

# LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

Amadeo PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada.  
Presidente del TDC

Luis BERENGUER FUSTER

Abogado. Ex Vicepresidente del TDC

## 1. INTRODUCCIÓN

En pocas materias resulta más conveniente recordar el origen norteamericano del Derecho de la competencia como en la relativa a analizar cuáles son los problemas que se derivan tanto de su aplicación judicial como de su aplicación por órganos administrativos. En los Estados Unidos, donde la presencia del Derecho administrativo sancionador es considerablemente más reducida que en el Derecho europeo, la legislación de la libre competencia —Sherman Act y Clayton Act— tiene naturaleza penal y son, en consecuencia, los Tribunales quienes la aplican. El sistema así concebido tiene coherencia por cuanto que los Tribunales son los encargados de castigar las infracciones a la legislación concurrencial y, simultáneamente, pueden declarar la nulidad de los acuerdos colusorios y la indemnización de los perjuicios causados.

El problema surge cuando se importa esta legislación al Derecho europeo continental y los legisladores nacionales asumen la ilicitud de las conductas anticoncurrenciales pero no las castigan penalmente<sup>1</sup>, sino que

<sup>1</sup> Cuando se realizan estas afirmaciones no se debe olvidar que en los Códigos Penales del siglo XIX se incluía la tipificación de ciertas conductas como maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en la que se podían incluir determinadas conductas colusorias tendentes a fijar los precios al margen del juego de la libre competencia. Este delito, incluido en Derecho español a partir del Código Penal de 1848, ha sido objeto de una sustancial modificación en el artículo 284 del vigente Código Penal hasta el punto de que en la actualidad no puede afirmarse que los acuerdos colusorios puedan ser objeto de sanción penal. Dicha afirmación no podía hacerse con el anterior artículo 540 del Código Penal derogado. M. GARCÍA-PABLOS [«Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14, 1981, nota 3, p. 221] ha realizado la tarea de rastrear los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, llegando a la conclusión

las consideran infracciones administrativas, encargando de su persecución y sanción a organismos administrativos. Ello implica un buen número de problemas que no han sido solucionados satisfactoriamente hasta el momento. Tales problemas se ponen de manifiesto en el Derecho español, por lo que es necesario hacer mención a los mismos.

Un primer problema radica en el hecho de que los organismos administrativos no pueden declarar la nulidad de las ententes colusorias<sup>2</sup>. El artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LCD) establece que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1 que no estén amparados en las exenciones previstas en la Ley son nulos de pleno derecho, pero esa nulidad no puede ser declarada por el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>3</sup> (TDC, Tribunal).

Un segundo problema se deriva de la imposibilidad de fijar una indemnización de los perjuicios causados por la conducta prohibida por parte del Tribunal. A tenor de lo establecido en el artículo 13.2 de la LCD la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de las conductas prohibidas, podrá ejercitarse una vez firme la declaración en vía administrativa. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que si las normas de la competencia pueden ser aplicadas, por una parte, por las autoridades administrativas *ad hoc* y, por otra, por órganos jurisdiccionales, en un conflicto entre particulares es posible que recaigan resoluciones contradictorias, afectándose con ello el principio de seguridad jurídica.

Pero no sólo en esos supuestos existen problemas de aplicación de las leyes concurrenciales por órganos judiciales y administrativos. Existen supuestos en los que se puede aplicar simultáneamente la LCD y la Ley de Competencia Desleal (LCD). Ambas leyes contienen sistemas diferentes de aplicación, pues mientras la primera de ellas es aplicada por órganos administrativos, la segunda contiene una serie de acciones que deben ser ejercitadas ante la jurisdicción civil. Pero en ciertos supuestos es posible la aplicación de ambas leyes con la posibilidad de que órganos diferentes apliquen resoluciones contradictorias.

---

de que en su inmensa mayoría se trataba de supuestos en los que se perseguía la alteración de los precios aprobados oficialmente.

<sup>2</sup> En los primeros borradores que han circulado sobre una reforma de la Ley de Defensa de la Competencia se incluía la previsión de que el TDC declarara la nulidad de los acuerdos colusorios. Esta pretensión ha desaparecido en versiones posteriores.

<sup>3</sup> Resulta lógico que las Resoluciones del Tribunal en los expedientes sancionadores no incluyan ninguna declaración relativa a la nulidad de los acuerdos, tal y como se deduce del precepto destinado a determinar el contenido de las resoluciones del Tribunal (art. 46 LDC), a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 en la que, hasta la Constitución de 1978, se configuraba un Tribunal con funciones jurisdiccionales. Así, el artículo 13.2 de esta Ley establecía que cuando una resolución declarara la existencia de prácticas prohibidas resuelve también sobre la nulidad de los acuerdos, convenios o decisiones que hubieran dado lugar a las mismas.

En este orden de cosas hay que recordar que el artículo 7 de la LCD permite al Tribunal conocer acerca de aquellos actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la competencia, afectan al interés público, pero no dispone, ya que no sería lógico hacerlo, que cuando exista afectación del interés público no se puedan ejercitar las acciones de la LCD ante la jurisdicción civil. Ello supone que determinados hechos podrán ser conocidos simultáneamente por una autoridad administrativa y por el juez civil.

Por su parte, el artículo 15 de la LCD considera acto desleal la infracción de las normas que regulan la actividad concurrencial (art. 15.2) o bien que supongan al infractor una ventaja significativa, lo cual implica igualmente la posibilidad de que una autoridad administrativa y un juez civil se pronuncien sobre unos mismos hechos.

A estos problemas se añaden los derivados de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. A tenor de lo previsto en el artículo 89<sup>4</sup> del Tratado, la aplicación de las normas comunitarias de la competencia corresponde a la Comisión, pero está prevista una aplicación descentralizada, tanto por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>5</sup> como por parte de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia<sup>6</sup>.

El análisis de todos estos problemas conduce a replantear el debate relativo a si la aplicación de las normas de la competencia debe ser efectuada, tal y como ocurre en la actualidad, por órganos administrativos o bien por los jueces, como se ha propuesto por diversas voces<sup>7</sup> en el marco de la varias veces anunciada reforma de la LCD.

## 2. CARÁCTER PÚBLICO Y PRIVADO DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE COMPETENCIA

Buena parte de los problemas que con anterioridad se han enumerado son evidente consecuencia de la finalidad que persiguen las normas de

<sup>4</sup> En la actualidad, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la numeración de los preceptos del Tratado CEE relativos a la competencia ha sido objeto de modificación, de modo que el artículo 85 ha pasado a convertirse en el 81 y así sucesivamente. En el presente trabajo se utilizará la numeración originaria, ya que las sentencias comunitarias citan obviamente los preceptos según su numeración primitiva, y el introducir la numeración actual podría dar lugar a confusiones.

<sup>5</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (93/C 39/05), DOCE C 39, de 13 de febrero de 1993.

<sup>6</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (97/C 313/03), DOCE C 313, de 15 de octubre de 1997.

<sup>7</sup> C. GINER PARREÑO, «El mal sistema de competencia español», *Expansión*, 21 de marzo de 1997, p. 55; «Todo menos el INDECO», *Expansión*, 27 de marzo de 1998, p. 62; «El reto de doña Perfecta», *Derecho de los Negocios*, 84, septiembre 1997, pp. 75-78. La modificación del sistema español de la competencia para que en el futuro sea aplicado por jueces y no por órganos administrativos fue defendida por Rafael Termes en su intervención en la Jornada «Luces y sombras de la Ley de Defensa de la Competencia: elementos para una reforma», organizada por el Colegio de Abogados de Madrid el día 19 de febrero de 1998.

la competencia que se traduce en determinadas peculiaridades del procedimiento.

La Exposición de Motivos de la LCD reconoce que la finalidad de la Ley consiste en garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado y «protegerla frente a todo ataque contrario al interés público». Esa competencia representa un elemento esencial de la organización económica del mercado y la manifestación más importante del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

Precisamente porque la aplicación de la Ley persigue garantizar el orden económico constitucional, se sigue afirmando en la Exposición de Motivos, se encomienda su aplicación a órganos administrativos tales como el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y el Tribunal. De esta forma, el Derecho de la competencia queda incardinado dentro del ámbito del Derecho administrativo sancionador que, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional español, constituye una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien, con frecuencia en los conflictos que se plantean en el campo de la competencia no solamente existe una infracción del interés público, sino que, además, se dirimen conflictos privados<sup>8</sup>. De este hecho se derivan ciertas especificidades en el procedimiento que es preciso señalar.

En primer lugar, se puede indicar que el procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia de parte interesada, lo cual implica que a los interesados se les concede un significativo papel desde el inicio del procedimiento. De este hecho se deduce que el procedimiento no es exclusivamente sancionador, como ha señalado el Tribunal en su Resolución de 31 de marzo de 1998<sup>9</sup>, pues la Ley posibilita junto a la vertiente sancionadora una acción declarativa.

También en otros extremos la LCD presenta aspectos en los que aparece la protección de intereses privados junto a los públicos. Así ocurre en las medidas cautelares, que se diferencian considerablemente de las medidas provisionales propias del Derecho administrativo. Como señaló la Resolución del TDC de 29 de julio de 1996<sup>10</sup> las medidas cautelares específicas establecidas en la LCD participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles. Si se tratara de asegurar cautelarmente la defensa del interés público carecería de sentido

<sup>8</sup> En el texto de la propia Exposición de Motivos de la Ley se han encontrado argumentos en favor del carácter no solamente público del procedimiento, ya que se encomienda el procedimiento a los órganos administrativos «en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional». En consecuencia, podría interpretarse que la Ley puede aplicarse por órganos jurisdiccionales “en cuanto” no se trate de garantizar el orden económico desde la perspectiva de los intereses públicos. Véase S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-97, septiembre 1994, p. 3.

<sup>9</sup> Expte. 403/97, Arquitectos Canarias, Resoluciones del TDC 1998, pp. 174-182.

<sup>10</sup> Expte. MC 11/96, Cajas Rurales, Resoluciones del TDC 1996, pp. 302-307.

que se pudiera exigir la prestación de una fianza <sup>11</sup> a quien solicita la adopción de medidas cautelares.

Esta tensión entre el interés público y el interés privado en el Derecho de la competencia está presente a lo largo de todo el procedimiento hasta el punto de provocar algunas disfunciones. Con frecuencia se persigue la defensa de los intereses privados en procedimientos en materia de competencia y se pone de manifiesto la insuficiencia de un procedimiento administrativo sancionador para dirimir conflictos entre intereses privados. Hay que tener en cuenta que, como acertadamente ha señalado el Tribunal Constitucional <sup>12</sup>, en el Derecho administrativo sancionador rigen, con ciertos matices, los mismos principios que en el Derecho penal, y ello implica, por ejemplo, que rijan el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia. Este hecho supone una limitación para dirimir conflictos entre particulares en plano de igualdad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal en su Resolución de 14 de diciembre de 1998 <sup>13</sup>.

La discusión entre interés público e intereses privados aparece, en consecuencia, en el centro de todas las cuestiones que se relacionan con la aplicación del Derecho de la competencia y la determinación de los órganos, jurisdiccionales o administrativos, que han de llevarla a cabo.

Si se opta porque sean órganos administrativos los encargados de aplicar el Derecho de la competencia, es de admitir que los intereses públicos estarían adecuadamente defendidos, pero los intereses privados que confluyen en el supuesto concreto quedarían en un segundo orden. Un órgano administrativo solamente con gran dificultad puede adoptar medidas tales como la determinación de la indemnización de perjuicios producidos a las víctimas de las conductas anticompetitivas <sup>14</sup>. Es de destacar que el artículo 13.2 de la LCD determina que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios podrá ejercitarse de acuerdo con lo previsto en las leyes civiles una vez firme la declaración de ilicitud de actos prohibidos. En cuanto se refiere a la declaración de nulidad, el artículo 1.2 de la misma Ley se limita a declarar la nulidad de los acuerdos colusorios, pero sin que sea el Tribunal el órgano encargado de su declaración.

<sup>11</sup> Como señalan M. ORTELLS, y R. BELLIDO, *Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 49, de ese hecho de desprende que en el procedimiento cautelar la lógica se invierte, y de defender el interés público y el privado si es coincidente con el público, se pasa a la protección de ambos intereses pero solamente si el titular del interés privado quiere financiar la medida cautelar.

<sup>12</sup> Véase la Sentencia de 8 de junio de 1981.

<sup>13</sup> Expte. 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. Resoluciones del TDC 1998, pp. 575-585.

<sup>14</sup> Esta es una posibilidad prevista en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del texto del precepto se deducen las dificultades que existen para su aplicación, ya que se prevé que si el infractor no abona la indemnización correspondiente quedará «expedita la vía judicial correspondiente», con lo cual poco avance se consigue. Como puede comprenderse fácilmente, existen dificultades de diversa índole para llevar a cabo la fijación de perjuicios en vía administrativa. Tales dificultades son de índole teórica (se trata nuevamente de solucionar conflictos entre particulares en el seno de un procedimiento administrativo sancionador) o práctica (inexistencia de una vía de apremio en beneficio de particulares). En el Anteproyecto de Ley de reforma de la LCD se prevé esa posibilidad.

Por el contrario, si la aplicación de las normas de la competencia quedara reservada a los jueces y tribunales, cabe preguntarse si se adjudica a la jurisdicción civil o penal.

La atribución de la competencia a los jueces y tribunales civiles resulta incompatible con la defensa de los intereses públicos que resultan constitucionales a la normativa concurrencial. Conforme se ha aclarado anteriormente, la libre competencia forma parte del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, y por tanto, la defensa del orden concurrencial no puede dejarse a una jurisdicción que responde al principio de justicia rogada.

Otra cosa sería considerar que la vulneración del principio de la libre competencia constituyera una infracción penal, en cuyo supuesto correspondería a los órganos jurisdiccionales penales la aplicación de la normativa concurrencial. Este sistema se asemejaría al modelo norteamericano y resolvería los problemas anteriormente expuestos para otros modelos, ya que un juez o tribunal penal podría imponer sanciones por vulnerar el interés público, y al tiempo establecer el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios *ex delicto*. En este caso no se pueden ocultar otros inconvenientes. El primero y más importante radica en el principio general, según el cual no deben tipificarse como delito aquellas conductas que no merezcan el reproche generalizado de la sociedad. Cuando no se respeta ese principio se producen importantes distorsiones en la aplicación de las leyes porque los órganos jurisdiccionales penales son, lógicamente, reacios a sancionar aquello que la sociedad no considera como delito. No es necesario indagar mucho para que acudan a la memoria de cualquier intérprete ejemplos de estas afirmaciones. En España el sentimiento de que las conductas anticoncurrenciales deban ser consideradas como delitos no existe ni en la sociedad ni tan siquiera en el mundo empresarial. La razón es que se parte de una tradición jurídica en la que se perseguía más la deslealtad que la libertad en la competencia. Además, en el Derecho español existe una norma que resultaría inconcebible en el Derecho norteamericano. Se trata de la contenida en el artículo 2.1 de la LCD, que excluye de la prohibición del artículo 1 las conductas amparadas legalmente. Esta norma constituye el reconocimiento expreso de que las Administraciones públicas puedan dar la correspondiente cobertura legal a un conjunto inagotable de restricciones de la competencia, como ha ocurrido en aquellas circunstancias en que la economía ha estado fuertemente intervenida. Por ello, y aunque la cultura de la competencia se va abriendo camino en nuestra sociedad, puede afirmarse que en el momento actual existirían serios inconvenientes para criminalizar las conductas anticompetitivas.

En contra de la aplicación de las normas de la competencia por los jueces se acostumbra a afirmar que esa aplicación precisa frecuentemente de estudios económicos y de mercado y de conocimientos económicos de los que carecen los jueces y magistrados<sup>15</sup>. Esa objeción puede com-

<sup>15</sup> A. ALONSO CORTÉS, «Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», ponencia presentada en las XI Jornadas del TDC. Mayo de 1998. En prensa.

batirse si se considera que los jueces aplican el derecho, y cuando precisan conocimientos técnicos pueden acudir a la realización de las oportunas pruebas periciales. No parece que la delimitación del mercado relevante contenga más dificultades que determinadas apreciaciones sobre patentes que los jueces deben dilucidar en conflictos sobre derechos de propiedad industrial.

Ahora bien, estos problemas existen y carecen de solución simplista. Con frecuencia se han planteado soluciones como la establecida en la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, en la que se configuraba un TDC como un órgano cuasijudicial, cuyas resoluciones no eran recurribles. Pero ese modelo contradecía el principio de unidad jurisdiccional de la Constitución de 1978.

El modelo diseñado en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia constituye un intento de solucionar los problemas derivados de la aplicación del Derecho de la competencia por órganos administrativos. Según este modelo, atrevido pero que sin duda planteará discusiones de alcance constitucional que deberían ser resueltas desde la perspectiva de la eficacia jurídica y del respeto a la Constitución, se establece que el Tribunal, en sus Resoluciones, podrá establecer indemnizaciones de perjuicios a los perjudicados por conductas anticompetitivas. El intento es imaginativo, pero deben resolverse los problemas que pueden plantearse al amparo del artículo 117.3 de la Constitución por cuanto en el Anteproyecto citado se atribuyen potestades jurisdiccionales a un órgano administrativo. En cualquier caso, si el TDC fijara la cuantía de la indemnización pero fuera necesario acudir a los Tribunales civiles —no obligados por la cuantía determinada por el TDC— para garantizar su efectividad, el sistema no resolvería el problema del tiempo necesario —por regla general, excesivo y contrario a la racionalidad económica— para hacer efectiva la indemnización compensatoria.

El tema no es baladí. Por su trascendencia en relación con la efectividad de la defensa de la competencia debería apoyarse por el refuerzo que supone a las facultades del Tribunal. Pero también deberán resolverse de forma inequívoca los eventuales problemas de constitucionalidad.

También puede calificarse como un intento de solucionar los inconvenientes que se derivan de la aplicación de las normas concurrenciales por órganos administrativos los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) compartido por la Comisión Europea<sup>16</sup> según los cuales los artículos 85 y 86 del Tratado tienen efecto directo y pueden ser aplicados por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

<sup>16</sup> Ver la Comunicación de la Comisión europea citada en la nota 6.

### 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

#### A. APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

##### a) *La jurisprudencia de los tribunales comunitarios*

La jurisprudencia del TJCE ha aceptado desde el primer momento que las normas sobre la competencia contenidas en los artículos 85.1 y 86 del Tratado tenían efecto directo y, por tanto, podrían ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en conflictos entre particulares, con independencia de su aplicación por parte de la Comisión Europea. Aceptada esta afirmación como punto de partida, los problemas se refieren, fundamentalmente, a la posible existencia de procedimientos por los mismos hechos ante la Comisión, por una parte, y ante los órganos jurisdiccionales, por la otra, ya que cabe la posibilidad de resoluciones contradictorias que afecten a la seguridad jurídica<sup>17</sup>.

En diversas ocasiones se ha planteado ante el TJCE —y también ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI)— cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia por jueces y tribunales nacionales en supuestos en los que la Comisión no se había pronunciado porque no había conocido del asunto o porque el expediente se encontraba en tramitación.

---

<sup>17</sup> Junto a las restricciones relativas a la búsqueda de seguridad jurídica, la jurisprudencia del TJCE ha planteado también cuestiones relativas a la interpretación del artículo 85.2 del Tratado cuando dispone que los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. La cuestión radica en el hecho de que esa nulidad debe ser declarada por los tribunales nacionales adaptándose a las normas de Derecho interno, ya que los efectos de la nulidad son ajenos al Derecho comunitario.

La expresión «nulo de pleno derecho» plantea, desde la óptica del Derecho español, alguna incongruencia, ya que difícilmente resulta compatible el concepto de nulidad de pleno derecho con la posibilidad de que determinados contratos, por ejemplo, sean autorizados. Resulta sorprendente, desde la dogmática del negocio jurídico, que se permita que los actos nulos continúen vigentes durante cierto tiempo, como ha permitido el TDC en la Resolución de 10 de junio de 1993 (Fútbol por TV, Resoluciones TDC, 1993, pp. 221-274).

La Sentencia de 30 de junio de 1966 (Société Technique Minière/Marchinienbau, *Rec.*, 1966, As. 56/65, p. 235) se plantea la interpretación del artículo 85.2 y declara (parágrafo 15) que dicho artículo debe ser interpretado en el contexto del Tratado y con referencia a los objetivos del Derecho comunitario. En consecuencia, la nulidad automática sólo afecta a los extremos del acuerdo afectados por la prohibición del artículo 85.1, o bien a todo el acuerdo si es imposible individualizar los extremos nulos. Las restantes consecuencias de la nulidad son ajenas al Derecho comunitario.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 14 de diciembre de 1983 (Société de Vente de Ciments et Betons del l'Est/Karpen & Karpen) al afirmar que las consecuencias de la nulidad sobre las partes del contrato no afectadas por la prohibición no constituyen una cuestión de Derecho comunitario.

Por su parte, la Sentencia de 25 de noviembre de 1971 (Beguelin/Sall) declara que los acuerdos prohibidos por el artículo 85.1 son nulos y no pueden producir efectos entre las partes contratantes.

En la Sentencia de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*)<sup>18</sup> se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Comercio de Lieja relativa a un contrato de suministro exclusivo de cerveza. El TJCE consideró que, a diferencia de los acuerdos anteriores a la vigencia del Reglamento 17, la notificación de los acuerdos nuevos, a tenor del artículo 85.3, carece de efectos suspensivos, y que si el principio de seguridad jurídica exige que no se impongan sanciones a los notificantes, habida cuenta del considerable retraso de la Comisión para resolver los expedientes, esa circunstancia no dispensa al juez de resolver sobre la petición de nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 85.2 del Tratado. Cuando exista un procedimiento ante la Comisión el juez debe decidir si suspende la tramitación hasta que se pronuncie la Comisión, a menos que constate que el acuerdo no ejerce efectos considerables sobre la competencia o el comercio entre Estados miembros, o bien porque no considere que existe ninguna duda sobre su incompatibilidad con el artículo 85.

En esta sentencia se limita la posibilidad de que el juez resuelva sin esperar a la decisión de la Comisión que la valoración de que la infracción o no infracción del artículo 85.1 sea clara; es decir: «no ofrezca dudas». En caso contrario, debería suspender el procedimiento hasta el pronunciamiento de la Comisión. Obviamente, el grado de certeza de resolución de un expediente constituye un elemento subjetivo y, en cualquier caso, no garantiza la confluencia del criterio del juez con el de la Comisión.

Los criterios relativos a la aplicación de los artículos 85 y 86 se plantearon directamente en la Sentencia de 30 de enero de 1974 (*BRT-1*)<sup>19</sup>. En un conflicto entre la entidad belga de radiotelevisión (*BRT*) y la sociedad belga de autores, compositores y editores (*SABAM*), por una parte, y la Sociedad *NV Fonior*, por la otra, en materia de derechos de propiedad intelectual. El TPI de Bruselas planteó una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de los artículos 86 y 90 del Tratado, pero para decidir sobre la misma hubo que resolver con carácter previo la incidencia que sobre el proceso civil podría tener el inicio de un procedimiento ante la Comisión contra, entre otros, *SABAM*, por abuso de posición dominante en la gestión de derechos de propiedad intelectual. Para ello fue preciso determinar si los órganos judiciales de los Estados miembros deberían ser considerados como autoridades a los efectos del artículo 9.3 del Reglamento 17, pues si así fuera sería preciso paralizar el procedimiento hasta que se pronunciara la Comisión, a tenor de lo previsto en ese precepto.

Presentada la cuestión en esos términos, el TJCE consideró que las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado eran susceptibles de causar efecto directo en las relaciones entre particulares, lo que implica que generan derechos que las instituciones deben amparar. En ese sentido, las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamen-

<sup>18</sup> *Rec.*, 1973, As. 48/72, p. 77.

<sup>19</sup> *Belgische Radio en Televisie/SABAM, Rec.*, 1974-1, Asunto 127/73 p. 51.

to 17<sup>20</sup> son las autoridades con competencia según el artículo 88 del Tratado y no se puede incluir en el término a los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, un conflicto de esa naturaleza no queda suspendido por la apertura de un expediente ante la Comisión

En esta sentencia se avanza un poco más en orden al reconocimiento del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia. Y lo hace resolviendo la cuestión relativa a cuáles son las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17, cuestión sobre la que no se había pronunciado la Sentencia Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen anteriormente citada<sup>21</sup>. El abogado general Henry Mayras en sus conclusiones<sup>22</sup> planteó el problema desde la óptica de la seguridad jurídica, argumentando que era preciso en todo caso evitar resoluciones contradictorias, hecho éste que podría producirse si se permitía que los tribunales nacionales aplicaran las normas del Tratado sin esperar la decisión de la Comisión. Es decir, si órganos diferentes y no jerarquizados pueden aplicar las mismas normas. Obviando esta objeción, el TJCE optó por una solución que implica esa posibilidad, pero que es consecuencia inevitable del efecto directo de los artículos 85.1 y 86 del Tratado.

En la Sentencia de 3 de febrero de 1976<sup>23</sup>, al contestar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, se establece que los tribunales de los países miembros tienen jurisdicción para establecer que un acuerdo se beneficia de un reglamento de exención por categorías.

En la Sentencia Estée Lauder, de 10 de julio de 1980<sup>24</sup>, se aplica la misma doctrina de la Sentencia BRT/Sabam, referida a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento 17. Ante un Tribunal de París la cadena de tiendas Anne Marty reclamó frente a Estée Lauder, distribuidora mayorista de perfumes de esa marca, por la negativa de venta de productos, ya que esa cadena no pertenecía a su red de distribución. Tal conducta, según la demandante, vulneraba el artículo 85.1 del Tratado de Roma. La demandada alegó que la existencia de una carta administrativa, según la cual la Comisión consideraba el sistema de distribución de Estée Lauder en Francia, no era susceptible de infringir las normas de la competencia contenidas en el Tratado de la CEE. A pesar de ello,

<sup>20</sup> El artículo 9.3 del Reglamento núm. 17 (Primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, DOCE 204/62, de 21 de febrero de 1962) dispone: «Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado, aun cuando los plazos previstos en el apartado 1 del artículo 5 y el apartado 2 del artículo 7 para proceder a la notificación no hubieran expirado.»

<sup>21</sup> F. RON MARTIN, «Conflicto de competencias entre la Comisión europea y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del Derecho de la competencia: comentario a la Sentencia del TJCE de Luxemburgo SPEIC. La Porte de 11 de julio de 1996», *Gaceta Jurídica de la CE*, B-119, diciembre 1996, p. 7.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>23</sup> Fonderies Roubaix/Roux., *Rec.*, 1976, Asunto 63/75, p. 111.

<sup>24</sup> Anne Marty S. A/Estée Lauder, S. A., *Rec.*, 1980, Asunto 37/79, p. 248.

y para resolver ciertas dudas, el Tribunal de Comercio de París planteó la cuestión prejudicial al TJCE, que resolvió, entre otras cuestiones, que la jurisdicción de los tribunales no queda afectada por el contenido del artículo 9.3 del Reglamento 17 por la existencia de procedimientos basados en el efecto directo del artículo 85.1 y que, además, una simple carta administrativa no constituye un acto de iniciación del procedimiento a los efectos del mismo artículo.

Como puede observarse, las consideraciones incluidas en esta sentencia respecto de la naturaleza de la carta administrativa enturbian la claridad de la doctrina que había sido establecida en la Sentencia BRT/SABAM-I. En efecto, si los órganos jurisdiccionales nacionales que aplican los artículos 85.1 y 86 a los conflictos entre particulares no pueden ser considerados autoridades nacionales a los efectos del artículo 9.3 del Reglamento 17<sup>25</sup> carece de sentido cualquier consideración sobre si una carta administrativa supone o no la iniciación del procedimiento ante la Comisión. En este caso, en descargo de la sentencia, debe tenerse en cuenta que la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal de Comercio de París planteaba si en el caso concreto debería considerarse que el procedimiento había sido iniciado en el sentido del citado artículo 9.3.

En la Sentencia de 30 de abril de 1986<sup>26</sup> se plantea nuevamente la cuestión de si los órganos jurisdiccionales nacionales están incluidos en el concepto de autoridades nacionales a que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17. Esta cuestión se resuelve acudiendo a la doctrina de la Sentencia BRT/SABAM, pero añadiendo que tampoco tienen la consideración de autoridades nacionales en el sentido del expresado artículo «los órganos jurisdiccionales penales, cuya misión es garantizar la represión de las infracciones a la Ley».

Ahora bien, el reconocimiento del efecto directo de las normas de la competencia no resolvía los problemas de seguridad jurídica por la existencia posible de resoluciones contradictorias. Un planteamiento global sobre los problemas de la aplicación al Derecho comunitario de la competencia se realizó por el TJCE en la Sentencia de 28 de febrero de 1991 (Stergios Delimitis/Heninger Brau)<sup>27</sup>. Se resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht de Frankfurt en el marco de un conflicto sobre la nulidad de un contrato de compra exclusiva de cerveza. En la cuestión prejudicial, entre otros extremos, solicitaba la oportuna opinión acerca de cómo se debía examinar ese contrato conforme a las normas comunitarias de la competencia. Para responder a esa cuestión el TJCE consideró necesario realizar un planteamiento general de carácter procesal relativo a las competencias respectivas de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar las normas de la competencia.

<sup>25</sup> Ver nota 20.

<sup>26</sup> Sentencia Lucas Asjes, Rep. 1986, Asuntos 209 a 213/84, p. 1425.

<sup>27</sup> Rec., 1991-I, As. 234/89, p. 977.

La sentencia analiza sistemáticamente los diferentes supuestos. A tales efectos señala que la Comisión es responsable de la ejecución y de la orientación de la práctica comunitaria de la competencia. Así, le corresponde tomar decisiones individuales según el Reglamento 17 y adoptar Reglamentos de exención.

Sin embargo, la Comisión no tiene competencia exclusiva para aplicar los artículos 85.1 y 86 del Tratado y las disposiciones de los Reglamentos de exención, ya que comparte competencias con los órganos jurisdiccionales nacionales.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar los Reglamentos de exención no permite que los órganos jurisdiccionales nacionales extiendan el ámbito de aplicación de esos Reglamentos a acuerdos que no le son aplicables.

Realizadas las consideraciones previas, se plantea el TJCE la necesidad de establecer determinados criterios de aplicación del artículo 85.1 para evitar resoluciones contradictorias cuando el juez nacional se pronuncie «sobre las pretensiones de la parte del litigio que invoque la nulidad de pleno derecho del contrato».

En primer lugar, si claramente no se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 85 y no existe riesgo de que la Comisión se pronuncie en otro sentido, el juez nacional puede continuar el procedimiento para resolver el contrato controvertido.

En segundo lugar, si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que el acuerdo impugnado cumple los requisitos formales y puede ser objeto de una Decisión de exención, podrá suspender el procedimiento o adoptar medidas cautelares, según lo previsto en el Derecho procesal nacional. De la misma manera, podrá actuar cuando exista el riesgo de resoluciones contradictorias en el marco de la aplicación de los artículos 85.1 y 86.

En este contexto, el TJCE recuerda que el artículo 5 del Tratado impone a la Comisión un deber de cooperación leal con las autoridades judiciales de los Estados miembros, y por tanto, cuando la aplicación correcta de los artículos 85.1 y 86 plantee especiales dificultades, el órgano jurisdiccional puede contactar con la Comisión para que le facilite los criterios económicos y jurídicos oportunos.

Por último, el órgano jurisdiccional puede plantear la cuestión prejudicial conforme al artículo 177 del Tratado.

Como puede observarse, el TJCE tras haber declarado en la Sentencia *Brasserie de Haecht*<sup>28</sup> que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicar normas comunitarias de la competencia cuando «no existan dudas» y haber reafirmado en términos categóricos el efecto directo de los artículos 85.1 y 86 en la Sentencia *BRT/SABAM*<sup>29</sup>, se plantea diversos supuestos de actuación para evitar resoluciones contradictorias entre la Comisión y el órgano jurisdiccional nacional.

<sup>28</sup> Ver nota 18.

<sup>29</sup> Ver nota 19.

El TPI se planteó la cuestión en la Sentencia de 18 de septiembre de 1992 (Automec)<sup>30</sup>. En esa sentencia se resolvía un recurso de anulación interpuesto por Automec, sociedad italiana dedicada a la distribución de automóviles, que había denunciado ante la Comisión el sistema de distribución de los automóviles BMW, siendo desestimada su pretensión.

El recurrente consideró en su recurso que la Comisión había renunciado a ejercer sus competencias en beneficio de los órganos jurisdiccionales nacionales al remitirle a que fueran los tribunales italianos los que resolvieran el conflicto planteado.

Al resolver sobre la cuestión el TPI señaló que los artículos 85.1 y 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan derechos que los órganos jurisdiccionales deben proteger. En consecuencia, el juez italiano está en condiciones de analizar si el sistema de distribución denunciado constituye una infracción del artículo 85.1, para examinar a continuación si puede acogerse a una exención por categorías, y en caso de duda puede plantear la cuestión prejudicial al TJCE. Y finaliza su razonamiento señalando que «si bien es cierto que el juez nacional no tiene competencia para ordenar que se ponga fin a la infracción que ha podido comprobar ni para imponer multas a las empresas que la hayan cometido, como puede hacer la Comisión, le corresponde no obstante, aplicar, en las relaciones entre particulares, el apartado 2 del artículo 85 del Tratado. Al prever expresamente esta sanción civil el Tratado pretende que el Derecho nacional dé al juez la facultad de proteger los acuerdos de las empresas víctimas de prácticas contrarias a la competencia».

Como resumen de la doctrina contenida en las anteriores sentencias se puede señalar que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden aplicar los artículos 85.1 y 86 del Tratado y los Reglamentos de exención por categorías. Dicha aplicación podría ser realizada sin limitaciones cuando la Comisión no haya conocido del asunto. Cuando la Comisión se haya pronunciado, en aras de la seguridad jurídica será preciso atenerse a su pronunciamiento. Por último, cuando la Comisión ha iniciado un procedimiento no se paraliza la tramitación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien en aras de la seguridad jurídica cabe plantear la consulta a la Comisión. En todo caso, siempre cabe el planteamiento de la cuestión prejudicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Tratado<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> *Rec.*, 1992-II, Asunto T24/90, p. 2250.

<sup>31</sup> M. WAELBROECK, «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las Jurisdicciones de los Estados miembros», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. LIÑÁN, Civitas, 1993, pp. 867-874, ha realizado un detallado análisis de los distintos supuestos que pueden plantearse. A tales efectos distingue entre los casos en los que la Comisión ya se ha pronunciado y los supuestos en los que no lo ha hecho. En el primer supuesto considera que cuando la Comisión ha dictado una decisión de exención o bien una decisión adversa, el juez nacional debe acatar esas decisiones, si bien puede instar su replanteamiento por la vía de la cuestión prejudicial. Por el contrario, una declaración

b) *La comunicación de la Comisión Europea de 13 de febrero de 1993*

Ante la elaboración de tales criterios jurisprudenciales la Comisión se consideró obligada a aprobar, en febrero de 1993, una «comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE»<sup>32</sup>, que sin establecer criterios nuevos viene a sistematizar los principios anteriormente establecidos por la jurisprudencia del TJCE.

Considera la comunicación de la Comisión que la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales tienen competencia concurrente para la aplicación del artículo 85.1 y 86 del Tratado, si bien las competencias de ambos difieren en cuanto a la finalidad, el contenido y su forma de ejercicio.

La finalidad de la intervención de la Comisión es la defensa del interés público, mientras que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas.

Las competencias de la Comisión derivan de lo dispuesto en el artículo 89 del Tratado, mientras que las de los órganos jurisdiccionales se derivan del efecto directo de las normas comunitarias de competencia.

Finalmente, en cuanto al modo del ejercicio de la competencia, se señala que mientras la Comisión la ejerce conforme a las normas del Reglamento 17, los órganos jurisdiccionales ejercen sus competencias conforme a las reglas procesales nacionales.

En la comunicación se señalan cuatro ventajas de la aplicación del Derecho comunitario por parte de los jueces y tribunales de los Estados miembros: en primer lugar, pueden conceder indemnizaciones; en segundo lugar, pueden adoptar medidas provisionales y conseguir con mayor rapidez que se ponga fin a la infracción; en tercer lugar, se puede combinar la aplicación del Derecho nacional con el Derecho comunitario de la competencia, y, finalmente, se puede imponer la condena en costas. Es cierto que algunas de las ventajas enumeradas por la Comisión son comunes, al menos en el caso español, para la aplicación del Derecho de la competencia tanto por los órganos jurisdiccionales como por autoridades administrativas. En efecto, en España el TDC puede aplicar tanto las normas comunitarias como las nacionales, y también puede adoptar

---

negativa de la Comisión no vincula a las instituciones nacionales. En los supuestos en los que la Comisión aún no se ha pronunciado se distinguen entre los acuerdos antiguos (es decir, los anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 17 y, en la medida en que sean similares a éstos, los anteriores a la adhesión de los respectivos países) que son considerados como “provisionalmente válidos” y los acuerdos nuevos. En estos supuestos para evitar resoluciones contradictorias deberá permitirse la consulta a la Comisión.

<sup>32</sup> Citada en la nota 5.

medidas cautelares. Existen, por el contrario, otras ventajas específicas de la aplicación judicial. Entre ellas merece destacarse que una autoridad judicial puede declarar la nulidad de un acuerdo colusorio, extremo que tiene una especial trascendencia cuando se solicita el cumplimiento de un acuerdo que vulnera el artículo 85.1. A dicha solicitud se puede oponer, por vía de excepción o por vía reconvenzional, la nulidad de un acuerdo.

En cuanto a la enumeración de los criterios para la aplicación de los artículos 85 y 86, la Comisión se limita a sistematizar los elaborados por la jurisprudencia, pero es sumamente cuidadosa en relación con el respeto a la independencia de los órganos jurisdiccionales y se preocupa de señalar que todos esos criterios son potestativos y no de obligado cumplimiento. Dichos criterios se resumen en los siguientes puntos:

1) Aplicación de los apartados 1 y 2 de los artículos 85 y 86. Antes de investigar si los actos constituyen una infracción de los artículos 85.1 u 86, el juez o tribunal deberá investigar si han sido objeto de una decisión o de cualquier toma de posición por parte de la autoridad administrativa o la Comisión, ya que ese dato, aunque no sea formalmente vinculante, puede ofrecer importantes elementos de juicio. Si no se ha iniciado ningún procedimiento, el órgano jurisdiccional puede remitirse a la jurisprudencia del TJCE y a la práctica de la Comisión en materia de decisiones.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional de que se trate puede paralizar el procedimiento por razones de seguridad jurídica cuando la Comisión haya iniciado un procedimiento o bien cuando desee interrogar a la Comisión. Finalmente, cuando lo estime oportuno, el órgano jurisdiccional podrá plantear la cuestión prejudicial a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado.

2) Aplicación del apartado 3 del artículo 85. En este caso caben diversos supuestos: en primer lugar, si el acuerdo ha sido notificado y goza de una decisión de exención por parte de la Comisión, esa decisión debe ser respetada por los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, si se trata de acuerdos incluidos en una exención por categorías, se considerarán excluidos de la prohibición del artículo 85.1 sin necesidad de una decisión de la Comisión, y, finalmente, en los supuestos en los que no puedan incluirse en una exención por categorías ni hayan sido objeto de una exención individual, el órgano jurisdiccional deberá averiguar si el acuerdo ha sido notificado. Si ha sido notificado evaluará si puede ser autorizado o no, para suspender, en el primer caso, el procedimiento y continuarlo en el segundo. Por el contrario, si el acuerdo no ha sido notificado, queda excluida la exención con arreglo al artículo 85.3

Estos criterios aportan escasa luz a los órganos judiciales españoles en orden a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, dadas las dificultades de incardinar las reglas de cooperación con la Comisión con las reglas procesales españolas. Si existe dificultad para utilizar algunas de las vías contenidas en la Comunicación —como es el caso de solicitar el parecer de la Comisión salvo que uno de los litigantes

lo solicite como medio o prueba, o bien como diligencia para mejor proveer— en otros casos, tales como la suspensión del procedimiento, esa dificultad se convierte en imposibilidad.

c) *La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles*

A la hora de analizar la jurisprudencia española sobre aplicación del derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales deben realizarse una serie de consideraciones previas.

En primer lugar, debe analizarse conjuntamente el supuesto de aplicación de las normas comunitarias y la de las normas nacionales. El hecho de que no existan razones para que se aplique una solución diferente en cuanto a la aplicación de unas normas u otras permite analizar conjuntamente ambos supuestos. Se puede afirmar que si los órganos judiciales españoles pueden aplicar las normas comunitarias de la competencia en virtud del efecto directo de los preceptos que los regulan, también podrían aplicar las normas nacionales, pues una opinión contraria conduciría al absurdo de que no se puedan aplicar conjuntamente ambas normas y desaparecería una de las ventajas de la aplicación de las normas de la competencia por las jurisdicciones nacionales que se señalan en la Comunicación de la Comisión.

En segundo lugar, debe aclararse que la cuestión se limita a la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil en procesos en los que se pretende la indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas o la nulidad de acuerdos contrarios a las normas concurrenciales<sup>33</sup>. Es obvio que la aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa es el resultado de la potestad revisora de los actos de las autoridades de la competencia que corresponde a esa jurisdicción.

Hasta el momento la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la posibilidad de que la jurisdicción civil aplique la normativa de la competencia y en ambas ocasiones su criterio ha resultado contrario a esa posibilidad.

En el supuesto que dio lugar a la Sentencia de 18 de mayo de 1985<sup>34</sup> el demandante solicitó la nulidad de un contrato por ser contrario a los artículos 1 (prohibición de ententes colusorias) y 2 (abuso de posición dominante) de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la pretensión y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación, admitiendo los argumentos de la Audiencia, según los cuales para determinar

<sup>33</sup> Excepcionalmente podría hablarse de la aplicación por otras jurisdicciones, tales como la penal (así se plantea en la Sentencia del TJCE en el asunto *Lucas Asjes*, citada en la nota 26) o laboral.

<sup>34</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1985, ref. 2397.

la infracción de los preceptos de dicha Ley hay que acudir al procedimiento en ella establecido.

La Sentencia de la misma Sala de 30 de diciembre de 1993<sup>35</sup>, que ha sido objeto de diversos comentarios<sup>36</sup> y a cuya doctrina se acude con frecuencia por el TDC<sup>37</sup>, analizó con mayor profundidad la cuestión relativa a la aplicación de las normas de la competencia por la jurisdicción civil.

Un total de 210 armadores de buques de pesca formularon demanda ante un Juzgado de Primera Instancia de Madrid frente a CAMPSA en solicitud de que se condenara a ésta a cesar en las prácticas abusivas de su posición dominante consistentes en practicar precios discriminatorios por razón de la nacionalidad en el suministro de carburante a los barcos de pesca y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios. Por la representación de la demandada se formuló excepción previa de falta de jurisdicción del Juzgado por razón de la materia, que se resolvió por medio de un auto por el que se declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada. Contra este auto se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia.

Contra la resolución de la Audiencia interpusieron los demandantes el oportuno recurso de casación, que fue desestimado por la Sentencia de 30 de diciembre de 1993. Los argumentos de la sentencia relacionados con la aplicación de las normas de la competencia por la jurisdicción civil se contienen en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero.

Los razonamientos referidos al Derecho comunitario se contienen en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia comentada. El Tribunal Supremo realiza una serie de consideraciones siguiendo por completo la jurisprudencia del TJCE en la Sentencia BRT/SABAM<sup>38</sup>, tal vez

<sup>35</sup> Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1993, ref. 9902.

<sup>36</sup> Ver S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español (STS de 30 de diciembre de 1993)», I, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-94, mayo de 1994, pp. 1-3, y II, Boletín-95, junio 1994, pp. 1-3); «La aplicación del Derecho de la los tribunales ordinarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-97, septiembre 1994, pp. 1-3; «La aplicabilidad directa del Derecho de la competencia comunitario y nacional por los tribunales ordinarios españoles (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas Jurídicas actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1993», en *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de la competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 233-236. A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999, pp. 57-59.

<sup>37</sup> Ver por ejemplo las Resoluciones de 5 junio de 1997 (F12: Arquitectos Madrid, Resoluciones TDC 1997, p. 358), 24 de julio de 1997 (F14: Aparejadores Cádiz, Resoluciones TDC 1997, p. 473); 13 de julio de 1998 (F11.2: Cajas Rurales, Resoluciones TDC 1998, p. 341) y 28 de julio de 1998 (F1.5: Expertos inmobiliarios-2, Resoluciones TDC 1998, p. 397).

<sup>38</sup> Sentencia de 30 de enero de 1974, citada en nota 19.

innecesarias, y referidas a la interpretación del Reglamento 17, y a las competencias de la Comisión y las autoridades nacionales encargadas de la competencia. En ese orden de cosas la sentencia comentada expresa que la competencia para aplicar el artículo 86 “a título principal” corresponde a la Comisión o a las autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia si la Comisión no ha iniciado un procedimiento. Estas autoridades podrán ser administrativas o jurisdiccionales, según se haya establecido en las legislaciones nacionales. En el caso español las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 son el Servicio y el TDC. Nada se puede objetar a este razonamiento, que sigue fielmente la jurisprudencia del TJCE.

A continuación se realiza una manifestación que frecuentemente ha sido mal interpretada. Considera la sentencia comentada que son las autoridades nacionales, incluyendo en ellas a los órganos administrativos (SDC y TDC) y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa encargados de revisar sus resoluciones, quienes tienen la competencia para aplicar el artículo 85.1 y 86 “a título principal”, pero reconoce que los restantes órganos jurisdiccionales pueden aplicar tales preceptos «a título incidental». La afirmación en la que se basa el fallo de la sentencia es que los demandantes piden que un órgano jurisdiccional civil aplique “a título principal” el artículo 86.

Para aclarar estos extremos será preciso separar los argumentos relativos a la concepción de los conceptos y analizar la argumentación de la sentencia “a título principal” y “a título incidental” y los que se refieren al alcance del pedimento contenido en el suplico del escrito de demanda de los armadores de pesca.

Para determinar qué se entiende por título principal y título incidental<sup>39</sup> es necesario acudir a los argumentos contenidos en la opinión del abogado general Mayras en sus conclusiones en el procedimiento BRT/SABAM<sup>40</sup>.

Según estos argumentos las autoridades de la competencia actúan a título principal cuando proceden contra las empresas que han infringido las normas de la competencia.

Por el contrario, continúa razonando el abogado Mayras, puede haber supuestos en los que los tribunales civiles o mercantiles al dirimir conflictos entre particulares necesiten interpretar las normas de la competencia del Tratado de Roma. En estos supuestos el objeto del proceso no es declarar una infracción, sino determinar las consecuencias de esa infracción: nulidad o finalización del contrato e indemnización de per-

<sup>39</sup> En la versión francesa de la Sentencia BRT/SABAM se utilizan las expresiones «soit à titre principal, soit à titre incident»; en la versión inglesa, «on a direct or an indirect basis».

<sup>40</sup> Como se ha señalado (B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*) estos conceptos coinciden con las opiniones del Profesor Waelbroeck. A. CREUS (*op. cit.*, p. 57) considera que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 «a título incidental» significa que refuerza el argumento a título principal y que el administrado no base su pretensión simplemente en esos artículos.

juicios al perjudicado. Para llegar a esas conclusiones el Tribunal deberá interpretar la norma comunitaria, y puede para ello acudir a la vía de la cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado. En ese sentido, tales tribunales están aplicando incidentalmente el artículo 85 del Tratado, pero no por ello hay que considerar que los órganos jurisdiccionales sean autoridades en el sentido del Reglamento 17.

Es cierto que los conceptos “a título principal o incidental” son novedosos en esta sentencia dentro de la terminología jurídica española en el sentido en el que se utilizan, pero habida cuenta las aclaraciones efectuadas y la fuente de la que trae causa, se ha de concluir que los razonamientos del Tribunal Supremo —que demuestran un elevado conocimiento de la jurisprudencia comunitaria, en particular de la Sentencia BRT/SABAM—, son plenamente conformes con la jurisprudencia del TJCE.

La segunda observación se refiere a la consideración de la primera de las peticiones de la demanda como una solicitud de aplicación a título principal del artículo 86. A tales efectos es preciso tener en cuenta que la primera de las peticiones incluidas en el escrito de demanda de los armadores de buques contiene la solicitud de que se condene a CAMPSA «a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a los armadores españoles de buques pesqueros por razón de su nacionalidad».

Para analizar este extremo hay que considerar que la legislación *anti-trust* que se encontraba vigente en el momento de iniciarse el procedimiento al que puso fin la Sentencia del Tribunal Supremo era la Ley de 1963, por lo que es preciso recordar que en su artículo 15.1.a) se establecía que el Tribunal Supremo, al dictar resolución por la que se declarara la existencia de prácticas prohibidas debería dirigir una intimación de cese a los autores de las prácticas.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, es preciso coincidir con el Tribunal Supremo que los demandantes han solicitado a un juzgado civil, y en un procedimiento de esa índole, que se realice una declaración que está reservada a una autoridad de la competencia o, por decirlo de otra manera, está pidiendo una aplicación de la ley concurrencial “a título principal”. Nada se puede objetar hasta el momento a los razonamientos del Tribunal Supremo.

En cuanto a los argumentos referidos al Derecho español, están contenidos en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia comentada. La sentencia separa los argumentos referidos al primero de los apartados del *petitum* de la demanda —acción de cesación— de los restantes —acciones de resarcimiento de daños y perjuicios.

En cuanto al primero de estos apartados, el Tribunal Supremo realiza un conjunto de consideraciones que pueden resumirse de la siguiente manera: en primer lugar, la Ley ha encomendado la legislación de defensa de la competencia a órganos administrativos; en segundo lugar, existe

una separación entre Administración y Justicia en virtud de la cual la segunda no puede entrar a sustituir a la primera más que por la vía de la revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por último, las intimaciones a cesar en la conducta analizada son competencia del TDC a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.1.a) de la Ley de 1963.

En cuanto respecta a las pretensiones que se contenían en los apartados 2 y 3 del suplico del escrito de demanda, en las que se solicitaba que se condenara a CAMPSA a indemnizar por la diferencia de precio del carburante y por el lucro cesante, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 6 de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la competencia establecía que el conocimiento de las acciones de indemnización de perjuicios corresponde a los Tribunales, pero el ejercicio de tales acciones precisa que vaya precedido por una resolución firme del TDC.

Esta sentencia ha sido en algunos casos criticada en relación con los argumentos contenidos en el segundo de sus fundamentos jurídicos, aunque elogiada en los del tercero de ellos<sup>41</sup>, y ha sido interpretada en el sentido de considerar que se inclina por la necesidad de una declaración previa del TDC para que los Tribunales se pronuncien incluso para declarar la nulidad de los acuerdos colusorios<sup>42</sup>. También se admite que la sentencia viene a aceptar la tesis jurisprudencial del TJCE<sup>43</sup> según la cual la aplicación directa no significa que un órgano jurisdiccional tenga competencias que no le corresponden según el Derecho interno<sup>44</sup> e incluso que supone un inconveniente para el reconocimiento y aplicación del

<sup>41</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo... II», citado, p. 2.

<sup>42</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios», citado, p. 2, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la competencia*, Marcial Pons 1998, p. 491.

<sup>43</sup> B. FERNÁNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, y S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo. I», *op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> Constituye una reiterada jurisprudencia del TJCE la afirmación de que las modalidades de aplicación del Derecho comunitario constituye una cuestión de Derecho interno. En la Sentencia de 16 de octubre de 1976 (*Rewe-Zentralfinanz/LandWirtschaftskaner*) (*Rec.*, 1976, As. 33/76, p. 989) se resolvió una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán competente en materia administrativa acerca de la cuestión de si el particular que ha pagado unas sumas indebidas en virtud de un acto de la Administración contrario a la norma común tiene derecho a la retribución de esas sumas aun cuando hayan vencido los plazos establecidos en la legislación nacional. El TJCE aclaró que, en ausencia de norma comunitaria, corresponde al orden jurídico interno de cada Estado establecer los órganos jurisdiccionales y las normas procesales encargadas de asegurar la salvaguarda de los derechos que tienen los justiciables como consecuencia del efecto directo del Derecho comunitario. En consecuencia, los derechos concedidos por la legislación comunitaria deben ser ejercitados ante las jurisdicciones nacionales según las modalidades del Derecho interno.

Una cuestión similar fue planteada por el Tribunal de Trento en un proceso planteado para el reembolso de determinadas cantidades pagadas individualmente como consecuencia de unas tasas de inspección sanitaria de leche importada a Italia desde otros Estados miembros. El Tribunal de Trento planteó la cuestión prejudicial sobre las modalidades de reembolso, y el TJCE, en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (*Administración de Finanzas del Estado italiano/San Giorgio*, *Rec.*, 1983, As. 199/82, p. 3595) resolvió la cuestión en el sentido de la jurisprudencia anterior referida a que el reembolso basado en normas de Derecho comunitario debe ser realizado conforme a las condiciones establecidas en la legislación interna, siempre que tales condiciones no sean menos favorables que las que corresponden al Derecho interno.

efecto directo del artículo 86<sup>45</sup>. Ahora bien, una interpretación del conjunto de la fundamentación jurídica lleva a la conclusión de que, salvo que la Ley disponga otra cosa (como ocurre con la acción de indemnización de perjuicios) un Juez civil puede aplicar las normas de la competencia "a título incidental" sin necesidad de un previo pronunciamiento del TDC. Al fin y al cabo la sentencia analiza las pretensiones de los armadores demandantes y considera que una de ellas —la cesación de las prácticas abusivas— constituye la petición de una aplicación de las normas de la competencia a título principal y otras —la reclamación de perjuicios— que implican la aplicación a título incidental precisa de la previa declaración del TDC por así exigirlo la Ley española. De ahí se deduce que caben supuestos —por ejemplo, la declaración de nulidad— en los que es posible la aplicación a título incidental de las normas de la competencia sin necesidad del previo pronunciamiento del TDC.

Las sentencias de otros órganos jurisdiccionales inferiores bien aplican sin problema los preceptos de las normas de la competencia<sup>46</sup> o bien siguen la línea argumental según la cual no es posible aplicar las normas de la competencia sin un previo pronunciamiento del TDC. Entre estas últimas se puede destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de febrero de 1994. En un procedimiento que versaba sobre un contrato de instalación de máquinas recreativas en exclusiva en un establecimiento de hostelería se alegó por el demandado su nulidad por contener cláusulas contrarias al artículo 1.1.a), c) y e) de la LCD. El Tribunal desestimó la pretensión de la nulidad porque el demandado «no ha acudido al procedimiento previsto en la Ley para denunciar lo que a su juicio supone una ilícita limitación de la competencia y obtener su declaración de nulidad, que permita el ejercicio de la acción de resarcimiento en vía civil (art. 13.2 de la Ley) si se considera perjudicado a causa del mencionado pacto». Parece desprenderse de esta sentencia que la Audiencia considera que la declaración de la nulidad de un contrato por ser contrario al artículo 1.1 LCD corresponde al TDC, lo cual constituye un sinsentido. Así estaba previsto en la Ley de 1963, por el carácter en cierta medida jurisdiccional que se le daba al Tribunal de Defensa de

---

<sup>45</sup> J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 235. A. CREUS (*op. cit.*, p. 58) llega a considerar la posibilidad que la sentencia vulnera el artículo 5 TCEE al hacer caso omiso de la aplicabilidad directa de los artículos 85 y 86.

<sup>46</sup> J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 236-238) ha realizado un minucioso análisis de la jurisprudencia menor sobre la aplicación judicial del Derecho de la competencia en la que se observa una tendencia a no exigir el previo pronunciamiento del TDC para aplicar las normas de la competencia. A tales efectos cita la Sentencia de 25 de abril de 1989 de la Audiencia Provincial de Burgos en la que se considera que no existía infracción de los artículos 85 y siguientes del Tratado, pero no exigió pronunciamiento previo del TDC; la Sentencia de 29 de noviembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Badajoz, en la que se aplica el artículo 86 del Tratado; la Sentencia de 11 de enero de 1993 de la Audiencia Provincial de Gerona, que se pronuncia sobre una práctica sobre la que con anterioridad había recaído resolución del TDC, y, finalmente, la Sentencia de 4 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña, en que en un recurso interpuesto contra un acto administrativo de un colegio profesional se analiza si se ha producido infracción de las normas de la competencia, para llegar a una respuesta negativa, pero sin exigir el previo pronunciamiento del TDC.

la Competencia. Pero en la Ley de 1989 el artículo 1.2 se limita a indicar que los acuerdos, decisiones y prácticas prohibidas por el artículo 1.1 son nulos, siguiendo también en eso el modelo del artículo 85.2 del Tratado de Roma, pero guardando un prudente silencio en cuanto a quién corresponde declarar esa nulidad.

En el mismo sentido se puede incluir la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante, de 28 de abril de 1997. En este procedimiento se solicitaba, entre otros extremos, la nulidad de un contrato de abastecimiento en exclusiva de gasolina por considerar que la declaración de que una práctica contraria a la LCD corresponde al TDC, que no solamente puede imponer multas sino también la cesación de determinadas prácticas<sup>47</sup>. Esta sentencia ha sido confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de marzo de 1999, en la que se asume una posición ecléctica. Tras afirmar que todo ello se realiza con independencia de a quién corresponda la declaración de nulidad del contrato de compra exclusiva, se dedica a analizar las cláusulas del contrato impugnado para afirmar que las cláusulas cuya nulidad se insta son compatibles con lo dispuesto en el Reglamento 1984/83<sup>48</sup>. De ello se deduce que el Tribunal, aun sin afirmarlo expresamente y sin pronunciarse sobre la cuestión controvertida, está aplicando las normas comunitarias de la competencia.

#### d) Conclusiones y propuestas

Como resumen de todos los criterios anteriormente expuestos pueden obtenerse algunas conclusiones, a la vez que se pueden obtener algunos criterios que ayuden a ofrecer algunas propuestas que puedan servir de pauta para resolver el complejo problema de la aplicación por los órganos

<sup>47</sup> En el segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia comentada *in fine* se señala: «El interesado (solicita) con carácter subsidiario la nulidad de pleno derecho de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento de industria de 1989 titulada "exclusiva de abastecimiento" por constituir una conducta prohibida conforme a la LCD. Tal pretensión no puede prosperar por cuanto es competencia del TDC, cuyas resoluciones son recurribles en vía contencioso-administrativa, la declaración de la existencia de prácticas prohibidas, consecuencia de la cual y contrariamente a la que expone en el fundamento VIII de su demanda, el Tribunal puede acordar no sólo la imposición de multas, sino también la cesación de prácticas prohibidas, la imposición de condiciones y obligaciones determinadas y la remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público» (art. 46 Ley).

<sup>48</sup> En el FD 2 de esta Sentencia se afirma: «A juicio de la parte apelante, la razón de la nulidad de esa cláusula se encuentra en la vulneración de las normas protectoras de la libertad de competencia, en especial los originarios artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957.

Con independencia de cuál sea el órgano competente dentro de un Estado miembro para la declaración de la nulidad de una cláusula de exclusiva de abastecimiento (el TDC o los órganos jurisdiccionales del orden civil) lo bien cierto es que en la cláusula sexta, cuya nulidad se interesa por la parte apelante, es perfectamente compatible con lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12.2 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.»

jurisdiccionales españoles de las normas de la competencia, tanto nacionales como comunitarias.

La primera conclusión consiste en afirmar que no se pueden establecer diferencias en cuanto a la aplicación de las normas comunitarias y nacionales. Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para aplicar ambas normas. No sería concebible la afirmación según la cual serían competentes para aplicar las normas comunitarias como consecuencia del efecto directo de tales normas, y, que, por el contrario, no lo serían para aplicar las normas nacionales. En este apartado es aplicable la jurisprudencia del TJCE según la cual, si bien el Tratado ha creado ciertas acciones susceptibles de ser ejercitadas directamente por los particulares ante los Tribunales de Justicia, no ha pretendido crear unas nuevas vías de recurso, por lo que las acciones derivadas del Derecho comunitario se aplicarán por las mismas vías que las derivadas del Derecho nacional<sup>49</sup>. La aplicación de esta doctrina se traduce en este supuesto concreto en el hecho de que ha de darse el mismo tratamiento a la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales españoles, con independencia de que tales normas sean nacionales o comunitarias.

La jurisprudencia del TJCE y la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales ofrecen ciertas pautas para la aplicación del Derecho comunitario a las que es preciso acudir.

Cuando se trate de aplicar las normas a supuestos en los que cuando es evidente que se está enjuiciando una conducta que claramente constituye o bien no constituye una infracción de las normas de la competencia, no hay problema para que los órganos jurisdiccionales<sup>50</sup> puedan dictar su resolución aun cuando para ello precisen averiguar si la Comisión se ha pronunciado o si de la jurisprudencia del TJCE o de las decisiones de la Comisión se pueden obtener elementos interpretativos<sup>51</sup>.

Los problemas pueden surgir cuando el asunto es dudoso. En ese supuesto, según la citada jurisprudencia<sup>52</sup> y la Comunicación de 1993<sup>53</sup>, se puede solicitar la opinión de la Comisión, y siempre cabrá plantear la cuestión prejudicial a tenor de lo previsto en el artículo 177 del Tratado.

La solicitud de información a la Comisión ha de realizarse, como resulta obvio, de conformidad con las normas procesales nacionales. De acuerdo con las normas procesales civiles españolas, si se trata de obtener una información deberá ser solicitada como prueba documental. Por el contrario, si se trata de pedir la opinión de la Comisión, esta solicitud tendrá la consideración de una prueba pericial, en su modalidad de infor-

<sup>49</sup> Sentencias de Rewe-Zentralfinanz /LandWirtschaftskaner y San Giorgio citadas en la nota 44.

<sup>50</sup> Sentencia Delimitis citada (ver nota 27), parágrafo 50.

<sup>51</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, párrafos 20-22.

<sup>52</sup> Sentencia Delimitis, párrafos 53 y 54.

<sup>53</sup> Párrafo 22.

me de Corporaciones, regulada en el artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por esa vía podrá solicitarse el criterio de la Comisión o el del TDC. En cualquier caso, ya se han puesto de manifiesto las dificultades para solicitar estas informaciones y opiniones, pues deberán hacerse a petición de parte o, excepcionalmente, como diligencia para mejor proveer<sup>54</sup>.

Ahora bien, existe una diferencia entre la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de la competencia, ya que cuando se trate de la aplicación de las segundas, cabe la posibilidad de formular la cuestión prejudicial al TJCE, mientras que no existe una vía paralela a la que se pueda acudir cuando se trata de la aplicación de las normas nacionales de la competencia<sup>55</sup>.

Como se ha señalado con anterioridad, la mayor parte de estas fórmulas tienen como finalidad conseguir una mayor seguridad jurídica evitando resoluciones contradictorias entre órganos administrativos y judiciales. En este orden de cosas es preciso realizar una serie de puntualizaciones.

El problema que preocupa cuando se trata de analizar los supuestos relativos a la aplicación judicial del Derecho de la competencia consiste en asegurar la seguridad jurídica que podría verse afectada si se producen resoluciones contradictorias entre los órganos administrativos (TDC y Comisión europea) y los jurisdiccionales. Vaya por delante la afirmación previa de que este problema se ha magnificado considerablemente.

Son varias las soluciones que pueden arbitrarse. Para evitar resoluciones contradictorias por los órganos jurisdiccionales y administrativos puede aplicarse una fórmula sencilla consistente en solicitar un pronunciamiento firme por parte de la autoridad administrativa antes de que un juez o tribunal civil pueda aplicar al supuesto concreto las normas de la competencia (nacionales o comunitarias). De acuerdo con esta solu-

<sup>54</sup> A. CREUS (*op. cit.*, p. 61) comenta las consultas realizadas a la Comisión por los órganos jurisdiccionales españoles, las cuales se recogen en la publicación *Competition Policy Newsletter*. Se trata de dos consultas realizadas por sendos Juzgados de 1.ª Instancia de Madrid, otra por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, finalmente, la realizada por el Tribunal Arbitral de Barcelona.

<sup>55</sup> Con ocasión de la celebración de las X Jornadas de Defensa de la Competencia del TDC, celebradas en Barcelona en mayo de 1997, se formularon algunos comentarios sobre las vías que pueden existir en el Derecho español para asegurar una aplicación uniforme de las normas nacionales de la competencia. En ese orden de cosas se puso de manifiesto un uso reciente, en procedimientos civiles, consistente en solicitar como prueba pericial el informe del TDC. Según informaciones allí transmitidas, en algunos casos se emitieron esos informes, si bien con posterioridad se ha adoptado el criterio de declarar que el Tribunal no podía manifestar tal criterio, ya que, dada la índole de la cuestión debatida y la posibilidad de que con posterioridad hubiera de pronunciarse sobre si tales conductas suponen la infracción de las normas de la competencia, resultaría que ya se habría prejuzgado la cuestión. En el seno de las mismas Jornadas se realizó una propuesta en el sentido de modificar la Ley para crear una cuestión prejudicial administrativa, según la cual los órganos jurisdiccionales cuando tengan que aplicar las normas nacionales de la competencia puedan formular una cuestión prejudicial al TDC (S. MARTÍNEZ LAGE, «¿Nueva reforma de la Ley de Defensa de la Competencia?», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-122, abril 1997, p. 3).

ción, los órganos jurisdiccionales aplican las normas de la competencia simplemente obteniendo consecuencias de una declaración previa de una autoridad administrativa. El problema de esta solución, que en cualquier caso implica una interminable duración del procedimiento, consiste en que solamente es admisible si la Ley la ha previsto expresamente. Tal ocurre, por ejemplo, con la acción de reparación de daños e indemnización de perjuicios prevista en el artículo 13.2 de la LCD. Ahora bien, cuando la Ley no lo haya previsto expresamente resulta difícilmente sostenible que un juez no pueda aplicar determinados preceptos hasta que no se haya producido un pronunciamiento previo de un órgano administrativo. Es cierto que en ese supuesto pueden, hipotéticamente, producirse resoluciones contradictorias, pero habida cuenta que las resoluciones de los órganos administrativos son siempre recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre existirá una unificación de criterios realizada por órganos jurisdiccionales, aunque sean de índole distinta, que los afectados por una y otra resolución se preocuparán de obtener.

En el supuesto de que el conocimiento del asunto se esté efectuando por la Comisión Europea y un juez o tribunal español, no cabe esa relativa unificación de los órganos jurisdiccionales españoles. En ese supuesto entran en juego las previsiones contenidas en la comunicación de la Comisión de 1993<sup>56</sup> varias veces citada. La comunicación prevé en esos supuestos que cuando la Comisión esté conociendo de un asunto el órgano jurisdiccional pueda aplazar su resolución hasta que la Comisión se pronuncie, o bien solicitar el parecer de la Comisión «por motivos de seguridad jurídica». En el Derecho español, como se ha manifestado, esa consulta se puede realizar por vía de una prueba consistente en la solicitud de un informe de Corporaciones, realizada bien a instancia de parte —no debe olvidarse que estamos hablando de procesos civiles— o bien de oficio como diligencia para mejor proveer, pero no existe previsión alguna que permita la suspensión del procedimiento hasta que se pronuncie la Comisión. Esa paralización es posible cuando se trata de la aplicación de las normas comunitarias por parte de las autoridades a las que se refiere el artículo 9.3 del Reglamento 17/62, es decir en el caso español el SDC y TDC, como lo prevé el artículo 44.1 de la LCD. Pero no existe ninguna previsión acerca de una paralización del procedimiento seguido ante órganos jurisdiccionales y, por tanto, no será posible esa paralización.

En todo caso, siempre cabrá el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE, que puede garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la competencia tanto por la Comisión como por los órganos jurisdiccionales.

Planteada la cuestión en estos términos, es preciso analizar cuál es la respuesta a los diferentes supuestos de aplicación de las normas con-

<sup>56</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, citada en la nota 5.

cretas de la competencia por parte de los jueces y tribunales españoles. Para dar una respuesta a los diferentes supuestos que pueden plantearse será necesario acudir a la jurisprudencia del TJCE y a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 anteriormente citada. De esta doctrina se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los órganos jurisdiccionales españoles cuando dilucidan cuestiones civiles entre particulares no son autoridades a los efectos señalados en el artículo 9.3 del Reglamento 17/62, pero pueden aplicar el Derecho comunitario de la competencia en virtud del efecto directo de las normas contenidas en los artículos 85 y 86. Asimismo podrán aplicar las normas nacionales de la competencia.

En segundo lugar, la aplicación de estos preceptos por los órganos jurisdiccionales podrá realizarse en conflictos ante la jurisdicción civil a título incidental; es decir, no persiguiendo las conductas prohibidas sino obteniendo consecuencias de la prohibición para las relaciones entre particulares.

Por último, la aplicación de las normas de la competencia sólo precisará el previo pronunciamiento del TDC cuando así lo exija expresamente una norma.

Estos principios pueden tener su traducción en diferentes supuestos que será necesario analizar por separado, estableciendo diferencias entre los de las ententes colusorias de las conductas abusivas de una posición dominante<sup>57</sup>.

En el supuesto de una entente colusoria, el primer interés de los afectados consistirá en obtener la declaración de nulidad, sea por la vía de formular una acción o por la vía reconventional cuando se solicite el cumplimiento de un acuerdo colusorio, e incluso por vía de excepción en este último supuesto. La cuestión consiste en determinar si un juez a quien se le dirija una declaración de nulidad de un acuerdo colusorio puede pronunciarse sin necesidad de un pronunciamiento firme del TDC. La respuesta ha de resultar afirmativa.

El artículo 1.2 LCD se limita a establecer que son nulos los acuerdos, decisiones y prácticas tipificados en el artículo 1 de la misma Ley, sin establecer quién ha de reconocer la existencia de esa nulidad. La nulidad de esos contratos corresponde declararla a los tribunales competentes en el orden civil. No se precisa un previo pronunciamiento de la Comisión, tal y como se establece en la Comunicación relativa a la cooperación con los órganos jurisdiccionales<sup>58</sup>. Por otra parte, la necesidad de pronunciamiento previo no está prevista en la LCD. En apoyo de esta tesis

<sup>57</sup> La cuestión relativa a la aplicación del artículo 7 LDC presenta una problemática diferente, ya que en ese supuesto no cabe ninguna duda que se pueden aplicar las acciones derivadas de la LDC y al tiempo se puede perseguir una conducta desleal que afecte al interés público por la vía del artículo 7 LDC.

<sup>58</sup> Parágrafos 21, 22 y 23.

es necesario recordar que el artículo 1 del Reglamento 17 se establece que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el artículo 85.1 y las conductas abusivas quedarán prohibidas «sin que sea necesaria una decisión previa a tal fin»<sup>59</sup>.

Declarar la nulidad de una entente colusoria supondrá la aplicación a título incidental de las normas de la competencia por seguir la terminología utilizada por el abogado general Mayras en la Sentencia BRT/SABAM-I<sup>60</sup>, que ha sido admitida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de diciembre de 1993. Por tanto, no sólo hay que señalar que puede realizarse esa declaración por un órgano jurisdiccional, sino que no precisa de declaración previa por parte de un órgano administrativo de que la conducta constituya una infracción

A favor de esta interpretación hay que aducir que la mayor parte de los supuestos en los que el TJCE se ha planteado la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales lo ha hecho en procedimientos en los que no se había producido la declaración previa de la Comisión ni de las autoridades nacionales<sup>61</sup>.

Por otra parte, si esta afirmación tiene su importancia cuando se ejercite la acción de nulidad en una demanda, cobra especial trascendencia cuando la prohibición de ententes colusorias se formule por vía de excepción o por vía de reconvención; es decir, alegada por un demandado a quien se le reclama, por ejemplo, el cumplimiento contractual de un acuerdo colusorio. El hecho de que un juez pueda condenar al cumplimiento de un acuerdo colusorio simplemente por el hecho de que no se haya producido un pronunciamiento previo del TDC es algo que debe repugnar a cualquier intérprete<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Las únicas excepciones para esta no necesidad de declaración previa de prohibición se refieren, según el precepto contenido en el artículo 1 del Reglamento 17, a las autorizaciones según el artículo 85.3 (art. 6 del Reglamento 17); las relativas a las ententes anteriores a la entrada en vigor del Reglamento (art. 7) y aquellas que hayan sido objeto de una decisión por parte de las autoridades de los Estados miembros (art. 23).

<sup>60</sup> En su escrito de conclusiones el abogado Mayras señala: «En algunos casos, el objeto de la acción no perseguirá la declaración de una infracción. El Tribunal solamente señalará las consecuencias civiles de esa infracción: nulidad o finalización de un contrato e indemnización de perjuicios a la parte perjudicada.»

<sup>61</sup> Sentencia BRT/SABAM. Ver las Sentencias del TJCE citadas en el apartado III.1.A, «La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios».

<sup>62</sup> El supuesto no constituye un caso de laboratorio, pues se ha planteado en varias ocasiones. En la Resolución de 10 de junio de 1997 del TDC se declaraba la existencia de un cartel entre diferentes desmotadoras de algodón para repartirse el mercado, pero antes de que esa resolución adquiriera firmeza recayeron ciertos laudos arbitrales por los que se condenaba al pago de determinadas cantidades pactadas para quien incumpliera los acuerdos colusorios. En tal supuesto, los Juzgados de 1.ª Instancia 11 y 17 de Sevilla acordaron ejecutar los laudos arbitrales y, por tanto, ejecutar el pago de esas cantidades (ver L. BERENGUER, «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-135, julio/agosto de 1998, p. 11). La tesis de que la declaración de nulidad de un acto por abuso de posición dominante precisa de una declaración conforme a las normas de la legislación en materia de Competencia parece desprenderse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1985 (ver nota 34). Pero esa sentencia no razona adecuadamente esa afirmación, que carece, por consiguiente, de base

Otro supuesto de aplicación por vía incidental consiste en la determinación de daños y perjuicios. En ese supuesto es claro que la competencia, si no triunfa la propuesta incluida en el borrador de reforma de la LCD, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes en el orden civil, si bien para el ejercicio de esa acción será preciso esperar que exista una resolución firme del TDC, pues así se establece en el artículo 13.2 LCD. Se trata de una aplicación incidental de las normas de la competencia, pero la Ley establece expresamente la necesidad de un pronunciamiento.

En cuanto respecta a la aplicación de la prohibición de conductas abusivas de una posición dominante, hay que realizar una serie de consideraciones previas.

Según la primera de ellas, la prohibición de conductas abusivas de una posición dominante constituye una modalidad del concepto de abuso de derecho contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil, por lo que cualquier alegación basada en una conducta abusiva de una posición dominante podrá tener en cuenta esta circunstancia.

En segundo lugar, de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, una acción que pretende la cesación de una conducta abusiva de la posición dominante supone la aplicación de las normas de la competencia a título principal y, por tanto, reservada al TDC.

Con estos datos cabe plantearse en qué supuestos podrán aplicarse ante la jurisdicción civil los preceptos que prohíben las conductas abusivas de una posición dominante. Pueden señalarse los siguientes:

En primer lugar, por vía de excepción frente a cualquier reclamación que pueda ser calificada como abusiva de una posición dominante.

En segundo lugar, por vía de acción, exigiendo que la prestación de quien se encuentra en posición dominante se realice de una determinada forma. Dentro de este apartado se puede encontrar la acción de que se satisfaga la demanda de compra de productos o prestación de servicios [artículo 6.2.c) LCD] o bien aquella otra encaminada a que se apliquen las mismas condiciones comerciales practicadas a otros competidores [artículo 86.c) del Tratado y 6.2.d) LCD]<sup>63</sup>.

---

argumental. Debe recordarse nuevamente que se trata de un supuesto en el que se aplicaba la Ley de 1963.

<sup>63</sup> Si se analiza detalladamente el supuesto de hecho contemplado en la Sentencia del TS de 30 de diciembre de 1993 se podría llegar a la conclusión de que la Sentencia obedece a un mal planteamiento de la primera de las peticiones contenidas en el suplico del escrito de demanda. Analizados los razonamientos, particularmente los referidos a la aplicación de las normas de la competencia a título principal y los derivados de la doctrina de la Sentencia del TJCE BRT/SABAM, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que si el Tribunal Supremo declaró que los tribunales civiles no tenían competencia para conocer la acción ejercitada obedece a que ésta se refería a una cesación de conductas. Ahora bien, en sentido contrario podría presumirse que si se hubiera perseguido el mismo objetivo solicitando que se condenara al suministrador de carburante a que

En tercer lugar, podría pensarse incluso que si se han aplicado precios no equitativos, podrá promoverse una acción de restitución del cobro de lo indebido por quien hubiera sido víctima de esa conducta abusiva, si bien con el problema que acarrea siempre la determinación del precio equitativo<sup>64</sup>.

Por último, los órganos jurisdiccionales de índole civil también podrían aplicar los preceptos que prohíben el abuso de posición dominante y declarar la nulidad de cualquier contrato que pueda ser considerado como abusivo. Un claro ejemplo de este supuesto lo constituyen los contratos anudados de acuerdo con lo previsto en el artículo 86.d) del Tratado y en el artículo 6.2.e) LCD. El hecho de que el artículo 6 LCD no incluya un precepto en el que se declare la nulidad de los actos de abuso, similar a la declaración del artículo 1.2 para los supuestos de ententes colusorias, no debe constituir un obstáculo para que se pueda instar esa nulidad. A falta de disposición expresa, el artículo 6.3 del Código Civil puede ser aplicado cuando establece que los actos contrarios a las normas prohibidas son nulos de pleno derecho<sup>65</sup>.

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por conductas abusivas habrá que remitirse a cuanto anteriormente se ha manifestado en relación con los supuestos de conductas colusorias. También en el supuesto de prácticas abusivas el artículo 13.2 LCD impide que se reclamen los perjuicios causados hasta que haya una resolución del TDC que haya adquirido firmeza.

Este panorama, no obstante, debe ser aclarado mediante la adopción de algunas modificaciones legislativas, las cuales deberán posibilitar la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales<sup>66</sup> cuando se posibilita la aplicación judicial de las normas de la competencia se abre el control del Derecho de la competencia a la iniciativa privada si procede una privatización parcial de este Derecho.

La primera reforma que se propugna consiste en la derogación pura y simple del artículo 13.2 LCD. Con ello se permitiría que los jueces puedan resolver sobre reclamaciones de perjuicios sin necesidad de pronunciamiento previo del TDC. La reforma proyectada, consistente en la fijación de la cuantía de la indemnización por el TDC supone un avance, necesario pero probablemente insuficiente, ya que si no se abona voluntariamente

---

en el futuro practicara unos precios no discriminatorios, el resultado de la pretensión podría haber sido diferente, porque en ese supuesto podría haberse interpretado que se solicitaba la aplicación del artículo 86 TCEE no a título principal sino a título incidental.

<sup>64</sup> A. BERCOVITZ, «Normas de la competencia del Tratado de la CEE», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, t. II, Civitas, 1986, p. 429.

<sup>65</sup> J. M. BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 267-268. A. BERCOVITZ (*op. cit.*, p. 40) opina que la nulidad se aplica únicamente a los acuerdos y decisiones, no a las prácticas concertadas ni a las abusivas, dado que se trata de comportamientos de hecho y la nulidad sólo se aplica a los actos jurídicos.

<sup>66</sup> Como señala acertadamente A. CREUS (*op. cit.*, p. 64).

será necesario instar su procedimiento. En estos términos, y para que el principio de seguridad jurídica no quede afectado, será preciso prever en las normas procesales la consulta a la Comisión —en los términos previstos en la Comunicación de 1993— o al TDC<sup>67</sup>. En todo caso, deberá aclararse que la respuesta del TDC no prejuzgará la resolución que pudiera recaer en un procedimiento que se abriera por los mismos hechos.

## B. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Tras haber analizado las cuestiones planteadas por la aplicación del Derecho de la competencia por los órganos jurisdiccionales es necesario considerar los supuestos relativos a la aplicación de las normas de la competencia por las autoridades encargadas de la competencia; es decir, por aquellos órganos que aplican el derecho *antitrust* no desde una perspectiva de conflictos entre particulares, sino persiguiendo las conductas prohibidas e imponiendo las sanciones correspondientes. Es necesario recordar que el sistema, tanto comunitario como español, consiste en configurar el Derecho de la competencia dentro del Derecho administrativo sancionador, encargando su aplicación a órganos administrativos.

Ahora bien, como resulta obvio, en este apartado solamente se plantearán las cuestiones relativas a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los órganos administrativos, no realizando ningún planteamiento sobre la aplicación de las normas nacionales de la competencia.

### a) *Planteamiento en Derecho comunitario*

Los artículos 87, 88 y 89 del Tratado de Roma contienen una serie de disposiciones que, en cierta medida, tienen carácter transitorio<sup>68</sup>. Según el primero de estos preceptos, el Consejo debería adoptar, en el plazo de los tres años siguientes a la entrada en vigor del Tratado, los reglamentos o directivas para la aplicación de los artículos 85 y 86. Por su parte, el artículo 88 establece que mientras no se aprobaran los reglamentos o directivas previstas en el artículo anterior, correspondería a las autoridades de los Estados miembros la aplicación de los artículos 85 y 86. Finalmente, el artículo 89 determina que será la Comisión el órgano encargado de velar por la aplicación de los artículos 85 y 86. Como puede observarse, desde el texto del propio Tratado se contienen previsiones que permiten una aplicación concurrente de las normas de la competencia, tanto por órganos comunitarios como por las autoridades nacio-

<sup>67</sup> CREUS, A., *op. cit.*, p. 65.

<sup>68</sup> El carácter transitorio de alguno de estos preceptos ha motivado que los artículos 87.1 y 89.1 hayan sido objeto de la simplificación introducida por el Tratado de Amsterdam (segunda parte, art. 6, núms. 46 y 47).

nales. Puede por ello hablarse de que existe la posibilidad de una aplicación del Derecho de la competencia por órganos comunitarios junto a la posibilidad de una aplicación descentralizada.

### i) *Aplicación por la Comisión europea*

En el plazo establecido en el artículo 87.1 del Tratado el Consejo Europeo aprobó el Reglamento núm. 17, «Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado»<sup>69</sup>, que ha dado origen a otros Reglamentos de la Comisión que completan el procedimiento en materia comunitaria<sup>70</sup>. En el Reglamento núm. 17 se establecen algunas reglas procedimentales, que no un auténtico procedimiento, lo cual ha sido criticado con frecuencia<sup>71</sup>. Estas reglas han precisado de una concreción derivada de su aplicación hasta el punto que hoy puede afirmarse que se han perfeccionado con la práctica de la Comisión y la Jurisprudencia del TJCE.

El artículo 9 del Reglamento 17 establece las reglas competenciales. En el número 1 de este artículo se recoge una norma que atribuye a la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el artículo 85.3, mientras que en los números 2 y 3 del artículo 4 se limita a establecer la competencia de la Comisión para aplicar las disposiciones de los artículos 85.1 y 86 y a declarar que mientras la Comisión no inicie un procedimiento las autoridades de los Estados miembros podrán aplicar esos preceptos.

### ii) *Aplicación por las autoridades de los Estados miembros*

Con la excepción referida a la aplicación del artículo 85.3 del Tratado, cuya competencia exclusiva queda reservada para la Comisión, siempre se ha producido una aplicación descentralizada de los artículos 85 y 86. En efecto, las autoridades encargadas de la defensa de la competencia en los distintos Estados eran competentes para aplicar las normas comunitarias de la competencia, aun cuando no existieran unas normas claras

<sup>69</sup> DOCE 204/62, de 21 de febrero de 1962.

<sup>70</sup> En la actualidad Reglamento núm. 3385/94, de 21 de diciembre de 1994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo (DOCE, núm. L 377/28, de 31 de diciembre de 1994) y el Reglamento de 22 de diciembre de 1998 relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DOCE, núm. 354/18, de 30 de diciembre de 1998).

<sup>71</sup> B. VILA COSTA y G. GISPERT I MARTÍ, «Aproximación a los denominados derechos de defensa en el procedimiento de aplicación de la normativa comunitaria de la competencia», ICE, diciembre 1987, p. 84; MENÉNDEZ, A., «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la competencia», en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. La protección jurídica del ciudadano*, Madrid, 1993, t. I, p. 361; L. BERENGUER FUSTER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, D-27, marzo 1997, p. 100.

de distribución de competencias ni unos criterios de colaboración, que eran insistentemente solicitados desde diferentes sectores<sup>72</sup> que consideraban incluso más necesaria una comunicación en esta materia que la relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales.

La aplicación descentralizada de las normas comunitarias de la competencia era una obligación incontestable para el período anterior a la aprobación del Reglamento 17, tal como se establece en el artículo 88 del Tratado. Del mismo texto de este precepto se desprende que esa posibilidad desaparece tras la entrada en vigor de ese Reglamento, ya que solamente se prevé la aplicación de los artículos 85 y 86 «hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87». A pesar de ello, el artículo 9.3 del Reglamento 17 mantiene la posibilidad de la aplicación de los artículos 85.1 y 86 por las autoridades nacionales<sup>73</sup>.

En España, desde el ingreso en la Comunidad Europea, fue necesario determinar cuáles eran los órganos encargados de aplicar los artículos 85 y 86. A tales efectos se aprobó el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, en el que se establecía que el TDC era la autoridad competente para aplicar en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, mientras que el SDC era el encargado de las relaciones de colaboración. Este Real Decreto, que fue aprobado cuando la ley *antitrust* vigente era la de 1963, ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, que regula los mismos extremos, introduciendo ciertas modificaciones y actualizaciones.

Finalmente, en el mes de octubre de 1997 se aprobó la comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE<sup>74</sup>.

La comunicación comienza con una serie de consideraciones relativas a la función de la Comunidad y de los Estados miembros. En este apartado menciona que así como los órganos jurisdiccionales tienen como objetivo proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones recíprocas, la Comisión y las autoridades nacionales tienen en común su actuación en aras del interés público. En consecuencia, se produce una competencia concurrente entre las autoridades nacionales y la Comisión,

---

<sup>72</sup> S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales», cit., p. 3.

<sup>73</sup> M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 866.

<sup>74</sup> DOCE 97/C 313/03, de 15 de octubre de 1997. Para un estudio detallado de esta Comunicación ver J. PASCUAL Y VICENTE, «Cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», *Gaceta de la CE y de la competencia*, Boletín-126, septiembre de 1997, pp. 5-9; S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión europea y por las autoridades administrativas nacionales», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín-130, enero-febrero de 1998, pp. 1-4.

e incluso se manifiesta que constituye un objetivo para la Comisión que la aplicación del derecho de la competencia sea descentralizada.

En cuanto a las normas de reparto entre el conocimiento por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales se establecen criterios relativos a la eficacia en la investigación y al lugar en el que se producen los efectos, a la naturaleza de la infracción y, finalmente, a la especial importancia que determinados asuntos tienen para la Comunidad.

Atendiendo al primero de estos criterios, señala la comunicación que corresponderá a la Comisión el conocimiento de los asuntos en los que participan empresas cuyas actividades se desarrollan en diversos Estados, y, por el contrario, podrá ser tramitado por una autoridad nacional cuando solamente se desarrolle en un Estado, ya que en el primero de los supuestos la autoridad nacional se encuentra con dificultades para realizar la correspondiente investigación. Por otra parte, cuando el mercado geográfico de referencia se limite a un solo Estado miembro y cuando el acuerdo o la práctica sólo se aplique en él, habrá que considerar que los efectos se producen fundamentalmente en dicho Estado y, por tanto, podrá ser conocido por las autoridades de ese Estado.

En relación con la naturaleza de la infracción, se establece una diferencia entre los artículos 85 y 86. Habida cuenta que la Comisión tiene competencia exclusiva para aplicar el artículo 85.3, cualquier acuerdo que *a priori* pueda beneficiarse de una exención, deberá ser examinado por la Comisión. En lo que respecta a la aplicación del artículo 86 podrá ser realizada por las autoridades nacionales o por la Comisión.

Finalmente, se señalan en la comunicación algunos asuntos que, a pesar de reunir las condiciones anteriores para ser conocidos por las autoridades nacionales, revisten una especial importancia para la Comisión y deberán ser conocidos por ésta.

En esas circunstancias se encuentran los asuntos que plantean un problema jurídico nuevo; es decir, que no ha sido objeto de una decisión de la Comisión o una sentencia del TJCE; aquellos asuntos de importancia económica que además impliquen obstaculizaciones para que operadores de otros Estados miembros accedan al mercado y, finalmente, las prácticas que hayan sido realizadas por una empresa pública, o bien por empresas a las que se hayan concedido derechos especiales o exclusivos o tengan encargada la gestión de servicios de interés económico general o tengan el carácter de monopolio, todo ello a tenor de lo establecido en el artículo 90 del Tratado.

A continuación la comunicación se refiere a algunas reglas de procedimiento, diferenciando los asuntos que se plantean en primer lugar a la Comisión de los que lo hacen en primer lugar a una autoridad nacional.

En los asuntos que se plantean en primer lugar a la Comisión caben diversos supuestos:

a) Procedimientos de oficio: obviamente no se prestan a un tratamiento descentralizado.

b) Notificaciones: la Comisión tiene competencia exclusiva, por lo que tampoco cabe el tratamiento descentralizado. El solicitante tiene derecho a obtener de la Comisión una decisión en cuanto al fondo de su solicitud.

c) Denuncias: podrán ser tramitadas por las autoridades nacionales de competencia a petición de la Comisión siempre que no supongan la aplicación del artículo 85.3 o caigan dentro de las competencias exclusivas de la Comisión (por ejemplo, cuando se trata de una revocación de una exención).

Cuando las empresas afectadas y el territorio en el que tienen fundamentalmente efectos las conductas corresponden a un solo Estado miembro la Comisión puede desestimar la denuncia por no existir interés comunitario bastante, siempre que los derechos del denunciante resulten adecuadamente protegidos. La Comisión se dirigirá al Estado miembro preguntándole si acepta la instrucción y el pronunciamiento. En caso afirmativo la Comisión desestimará la denuncia alegando que debe presentarse ante las autoridades nacionales, poniendo a disposición de dichas autoridades los documentos pertinentes que obren en su poder.

En este apartado debe plantearse la cuestión relativa al uso que las autoridades nacionales pueden hacer de la documentación presentada ante la Comisión, y para ello resulta preciso acudir a la doctrina contenida en la Sentencia del TJCE en el asunto de la Asociación Española de la Banca Privada, de 16 de julio de 1992<sup>75</sup>.

Esta sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el TDC en el marco de un procedimiento instado contra la AEB y determinados bancos españoles a tenor de lo previsto en la LRPRC de 1963. En el expediente se había recogido cierta información que obraba en la Comisión en virtud de un formulario A/B que la AEB y los bancos expedientados habían presentado para obtener la declaración negativa prevista en el artículo 11 del Reglamento 17, o la exención del artículo 85.3 del Tratado, o bien se contenían en las respuestas dadas a la solicitud de información prevista en el artículo 11 del Reglamento 17. Ante las dudas surgidas sobre la posibilidad de utilizar esa información el TDC planteó la cuestión prejudicial acerca de si una autoridad nacional podía utilizar esa información obtenida por los funcionarios de la Comisión.

En respuesta a la cuestión prejudicial planteada el TJCE estimó que las autoridades de competencia de los Estados miembros no tienen derecho a utilizar como medios de prueba las informaciones no publicadas contenidas en las respuestas a las solicitudes de información dirigidas a las empresas en aplicación del artículo 11 del Reglamento núm. 17, así como las contenidas en las solicitudes y notificaciones previstas en los artículos 2, 4 y 5 de ese mismo Reglamento. Sin embargo, estas infor-

<sup>75</sup> Rec. 1992, Asunto C-67-91, p. 4820.

maciones constituyen indicios que pueden, en su caso, ser tenidos en cuenta para justificar la apertura de un procedimiento nacional.

El otro supuesto de cooperación está referido a los asuntos que se plantean en primer lugar a una autoridad nacional.

Cuando se trata de asuntos incluidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de competencia (arts. 85.1 y 86) tramitados por una autoridad nacional a iniciativa propia, solos o en combinación con sus normas nacionales de competencia, o en su defecto solamente estas últimas es deseable informar a la Comisión, quien lo comunicará al resto de autoridades nacionales, especialmente en aquellos casos de particular interés para la Comunidad. Como casos especialmente relevantes pueden citarse los correspondientes a las barreras de entrada aplicadas a una empresa extranjera y algunos asuntos correspondientes a empresas públicas o asimiladas.

Las autoridades nacionales instruirán los expedientes de acuerdo con las normas nacionales, independientemente de que apliquen el Derecho comunitario o el nacional.

Las autoridades nacionales pueden dirigirse a la Comisión solicitando información acerca del estado del procedimiento que la Comisión haya podido iniciar o cuando la aplicación de los artículos 85.1 u 86 plantee dificultades.

En caso de posible contradicción entre las eventuales decisiones de la Comisión y de las autoridades nacionales la Comisión deberá tomar las medidas oportunas para asegurar la plena eficacia de los actos de ejecución del Derecho comunitario de la competencia sobre la base de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional. Las autoridades nacionales, por su parte, pueden consultar a la Comisión, incluso intercambiando documentos, dentro del marco de referencia de la Sentencia “Banca Española”<sup>76</sup>. También pueden solicitar el dictamen provisional de la Comisión sobre la posibilidad de que ésta conceda una exención. En cualquier caso, debe haber intercambio de información entre las distintas autoridades con el fin de evitar conclusiones contradictorias.

En cualquier caso, debe evitarse el fraude procedimental consistente en las notificaciones “dobles” con efectos dilatorios consistentes en notificar a la Comisión para interrumpir el procedimiento ante la autoridad nacional, sustrayéndole —al amparo del art. 9.3 del Reglamento 17— el conocimiento de determinados casos. Y ello sin perjuicio de que el solicitante tiene derecho a una decisión sobre el fondo del asunto que plantea. «La Comisión sólo califica de dilatoria una notificación tras haber consultado a la autoridad nacional correspondiente y comprobado que ésta es de la misma opinión. La Comisión invita asimismo a las autoridades nacionales a que le informen espontáneamente de las notifica-

<sup>76</sup> Ver nota 75.

ciones que se les envíen y que, según dichas autoridades, tengan carácter dilatorio»<sup>77</sup>.

Algunos problemas se plantean en materia de cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales cuando aquélla ha remitido una carta administrativa. El apartado 17 de la Comunicación se refiere a las decisiones comunitarias como elemento de referencia en la aplicación del Derecho nacional. Sin embargo, señala que la Comisión ha indicado que «conviene recordar que, según el TJCE, si bien es cierto que este tipo de cartas no vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales, la opinión expresada por los servicios de la Comisión constituye un elemento de hecho que pueden tomar en cuenta en su examen de la conformidad de los acuerdos o comportamientos de que se trate con las disposiciones del artículo 85. La Comisión estima que otro tanto cabe decir respecto de las autoridades nacionales».

En consecuencia, según recoge acertadamente la Comunicación comentada, las cartas administrativas no vinculan a las autoridades nacionales. Pero la cuestión es susceptible de ser examinada desde otra perspectiva.

Es necesario analizar el caso "Irish Club Rules", en el que seis empresas marítimas europeas de pequeña y mediana dimensión alcanzaron un acuerdo y remitieron a la Comisión una solicitud de exención individual.

Tras las oportunas discusiones y modificaciones de la propuesta inicial, la Comisión publicó una Comunicación, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 4056/86, en la que manifestaba su intención de adoptar una decisión favorable. Posteriormente, la Comisión remitió una *comfort letter* a Irish Club Rules<sup>78</sup>.

En este apartado es necesario recordar la existencia de un «derecho al procedimiento» que implica, cuanto menos, el derecho del ciudadano a una decisión fundamentada y el derecho de los interesados a participar en el procedimiento.

Como puede observarse fácilmente, las *comfort letters* eluden tales cuestiones. De ahí la inseguridad jurídica que provocan. Esta información queda ratificada por el hecho de que ni se publican, ni se pueden recurrir, ni se pueden controlar. De manera que ante situaciones idénticas cabe la posibilidad de *comfort letters* con contenidos distintos.

Y aún más, tienen otras ventajas para el beneficiario sobre el procedimiento normal, ya que de acuerdo con el artículo 8.1 del Reglamento 17 las decisiones de aplicación del artículo 85.3 se concederán por tiempo definido. En cambio, las *comfort letters* no incluyen ningún tipo de limitación temporal.

En el caso concreto de Irish Club Rules deben ponerse de manifiesto algunos extremos concretos.

<sup>77</sup> Apartado 55 de la Comunicación de 15 de octubre de 1997.

<sup>78</sup> DOCE, núm. C263/6, de 29 de septiembre de 1993.

El Comité Consultivo estaba formado por representantes de los 12 países miembros. De ellos ocho votaron en contra de la propuesta y cuatro a favor. Ante este resultado la Comisión no adoptó una decisión negativa. Por el contrario, envió la citada carta administrativa. El acuerdo estaba autorizado sin que nadie pudiera recurrir la decisión de la Comisión.

Cabe plantearse a continuación cuál es la actitud de las autoridades nacionales respecto a las *comfort letters* y, en concreto, si deben considerarse vinculadas por su contenido.

Esta cuestión es importante, máxime si se tiene en cuenta que durante el año 1995 la Comisión concluyó 433 asuntos, de los cuales 419 (97 por 100) terminaron mediante procedimiento informal (*comfort letter*, desestimación de la denuncia o sobreseimiento). A lo largo del año 1996, de los 386 asuntos terminados, 365 (92 por 100) terminaron por un procedimiento informal. En el año 1997 de los 517 asuntos terminados el 95 por 100 (490) fueron resueltos mediante dicho procedimiento.

Conforme se ha indicado anteriormente, la propia Comunicación considera que las cartas administrativas no vinculan a las autoridades nacionales, si bien constituyen un elemento de hecho que pueden tener en cuenta<sup>79</sup>. Cuando se ha planteado la cuestión, el TDC no siempre comparte los principios de las cartas administrativas. En efecto, en la Resolución de la Sección Segunda, de 16 de octubre de 1990<sup>80</sup>, se indica que los interesados formalizaron ante la Comisión la petición de una declaración negativa, de acuerdo con los artículos 5 y 7 del Reglamento CEE 17/1962, que fue contestado mediante una simple carta administrativa «en la que la Comisión estima que aunque los acuerdos que se le han enviado hayan eliminado la posibilidad de competencia a la exportación entre las empresas participantes, eso no constituye actualmente una restricción importante de la competencia en dicho mercado (el mercado comunitario de la potasa a excepción de España y Portugal). Y respecto a la exclusividad de venta concedida a “Comercial de Potasas, S. A.”, para España y Portugal, la Comisión entiende, a la vista de la modificación introducida en los convenios que los deja sin aplicación a partir del 1 de enero de 1992, que no tiene que proseguir de oficio su acción contra estos acuerdos».

En esta circunstancia, el TDC consideró que «el hecho de que un determinado convenio entre en la órbita del Derecho comunitario no supone que queda excluida la aplicación del Derecho nacional si afecta también a los intereses que este ordenamiento tutela. La dualidad de intereses protegidos hace posible la aplicación conjunta de unas y otras normas si se dan los respectivos supuestos que deciden su puesta en acción. Como ocurre con el consorcio entre los productores de potasa que incide en el mercado interior tanto porque elimina directamente la competencia en este ámbito como por efecto reflejo del concierto para unificar la

<sup>79</sup> Apartado 17 de la Comunicación de 15 de octubre de 1996.

<sup>80</sup> Expediente 76/70, Potasas Españolas. Resoluciones 1986-1990 del TDC: t. II, pp. 1656 ss.

actividad exportadora. La legislación nacional sigue siendo aplicable en su propio ámbito, siendo esta aplicación compatible con la que las autoridades comunitarias puedan hacer del Derecho comunitario y siempre que la solución a que se llegue conforme al Derecho nacional no se traduzca en perjuicio al efecto útil del Tratado de Roma». (F. 3) Como consecuencia de estos razonamientos, la Sección Segunda del TDC acordó mantener la autorización concedida en 1971 a los acuerdos entre los productores españoles de potasas para el mercado internacional y dejarlos sin efecto para el mercado nacional.

Finalmente, deben realizarse algunos comentarios finales respecto del contenido de la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia, que ha sido objeto de un largo proceso de elaboración y debate entre la Comisión y las autoridades nacionales.

La primera conclusión respecto de los criterios contenidos en la Comunicación consiste en afirmar que su contenido no justifica en modo alguno su largo proceso de elaboración. En efecto, si se analiza detenidamente el contenido de la Comunicación se puede afirmar que nada de su contenido contiene aportaciones significativas que sirvan para delimitar de forma concluyente los criterios de reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales. No resulta exagerado concluir que no se aportan criterios definitivos que sirvan para otorgar criterios claros y concluyentes a los operadores económicos sobre en qué supuestos ha de intervenir la Comisión y en cuáles las autoridades nacionales. Es cierto que hay que ser consciente de la dificultad de la tarea, puesto que no se trata de organismos administrativamente jerarquizados y, por tanto, una delimitación clara de competencias entre uno y otro no puede establecerse simplemente de un documento como una comunicación que carece de valor normativo. Justo es reconocer que en el texto se incluyen algunos elementos que pueden servir de pautas de comportamiento, pero es forzoso afirmar que resultan insuficientes. Por otra parte, en cualquier caso ha de regir el principio *non bis in idem*, pues nadie puede ser condenado por los mismos hechos por la Comisión y la correspondiente autoridad nacional<sup>81</sup>. Pero al margen de este extremo, que no resulta de la comunicación sino de la aplicación de los principios generales del Derecho, pocos elementos adicionales pueden obtenerse de un documento de las características de las de la comunicación. Cabe plantearse si para delimitar de forma clara las competencias entre Comisión y autoridades nacionales debería haberse aprobado un texto con fuerza normativa como hubiera sido un Reglamento, pero esta opción, defendida por algunos países en el proceso de elaboración de la comunicación (tal fue el criterio

<sup>81</sup> Esta afirmación se refiere a que pueden imponerse dos sanciones por unas mismas conductas que infrinjan el artículo 85.1 o el artículo 86 del Tratado, una por la Comisión y otra por la autoridad nacional. Otra cosa es que se puedan imponer dos sanciones, una por la Comisión por infracción de las normas comunitarias de la competencia y otra por la autoridad nacional por infracción de las normas nacionales. Ello es posible por aplicación de la doctrina de la «doble barrera», tal y como se permite en el artículo 44.2 LDC.

de la representación irlandesa, coincidente, por otra parte, con la opinión del Consejo Económico y Social) no fue tomada en consideración.

Por otra parte, debe señalarse que la Comisión ha mantenido a rajatabla el criterio contenido en el artículo 9.1 del Reglamento 17, reservándose en exclusiva la competencia de la aplicación del artículo 85.1 y desatendiendo las opiniones de los países que defendían una aplicación descentralizada de ese precepto. Las opiniones de la Comisión en favor de su postura tiene una cierta fuerza de convicción, referidas a la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho comunitario, pero estas razones decaen ante el hecho incontrovertible de la excesiva duración de los expedientes encaminados a conceder una autorización individual por la Comisión e incluso por el escaso número de decisiones que conceden autorizaciones singulares, normalmente en supuestos en los que las empresas carecen ya de interés por el tiempo que ha transcurrido desde la solicitud<sup>82</sup>. La cuestión ha adquirido una nueva dimensión al haber planteado el Kammergericht alemán dos cuestiones prejudiciales acerca de la conformidad con el Derecho comunitario del hecho que las autoridades nacionales puedan aplicar el artículo 85.1 y no el 85.3 cuando ambos párrafos «constituyen un todo indivisible a efectos de aplicación del Derecho»<sup>83</sup>.

No se puede ocultar que uno de los inconvenientes que surgen para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de las autoridades nacionales ha radicado en el hecho de que no en todos los países miembros ha habido autoridades competentes para ello. En un documento informativo de la Dirección General IV se destaca que solamente las autoridades de ocho de los países miembros pueden aplicar los artículos 85 y 86, mientras que no puede tener lugar esa aplicación en los siete países restantes<sup>84</sup>.

#### b) *La aplicación de los artículos 85 y 86 por el TDC*

Como se ha indicado, el Real Decreto 295/1998 contiene las reglas relativas a la aplicación en España de las normas europeas de la com-

<sup>82</sup> Como señala S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión europea y por las autoridades administrativas nacionales», *op. cit.*, p. 2.

<sup>83</sup> Este criterio de la DG IV es objeto de reconsideración en la actualidad. Ver el Libro Blanco sobre la aplicación de los artículos 85 y 86. *DOCE* de 28-4-1999.

<sup>84</sup> El documento al que se hace referencia obra en la página *web* de la DG IV (<http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/en/ta1.htm>) y lleva el título «Aplicación de los artículos 85-86 en los Estados miembros», y señala, en primer lugar, que en el documento solamente se indica la aplicación de los artículos 85 y 86 por las autoridades administrativas de los Estados miembros y no por los órganos jurisdiccionales, ya que esos artículos son de aplicación directa y, por tanto, pueden ser aplicados por los jueces y tribunales de los Estados miembros sin ninguna excepción. En cuanto a la aplicación por las autoridades administrativas se señala que está sujeta a las limitaciones establecidas en favor de la Comisión por los artículos 88 del Tratado y 9.3 del Reglamento 17. Tras estas aclaraciones se pone de manifiesto que en Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Portugal y España las autoridades administrativas pueden aplicar tales preceptos.

potencia. Este Real Decreto derogó el RD 1882/1986, de 28 de agosto, que reguló la materia al inicio de nuestra integración en la Comunidad europea.

El Real Decreto de 1998 atribuye al TDC la facultad de aplicar en España los artículos 85.1 y 86, mientras que el SDC es el órgano encargado de instruir los procedimientos de aplicación de esos preceptos. Por su parte, se designa a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia como la «autoridad competente a efectos de las funciones de colaboración entre la Administración pública y la Comisión de las Comunidades Europeas en la aplicación en España de las reglas comunitarias de la competencia». Al mismo tiempo se determinan ciertas normas relativas a la cooperación con los funcionarios comunitarios en sus tareas de verificación a realizar en España y se señala que las normas de procedimiento en los expedientes en los que se aplique el Derecho comunitario de la competencia serán las establecidas en la LCD.

Con posterioridad al ingreso de España en las Comunidades Europeas el TDC ha venido aplicando en un buen número de ocasiones los preceptos comunitarios de la competencia. Algunas consideraciones deben ser efectuadas en este apartado.

La primera observación que debe realizarse al respecto consiste en constatar que el TDC cuando aplica los artículos 85.1 y 86 del Tratado suele considerar simultáneamente la infracción de las normas comunitarias y las correspondientes normas nacionales. A tales efectos el Tribunal constata que una conducta vulnera simultáneamente los artículos 85.1 del Tratado y 1 de la LCD, o bien el 86 TCEE y 6 de la LCD e impone una sola sanción<sup>85</sup>.

En segundo lugar, el TDC se ha preocupado en repetidas ocasiones de delimitar los contratos de aplicación de las normas comunitarias de la competencia y de las normas nacionales teniendo en cuenta el principio de supremacía del Derecho comunitario y sin que se afecte el efecto

<sup>85</sup> La Resolución de 30 de abril de 1993 (Expte. 283/90, Banca española, Resoluciones del TDC 1993, pp. 127 ss.) declara acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) de la Ley 110/1963 y por el artículo 85.1 TCEE, consistente en la fijación y publicación concertadas de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios. La Resolución de 10 de junio de 1993 (Expte. 319/92, Fútbol por televisión. Resoluciones del TDC 1993, pp. 221 ss.) declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 LDC y por el artículo 85.1 TCEE consistente en el acuerdo suscrito entre la LNF y las TV autonómicas para la cesión en exclusiva mundial de los derechos de emisión de los partidos de fútbol. La Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en aeropuertos. Resoluciones del TDC 1995, pp. 72 ss.) declaró la existencia de una práctica abusiva de posición dominante prohibida por el artículo 6.2.c) LDC y 86 TCEE. La Resolución de 31 de julio de 1996 (Expte. 363/95, Cosméticos en farmacia. Resoluciones TDC 1996, p. 336) consideró probada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y 85.1 LDC consistente en fijar el precio de venta al público de los productos cosméticos. La Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97 BT/Telefónica) declaró acreditada la existencia de unas prácticas abusivas de posición dominante que infringen el artículo 6 LDC y, además, el artículo 86, apartados c) y a), del Tratado de la Comisión Europea.

útil de los artículos 85 y 86 del Tratado, todo ello de acuerdo con la doctrina de la Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969<sup>86</sup>.

Así, en la Resolución de la Sección Segunda, de 19 de noviembre de 1990<sup>87</sup>, el TDC, en su Fundamento de Derecho 3, estableció que «la elección de las normas aplicables vendrá determinada, en principio, como ha puesto de relieve el TJCE de la CEE en su Sentencia de 13 de febrero de 1969, por los diversos mercados que resulten afectados por la realización de prácticas contrarias a la competencia. En efecto, las normas del Tratado de Roma sólo pueden ser aplicadas cuando las conductas anticompetitivas pueden afectar los intercambios comerciales entre los países que integran el Mercado Común (arts. 85.1 y 86), mientras que las legislaciones de cada uno de los Estados miembros lo serán cuando los efectos de las citadas actuaciones se produzcan en sus respectivos mercados nacionales (en este sentido se expresan los arts. 1 y 2 de la Ley 110/1963)».

En otras ocasiones el TDC ha considerado inaplicables las normas comunitarias de la competencia. Así ocurre en la Resolución de 7 de abril de 1997<sup>88</sup> en la que se considera que no resulta de aplicación el artículo 85.1 TCEE, ya que el mercado geográfico se circunscribe al territorio español, en donde se concierta el coaseguro, contratan los diversos tomadores y produce sus efectos, no extendiéndose al comercio entre los Estados miembros.

Cuando existía un procedimiento ante la Comisión Europea el Tribunal ha optado en algún caso por continuar el procedimiento. Así, la Resolución de 12 de septiembre de 1994<sup>89</sup> optó por levantar la suspensión con los siguientes argumentos: al ser el Derecho comunitario de la competencia de aplicación directa, las autoridades nacionales correspondientes no pueden dejar de aplicarlo cuando las prácticas prohibidas afectan al comercio entre los Estados miembros. Ahora bien, esta facultad atribuida a las autoridades nacionales sólo podrá ser ejercida mientras la Comisión Europea no haya iniciado un procedimiento para constatar la posible infracción de los artículos 85 u 86 del Tratado CEE (art. 9.3 del Reglamento 17/1962 del Consejo, de 6 de febrero de 1962).

Argumentó el Tribunal que «de conformidad con esta normativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia —que según lo dispuesto en el RD 1882/1986 es la autoridad competente para la aplicación en España del Derecho comunitario de la competencia—, al darse cuenta de que las prácticas objeto del expediente podían afectar al comercio intracomunitario, exhortó, en un primer momento, al Servicio de Defensa de la Competencia para que contemplara la posibilidad de formular acusación contra la RFEF por la infracción del artículo 86 del Tratado CEE;

<sup>86</sup> Rec., 1969, Asunto 14/68, Wihem y otros c. Bundeskartellamt, p. 1.

<sup>87</sup> Expte. 270/90, Mazzoni. Resolución 1986-1990-II, TDC, pp. 1771 ss.

<sup>88</sup> Expte. 388/96, Seguros empresas transportistas. Resolución TDC 1997, p. 217.

<sup>89</sup> Expte. 310/92, Retransmisión de fútbol extranjero por TV, Resoluciones TDC 1994, p. 269.

pero, más tarde, al tener conocimiento de que la Dirección General IV de la Comisión Europea había abierto en relación con estos hechos el expediente núm. IV/B/33734, por Providencia de 25 de febrero de 1993, acordó la suspensión de la tramitación de las diligencias seguidas en nuestro país para la aplicación a las citadas prácticas del Derecho comunitario europeo». Y añadía la Resolución que «cuestión diferente de la anterior es la relativa a la aplicación simultánea a un caso de los Derechos nacional y comunitario de la competencia. Esta posibilidad, conocida en la doctrina como la teoría de la “doble barrera”, ha sido admitida de manera sistemática por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su célebre Sentencia de 13 de febrero de 1969, As. Wilhelm v. Bundeskartellamt, hasta nuestros días, sobre la base de que ambas normativas atienden a objetivos diferentes. De acuerdo con esta doctrina, el artículo 44.1 de la Ley 16/1989<sup>90</sup> prevé que, ante una situación como la descrita, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá aplazar su resolución, a petición de parte, hasta que se produzca la decisión de las autoridades comunitarias. Pero hay que resaltar a este respecto que la norma nacional deja al arbitrio del Tribunal la adopción de la decisión correspondiente. Así pues, la suspensión es facultativa». Y finaliza el Tribunal diciendo que «en este caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que la prevalencia de los intereses nacionales en juego aconsejaban no aplazar la resolución y proceder a la aplicación exclusiva de la Ley de Defensa de la Competencia».

En la Resolución correspondiente de 11 de noviembre de 1997<sup>91</sup> el TDC sostuvo que: «La reciente Comunicación de la Comisión, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 15 de octubre de 1997 resalta que tanto su actuación como la de las autoridades nacionales se realiza en aras del interés público, afirmando la conveniencia de que ambas colaboren, a cuyo efecto es necesaria una relación estrecha y permanente entre ambas.»

Además, «reitera la competencia exclusiva de la Comisión en la aplicación del artículo 85.3 del Tratado CE y el derecho de los autores de una solicitud de exención a obtener una decisión en cuanto al fondo de su solicitud, según la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia», y «muestra su convencimiento de que una estrecha colaboración contribuirá a evitar decisiones contradictorias. En este sentido prevé la posibilidad de que se consulte a la Comisión para que la autoridad nacional esté en condiciones de tener en cuenta la posición de aquélla. En particular, en materia de notificaciones, señala que la autoridad nacional deberá normalmente solicitar a la Comisión su dictamen provisional sobre la posibilidad de que conceda una exención al acuerdo notificado». Por

<sup>90</sup> El artículo 44 LDC establece que «el Tribunal podrá aplazar la resolución, a petición de parte, si se acredita documentalmente que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos comunitarios. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. La parte que hubiese alegado la excepción deberá comunicar al Tribunal la decisión adoptada en el plazo de un mes a partir del día en que hubiese tenido conocimiento de aquélla».

<sup>91</sup> Expte. R233/97, Relojes Rolex. Resoluciones del TDC 1997, p. 645.

último, «de acuerdo con la comunicación citada, y con el fin de evitar que la suspensión resulte indefinida, impidiendo la continuación del procedimiento y pudiendo generar indefensión, el Servicio debe, a juicio del Tribunal, solicitar a la Comisión Europea su dictamen provisional sobre la posibilidad de que conceda una exención. Este criterio resulta reforzado en el presente caso por el largo período de tiempo transcurrido desde que se produjo la notificación A/B hasta el momento presente».

Y continúa el Tribunal sosteniendo que «la comunicación de la Comisión no contiene previsiones respecto del plazo en que deba emitir su dictamen provisional, debiendo aplicarse las normas procedimentales de Derecho interno aplicables al caso. A este respecto, el Tribunal considera que, por aplicación supletoria de la Ley 30/1992, debe acudirse a lo establecido en el artículo 83 de dicha norma que permite, en determinadas circunstancias, la evacuación de la consulta en un plazo superior al general de diez días. El servicio, por tanto, deberá señalar a la Comisión un plazo prudencial que, por aplicación del Derecho interno, no podrá ser superior a tres meses, advirtiéndole que si transcurrido el mismo la Comisión no emite su dictamen provisional, la suspensión quedará sin efecto y continuará la tramitación del expediente». Y «todo ello sin perjuicio de que, una vez obtenida la respuesta de la Comisión o si ésta no se produce en plazo, el servicio, si estima que la conducta de Rolex no constituye una restricción de la competencia, pueda proceder al sobreseimiento del mismo en relación con la citada empresa, decisión ésta sobre la que el Tribunal no emite pronunciamiento alguno en la presente Resolución».

Como puede observarse en esta Resolución, que ha sido objeto de comentarios elogiosos<sup>92</sup>, se resuelve el problema de la dilatada tramitación de los expedientes ante la Comisión o, por expresarlo de otra forma, de la paralización incontrolada de los expedientes que se tramitan ante la Dirección General de la Competencia<sup>93</sup> acudiendo a los criterios de la legislación española.

Una cuestión diferente de aplicación del Derecho comunitario por el TDC se deriva del sistema seguido en Derecho español para reglamentar las exenciones por categorías.

El artículo 1 del Real Decreto 157/1992, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de la competencia, dispone que quedan autorizados los acuerdos que, afectando únicamente al Derecho nacional, cumplan las condiciones de los Reglamentos comunitarios en aquel momento vigentes en materia de distribución exclusiva, de compra exclusiva, de licencia de patentes y comunicación de *know how*, de distribución de vehículos automóviles y de licencia de *know how*.

<sup>92</sup> J. E. SORIANO, *op. cit.*, p. 487.

<sup>93</sup> No hay que olvidar que en el supuesto de autos la notificación se había efectuado en el año 1977.

Ahora bien, estos Reglamentos, expresamente citados en ese precepto, tienen una naturaleza temporal y algunos de ellos han sido sustituidos por otros sin que se haya modificado en paralelo el Real Decreto 157/1992 para introducir en su artículo 1 la remisión al nuevo Reglamento vigente. Puesto que tal modificación no se ha efectuado, cabe plantearse cuál es el Reglamento de exención por categorías que se encuentra vigente.

La solución consiste en una de las tres alternativas siguientes: o bien se aplica lo previsto en el Reglamento derogado, o se aplica el nuevo Reglamento, o bien se considera que cuando se derogue el Reglamento mencionado en el artículo 1 del Real Decreto no existe una exención por categorías.

En la comentada Resolución de 23 de mayo de 1996 del Tribunal de Defensa de la Competencia se analizan tales alternativas. El supuesto de hecho consistía en un expediente de autorización singular promovido por La Casera, S. A., para que se declarara que los contratos tipo que presentaba relativos, en primer lugar, a una franquicia industrial y distribución y, en segundo lugar, a un contrato de distribución exclusiva de bebidas refrescantes, que podían acogerse a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos CEE 240/1996 y 1983/1983, y, subsidiariamente, se concediera autorización singular para los contratos notificados. El problema radicaba en el hecho de que el Reglamento 240/1996 no estaba incluido entre los mencionados por el artículo 1 del Real Decreto 157/1992. Este Decreto en la materia referida se remite a lo dispuesto en los Reglamentos 2349/1984 [art. 1.1.c)] y 556/1989 [art. 1.1.f)], pero estos Reglamentos comunitarios ya no estaban vigentes. El primero de ellos por haber cumplido el plazo establecido para su vigencia, y el segundo por haber sido expresamente derogado.

Para dar solución a la cuestión planteada se analizan las distintas alternativas. La solución consistente en aplicar los Reglamentos derogados, es decir, aplicar al contrato de franquicia industrial la exención si cumplía las menciones de los Reglamentos Comunitarios mencionados en el artículo 1 del Real Decreto, constituye, como acertadamente señala la Resolución, un sinsentido «y perjudica el efecto útil perseguido por el Derecho comunitario derivado», por lo que no resulta aceptable.

No resulta tampoco posible interpretar el precepto contenido en el artículo 1 del Real Decreto en el sentido de considerar que los contratos que no tengan dimensión comunitaria pero cumplan los requisitos establecidos por Reglamentos Comunitarios que hayan sustituido a los enumerados en dicho artículo están incluidos en la exención por categorías, aun cuando esta consideración, en opinión del TDC, suponga graves consecuencias para el efecto útil del Derecho comunitario derivado<sup>94</sup>, la segu-

<sup>94</sup> Las menciones al efecto útil del Derecho comunitario derivado no resultan aceptables en el supuesto de la Resolución comentada, ya que se trataba de aplicar normas españolas y no comunitarias, puesto que los contratos sometidos a autorización no afectaban al comercio entre Estados miembros y, por tanto, no se trataba de un supuesto al que pudiera ser aplicable el artículo 85

ridad jurídica y el tráfico mercantil. A pesar de ello no es posible esta interpretación, ya que supondría aplicar unas normas que no están incluidas en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992; es decir, aplicar unas normas comunitarias que no han sido convertidas en Derecho español.

En estas circunstancias la única solución aceptable es la de considerar que el contrato de franquicia industrial presentado en el expediente cumple con todos los requisitos incluidos en el Reglamento CEE 640/1996, pero que al no ser posible la aplicación de la exención del artículo 5 de la Ley, se le concede una autorización singular, solución por la que se inclina la citada Resolución.

Ahora bien, esta solución es solamente válida para el supuesto contemplado, por lo que cabe plantearse una solución válida para otros supuestos. En ese apartado, el Tribunal plantea que el Gobierno debe corregir urgentemente la situación mediante la aprobación de un Real Decreto que modifique lo establecido en el Real Decreto 157/1992, pero mientras no se produce la modificación normativa anuncia que el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos aplicando los criterios contenidos en los Reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá multas a los operadores que suscriban contratos sin dimensión comunitaria que cumplan los requisitos contenidos en tales Reglamentos.

Esta solución sirve para supuestos concretos. Pero como señala la Resolución comentada, implica efectos negativos para la seguridad jurídica, por lo que sería conveniente que, con ocasión de la reforma de la Ley, se arbitrara un sistema que solucionara la cuestión planteada sin la concurrencia de los elementos negativos presentes en la regulación actual.

La solución, por otra parte, debe tener en cuenta necesariamente el estado del proceso de reforma de la política de la Comisión Europea tras la publicación del Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria<sup>95</sup>. En la actualidad la DG IV trabaja con la idea, en primer lugar, de no renovar los reglamentos de exención por categorías, de distribución exclusiva, compra exclusiva y franquicia; en segundo lugar, proponer la adopción de exenciones más amplias y simples basadas simplemente en una lista de cláusulas inadmisibles (lista negra) y, finalmente, en adoptar un reglamento único aplicable a todos los tipos de restricciones verticales<sup>96</sup>.

---

del Tratado. No se trata tampoco de aplicar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario, sino de establecer cuáles son las exenciones por categorías vigentes en Derecho nacional, y ellas serán necesariamente las que se establezcan en las normas internas, las cuales deberán ser interpretadas de acuerdo con el Derecho comunitario.

<sup>95</sup> Doc. Com. (96) 721 final, de 22 de enero de 1997.

<sup>96</sup> M. A. PEÑA CASTELLOT, «La reforma de la política comunitaria de competencia en lo referente a las restricciones verticales de la competencia: el Libro Verde y después», ponencia presentada en las XI Jornadas del TDC celebradas en Madrid el 12 de marzo de 1998. Pendiente de publicar.

#### 4. CONCLUSIONES

Conforme ha quedado expuesto en los apartados anteriores, caben diversos supuestos de aplicación de las normas de la competencia. Por resumir tales supuestos se puede señalar que las normas comunitarias de la competencia pueden ser aplicadas por la Comisión europea, y en España, por los órganos jurisdiccionales del orden civil y por las autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia, en particular por el TDC. Si a ello se le añade que cabe también la aplicación de las normas nacionales de la competencia tanto por los órganos jurisdiccionales como por el TDC, surge de todo ello un panorama en el que deben estar presentes distintos principios.

Por un lado, debe respetarse el principio de seguridad jurídica, tratando de evitar resoluciones contradictorias. Junto al principio de seguridad jurídica deben buscarse resoluciones que permitan, por una parte el más rápido restablecimiento del orden concurrencial alterado, y por otra, la pronta satisfacción de los intereses particulares en juego. Como puede fácilmente comprenderse, el obtener el encaje de todas esas piezas no resulta sencillo, máxime cuando se trata de cuestiones que precisan en cierta medida de criterios uniformes de órganos administrativos de dos Administraciones diferentes, por una parte, y de órganos jurisdiccionales, por la otra.

Finalmente, debe señalarse que existen algunos supuestos íntimamente relacionados con las cuestiones que aquí han sido planteadas y que solamente han quedado apuntados. Tal ocurre con la aplicación del artículo 7 de la LCD, que prevé la posibilidad de perseguir con arreglo a la normativa *antitrust* conductas desleales que puedan ser objeto igualmente de ejercicio de acciones civiles de acuerdo con la LCD. Otro tanto cabe señalar del supuesto de infracción de normas presente en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, especialmente en su artículo 15.2, que plantea algunos casos en los que es posible el sometimiento de una misma conducta a la consideración de un juez civil y del TDC. Del simple planteamiento de esos problemas surgen cuestiones sugerentes que sería conveniente analizar. Pero en ese supuesto cabría el riesgo de que la longitud del capítulo excediera todo lo razonable.