le reconoce la función de resolver los conflictos que le sean planteados respecto a los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución. De nuevo la presencia de un interés público otorga a la Administración independiente unas funciones de «intervención en conflictos privados», que, sin embargo, no quedan sujetas al sistema de revisión propio de los actos de naturaleza arbitral.

La realidad es que el traslado del mecanismo arbitral al ámbito de la defensa de la competencia no es sencillo. La determinación de la procedencia y cuantía de una indemnización de daños y perjuicios tiene una importancia secundaria desde el punto de vista del interés general, sin perjuicio de que la cuestión de competencia sí lo sea. No parece posible considerar análogo una controversia de estas características con, por ejemplo, un conflicto sobre la interconexión entre compañías operadoras de telecomunicaciones. Por otra parte, tampoco parece sencillo que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda realizar funciones de esta naturaleza sin el previo consenso de ambas partes. Por último, la naturaleza de las cuestiones debatidas y la propia intervención del Tribunal harían probablemente necesario establecer un sistema de revisión civil de tales resoluciones.

El aspecto relativo a la revisión de la resolución del Tribunal podría tratar de resolverse a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin negar la naturaleza civil de la cuestión referente a los daños y perjuicios, a través de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuanto atribuye a los órganos de ese orden jurisdiccional la competencia para conocer no sólo de las cuestiones de naturaleza administrativa, sino también de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo.

Existiendo entre las dos cuestiones de referencia (declaración de nulidad y reconocimiento del Derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios irrogados) y la cuestión principal que acaba de mencionarse un vínculo indisoluble que sitúa a aquéllas en una posición derivada o accesoria, la precitada Ley 29/1998 permitiría que fuesen los órganos de lo contencioso-administrativo y no los de la justicia civil quienes conociesen sobre ambas al enjuiciar en su conjunto la legalidad de la actuación administrativa (los acuerdos dictados por los órganos de defensa de la competencia).

Esa atribución competencial permitiría que fuesen órganos administrativos quienes pudiesen pronunciarse previamente sobre los efectos civi-

les de una vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia sin que desapareciese el control jurisdiccional. Tanto la decisión (principal) acerca de la efectiva existencia de esa vulneración de la Ley, como las consecuencias civiles (nulidad e indemnización de los daños y perjuicios irrogados) de ella derivados (como cuestiones accesorias o, si por seguir la terminología de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incidentales) quedarían sujetas así a una decisión judicial.

No se trataría, en consecuencia, de una «desjudicialización» del conocimiento de estas materias, sino un tránsito de un orden jurisdiccional (el civil) a otro (el contencioso-administrativo) concorde con la progresiva expansión del ámbito competencial de éste (evidenciado en materia de responsabilidad patrimonial ya desde la redacción originaria de la Ley 30/1992)

El fundamento último de estos sistemas de «acumulación» es evidente: se trata de no imponer al perjudicado la carga de aguardar a la terminación del proceso principal (administrativo o penal) para dirigirse al orden jurisdiccional civil al objeto de obtener una reparación del perjuicio irrogado.

Todo ello sin que ninguna de las partes quedase privada de su Derecho de acceso a la tutela judicial efectiva (aunque en sede contencioso-administrativa) ni de defensa (tanto en el procedimiento administrativo como en sede jurisdiccional).

Además de lo anterior, y como se ha adelantado, la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de la función de determinar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones planteaba un problema técnico de no sencilla resolución, como es el de la ejecución de tales resoluciones.

Puesto que se trata de cuestiones estrictamente privadas no sería posible utilizar la vía administrativa de cobro, por lo que habría de recurrirse a la Administración de justicia. Aunque de la mano de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil podría haberse pensado en algún sistema de tutela judicial inmediata para lograr la ejecución de dichas resoluciones, las dificultades de esta construcción no son precisamente irrelevantes.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, al valorar la posibilidad contenida en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, de que el Tribunal pudiera pronunciarse respecto de la nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, pronunciándose igualmente sobre la procedencia y cuantía de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los perjudicados, adoptó una postura abiertamente contraria en su informe de 14 de abril de 1999.

Así, se efectuaron las siguientes consideraciones:

a) A partir de la Constitución de 1978 que, como es sabido, consagra el principio de división de poderes, el ejercicio de la potestad jurisdic-

cional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117.3 CE) proclamando el artículo 24.2 del texto Constitucional el «Derecho al juez ordinario» predeterminado por la Ley y exigiendo el artículo 81.1 que la garantía de dicho Derecho fundamental conlleva la exigencia de Ley Orgánica.

b) La defensa de la competencia es un cometido «público» (sin duda, esencial) y justamente por ello se atribuye a la Administración pública la supervisión del mercado. Garantizar la competencia como bien superior del ordenamiento jurídico, en protección del interés público, es lo que explica que la Administración tenga encomendada la defensa del mercado (art. 38 CE). Lo que se defiende es el «mercado-institución» no el «interés particular» de los intervinientes (de ahí que la Ley de Competencia Desleal prevea tan sólo la actuación de la Administración —aplicando el Derecho administrativo y con sometimiento final al Orden Contencioso-Administrativo— cuando afecta al interés público, exigencia que se mantiene en el propio Borrador del Anteproyecto que examinamos —art. 3.

c) Resulta indudable que este Tribunal, si bien se configura como un órgano dotado de independencia, es un órgano administrativo y no judicial.

d) En la vigente Ley, aunque el artículo 1.2 de la misma señala que «son nulos de pleno Derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley», pareciendo, en principio, que este Tribunal podía efectuar declaraciones de nulidad de los contratos civiles, dicha conclusión ha venido siendo rechazada de modo reiterado y unánime, señalándose que sería extravagante y absurdo pretender que la Administración pública (y este Tribunal lo es) pudiera determinar la nulidad de contratos privados.

La rotundidad de este pronunciamiento puede resultar sorprendente si consideramos que el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque con una composición distinta de la que informó el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, ha declarado en alguna ocasión la nulidad de acuerdos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia¹⁹. Puede aventurarse la explicación de que el concepto de nulidad que se utiliza en ambos casos no tiene el mismo alcance, en el sentido apuntado en páginas anteriores.

e) Ha de indicarse también que el precepto que se pretende incluir podría, incluso, vulnerar el Derecho comunitario, donde se atribuye expresamente a los «jueces civiles» la competencia para decidir las indemnizaciones por los daños causados por la vulneración de los artículos 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

¹⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1993 (Asunto UNESPA).

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial tuvo un pronunciamiento más favorable a las tesis del ejecutivo por cuanto, al informar el Anteproyecto de Ley, señaló respecto del precepto de referencia que la modificación debía ser elogiada ya que garantizaba, de forma más adecuada que la redacción anterior, los derechos de los interesados.

Sin duda, en la mente del Consejo se encontraba la idea de que el nuevo sistema no implicaba la desjudicialización de la materia (toda vez que las cuestiones civiles podrían ser «revisadas» por los órganos de lo contencioso-administrativo) produciéndose paralelamente un considerable ahorro de tiempo a favor de los intereses de los perjudicados. Siempre y cuando se encontrase finalmente garantizado el acceso a la jurisdicción (en este caso, al orden contencioso-administrativo), no parece que nos encontremos ante un problema constitucional sino ante una elección legal, similar a la realizada, como se ha dicho, en el ámbito penal.

Sin embargo, el dictamen del Consejo de Estado de 3 de junio de 1999 se mostró en este punto inflexible considerando que ni la declaración de nulidad de los acuerdos ni la fijación del importe de las indemnizaciones podían atribuirse a un órgano administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia. Concretamente, el Alto Órgano Consultivo afirmaba que: «Es cierto que podrían derivarse consecuencias positivas de la unificación de las competencias jurisdiccionales en la materia; pero no es menos cierto que no es un cometido propio de la Administración y sus órganos intervenir en las relaciones entre sujetos particulares, declarando su nulidad o determinando sus consecuencias económicas, lo que supondría la creación de un nuevo privilegio de la Administración, que no constituiría necesariamente una mayor garantía para los interesados. A todo ello hay que añadir la propia posición del Tribunal de Defensa de la Competencia, contraria a esta nueva regulación, y la posible vulneración de preceptos del Derecho Comunitario.»

La observación del Consejo de Estado fue formulada con carácter esencial a los efectos previstos en el artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico lo que obligó al Gobierno, para no elevar el Proyecto de Ley a las Cortes en desacuerdo con aquél («oído el Consejo de Estado»), a modificar el Proyecto de Ley.

Se optó así por mantener los dos primeros párrafos del artículo 13 LDC en su redacción originaria, manteniendo el tradicional sistema mixto de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que se reconoce la competencia del orden jurisdiccional civil para entender de las reclamaciones de daños y perjuicios, si bien con un pronunciamiento previo de los órganos administrativos de defensa de la competencia.

El alcance de la reforma se limitó de este modo a la adición de un nuevo párrafo, el tercero, al artículo 13 LDC, facultando al Tribunal de Defensa de la Competencia para emitir un informe, a solicitud del órgano jurisdiccional competente, sobre la procedencia y cuantía de una indemnización de daños y perjuicios.

El sentido de este informe era doble. Por un lado, pretendía facilitar la coordinación entre los órganos administrativos y judiciales en materia de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia. En segundo lugar, parecía interesante facilitar al juzgador civil una prueba pericial particularmente cualificada, como es el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, que por otra parte se situaría en una posición neutral frente al debate de las partes. Compartimos la confianza de FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁰ en que esta colaboración que se ofrece a los Órganos Jurisdiccionales de un organismo altamente especializado como es el TDC produzca inmediatos y provechosos resultados.

Ni que decir tiene que el respeto al principio de independencia judicial exigía que dicho dictamen fuese meramente facultativo y no preceptivo (el juez o tribunal puede o no solicitar la emisión del dictamen, limitándose la Ley a establecer la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para su elaboración y emisión) y que, por otro lado, no tuviese carácter vinculante. La propia redacción del tercer apartado del artículo 13 LDC y el uso de la forma verbal «podrá» evidencia la concurrencia de ambas notas.

En otro orden de cosas, y ocupándonos de los aspectos procesales implicados en la existencia de tal informe, es cierto que la Ley de Defensa de la Competencia deja abiertas numerosas cuestiones que, a mi juicio, deben resolverse por su carácter básicamente procesal acudiendo a los preceptos de la precitada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La primera cuestión que puede plantearse se refiere a la vigencia de los principios de rogación u oficialidad en relación con la solicitud del informe, es decir, si el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia debe ser solicitado por alguna de las partes personadas en el momento procesal oportuno o si, por el contrario, debe ser recabado por el juez.

En el supuesto de que se optase por la primera opción (más congruente con los principios que rigen tradicionalmente nuestro proceso civil) se plantearía el problema de si «el momento procesal oportuno» para la aportación del informe coincide con la presentación de la demanda o si, por el contrario, aquélla puede posponerse a la fase probatoria.

Respecto de la primera cuestión planteada, la relativa a si la solicitud del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia debe efectuarse por las partes o por el órgano jurisdiccional, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 282 LEC, relativo a la iniciativa de la actividad probatoria. Dicho precepto determina que «las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes

²⁰ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999, p. 85.

u otros medios e instrumentos probatorios, **cuando así lo establezca la Ley**».

En el supuesto que nos ocupa, el artículo 13 LDC se convierte en norma complementaria de la LEC y, en consecuencia, surge la posibilidad legal de que sea el juez, de oficio, quien solicite del Tribunal de Defensa de la Competencia la emisión de un informe.

No obstante lo anterior, parece lógico que sea la parte interesada quien solicite del juez competente la práctica de dicha actividad probatoria en el momento procesal oportuno abriendo así la posibilidad de impugnación en el supuesto de denegación, y, por otro lado, no parece posible negar a una parte, en virtud del Derecho constitucional a la defensa, la posibilidad procesal de recabar del juez la práctica de una determinada diligencia prevista legalmente.

Lo que en cualquier caso resultaría imposible es que una de las partes solicitase directamente al Tribunal de Defensa de la Competencia la emisión de un informe sobre un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios presuntamente irrogados, aun cuando la solicitud tuviese por objeto la posterior aportación del dictamen a un proceso civil. No existe ningún precepto en la LDC que prevea que el Tribunal pueda emitir informes a petición de parte.

Distinta hubiera sido la cuestión de haberse acogido en la reforma de la LDC el criterio sustentado por MARTÍNEZ LAGE²¹ cuando recomendó que el informe del Tribunal se elaborase al término del procedimiento administrativo y sin aguardar al proceso civil, consiguiendo así las ventajas de inmediatez para el Tribunal respecto del procedimiento principal y la posibilidad de contradicción para las partes personadas.

En todo caso, la vía procesal razonable para plantear la cuestión de la petición de informe al Tribunal de Defensa de la Competencia sería la solicitud de la práctica de la prueba al órgano judicial competente y en el momento procesal oportuno.

En cuanto a la naturaleza probatoria del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, pueden existir dudas acerca de si nos encontramos ante una prueba documental o pericial. De haber tenido éxito la tesis de la «anticipación del informe» a la fase administrativa del procedimiento a que se ha hecho anterior referencia, podría haberse sustentado con mayores posibilidades de éxito la tesis de la prueba documental. Sin embargo, si consideramos que su emisión deberá producirse ya iniciado el proceso civil y a requerimiento judicial, parece difícil negar su carácter de prueba pericial.

Naturalmente, se tratará de una prueba pericial *sui generis* por cuanto el perito no será un profesional especializado en determinada materia,

²¹ S. MARTÍNEZ LAGE, «Comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1999», *op. cit.*, p. 23079.

sino un órgano administrativo como el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es conveniente destacar la existencia de otras particularidades en el régimen de esta peculiar prueba pericial. Así:

a) No parece aplicable lo dispuesto en el artículo 342 LEC respecto de la aceptación del cargo por parte del perito. En tanto que la Administración Pública (y el Tribunal de Defensa de la Competencia lo es) se encuentra constitucionalmente obligada a colaborar con la Administración de justicia no podría en ningún supuesto rechazarse el mandato de elaborar el dictamen.

b) Tampoco podrían resultar aplicables las normas sobre tachas de los peritos. Dado el principio constitucional de neutralidad (art. 103 CE) de las Administraciones públicas, la imparcialidad del Tribunal de Defensa de la Competencia debería presumirse. Por otra parte, el instituto jurídico-administrativo de la abstención debería bastar para resolver cualquier problema de incompatibilidad de intereses.

c) Se plantea el problema de la articulación de la actuación de los peritos en el juicio o en la vista (art. 347 LEC) como aplicación del principio de contradicción. Obviamente, el plano del Tribunal de Defensa de la Competencia, en tanto que órgano administrativo colegiado, no puede comparecer ante el juez competente a ratificarse en el dictamen emitido, debiendo efectuarse dicha ratificación por medio de un representante.

De acuerdo con el artículo 28.1.f) LDC la representación del Tribunal ante otros órganos públicos corresponde a su Presidente por lo que, en principio, la competencia para comparecer ante los órganos de la justicia para ratificar el dictamen y responder a las cuestiones planteadas por las partes correspondería al Presidente. No obstante, no parece existir dificultad jurídica alguna en que el futuro desarrollo de la LDC, y más concretamente, el Reglamento previsto en el artículo 27.a) LDC, establezca un sistema más razonable, como el de la designación de un ponente o representante del Tribunal para cada caso concreto.

Cualquiera que sea la respuesta que pueda darse a los problemas procesales que acaban de apuntarse, es evidente que la nueva redacción del artículo 13 LDC no implica una modificación del sistema preexistente, aunque la confluencia de la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el informe previsto en el apartado tercero del precepto permitan confiar en una mejora de la situación.

No puede concluirse esta exposición sin recordar que ha habido voces autorizadas que han postulado una reforma más audaz del artículo 13 LDC. Así, PETITBÓ (actual Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia) y BERENGUER han sostenido la conveniencia de que la reforma consistiese en la derogación del apartado segundo del artículo 13. De acuerdo con su opinión, ello permitiría que los jueces pudieran resolver sobre reclamaciones de perjuicios sin necesidad de pronunciamiento pre-

vio del TDC.²² De hecho, esta misma opinión se formuló expresamente por la Diputada Socialista Sra. Aroz durante la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia²³ al abogar por la supresión del requisito del artículo 13 LDC por entender que constituía una «autorización administrativa» previa al inicio de un proceso civil.

En el mismo sentido se ha pronunciado CREUS²⁴, que postula abiertamente la supresión del artículo 13 LDC al objeto de permitir el inicio y tramitación de los correspondientes procesos civiles con plena autonomía respecto de los procedimientos administrativos.

Esta solución, que podría resolver el problema del tardío acceso a la justicia en el supuesto de acciones de resarcimiento basadas en la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, nos vuelve a situar ante problemas ya enunciados.

De partida, este planteamiento hunde sus raíces en la distinción entre un ámbito de repercusión pública y otro de repercusión meramente privada en las cuestiones relacionadas con la protección de la competencia. Esta distinción no siempre es fácil de trazar y, sobre todo, como señalaremos con mayor profundidad al ocuparnos del artículo 1.3 de la Ley (regla de minimis), parece razonable que sean los órganos de defensa de la competencia y no la Justicia civil quienes delimiten los contornos de esa «relevancia para el interés público», puesto que esa decisión implica un alto grado de conocimiento de los mercados y sectores afectados, así como de las repercusiones provocadas por la conducta de los operadores.

Desde un punto de vista práctico, el más grave de esos problemas venía constituido, como se ha comentado, por el grave riesgo de interpretación y aplicación contradictoria de la legislación de defensa de la competencia por parte de los órganos judiciales y administrativos, e incluso, de los órganos jurisdiccionales civiles y contencioso-administrativos.

La importancia de este riesgo, del que es plenamente consciente el Tribunal Supremo cuando dicta la precitada Sentencia de 30 de diciembre de 1993, aconsejó, como se ha dicho, la no introducción de una reforma tan radical del artículo 13 LDC.

Aún reconociendo la existencia del problema descrito, FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁵ considera que su importancia no debe ser exagerada por cuanto las resoluciones divergentes se tomarán en dos ámbitos distintos. Las Sen-

²² A. PETITBÒ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *op. cit.*

²³ M. AROZ IBÁÑEZ, «Sesión de 20 de octubre de 1999 de la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados en relación con el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Diario de Sesiones*, núm. 778, 1999.

²⁴ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *op. cit.*, p. 66.

²⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación Ico-Marcial Pons, p. 228.

tencias dictadas por los órganos judiciales civiles afectarán a relaciones privadas y las provenientes de órganos administrativos —posteriormente revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa— tendrán por objeto la protección del interés público.

Por otra parte, continúa razonando el mismo autor, tanto la Sentencia que dicte el Juzgado de Primera Instancia como la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia serán posteriormente revisables en diversas instancias por lo que, en la práctica, se irá creando una jurisprudencia que irá aproximando las posturas de unos y otros órganos.

Al margen de lo anterior, es lo cierto que los autores que han sustentado «tesis privatistas», en relación con la defensa de la competencia, han buscado mecanismos jurídicos diversos para tratar de paliar los efectos negativos de la contradicción entre resoluciones judiciales y administrativas.

Así, PETITBÓ y BERENGUER²⁶, tras afirmar que el problema de la eventual existencia de resoluciones contradictorias se ha magnificado mucho, señalan que una forma de evitarlas es, precisamente, la acogida por el legislador español en su artículo 13: exigir un pronunciamiento firme en vía administrativa antes de que un juez o tribunal civil puedan aplicar al supuesto concreto las normas de la competencia. Sin embargo, ambos autores reconocen que esta solución provoca el problema de la dilación de los procedimientos que ya se ha descrito, por lo que, como ya hemos anticipado, abogan por la derogación del artículo 13.2 LDC. A pesar de todo lo expuesto, la cuestión de la posible existencia de contradicciones no encuentra solución.

Más preciso se muestra CREUS²⁷ cuando propone la existencia de un informe preceptivo y no vinculante por parte del TDC. Así, cuando se alegue por parte del demandante una infracción a las normas de la competencia, el juez debería solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia un informe que no podría tener un carácter vinculante y del que, en consecuencia, el juez podría separarse.

Sin embargo, la existencia de este informe, aunque sea preceptivo, no evita el riesgo de contradicciones por cuanto el principio de independencia judicial impedirá siempre que aquél tenga carácter vinculante. Exista o no el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia la contradicción siempre será posible. Y es que la cuestión de la contradicción tiende a infravalorarse teniendo en cuenta la experiencia vivida hasta el momento pero no debe olvidarse que, en la situación presente, el juez o el tribunal civil no conocen del asunto hasta que la resolución administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, han ganado firmeza. Así, aun cuando existiese contradicción, ésta no provocaría ningún efecto en sede administrativa.

²⁶ A. PETITBÓ JUAN y L. BERENGUER FUSTER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos judiciales y administrativos», *op. cit.*, p. 48.

²⁷ A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *op. cit.*, p. 65.

Sin embargo, la situación cambia radicalmente si, aceptando las «tesis privatistas» se permite la tramitación paralela de ambos procedimientos pues, en este caso, la resolución «civil» puede anticiparse a la administrativa y se anticipará, sin duda, a la contencioso-administrativa. Aun cuando pudiera admitirse la existencia de ópticas distintas en la aplicación del Derecho de la competencia en sede civil y administrativa (como se ha anticipado), esa contradicción sería inaceptable en el terreno de lo fáctico, debiendo resolverse siempre esa eventual contradicción a favor de aquello que fue declarado probado en la resolución jurisdiccional.

El efecto sobre la tramitación de los procedimientos administrativos puede ser demoledor, pues será difícil que los órganos administrativos de defensa de la competencia se aparten de aquello que las resoluciones judiciales hubiesen declarado probado. ¿Qué sentido tendrá entonces la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia?

No existe ningún mecanismo que conjure el riesgo de contradicción entre las resoluciones civiles y las administrativas. Y, de producirse aquélla, es evidente que serán los órganos administrativos quienes, en el terreno de lo fáctico, deberán aceptar lo que en el proceso civil fue declarado probado. Aceptar la tramitación paralela de procedimientos civiles y administrativos, que pudieran conducir a resoluciones definitivas o provisionales de signo contradictorio, heriría de muerte a los órganos administrativos de defensa de la competencia. Ésta es la razón por la que los Anteproyectos de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, el Proyecto de Ley y la Ley finalmente aprobada han preferido mantener el sistema actualmente vigente, con la única novedad del precitado informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la confianza de que las reformas del proceso civil y el contencioso-administrativo, aprobadas en la misma legislatura, puedan contribuir a mejorar la situación preexistente.

Por otro lado, y como seguidamente se dirá, quedan los efectos de la denominada «regla de minimis», cuyas consecuencias en el ámbito al que nos referimos tienen una gran trascendencia.

6. EL REFLEJO DE LA «REGLA DE MINIMIS» SOBRE LA CUESTIÓN DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD E INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, y en virtud de su artículo 15, modificó el artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en el sentido de permitir a los órganos de defensa de la competencia la no persecución de conductas prohibidas

que, por su escasa importancia, no fuesen susceptibles de afectar de manera significativa a la competencia.

A pesar del mandato del legislador, se habían producido problemas de interpretación y aplicación del precepto, por lo que, en la práctica, la denominada «regla de minimis» permanecía «inédita» en nuestro Derecho».

A fin de tratar de corregir esos problemas interpretativos, la reciente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) vuelve a modificar el artículo primero de la LDC, dando nueva redacción a su apartado tercero, que pasa a decir: **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.**

Esta modificación, que pretendía conseguir una utilización más frecuente de este instrumento técnico por parte de los órganos de defensa de la competencia, abre la reflexión relativa a la posible aplicación del Derecho de la competencia por la jurisdicción ordinaria en los casos en que el particular haya vista rechazada su reclamación por los órganos de defensa de la competencia por considerarse escasamente relevante o, dicho sea de otro modo, por no considerar que se producen efectos relevantes para el interés público.

De partida, compartimos plenamente la opinión de FERNÁNDEZ LÓPEZ²⁸ cuando, al comentar la disposición introducida por el Real Decreto-Ley 7/1996, ya rechazaba toda interpretación del precepto que condujese a la insatisfacción de intereses legítimos, entendiéndolo, por el contrario, que en los supuestos de aplicación del precepto, dichos intereses encontrarían en sede jurisdiccional la tutela de la que quedaban privados en sede administrativa.

No podemos estar más de acuerdo con dicha posición: sean o no sus intereses relevantes desde el punto de vista de los intereses generales, todo particular tiene Derecho a que los poderes públicos le provean de un sistema eficaz de tutela de sus intereses legítimos. Cualquier otra interpretación contraria a lo anterior, conduciría a situaciones objetivas de indefensión prohibidas por el artículo 24 CE.

¿Significa ello, como parece desprenderse de la opinión del autor mencionado, que los órganos de defensa de la competencia ceden así su papel de aplicadores del Derecho de la competencia a los órganos jurisdiccionales en el supuesto de conductas prohibidas de escasa relevancia?

La respuesta correcta a esta pregunta viene necesariamente de la mano de una interpretación coordinada de los artículos 1.3 y 13 de la Ley de Defensa de la Competencia.

²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», *op. cit.*, p. 229.

Así, de partida, la aplicación de la «regla de minimis» no es una decisión judicial sino administrativa, encontrándose vedado a la Justicia civil todo pronunciamiento sobre el particular que no fuese el emanado del ejercicio de la potestad revisora de los actos administrativos previamente dictados por los órganos de defensa de la competencia.

De este modo, no podría aceptarse ni que un particular pudiese calificar libérrima o unilateralmente su propio Derecho al objeto de decidir si su ejercicio implica o no cuestiones relevantes desde el punto de vista de los intereses generales, ni que un pronunciamiento semejante pudiera solicitarse u obtenerse por parte de los órganos jurisdiccionales. Únicamente los órganos de defensa de la competencia, bien de oficio o a solicitud de parte, serían competentes para abrir la puerta del conocimiento jurisdiccional de un asunto por la vía del acto administrativo en cuya virtud el procedimiento tramitado ante ellos quedase concluido.

Es decir, aunque un particular considerase que en «su caso» concurren los requisitos del artículo 1.3 LDC, no podría interponer directamente una demanda encaminada a lograr el resarcimiento de los daños o perjuicios causados por la práctica anticompetitiva alegando la innecesariedad del pronunciamiento previo en dicho precepto.

A mi juicio, el particular debería en este supuesto plantear la cuestión de la aplicabilidad del artículo 1.3 ante los propios órganos de defensa de la competencia, dejando a éstos la decisión, sin perjuicio de una eventual impugnación posterior en caso de desacuerdo.

La relación entre lo dispuesto en el artículo 1.3 y el artículo 13 se hace así evidente, por cuanto el 1.3 configura la posibilidad de un acceso inmediato a la Administración de justicia en supuestos en que los órganos de defensa de la competencia abdican de su competencia por entender que el asunto no reviste la necesaria trascendencia desde el punto de vista de los intereses generales.

Es importante matizar que, en esos supuestos, no puede hablarse de un acceso directo a la tutela judicial. Una interpretación conjunta de ambos preceptos exigiría la firmeza previa de la resolución administrativa por la que se acuerde la inadmisión de la denuncia o el sobreseimiento de las actuaciones.

Ahora bien, producido ese pronunciamiento administrativo sobre la aplicación de la «regla de minimis», y habiendo alcanzado éste firmeza por falta de actuación de cualquiera de las partes personadas, ningún obstáculo procedimental podría oponerse frente al ejercicio jurisdiccional de acciones tendentes al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados o a la declaración de nulidad de las conductas prohibidas.

7. CONCLUSIÓN

La redacción del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia resultante de la reforma introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciem-

bre, ha mantenido el sistema tradicional de fase administrativa previa a la interposición de una demanda civil como medio para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de la realización de conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia.

A pesar de los problemas prácticos que este sistema plantea, es lo cierto que una modificación del modelo provocaría el riesgo de contradicciones entre las resoluciones de los órganos administrativos y jurisdiccionales en interpretación de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que su mantenimiento puede considerarse una opción técnicamente razonable. En el extremo opuesto, debe reconocerse que opciones más aventuradas, como la atribución al Tribunal de Defensa de la Competencia de funciones claramente civiles como la declaración de nulidad prevista en el artículo 1.2 LDC o la determinación de la procedencia y cuantía de las indemnizaciones por los daños y perjuicios irrogados, no gozaban de un consenso suficiente y, por otra parte, planteaban importantes problemas prácticos de no sencilla resolución que hubieran amenazado con minimizar los resultados prácticos de la reforma.

Por otra parte, debe resaltarse que la nueva regulación legal introduce algunos instrumentos (el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia) y, sobre todo, la potenciación de la «regla de minimis», que, unidos a la limitación de los plazos de duración de los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia pueden provocar un acortamiento de los plazos de acceso a la justicia ordinaria.

A ello se añade el saludable efecto de las reformas introducidas tanto en el proceso contencioso-administrativo como en el propio proceso civil (nuevas Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de Enjuiciamiento Civil) todo lo cual debería redundar en una mejora sustancial en cuanto a la tutela judicial efectiva de los derechos de los perjudicados como consecuencia de la realización de actos contrarios a la legislación de defensa de la competencia.

En cualquier caso, el mantenimiento del modelo previsto en el artículo 13 LDC es, además de prudente, la solución más coherente con la decisión del legislador de mantener inalterada la arquitectura institucional y el reparto de funciones que en materia de defensa de la competencia se contiene en la Ley de 1989. En la decisión del legislador ha pesado, sin duda, la consideración de que el modelo introducido por esa Ley se ha manifestado como un instrumento suficientemente útil para la protección y el incremento de la competencia.