

A VUELTAS SOBRE EL RECURRENTE TEMA DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (VALORACIÓN DE LAS EXPERIENCIAS)

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia *

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la aplicación judicial de las normas de la competencia, sean las nacionales o las comunitarias, ha sido objeto de múltiples comentarios, frecuentemente con ocasión de hechos consistentes en la publicación de sentencias que hacían referencia a la cuestión, o bien en la aprobación de alguna norma o documento comunitarios. Así, en los años noventa del anterior siglo, la Sentencia CAMPSA del Tribunal Supremo¹, la publicación de la Comunicación de la Comisión Europea sobre cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de competencia², o las Sentencias Delimitis del Tribunal de Justicia³ o Automec del Tribunal de Primera Instancia⁴, provocaron entre nosotros la publicación de un buen número de trabajos dedicados a la cuestión, buena parte de ellos en las propias páginas de este Anuario⁵.

En los primeros años del presente siglo, otra serie acumulada de acontecimientos ha provocado que el tema vuelva a encontrarse de plena ac-

* Obviamente las opiniones mantenidas en el presente artículo son de carácter estrictamente personal y no comprometen, ni tan siquiera indirectamente, al TDC.

¹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993. La doctrina de esta sentencia, que dificultó durante mucho tiempo la aplicación judicial del Derecho de la competencia, tuvo su continuidad en las Sentencias de 4 y 30 de noviembre de 1999, recaídas respectivamente en los asuntos UIP y Nissan.

² Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE (93/C 313/03) DOCE. C 39, de 13 de febrero de 1993.

³ Sentencia del TJ de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis/Heninger Brau, Asunto 234/89.

⁴ Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992, Automec, Asunto T 24/90.

⁵ Ver A. PETITBÒ y L. BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, pp. 25 ss., así como la bibliografía allí citada.

tualidad, y que nuevamente se haya convertido en la causa de la publicación de un buen número de comentarios⁶.

Entre las causas que han motivado la reactualización, si es que alguna vez ha dejado de estar de actualidad, de la cuestión, se pueden citar varias, de nuevo unas comunitarias y otras españolas. La primera consiste en la aprobación por parte del Tribunal Supremo de las Sentencias Disa⁷ y Petronor⁸, que han venido a corregir la doctrina de la Sentencia CAMPSA y, en consecuencia, a facilitar la aplicación judicial de las normas de la competencia en España.

Un segundo factor puede encontrarse en la Sentencia Courage del TJUE⁹, que profundiza en la anterior jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo que permitía la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia, en el sentido de asegurar que esa aplicación priva-

⁶ Se pueden citar, entre otros trabajos, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna y comunitaria sobre competencia en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Situación actual y perspectivas de futuro», en *Anuario de la Competencia 2000*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2001, pp. 125 ss., y «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de la competencia» en *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 157 ss.; C. FERNÁNDEZ VICÉN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons 2001, 2002, pp. 189 ss.; F. URÍA FERNÁNDEZ, «Problemas jurídicos derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2004*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2005, pp. 119 ss.; Gregory V. S. MCCURDY, «The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative perspective», en *ECLR*, 2004, pp. 509 ss.; S. MARTÍNEZ LAGE, «La aplicación judicial de los arts. 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio de 2004, pp. 4 ss.; F. GARRIDO RUIZ, «Novedades aportadas por el nuevo Reglamento núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 CE», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio de 2004, pp. 71 ss.; D. WOODS, A. SINCLAIR y D. ASHTON, «Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, summer 2004, pp. 31 ss.; K. LENAERTS y D. GERARD, «Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline», en *World Competition*, 27(3), 2004, pp. 313 ss.; D. CASTRO-VILLACAÑAS, «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos Juzgados de lo Mercantil», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2.818, del 4 al 1 de octubre de 2004, pp. 3 ss.; A. CAPOBIANCO, «Private enforcement of EC competition rules: recent developments», en *Competition Law Insight*, 23 de noviembre de 2004, pp. 3 ss.; T. F. BUSCH, «Private enforcement. The US model of private treble damages actions has lessons for European jurisdictions», en *Competition Law Insight*, 13 de diciembre de 2005, pp. 6 ss.; AAVV, *Aplicació del Dret de la Competència a Catalunya. Òrgans administratius. Òrgans judicials*, Barcelona, Tribunal Català de Defensa de la Competència, 2006; J. FOLGUERA CRESPO y B. MARTÍNEZ CORRAL, «Aspectos procesales de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 241, abril-mayo de 2006, pp. 102 ss.; C. DIEMER «The Green Paper on Damages Actions form Breach of the EC Antitrust Rules», en *ECLR*, junio de 2006, pp. 309 ss.

⁷ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000.

⁸ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2001.

⁹ Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd./ Bernard Crehan*, Asunto C-453/99. Un fundado comentario sobre esta Sentencia, que viene a corregir la jurisprudencia de los Tribunales ingleses según la cual quien haya sido parte en un contrato contrario a la competencia no puede reclamar los daños producidos por éste, puede encontrarse en C. FERNÁNDEZ VICÉN, loc. cit., pp. 197-203.

da permite la acción de reclamación de perjuicios incluso por parte de quien se haya visto compelido a firmar un contrato contrario a las normas de la competencia.

El tercer factor, y sin duda el más importante, es la aprobación del Reglamento 1/2003¹⁰ y su entrada en vigor el 1 de mayo de 2004. En este Reglamento se potencia considerablemente la posibilidad de procedimientos jurisdiccionales en materia de competencia, a la vez que se incluyen por primera vez en un texto normativo normas en las que se establecen los mecanismos de cooperación entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos en los que se apliquen las normas comunitarias de la competencia.

Como consecuencia de la aprobación del anterior Reglamento, y ésta es la cuarta de las razones, se introdujo en la reforma de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹ una norma en la que, al crearse los Juzgados de lo Mercantil, se les atribúan a éstos las competencias para aplicar las normas de la competencia contenidas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

Otra causa que mantiene de actualidad el tema de la aplicación judicial de las normas de la competencia radica en el actual proceso de reforma de la legislación española de la competencia, proceso abierto con el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, y que, en la actualidad, se encuentra pendiente de la presentación del informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de marzo de 2006. Ese proceso provocará, sin lugar a dudas, la derogación del art. 13.2 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989, que contiene un precepto que ha limitado considerablemente las posibilidades de aplicación judicial de las normas contenidas en dicha Ley.

Finalmente podría citarse, como la más reciente causa de actualidad, la publicación del Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia¹², que tiene entre sus objetivos facilitar, e incluso promover, las acciones privadas en materia de competencia.

Todas estas razones mantienen la actualidad de la cuestión, lo cual permite analizar los diferentes problemas que se plantean. Entre ellos se pueden destacar, al menos, dos extremos: en primer lugar, se puede realizar una reflexión sobre los supuestos en los que se han aplicado, fundamentalmente por los Juzgados de lo Mercantil, las normas comunitarias de la competencia, para analizar si, hasta el momento, han funcionado los mecanismos de cooperación de los órganos jurisdiccionales y las autori-

¹⁰ Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

¹¹ Esta reforma fue aprobada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

¹² Libro Verde presentado por la Comisión el 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672.

dades de la competencia previstos en el Reglamento 1/2003. En relación con esta cuestión se puede igualmente analizar si en las sentencias dictadas hasta el momento se ha producido concordancia o discordancia con la doctrina establecida en asuntos similares en las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Hay que tener en cuenta que un buen número de las sentencias analizadas han recaído en procedimientos relativos a contratos de distribución de productos carburantes, lo cual permite contemplar las soluciones a ciertos problemas que han sido resueltos por la Comisión Europea y el Tribunal de Defensa de la Competencia y contrastarla con las de las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil. De ahí que se dediquen en este trabajo un buen número de páginas a contemplar tales aspectos.

El segundo extremo consiste en la oportunidad de resolver buena parte de los problemas que puede plantear la aplicación privada de las normas de la competencia en la reforma de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. Para ello deberá analizarse igualmente el estado actual de la cuestión, y, fundamentalmente, el contenido del Libro Verde, para extraer conclusiones que puedan ser incorporadas a la nueva Ley.

2. BALANCE DE LA APLICACIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

Para realizar un balance sobre la aplicación judicial en España de las normas comunitarias de la competencia, hay que destacar que, como se ha indicado con anterioridad, el hecho de que buen número de las sentencias recaídas hasta el momento se refieran a contratos de distribución de carburantes permite la comparación entre los criterios mantenidos por las autoridades de la competencia en ese campo con los que se mantienen en las sentencias analizadas. Este hecho permite dedicar una especial atención a esos supuestos.

A. LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LAS QUE SE ANALIZAN ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN DE CARBURANTES

Si analizamos las ocasiones en las que, hasta el momento, los Juzgados de lo Mercantil han aplicado las normas comunitarias de la competencia se puede observar que una amplia mayoría de los casos analizados se refieren a contratos de distribución de carburantes para vehículos automóviles. Existen razones que justifican esta circunstancia.

En primer lugar, sin duda, el buen número de contratos existentes, porque la práctica totalidad de las estaciones de servicios existentes en

nuestro país suponen la existencia de un contrato, normalmente denominado de abanderamiento, que constituye un convenio de distribución en el que existe un distribuidor mayorista (la empresa petrolera) y un minorista (el titular de la estación de servicio), pero con multiplicidad de fórmulas contractuales y una amplísima variedad de pactos. Estos contratos constituyen, en principio, acuerdos verticales de compra exclusiva, que están incluidos en la prohibición del art. 81.1 del Tratado, si bien pueden merecer la exención del art. 81.3 del mismo.

En segundo lugar, la regulación de estos contratos, desde la óptica de las normas comunitarias de la competencia, estaba contenida en el Reglamento 84/83¹³, que era uno de los Reglamentos de Exención por Categorías en cuya redacción había imperado un excesivo formalismo que ha sido criticado —y parcialmente corregido— con ocasión de la profunda revisión de las normas comunitarias de la competencia llevada a cabo a partir del final de los años noventa del pasado siglo. Estando en vigor ese Reglamento, se contenía una regulación tan minuciosa de las cláusulas prohibidas y permitidas que la norma comunitaria se había convertido, o al menos así acostumbraba a ser interpretada, en una especie de ley contractual que regía la totalidad de las relaciones de las partes, es decir, como una norma de Derecho privado y no como un Reglamento que eximiera de la prohibición del art. 81.1 a los contratos que reunieran determinadas características, es decir, a una norma que contemplara exclusivamente las cuestiones de competencia. La derogación de ese Reglamento, y la aprobación del Reglamento 2790/99¹⁴, ha venido a corregir parcialmente, pero sólo parcialmente, esta circunstancia.

En tercer término, analizando la realidad del sector se puede llegar a la conclusión de que existe una variada gama de contratos en los que las partes, normalmente las petroleras, que son las que los suelen imponer, pretenden evadirse de algunas de las prohibiciones contenidas en los Reglamentos de Exención por Categorías, particularmente en los extremos relativos a la fijación vertical de precios y a la duración de los contratos, aunque también en otras cuestiones tales como la imposición de exigencias accesorias como, por ejemplo, las consistentes en la imposición de venta de productos lubricantes de la misma marca de la petrolera, con carácter exclusivo.

Por último debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia DISA¹⁵ que un contrato entre una petrolera y un titular de una estación de servicio es susceptible de vulnerar el art. 81.1 del Tratado (y no sólo las normas nacionales de la competencia) porque existe

¹³ Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000.

afectación al comercio entre Estados miembros, en la medida en que un contrato de compra exclusiva puede impedir la entrada de otros operadores de los restantes Estados miembros. Esta afirmación, presente en unos momentos en los que existe la paradoja de que pueden ser aplicadas las normas comunitarias de la competencia por los Juzgados de lo Mercantil, mientras que no pueden serlo las normas nacionales, ha facilitado que quienes se consideran lesionados por ciertos contratos acudan a la jurisdicción a obtener satisfacción de sus pretensiones.

Todo este conjunto de circunstancias ha motivado una cierta incertidumbre sobre la legalidad o ilegalidad de ciertos contratos, y de ahí su conflictividad. Esta conflictividad no sólo se acredita en el número de sentencias hasta el momento dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, sino también en el buen número de resoluciones del TDC dictadas sobre el particular. Será necesario realizar un análisis de cómo han afrontado hasta el momento estos problemas el TDC, los Juzgados, y hasta la Comisión Europea¹⁶, para realizar un cierto balance de la experiencia de la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia.

a) *Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*

Aun cuando la complejidad y la variedad de los contratos, que genéricamente pueden denominarse como de abanderamiento, de distribución de productos carburantes para vehículos automóviles sea considerablemente amplia, son dos los aspectos que deben analizarse de forma primordial, los relativos a lo que genéricamente pueden denominarse como contratos de agencia o comisión, y posteriormente las fórmulas utilizadas para realizar transferencias de propiedad del inmueble donde se ubica la estación de servicio, particularmente la constitución de derechos de usufructo o superficie.

i) Los contratos de agencia y comisión

Con frecuencia los contratos de distribución se denominan como contratos, bien de agencia, bien de comisión, con la poca oculta intención de

¹⁶ En estos momentos está pendiente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la CE planteada por el Tribunal Supremo español en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002 por la que se desestimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998, en la que se declaraba que determinados contratos sometidos a su consideración eran contratos de agencia o de comisión, y, por lo tanto, excluidos de la aplicación del Reglamento 1984/83. Este extremo, ratificado por la Audiencia Nacional, no debe quedar claro para el Tribunal Supremo, que ha planteado la cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre si los contratos denominados por las partes como de agencia o comisión están sujetos al Reglamento 1984/83.

que tales contratos no queden sometidos a las normas de la competencia. En efecto, ni el agente ni el comisionista se pueden considerar, de acuerdo con la legislación mercantil, como empresarios independientes del empresario principal (en este caso la petrolera), por lo que este tipo de contratos, en principio, no puede quedar incluido en la prohibición del art. 81.1, por faltar el elemento de bilateralidad que exige tal precepto.

La cuestión, planteada en esos términos, resulta clara. Lo que ocurre es que, con cierta frecuencia, las cláusulas contenidas en los contratos denominados como de comisión o agencia exceden de las normas que rigen ese tipo de contratos, por lo que se podría alegar que se trata de contratos simulados que disimulan auténticos contratos de venta en firme del combustible, en cuyo caso el falsamente denominado agente o comisionista actuaría como auténtico revendedor, es decir, como un empresario independiente, y, en consecuencia, aparecería la bilateralidad que constituye el elemento necesario para la aplicación del art. 81 y de los Reglamentos de Exención por Categorías.

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado en diferentes resoluciones la cuestión y la ha resuelto de forma aparentemente contradictoria, en el sentido de que se puede observar una línea que se desliza desde posturas más aparentemente favorables a estimar que los contratos son auténticos contratos de comisión o agencia, a otras en las que, tras analizar el contenido de los mismos, se llega a la conclusión de que se trata de contratos que se pueden asimilar a los de venta en firme. Aun a riesgo de adelantar las conclusiones, se puede afirmar que esa contradicción entre unas resoluciones y otras es más aparente que real. Al fin y al cabo no se trata de calificaciones jurídicas diferentes sobre idénticos o similares contratos, sino de análisis de contratos diferentes, de cuyos análisis se obtienen conclusiones diferentes. Aunque quepa también decir, en honor a la verdad, que en las más recientes resoluciones del TDC, en las que se tiende a afirmar que los denominados contratos de agencia o comisión son contratos simulados, se produce un análisis más detallado de las cláusulas contenidas en los mismos¹⁷.

¹⁷ Es cierto que para justificar, si cabe, este cierto cambio de orientación consistente en un análisis más en profundidad del contenido de los contratos, hay que tener en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, que las primeras resoluciones en las que, mayoritariamente, se tiende a considerar que los contratos de agencia o comisión merecen tal nombre, recayeron en expedientes de recurso contra actos de archivo o sobreseimiento del SDC, es decir, expedientes en los que el Servicio ya había calificado los contratos y en los que las posibilidades de análisis eran considerablemente más limitadas, ya que el Tribunal se limita, por lo general, a analizar el texto de los contratos, sin que obren en el expediente pruebas de la forma en la que tal contrato se ha aplicado. Por el contrario, las resoluciones más recientes recayeron en expedientes sancionadores en los que, por su propia naturaleza, es posible un análisis más profundo de todas las cuestiones planteadas, y, además, la instrucción realizada por el Servicio había sido mucho más rigurosa. En segundo lugar, ya habían sido publicadas las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales en las que, como más adelante se observará, se habían planteado cuestiones relativas a los contratos de agencia a los que, en determinadas circunstancias, podría resultarles de aplicación el art. 81.1 del Tratado.

En la Resolución Petrodis de 30 de junio de 1996¹⁸, el Tribunal consideró que las normas de la competencia no se podían aplicar al contrato que habían suscrito la petrolera Petrodis y el titular de una estación de servicio por considerar que se trataba de un contrato de agencia en el que el empresario principal asumía todos los riesgos del producto. El argumento fundamental para sostener este criterio consiste en afirmar que la propiedad de carburante suministrado pertenecía, hasta el momento de su venta al por menor, a la petrolera.

Por el contrario, en la Resolución Gasolineras de Canarias de 20 de julio de 1996¹⁹, el Tribunal concluyó que en los contratos de concesión que ligan a la petrolera Disa con los titulares de las estaciones de servicio, reciban la denominación que reciban, estos últimos son empresarios independientes y, por lo tanto, los contratos deben someterse a las normas de la competencia.

En la Resolución BP Oil España de 13 de enero de 1997²⁰, el Tribunal hizo suyas las conclusiones del Servicio en las que se consideraba que el contrato objeto de la denuncia era un contrato de agencia al que no se le podían aplicar las normas de la competencia.

En el año 1998 se planteó de nuevo la cuestión en la Resolución Cepsa de 1 de abril²¹. Al analizar los contratos denominados como de comisión, el Tribunal continuó manteniendo su criterio anterior respecto al hecho de que, puesto que el llamado comisionista no asumía el riesgo ni la propiedad del carburante, no podía hablarse de contratos entre empresarios independientes y, por lo tanto, no se les debían aplicar las normas de la competencia. En este expediente concurrían dos circunstancias que posiblemente no fueron valoradas por el Servicio y el Tribunal. En primer

¹⁸ Resolución Petrodis de 30 de junio de 1996, Expediente R146/96. En ella se afirma: «*Tanto de los términos del propio contrato como de su práctica se deduce claramente que se trata de un contrato de suministro en exclusiva en el que Landete es un agente comercial de Petrodis en la distribución de combustibles y carburantes sin asumir los riesgos de la gestión*».

¹⁹ Resolución Gasolineras de Canarias de 20 de julio de 1996, Expediente R155/96.

²⁰ Resolución BP Oil España de 13 de enero de 1997, Expediente R172/96. En ella se recoge el criterio del SDC cuando afirma que «*para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se produce ante todo un consenso de voluntades de personas distintas dotadas de libertad económica para decidir*» y «*tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario por el que actúan*». En consecuencia, «*la prohibición del art. 1 de la Ley 16/1989 no es aplicable a los contratos concertados por los comisionistas, agentes comerciales o mediadores con otros empresarios*». El TDC asumió tales argumentos y desestimó el recurso.

²¹ Resolución Cepsa de 1 de abril de 1998, Expediente R280/97. Se trataba de una denuncia presentada por la Confederación de Estaciones de Servicio por cometer diversas prácticas restrictivas de la competencia, acompañando, a tal fin, diversos modelos de contratos. A los efectos que ahora nos ocupan, se adjuntaron algunos contratos que se calificaban como contratos de agencia «disfrazados» porque no tenían todas las características exigidas para ello en la legislación mercantil. El Tribunal asumió, sin más, su anterior tesis de que los contratos de agencia no están sometidos a las normas de la competencia. La Audiencia Nacional confirmó, en este apartado, la Resolución del Tribunal, y recurrida su sentencia en casación, como se menciona en la nota 16, se ha planteado la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

lugar, que en los contratos se preveían ciertas obligaciones sobre la publicidad que, en opinión del Servicio, no podían estar amparadas por el Reglamento 1984/83, pero no resultaron enjuiciadas por haber sido suprimidas a iniciativa de Cepsa; por otro lado, existía una referencia al período de duración de los contratos, en el sentido de que Cepsa, a iniciativa de la Comisión Europea, había notificado la posibilidad de acortarlo. Estos hechos parecen conducir a la conclusión de que, al menos en ciertos aspectos, las normas de la competencia, y en concreto el Reglamento 1984/83, resultaban de aplicación. No obstante estos elementos, se mantuvo el anterior criterio, que fue ratificado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002²².

También en el mismo año 1998 se dictó la Resolución Repsol de 19 de mayo²³, en la que se utilizaron los mismos argumentos de la anterior resolución para llegar a la misma conclusión, es decir, que los contratos analizados deberían ser calificados como contratos de comisión y, en consecuencia, no podría serles aplicada la legislación de la competencia. El mismo criterio, consistente en considerar que a los contratos de comisión no les resulta de aplicación la normativa de la competencia, se contiene en la Resolución Cepsa-2 de 20 de abril de 1999²⁴, con la peculiaridad de que la cuestión fue analizada, a diferencia de los supuestos anteriores, en el seno de un expediente sancionador.

En algunas de las resoluciones comentadas se admite la calificación de los contratos como contrato de agencia por estimar que la propiedad del carburante pertenecía a la petrolera hasta el momento de su venta. La aplicación del mismo criterio de la propiedad lleva, por el contrario, al TDC a considerar que determinados contratos, aunque sean denominados como contratos de comisión, no resultan ser tales en la Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998²⁵. En los contratos analizados se estipulaba que el carburante pasaría a ser propiedad del titular de la estación de servicio desde el mismo momento de su puesta a disposición, por lo que se concluía que se estaba en presencia de un contrato entre dos partes independientes, de las cuales una compra en exclusiva a la otra derivados del petróleo para su posterior reventa a terceros. Este contrato no podría, en

²² En esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó, en el apartado relativo a los contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, el recurso interpuesto. Se considera en la Sentencia que es fundamental determinar la naturaleza jurídica de los contratos, y llega a la conclusión de que son contratos atípicos, articulados sobre la base del contrato de comisión o agencia, al que se le añaden algunas cláusulas que para los representantes de las estaciones de servicio desnaturalizan la esencia del contrato de comisión, mientras que para Cepsa simplemente lo modulan. Esas cláusulas se refieren al riesgo de cobranza, que según el art. 272 del Código de Comercio es compatible con el contrato de comisión, y al traslado de la responsabilidad por pérdida del carburante que, según la Audiencia Nacional, no desnaturaliza el contrato de comisión, ya que no se incluye ninguna cláusula que impida o penalice la devolución de la mercancía.

²³ Resolución Repsol de 19 de mayo de 1998, Expediente R276/97.

²⁴ Resolución Cepsa-2 de 20 de abril de 1999, Expediente 428/98.

²⁵ Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998, Expediente 299/98.

consecuencia, ser calificado como contrato de comisión y, por lo tanto, debería estar sometido a las normas de la competencia.

Un cierto cambio en el análisis de los denominados contratos de comisión o agencia en el sector de distribución de carburantes se produjo en la Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001²⁶, que realizó un exhaustivo análisis de los contratos de distribución de carburantes denominados por Cepsa como de agencia o de comisión, para llegar a la conclusión de que se trataba de contratos simulados que intentan disimular un contrato de venta de carburantes para su reventa posterior. Para llegar a tal conclusión se consideró el hecho de que el titular de la gasolinera debía abonar el carburante suministrado en determinado plazo, con independencia de que lo hubiera vendido o no, circunstancia que se compaginaba difícilmente con un contrato de agencia o con uno de comisión. También sirvió para calificar los denominados contratos de comisión o agencia como contratos disimulados el hecho de que el minorista asumía la totalidad de los riesgos del carburante suministrado, lo cual no resultaba compatible con la posición del agente o comisionista. En consecuencia, se concluyó que, aunque los contratos analizados estaban integrados por componentes de los contratos de suministro en exclusiva de venta y de agencia, se asemejaban más a los primeros, y, por lo tanto, se les debían aplicar las normas de la competencia, ya que se trataba de contratos otorgados por dos empresarios independientes, que eran susceptibles de infringir los arts. 81.1 del Tratado y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Una línea argumental similar se contiene en la Resolución Repsol de 11 de julio de 2001²⁷. Como ya se ha indicado con anterioridad, en realidad el cambio introducido en estas dos últimas resoluciones no resulta tan radical como podría parecer a primera vista, en primer lugar porque, con anterioridad, el Tribunal (Resolución Gasolineras de Canarias de 30 de julio de 1996, o bien la Resolución Cepsa de 20 de octubre de 1998) ya había determinado que a determinados contratos, con independencia de su denominación como de agencia o comisión, se les debería aplicar la normativa de la competencia si se llegaba a la conclusión de que se trataba de contratos simulados. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que en las diferentes resoluciones se analizan contratos de contenido diferente, y que existe una gran variedad de ellos, buena parte de ellos redactados por el mayorista con la presumible finalidad de obviar las limitaciones de los Reglamentos de Exención por Categorías y de evitar, en la medida de lo posible, la aplicación de las normas de la competencia. En consecuencia, hay que tener en cuenta que en los diferentes expedientes se han analizado contratos diferentes, y lógicamente se han obtenido conclusiones diferentes. Pero, en cualquier caso, debe destacarse que el criterio que hasta el momento había utilizado el TDC para calificar los contratos como de comisión o de venta era el criterio de la propiedad, es decir, si la propie-

²⁶ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00

²⁷ Resolución Repsol de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00.

dad de los carburantes se transfería o no al titular de la estación de servicio. Lo que ocurre es que, a partir de determinado momento, el TDC considera que, ante la complejidad de las cláusulas contractuales, el criterio de la propiedad puede resultar insuficiente. No se separa plenamente de la anterior línea argumental, y, de hecho, recoge y asume como válidos los argumentos contenidos en la Resolución Petrodis de 1996, si bien estima el Tribunal que ese criterio no puede ser aplicado a los contratos que se analizan en el nuevo expediente.

Considera el Tribunal en esta resolución que el criterio del derecho de propiedad de la mercancía, que era el vigente en anteriores resoluciones, resulta escasamente operativo cuando «los distintos elementos de riesgo que, normalmente, aparecen asociados a ese derecho se distribuyen entre ambas partes contratantes», y por ello es necesario referirse a los elementos detallados de riesgo que aparecen en los contratos. En definitiva, cuando la propiedad del carburante suministrado a la estación de servicio resulta clara, sea de la petrolera, sea del titular de la estación de servicio, la solución resulta aparentemente nítida: en el primer caso se tratará de un contrato de comisión o agencia, mientras que en el segundo será un contrato de compraventa, que ha de quedar sometido a las normas de la competencia. Pero el criterio de la propiedad del carburante no resulta aplicable en un buen número de casos de los analizados por el Tribunal en esta resolución porque en tales contratos el riesgo del daño a la mercancía aparece asignado al titular de la estación de servicio, mientras que el riesgo de fluctuación de los precios corresponde a la gasolinera. En tales casos complejos, el criterio de la propiedad del carburante no resulta aplicable. En consecuencia, los contratos en los que el riesgo de daño a la mercancía corresponde al minorista, o bien a éste se le imponen los costes financieros derivados del desfase entre ingresos y pagos, no pueden ser calificados como contratos de comisión y, por lo tanto, quedan sometidos a las normas de la competencia.

Como conclusión se puede afirmar que en los diferentes supuestos analizados en distintas resoluciones del TDC sobre contratos que pretenden ser de comisión o de agencia, el Tribunal ha analizado el contenido de los contratos para determinar si se trata de verdaderos contratos de agencia o de comisión, o bien de contratos disimulados que pretenden obviar la aplicación de las normas de la competencia. Para determinar si se encontraba en presencia de un contrato verdadero de agencia o de comisión, o bien de un contrato simulado, ha utilizado, en primer lugar, el criterio de la propiedad del carburante, y en las últimas resoluciones ha venido aplicando el criterio del riesgo, para concluir que si el riesgo del carburante, en su totalidad o en parte, lo asume el titular de la estación de servicio, no podría hablarse de un contrato de agencia o de comisión.

- ii) Contratos en los que, con carácter previo o simultáneo, se ha constituido un derecho de usufructo o de superficie a favor del proveedor

Una segunda modalidad contractual, que aparece con cierta frecuencia en contratos de distribución de carburante para vehículos automóviles analizados por el TDC consiste en una construcción negocial, a veces sumamente artificiosa, que se puede resumir en el siguiente ejemplo. El propietario de un terreno que desea construir una estación de servicio cede el derecho de superficie o el usufructo por un período de tiempo a la petrolera, que construye sobre dicho terreno una estación de servicio sobre la base del proyecto y las instrucciones del propietario, aunque normalmente el propio propietario (o nudo propietario) contribuye a sufragar parte de los gastos de esa construcción y se encarga de obtener todos los permisos administrativos requeridos para el funcionamiento de la estación de servicio. Como complemento de esa cesión, la petrolera firma un arrendamiento de industria con el propietario o nudo propietario, o bien con una persona con esté relacionada, por el mismo período de tiempo por el que se ha constituido el usufructo o la superficie. Mediante este mecanismo se consiguen evitar algunas de las limitaciones establecidas en los Reglamentos de Exención por Categorías vigentes en cada momento para la distribución de carburantes, particularmente la limitación temporal.

En las ocasiones en las que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado las cuestiones relacionadas con arrendamientos de industria de estaciones de servicio situadas en terrenos en los que el proveedor era titular de un derecho de superficie o usufructo y de los que anteriormente la plena propiedad correspondía al arrendatario-revendedor ha establecido algunos criterios.

En primer lugar ha diferenciado los supuestos en los que era de aplicación el Reglamento 1984/83²⁸ de los que resultaba de aplicación el Reglamento 2790/99²⁹, realizando en el segundo de estos supuestos una interpretación más estricta en cuanto a la utilización de fórmulas que trataban de eludir las limitaciones a la duración de los contratos de distribución de carburantes. Para realizar este diferente tratamiento se parte del hecho de que el nuevo Reglamento es más restrictivo para la aplicación de la excepción a la duración de los contratos en los supuestos en los que el gestor del punto de venta coincide con el propietario del terreno en el que éste se ubica, como se señala en la Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001³⁰.

²⁸ Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinada categoría de acuerdos de compra exclusiva.

²⁹ Reglamento (CE) núm. 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

³⁰ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00.

En los contratos a los que resultaba de aplicación el primero de los Reglamentos citados, el Tribunal ha analizado si el mecanismo consistente en la constitución del derecho de superficie o usufructo constituía o no un mecanismo para eludir el período de duración máxima establecido para los contratos de compra exclusiva, y para ello, el primer elemento para determinar si ese mecanismo resulta o no lícito consiste en «el criterio de la inversión auténtica». Según este criterio, hay que tomar en consideración si el usufructuario o el titular del derecho de superficie han realizado o no una inversión auténtica en las instalaciones de la estación de servicio. Así, en la mencionada Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001 no se sancionó al proveedor por la utilización del cruce de contratos, por considerar que no había resultado acreditada la conducta de la que le acusaba el Servicio, que consistía en haber firmado un contrato de distribución de carburantes cuyo plazo excedía del máximo permitido en el Reglamento de Exención por Categorías, sin poder acogerse a la excepción prevista en el art. 12.2 del mismo para la ampliación del plazo de los contratos. Según el Servicio, Cepsa había utilizado una serie de prácticas, tales como la constitución de derechos de usufructo o superficie, encaminadas a alargar la duración máxima de los contratos, pero el Tribunal consideró que esa cláusula era lícita, pues cuando existen inversiones auténticas en la mejora de las instalaciones de la gasolinera en los contratos G-P-G (gasolinera, petrolera, gasolinera), los mecanismos de constitución de los derechos de usufructo o superficie no deben considerarse ficticios.

En el mismo sentido, con la Resolución Repsol de 11 de julio de 2001³¹ se produce el análisis de una serie de contratos, llegando a la conclusión de que cuando se realizan inversiones reales en la instalación de la estación de servicios no se puede considerar que el cruce de contratos (G-P-G) sea fraudulento³², y la misma tesis se mantiene en la resolución Repsol Baleares de 16 de julio de 2002³³.

El segundo elemento para determinar si el mecanismo resulta o no fraudulento consiste en «el criterio del cierre del mercado». La resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001, anteriormente citada, considera que la utilización generalizada de prácticas similares «*podría constituir un intento de cerrar el mercado, reprobable desde el punto de vista del Derecho de la competencia*», y el mismo criterio se mantiene en las resoluciones Repsol y Repsol Baleares, también anteriormente citadas.

En la Resolución de 27 de enero de 2004, Estaciones Servicio Galicia³⁴, se señala que para declarar ilícita la secuencia de contratos en virtud de los cuales el propietario de la estación de servicio cede un derecho de

³¹ Resolución Repsol de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00.

³² En esta Resolución sólo se encuentran indicios de utilización fraudulenta de la exención del art. 12.2 del Reglamento 1984/83 en un supuesto en el que la inversión de Repsol en la gasolinera era exigua (3,6 millones de pesetas).

³³ Resolución Repsol Baleares de 16 de julio de 2002, Expediente 523/2001.

³⁴ Resolución Estaciones Servicio Galicia de 27 de enero de 2004, Expediente R566/03.

superficie a favor de un operador petrolífero, y éste arrienda, a su vez, la estación de servicio a favor del primero, es necesario demostrar que se trata de una estrategia comercial artificial para eludir la vigencia máxima permitida.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha analizado una serie de contratos en un expediente de autorización singular³⁵, denegando ésta para una serie de contratos tipo G-P-G en los que el propietario de la estación de servicio constituía un derecho de superficie o de usufructo a favor del operador petrolífero, que a su vez cedía al primero la estación de servicio en arrendamiento de industria por el mismo plazo del usufructo o la superficie.

En consecuencia, la doctrina del TDC ha sufrido una modificación como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Exención por Categorías, que se muestra más restrictivo a la hora de considerar como lícitas determinadas secuencias sobre la propiedad de la estación de servicio, que combinan la constitución de los derechos reales de usufructo o superficie con el arrendamiento de industria, cuando se mezclan la condición de propietario (o nudo propietario) del terreno con la de arrendatario de industria.

b) *La posición de la Comisión Europea*

La Comisión Europea se ha planteado algunas de las cuestiones derivadas de la consideración de algunos de los contratos de distribución de carburantes que se habían analizado por las autoridades españolas de la competencia. Así, al aprobar las Directrices relativas a las restricciones verticales³⁶ incluyó algunos extremos que podrían ayudar a la interpretación y análisis de las complejas relaciones contractuales anteriormente aludidas. Así, en primer lugar, se analizaron los problemas planteados por los contratos de agencia para las normas de la competencia en el apartado 2 (parágrafos 12 a 21, ambos inclusive). Según las Directrices para determinar si nos encontramos ante un verdadero contrato de agencia, habrá que proceder a analizar si el agente asume el riesgo financiero y comercial³⁷, pues si el agente asume tales riesgos se le aplicarán las normas de la competencia, con independencia de la denominación que se le dé al contrato. El análisis del riesgo ha de realizarse caso a caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación, y no la forma jurídica del acuerdo, teniendo en cuenta si la propiedad del producto se transmite al agente o si éste realiza alguna de las siguientes actividades (la lista no es exhaustiva):

³⁵ Resolución Contratos BP Oil España de 30 de marzo de 2005, Expediente A325/02.

³⁶ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, de 13 de octubre de 2000 (DO C 291).

³⁷ Parágrafo 14 de las Directrices citadas en la nota anterior.

- Contribución a los costes relacionados con el suministro o adquisición de bienes o servicios.
- Inversión en promoción de ventas.
- Mantenimiento bajo su propio riesgo de existencias de los bienes cubiertos por el contrato.
- Creación y explotación de un servicio de venta y posventa o de un servicio de garantía.
- Organización de una red de distribución con inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o personal.
- Responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido.
- Responsabilidad por el impago de clientes por el producto vendido, a excepción de las garantías por riesgo de impago³⁸.

Si el agente realiza alguna de estas actividades o asume el riesgo de la mercancía, hay que entender que no nos encontramos ante un contrato de agencia genuino y, en consecuencia, se aplica el art. 81.1 del Tratado.

En cuanto a los verdaderos contratos de agencia, se establece que se aplican las normas de la competencia cuando existen determinadas cláusulas, tales como las de prohibición de competencia³⁹, las que facilitan la colusión⁴⁰, las que impiden al agente reducir los precios con cargo a su propia comisión⁴¹ o cuando el contrato sirva de instrumento para aplicar un acuerdo horizontal o una práctica concertada⁴², que son contrarias a tal espíritu.

³⁸ Parágrafo 17 de las Directrices. En el parágrafo 20 de las mismas se establece con referencia a la lista incluida en el párrafo anterior: «Esta lista no es exhaustiva. No obstante, si el agente ejerce una o varias de las actividades señaladas, en principio puede aplicarse el apartado 1 del art. 81 como en el caso de cualquier otro tipo de acuerdo vertical».

³⁹ El parágrafo 19 de las Directrices establece que «(l)as cláusulas de prohibición de la competencia, incluidas las disposiciones de inhibición a posteriori de la misma, se refieren a la competencia intramarca y pueden infringir lo dispuesto en el apartado 1 del art. 81 si conducen a la exclusión del mercado de referencia en el que se compran o venden los bienes o servicios objeto del contrato».

⁴⁰ Las Directrices en el parágrafo 20 señalan: «Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, si facilita la colusión. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si una serie de principales utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden a otros emplear a estos agentes o si los utilizan para coludir una estrategia de mercadotecnia o para intercambiar información de mercado sensible entre los principales».

⁴¹ «En el caso de los acuerdos de agencia, el principal suele fijar los precios de venta, ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes. Con todo, si un acuerdo de agencia entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81... toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave con arreglo a la letra a) del art. 4 del Reglamento de Exención por Categorías. Por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin reducir los ingresos del principal» (parágrafo 48 de las Directrices).

⁴² En el parágrafo 21 de las Directrices se señala: «Un acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81, aun cuando el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales correspondientes, cuando sirva de instrumento para aplicar un acuerdo horizontal o una práctica concertada».

Como puede fácilmente deducirse del análisis del contenido de las Directrices, se pueden establecer distinciones entre contratos de agencia genuinos y no genuinos, pues cuando, con independencia de la fórmula jurídica adoptada o de la denominación del contrato, el así llamado agente asume los riesgos, no se trata de verdaderos contratos de agencia, puesto que son contratos entre empresarios independientes a los que se les aplica el art. 81.1 y el Reglamento de Exención por Categorías en toda su extensión.

Por su parte, si bien no existe en el texto de las Directrices ningún párrafo expresamente referido a la aplicación de las normas de la competencia a los contratos en los que se acude a la constitución de derechos de superficie o usufructo, sí que debe entenderse que se refiere a este tipo de contratos cuando se alude a que cuando se acude a «construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años» no se le aplica la excepción del Reglamento 2790/99, según la cual la duración máxima de cinco años para los contratos no rige cuando los bienes o servicios se revenden desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con él⁴³.

La Comisión, en una Decisión⁴⁴ ha aplicado estos principios recogidos en las Directrices y, en consecuencia, ha aceptado los compromisos presentados por Repsol en relación con sus contratos firmados para la compra exclusiva de carburantes para automóviles por parte de las estaciones de servicio en España. Tales compromisos tuvieron lugar en un procedimiento abierto a tenor de lo dispuesto en el Capítulo III del Reglamento 1/2003.

Este procedimiento tuvo su antecedente en una solicitud presentada por Repsol en el año 2001, a tenor del Reglamento 17 de 1962, para que la Comisión dictara una declaración negativa o, en su defecto, una exención individual del art. 81.3. Esta solicitud caducó en mayo de 2004 al entrar en vigor el Reglamento 1/2003, pero la Comisión decidió incoar un procedimiento a tenor de lo previsto en este último Reglamento.

El análisis de la Comisión se centra en la consideración de ocho tipos diferentes de contratos suscritos entre Repsol y las estaciones de servicio. En realidad, estos ocho contratos suponen la combinación de dos factores:

⁴³ El párrafo 49 de las Directrices establece: «El plazo máximo de cinco años no se aplica si el comprador revende los bienes o servicios “desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor”». En tales casos la obligación de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador [letra a) del art. 5 del Reglamento de Exención por Categorías]. La razón para la existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde locales y terrenos de su propiedad sin su permiso: «No pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años».

⁴⁴ Pendiente de publicación en el momento de la redacción de este trabajo.

el régimen de propiedad de la estación de servicio y la condición de la empresa explotadora de la misma. Según el régimen de titularidad, las estaciones de servicio pueden ser: propiedad de Repsol, propiedad de la empresa explotadora, Repsol puede tener el usufructo o bien el derecho de superficie. En estos dos últimos casos, Repsol cede en arrendamiento simultáneamente a la constitución del derecho real la explotación de la estación de servicio al nudo propietario (en el supuesto de usufructo) o al propietario del terreno (en el supuesto de superficie) o bien a una empresa ligada a ellas. En cuanto a la condición de la empresa explotadora de la estación de servicio, puede ser o agente o revendedor.

De la combinación de estos elementos surgen ocho tipos de contratos diferentes:

- a) Contrato CODO-agente.
- b) Contrato CODO-revendedor. En estos dos primeros casos, la propiedad de la estación de servicio es de Repsol.
- c) Contrato DODO-agente.
- d) Contrato DODO-revendedor. Esta tercera y cuarta modalidad surge cuando la estación es propiedad de la empresa explotadora.
- e) Contrato usufructo-agente.
- f) Contrato usufructo-revendedor. En estas dos modalidades, Repsol es usufructuario en los términos anteriormente expuestos.
- g) Contrato superficie-agente.
- h) Contrato superficie-revendedor. En los dos últimos modelos de contrato, Repsol es titular del derecho de superficie sobre el terreno en el que se construye la estación de servicio en los términos anteriormente expuestos.

En la evaluación preliminar realizada por la Comisión se observó que los contratos de distribución presentaban problemas de competencia, sin entrar a considerar si las empresas explotadoras se denominaban agentes o revendedores⁴⁵. Al continuar el procedimiento, algunos interesados manifestaron que las estaciones de servicio calificadas de agentes no eran tales, ya que no podían conceder descuentos⁴⁶, por lo que la Decisión de la Comisión hizo referencia a ello, pero terminó manifestando que los problemas derivados de esa circunstancia *«están siendo abordados por la autoridad nacional de la competencia»*⁴⁷.

En consecuencia la Comisión no entró a valorar si existían contratos denominados de agencia que no merecieran tal calificación. Sin embargo,

⁴⁵ En el Considerando 22 la Comisión señala que: *«A este respecto, según la opinión preliminar de la Comisión, era indiferente que las empresas explotadoras de estaciones de servicio se denominaran agentes o revendedores en los contratos»*.

⁴⁶ En la nota a pie de página núm. 9 se hace referencia a la Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 y se señala que se requería *«un análisis más detallado para confirmar si algunas estaciones pueden considerarse agentes y si las estaciones pueden conceder descuentos»*.

⁴⁷ Considerando 42. Obviamente se hace referencia a la ejecución de la citada Resolución del TDC de 11 de julio de 2001.

la Comisión aceptó compromisos de Repsol relativos a los contratos de agencia, a los que se limitaba la duración, sin distinguir si se trataba de contratos de agencia o de reventa⁴⁸. También se presentaron compromisos en el sentido de permitir los descuentos a los agentes, siempre y cuando éstos fueran a cargo de su propia comisión⁴⁹. De este hecho se deduce que, en opinión de la Comisión Europea, los contratos de agencia (debe entenderse que los contratos genuinos de agencia), de conformidad con el contenido de las Directrices anteriormente citadas, y a diferencia de lo que tradicionalmente han venido considerando las autoridades españolas de la competencia, sí que pueden ser analizados desde la óptica de las normas de la competencia, aun cuando el agente no sea un auténtico empresario.

c) *Resoluciones judiciales*

En un buen número de sentencias dictadas en procedimientos en los que se solicitaba la aplicación del art. 81 del Tratado, referidos a contratos de distribución de carburantes que eran calificados como de comisión o agencia, no se realizaron especiales consideraciones a la diferenciación entre contratos de agencia genuinos y no genuinos, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea y la doctrina del TDC, sino que se ha venido asumiendo la tesis de que tales contratos eran de agencia o de comisión mercantil y, en consecuencia, no se aplicaban las normas de la competencia⁵⁰.

A modo de ejemplo de esta interpretación cabe citar las Sentencias de 10 de junio de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid (caso La Sabor-Repsol CPP); de 2, 7 y 23 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18), y de 31 de enero de 2005, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid desestima la demanda en base a los siguientes argumentos: a diferencia de lo señalado por el demandante en su escrito, no existe un negocio jurídico complejo, ya que los contratos

⁴⁸ Apartado B.1.a) del Anexo I de la Decisión, en el que Repsol se compromete a no celebrar acuerdos que contengan cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, sin distinguir si se refiere a acuerdos de agencia o de reventa.

⁴⁹ En el apartado B.1.b) de los compromisos presentados por Repsol y aceptados por la Comisión se señala «... en el caso de los acuerdos de agencia, en los que la empresa fija el precio de venta ya que el agente no se convierte en propietario de los bienes, no impedir al agente repartir su comisión con el cliente ni imponerle restricciones al respecto, dejando plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos de la empresa como principal».

⁵⁰ Esa tesis de admitir los contratos como de agencia o comisión genuinos, sin hacer especial consideración al análisis de los riesgos, también se mantenía en algunas sentencias dictadas en procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Valga como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2005.

de compraventa y de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento son autónomos; la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de comisión mercantil de los previstos por el Código de Comercio, ya que no se concertó un precio de venta y sí la retribución mediante comisiones, y al tratarse de un contrato de comisión mercantil no se aplica la normativa comunitaria de competencia y, por tanto, no hay motivos para declarar la nulidad del contrato cuestionado.

Por su parte, la Sentencia de 23 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid (caso E.S. Ahigal y Melón-Repsol CPP), tras rechazar plantear la cuestión prejudicial al TJCE, como proponía el demandante, desestima la demanda partiendo de los siguientes argumentos: se trata de un contrato de comisión mercantil, puesto que no existe una cláusula sobre asunción de riesgos; la estación de servicio percibe una comisión, y el espíritu es el de agencia que perdura en el tiempo, y, por tanto, no es de aplicación la normativa de competencia. Respecto a la supuesta contradicción que pudiera haber con algunas de las resoluciones del TDC señaladas anteriormente, la Sentencia señala que las resoluciones administrativas no afectan a la sentencia civil y que ésta sólo debe ajustarse a la jurisprudencia civil. Estos argumentos son prácticamente idénticos a los ya utilizados por esta misma Sección de la Audiencia Provincial en su Sentencia de 7 de junio de 2004 (caso Melón-Repsol CPP)⁵¹. Por su parte, la Sección Novena de esta misma Audiencia Provincial de Madrid hacía un análisis similar en su Sentencia de 31 de enero de 2005 (caso E.S. Zarza y Melón-Repsol CPP) al considerar que los contratos no infringen la normativa de competencia, puesto que el estatuto de la estación de servicio es el de agente o comisión mercantil y no de revendedor. La Sentencia llegaba a esta conclusión al estimar que la responsabilidad de la estación de servicio de conservación y custodia del combustible entregado por la compañía petrolera no es incompatible con el régimen de comisión de venta en garantía y, de la misma forma, el hecho de que se trate de una empresa independiente no desvirtúa que la misma pueda formalizar un contrato de agencia con la petrolera.

No obstante, existen algunas otras Sentencias que llegan a una conclusión distinta como, por ejemplo, la de 22 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, que considera que el contrato analizado es de «agente no genuino» pero, en todo caso, estima que no existe infracción, puesto que no hay fijación de precios, dado que la estación de servicio puede hacer descuentos con cargo a su comisión. Esta Sentencia señala, en primer lugar, que la libertad contractual del Derecho español (art. 1.255 del Código Civil) admite la existencia de contratos innominados; en segundo lugar, que la asunción de riesgos propios de la compraventa por parte de la estación de servicio no implica automáticamente que

⁵¹ En esta Sentencia se señala expresamente, con el ánimo de demostrar que se trata de un contrato de comisión mercantil, que los riesgos asumidos por la estación de servicio son los mismos a los que se obliga a cualquier depositario.

ésta se convierta en revendedora, y en tercer lugar, que la naturaleza jurídica del contrato no puede evaluarse a la luz de las Directrices de la Comisión Europea ni que se pueda imponer un régimen contractual no deseado por las partes.

Por último, existen otras Sentencias, como las de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, y de 10 de junio de 2004, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona (caso CLAU-CEPSA Estaciones de Servicio), que consideran que las estaciones de servicio asumen los riesgos comerciales y financieros derivados de la adquisición del combustible y, por tanto, actúan como revendedores.

Estas dos sentencias entran también a analizar las implicaciones de las cláusulas de no competencia incluidas en los contratos sometidos a cuestionamiento llegando a la conclusión en ambos casos, aunque por razones distintas, de que dichas cláusulas vulneran las normas de la competencia. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona se considera que la sucesión de contratos de superficie y arrendamiento es un claro fraude de ley prohibido por el Código Civil y por los Reglamentos comunitarios. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid considera que la cláusula es ilegal porque se extiende a otros productos (lo cual estaría prohibido por el Reglamento 1984/83) y porque la cuota de Repsol supera el 30 por 100 (por lo que no sería de aplicación el Reglamento 2790/99).

El análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial gerundense, en lo relativo al reparto de derechos y obligaciones de las partes, es bastante detallado. En concreto, llega a la conclusión de que la estación de servicio actúa como revendedor porque asume obligaciones y riesgos comerciales y financieros propios de esta figura, tales como que el pago del producto se haga en nueve días, dado que no está acreditado que la rotación del producto sea inferior a ese período. De ahí, la Sentencia deriva que la normativa de competencia es plenamente aplicable al caso y considera que la duración del contrato vulnera el plazo máximo previsto por el Reglamento 1984/83, ya que la estación de servicio no era inicialmente propiedad de CEPSA y el arrendamiento es una construcción jurídica utilizada para eludir, en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), el plazo máximo previsto. Por otro lado, la Sentencia considera que no se vulnera la norma de competencia en lo relativo a la fijación de precios dado que la estación de servicio puede realizar descuentos con cargo a su comisión.

Probablemente, la Sentencia que más ha profundizado hasta el momento en el análisis de las cuestiones de competencia relativas a los contratos que vinculan a empresas petroleras y estaciones de servicio sea la de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (caso Aloyas-Repsol CPP). La Sentencia declara la condición de revendedor de la demandante y la nulidad del contrato de abastecimiento en exclusiva suscrito entre las partes pero no acoge la petición de indemniza-

ción, puesto que la responsabilidad de la nulidad corresponde a ambas partes. Curiosamente, la calificación de la estación de servicio como revendedor la hace la Sentencia como «*mero obiter dicta, sin consecuencia práctica alguna*», aunque dedica al correspondiente análisis once de sus veinticinco páginas. En estas páginas la Sentencia establece, en primer lugar, que el contrato cuestionado no es de comisión mercantil porque establece una relación estable o continuada, lo que es contrario a la naturaleza propia de aquellos contratos basada en actuaciones aisladas u ocasionales. A continuación, la Sentencia analiza la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales⁵² para tomar como punto de partida del análisis el hecho de que la distribución del riesgo financiero o comercial es un elemento determinante para valorar la naturaleza jurídica de los contratos. Con este punto de partida llega a la conclusión de que la estación de servicio asume varios de los riesgos señalados en el apartado 16 de las Directrices, en concreto: el riesgo financiero de las operaciones, ya que debe pagar a REPSOL los suministros al tiempo de hacer los pedidos o en un plazo de nueve días desde la fecha del suministro; el riesgo comercial, ya que las ventas serán al contado, el crédito que pueda conceder el agente será por su cuenta y riesgo, y en los pagos hechos a través de la tarjeta SOLRED (del grupo REPSOL) el riesgo de impago lo asume la estación de servicio; y los riesgos de pérdida o daño a la mercancía, al traspasarse el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento que los reciba la estación de servicio e introduzca en sus depósitos, también le corresponden. De todo ello se deriva que el contrato cuestionado tiene la naturaleza de los contratos de compraventa.

A continuación, la Sentencia analiza algunas de las cláusulas más controvertidas del contrato. Respecto a las cláusulas de fijación de precios y suministro en exclusiva, la Sentencia basa su análisis en las conclusiones provisionales de la Comisión Europea en el asunto COMP/38348 REPSOL CPP SA⁵³, en la que, como se señalaba anteriormente, la Comisión estudiaba la existencia de diversos modelos de contrato de suministro en exclusiva e identificaba diversos problemas de competencia derivados de cada modelo frente a los cuales REPSOL asumió una serie de compromisos. Ante esta situación la Sentencia, en aplicación del art. 16 del Reglamento 1/2003, recuerda que no debe apartarse de la Decisión prevista por la Comisión en función de ese primer análisis.

Desde este punto de vista, la Sentencia rechaza que la cláusula de fijación de precios presente en la cláusula quinta del contrato sea una causa de nulidad del mismo, puesto que la Comisión analizó cláusulas similares que no fueron objetadas siempre que la estación de servicio pueda efectuar descuentos con cargo a su comisión.

⁵² Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291, de 13 de octubre de 2000).

⁵³ Todavía no se había aprobado la Decisión a la que se hace referencia en la nota 44.

Por lo que se refiere a la cláusula de no competencia o de suministro en exclusiva, la Sentencia declara que, en este caso, sí se trata de una causa de nulidad del contrato, ya que en la evaluación preliminar la Comisión Europea señala que las cláusulas de no competencia presentes en los contratos notificados por REPSOL pueden presentar problemas de competencia, ya que *«pueden contribuir de manera significativa a crear un efecto de exclusión en el mercado español de la venta al por menor de carburantes»*. La Sentencia, asimismo, considera que dicha cláusula no queda amparada por los Reglamentos de Exención por Categorías puesto que:

- al extenderse a los lubricantes y demás productos petrolíferos de apoyo a la automoción, la cláusula de no competencia presente en el contrato no está amparada por el Reglamento 1984/83, ya que su art. 12 declara inaplicable la exención de prohibición para aquellos acuerdos de suministro en exclusiva de carburantes y combustibles en los que el proveedor imponga al revendedor obligaciones de compra exclusiva referentes a otros productos distintos de carburantes para vehículos de motor o de combustibles si el proveedor no pone a disposición del revendedor (o financia) un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor, y
- la cláusula tampoco queda amparada por el Reglamento 2790/99, ya que este Reglamento sólo es aplicable cuando la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 por 100.

Por último, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de 7 de marzo de 2006, se plantea de nuevo la cuestión relativa a si el contrato suscrito entre el proveedor y el propietario de la estación de servicio es un contrato de agencia, como pretende el primero, o bien de compraventa, como sostiene el segundo, que es el demandante. La sentencia se limita a calificar el contrato como atípico, pero a continuación analiza, correctamente y en base a la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2000⁵⁴, si se trata de un contrato de agencia típico o de un contrato de agencia no genuino. Para llegar a una conclusión sobre tal extremo es necesario analizar quién asume los riesgos de la mercancía puesta a disposición de la estación de servicio, y al hacerlo así, la sentencia del Juzgado coincide con el análisis llevado a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia en sus resoluciones⁵⁵ más recientes. En aplicación de tales criterios, la sentencia llega a la conclusión de que el titular de la estación de servicio asume los riesgos del carburante desde el momento del suministro y, en consecuencia, se trata de un contrato de agencia no genuino, al que se le aplica el art. 81.1 del Tratado, y al no poder acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamen-

⁵⁴ Ver nota 52.

⁵⁵ Resolución Cepsa de 30 de mayo de 2001 y Resolución Repsol de 11 de julio de 2001 (ver notas 26 y 27).

to 2790/99⁵⁶, se declara su nulidad. El demandante había solicitado, igualmente, la declaración de la nulidad del derecho de superficie del terreno sobre el que se construyó la estación de servicio, constituido a favor del proveedor, pero el Juzgado no accedió a esta pretensión⁵⁷.

B. OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN LAS QUE SE APLICAN LAS NORMAS COMUNITARIAS DE LA COMPETENCIA

a) *La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (caso Conduit/Telefónica)*

Una de las sentencias que han merecido mayores comentarios en la prensa especializada como ejemplo de aplicación judicial de las normas comunitarias de la competencia ha sido la dictada por el juez de lo Mercantil núm. 5 de Madrid en fecha 11 de noviembre de 2005, por la que, estimando parcialmente la demanda, se condena a Telefónica a pagar a Conduit Europe, s. A., la cantidad de seiscientos treinta y nueve mil tres euros, por estimar que la conducta de la demandada, al dificultar la implantación de la demandante en el mercado de servicios de información telefónica, había ocasionado perjuicios por ese importe a la demandante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta sentencia no puede ser considerada como un supuesto de aplicación directa de las normas comunitarias de la competencia, ya que la demanda en la que no se solicitó que se declarara que la conducta de Telefónica constituía un abuso de posición de dominio se planteó al amparo del art. 15.2 de la Ley de Competencia desleal, considerando que se habían infringido normas que tenían por objeto la regulación de la actividad concurrencial, invocando, entre otras, como normas infringidas, el art. 82 del Tratado, que prohíbe el abuso de posición dominante. Como puede observarse, el demandante asumió las tesis que habían venido defendiendo la posibilidad de obviar la prohibición del art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia mediante el ejercicio de la acción por infracción de normas prevista en la Ley de Competencia Desleal⁵⁸.

⁵⁶ Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336, de 29 de diciembre de 1999, pp. 21-25).

⁵⁷ El supuesto analizado en la sentencia que se comenta consistía en una compleja relación en la que el propietario de un terreno cede el derecho de superficie por tiempo determinado a favor de la petrolera, que construye sobre ese terreno una estación de servicio que luego arrienda al antiguo propietario del terreno, o a persona con él relacionada. Extinguido el derecho de superficie el titular de la estación de servicio, que es el propietario del terreno, adquiere la plena propiedad de la estación de servicio. La sentencia comentada, a pesar de estimar parcialmente las pretensiones del demandante, no le habrá hecho especialmente feliz, ya que, al desestimar la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie y al tiempo declarar la nulidad del contrato de arrendamiento de industria, el resultado fue que condenó al demandante a devolver a la petrolera la estación de servicio.

⁵⁸ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna...», en *Anuario de la Competencia 2000*, op. cit., p. 131.

b) *La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, de 7 de junio de 2005 (caso Antena 3 Televisión)*

Se trata de una Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia porque aplica la normativa nacional de competencia en un procedimiento ordinario en el marco del planteamiento de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios que tiene como base la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993⁵⁹. Esta Resolución, declaratoria de la comisión de infracciones de los arts. 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, fue, posteriormente, confirmada por Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo de 17 de julio de 1998 y 9 de junio de 2003, respectivamente. En virtud del art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, sólo a partir de este momento se podían iniciar las acciones de daños correspondientes, lo que implica que hubieran transcurrido más de quince años desde el momento que acaecieron los hechos denunciados con las complicaciones correspondientes, entre otros, en términos de acceso a la prueba de los daños o de establecimiento del nexo causal.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia consideraba que el modo de adjudicación de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional era contrario a la libre competencia y, en concreto, suponía una infracción de las previstas por el art. 6 de la Ley. Asimismo, la Resolución consideraba que los acuerdos firmados por la Liga con las televisiones autonómicas y con Canal + para la cesión en exclusiva de los anteriores derechos durante ocho temporadas suponían una infracción de las previstas por el art. 1.1 de la Ley⁶⁰. Por todo ello, además de intimar al cese de estas prácticas a partir de la temporada 1993-1994, se imponía a la Liga una multa de 147,5 millones de pesetas (890.000 euros).

Una vez confirmada por el Tribunal Supremo esta Resolución, Antena 3 Televisión plantea una acción civil en la que reclama a la Liga la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de sus actuaciones contrarias a la libre competencia. En concreto, identifica dichos perjuicios en el impedimento de acceso a los ingresos publicitarios derivados de la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol y los valora en 34 millones de euros más los intereses correspondientes. Según la demandante, ésta sería la cifra correcta teniendo en cuenta los ingresos que «*hubiera obtenido de no haberse visto privada de los precitados derechos de retransmisión y los resultados económicos que realmente obtuvo la actora al no poder emitir los partidos*».

⁵⁹ Expte. 319/92, Fútbol por TV.

⁶⁰ También fueron declarados ilegales los acuerdos derivados de éstos formalizados por las televisiones autonómicas y Canal + y Televisión Española.

El elemento más complicado que debía afrontar la juez de este caso era, en primer lugar, el establecimiento del nexo causal y, sobre todo, determinar la cuantía del daño. Para ello había de darse respuesta no sencilla a una serie de interrogantes tales como ¿cuál hubiera sido el precio de los derechos televisivos en un régimen de comercialización distinto al denunciado?, ¿qué hubiera ocurrido si con un régimen de comercialización de los derechos respetuoso con los principios de la libre competencia, Antena 3 no hubiera resultado adjudicatario de los mismos?, ¿cómo se valora este último escenario en el marco de la acción de daños?, ¿cuál es la diferencia entre los ingresos publicitarios obtenidos por Antena 3 tras adquirir los derechos bajo ese sistema respecto a los realmente obtenidos con una programación distinta? La determinación precisa de estas cifras exige unos ejercicios de simulación económica muy complejos, en especial, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde los hechos denunciados. La cuantificación del impacto económico para Antena 3 de los diferentes escenarios posibles en términos de costes de adquisición de los derechos e ingresos publicitarios tanto en lo relativo a las retransmisiones de fútbol como a una programación alternativa es de una gran dificultad, incluso, para un economista especializado.

Tanto el demandado como el demandante aportaron al expediente sendos estudios económicos en los que apoyaban sus pretensiones: la Liga negaba la existencia de daño, puesto que Antena 3 había obtenido ingresos publicitarios importantes con programación distinta a la retransmisión de partidos de fútbol y los cálculos que ésta hacía en su demanda en relación con el coste de estos derechos no eran reales, y, por su parte, Antena 3 cuantificaba el daño sufrido en 34 millones de euros, dado que este tipo de retransmisiones generan mayores niveles de audiencia que el resto de programas y, por tanto, obtienen mayores ingresos publicitarios⁶¹.

La fundamentación jurídica de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia parte por asumir la existencia de infracción con base en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, confirmada posteriormente por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, y centra sus esfuerzos en determinar la existencia de culpa, el nexo causal y la cuantía del daño ocasionado.

Respecto a la primera cuestión, la Sentencia zanja con rapidez la duda señalando que la declaración de las infracciones cometidas por la Liga «*bastarían por sí solas para determinar el cumplimiento del requisito de la acción culposa*».

Una vez declarada de forma tan sencilla la existencia de culpa, la Sentencia pasa a analizar la relación de causalidad entre dicha acción culposa y el supuesto daño ocasionado. De nuevo concluye que existe este nexo causal, puesto que, en la medida que la conducta abusiva de la Liga impi-

⁶¹ La demanda de Antena 3 partía de un escenario simulado en el que habría obtenido los derechos correspondientes a un tercio de los partidos de fútbol de esas temporadas.

dió a Antena 3 acceder a las imágenes de los partidos, de ello se deriva que *«existe una relación de causalidad entre el abuso de posición dominante de la Liga y los perjuicios que dicha posición causaron a Antena 3»*.

Llegados a este punto, el primer comentario que cabe hacer es que la Sentencia parece asociar la existencia de culpa con la responsabilidad de la conducta ilícita y el nexo causal con los efectos derivados de la infracción. Sin embargo, no se trata de asociaciones tan obvias como pretende identificar la Sentencia. El hecho de que una determinada conducta anti-competitiva despliegue efectos en el mercado no implica automáticamente que exista una relación de causalidad entre dicha conducta y los daños concretos ocasionados en la esfera privada de uno de los operadores del mercado.

En todo caso, es la cuantificación de estos daños a lo que la Sentencia dedica un mayor esfuerzo argumentativo. Para ello utiliza como base los estudios económicos aportados por cada una de las partes y comienza señalando que el daño a considerar *«comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener»*. La Sentencia continúa reconociendo la dificultad de determinar este lucro cesante como concepto sometido a *«todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios»*.

Partiendo de esta afirmación, la Sentencia acepta que existió un lucro cesante para la actora derivado de que el impacto de la retransmisión televisiva de partidos de fútbol no puede sustituirse por otro tipo de programación que genere similares ingresos publicitarios⁶².

A partir de esta afirmación, la sensación que se extrae de la lectura de las páginas de la Sentencia dedicadas a esta cuestión es que la juez busca determinar la cuantía de los daños partiendo del análisis crítico de los estudios económicos (o informes periciales como los denomina la Sentencia) aportados por las partes. De esta forma, el estudio que menos debilidades e incoherencias muestra es el que mayor credibilidad merece a la juez y, por tanto, más cerca se encuentra de la cifra correcta de daños a reconocer. Es decir, la juez no lleva a cabo un análisis propio, sino que toda la argumentación se dirige a analizar críticamente los estudios aportados, en particular, los elementos contradictorios presentes en ellos.

Así, el estudio aportado por el demandante parece, a juicio de la juez, contener menos incoherencias y, de esta forma, la Sentencia, finalmente, obliga a la Liga a abonar 25,5 millones de euros a Antena 3 Televisión en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilícita señalada. La diferencia entre lo originalmente pedido por Antena 3 (34 millones

⁶² La Sentencia llega a señalar que *«ninguna duda cabe de que la exclusión de Antena 3 de la posibilidad de retransmitir partidos de fútbol, con toda probabilidad, habrá causado a ésta una pérdida de beneficios»*. Se trata de una afirmación de carácter intuitivo, puesto que en la Sentencia no se justifica de forma clara en un análisis comparado de los ingresos publicitarios relativos a cada tipo de programación.

de euros) y lo concedido por la Sentencia se justifica por la juez en el hecho de que en el cálculo de los perjuicios deben eliminarse dos temporadas (la 96-97 y la 97-98) a las que hacía referencia Antena 3 en su reclamación, puesto que durante las mismas tuvo la posibilidad de retransmitir partidos de fútbol.

Esta Sentencia pone de manifiesto la dificultad con la que los jueces se van a encontrar a la hora de determinar la cuantía exacta de los daños ocasionados por conductas contrarias a la libre competencia. Lo más probable es que, como ha ocurrido en este caso, el juez no lleve a cabo su propio análisis, sino que trate de identificar la cifra justa en base al análisis crítico de los estudios aportados por las partes.

c) *Auto de la juez de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 21 de marzo de 2006 (asunto Gas Natural/Endesa)*

Aun cuando se trata de un auto y no de una sentencia, las repercusiones de este Auto, dictado en uno de los múltiples procedimientos instados como consecuencia de la oferta pública lanzada por Gas Natural para la adquisición de la totalidad de las acciones de Endesa, han sido considerables. En primer lugar, por la resonancia que ha tenido cualquier acontecimiento relacionado con esta OPA y, en segundo lugar, por la indudable originalidad del planteamiento del Auto.

En el mes de septiembre de 2005 Gas Natural presentó ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores una OPA sobre las acciones de Endesa. Iniciado el procedimiento de control de concentraciones a tenor de lo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, concluyó, con una gran conflictividad, con la aprobación de la operación con condiciones por acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006. En la misma fecha en la que fue anunciada la OPA se firmó un acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola por el que, en el supuesto de triunfar la operación, las partes convenían la adquisición de determinados activos de Endesa por parte de Iberdrola.

La oferta de la adquisición de las acciones no fue aceptada por los administradores de Endesa y comenzó una larga lista de acciones judiciales entre las partes. Entre ellas, Endesa promovió un juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid contra Gas Natural e Iberdrola en el que, con fundamento en el art. 81 del Tratado, se solicitó la nulidad de un acuerdo entre las demandadas, al tiempo que se instaba la adopción de medidas cautelares.

La demanda no se dirigía, en primer lugar, contra el acuerdo de compraventa de activos de 5 de septiembre de 2005, sino que realizaba un planteamiento original. El demandante sostenía que la presentación de la OPA y el acuerdo de compraventa de activos no tenían justificación sin la

previa existencia de un acuerdo previo para la liquidación de Endesa y el reparto de sus activos entre las dos demandadas. En consecuencia, se presumía la existencia de ese acuerdo previo, cuya nulidad se solicitaba en el Juzgado de lo Mercantil por ser contrario al art. 81, de cuyo acuerdo eran consecuencia tanto la presentación de la OPA como el convenio de compraventa de activos.

Frente a esa tesis mantenida por la demandante, las demandadas alegaban que la decisión de presentar la OPA fue una decisión unilateral de Gas Natural, que, una vez que la adoptó, convino con Iberdrola la venta de activos.

En el Auto que se comenta, el Juzgado de lo Mercantil consideró que, dada la importancia y magnitud de la operación, resulta presumible *«la existencia de aquella concertación previa, pues no parece razonable que Gas Natural SDG, S. A., se lanzase a acometer una operación de tamaño envergadura sin tener asegurado el destino, funcional pero también financiero...; es decir, sin tener anticipadamente prevista y asegurada la plena colaboración como partícipe o coopante, en cuanto al resultado»* de Iberdrola.

Admitida la tesis de la concertación previa (tesis de la conspiración), en la pieza de medidas cautelares se suspendió ese acuerdo previo y, en consecuencia, los dos que de él se derivaban, es decir, la OPA y el acuerdo del reparto de activos.

Con independencia de lo sugerente y original que pueda ser la tesis admitida por el Juzgado, la realidad es que el Auto, así como la sentencia que recaiga en el fondo del asunto, si declara la nulidad del pretendido acuerdo previo, puede producir determinados problemas. En primer lugar, y con independencia de si en este supuesto existió o no acuerdo previo, que ésa es una cuestión de índole fáctica, la tesis mantenida limita considerablemente el sistema de control de concentraciones. Podemos imaginar innumerables supuestos en los que la decisión de iniciar una concentración implica necesariamente la existencia de un acuerdo previo a la concentración (por ejemplo, la compra de una empresa por otras dos). En Derecho europeo, al menos desde que se aprobó el Reglamento de Control de Concentraciones⁶³, se ha entendido que los problemas de competencia que pueda plantear la operación de concentración, incluidos los acuerdos previos que la hacen posible, se han de analizar en el procedimiento de control y no en un procedimiento sobre conductas prohibidas.

⁶³ La Sentencia del TJ de 17 de noviembre de 1987, en el asunto Philip Morris (British-American Tobacco y RE Reynolds), había declarado la posibilidad de aplicar el entonces art. 85 a una operación por la que una empresa adquiría otra. Esta doctrina, tras la aprobación del primer Reglamento de Control de Concentraciones en el año 1989, no había vuelto a ser aplicada. Tras la vigencia del Reglamento se venía entendiendo que el sistema de control de concentraciones absorbía la consideración de cualquier acuerdo que pudiera estar relacionado con la concentración y, en consecuencia, si ésta quedaba aprobada, quedaban igualmente aprobados todos los acuerdos que se pudieran considerar subsumidos en la operación.

En cierta medida, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid viene a suprimir la competencia de las autoridades (SDC, TDC y Gobierno) a quienes la Ley se la asigna en el procedimiento de concentraciones.

Pero, en segundo término, la interpretación del Auto comentado viene a impedir, o al menos a dificultar extraordinariamente, la búsqueda del «comprador adecuado», previsto en la Comunicación de la Comisión Europea sobre remedios en materia de concentraciones⁶⁴. Si la presentación de un comprador inicial adecuado ha de suponer la existencia de un acuerdo previo a la decisión de la concentración entre dicho comprador y quien lanza la OPA, y ese acuerdo puede ser enjuiciado como conducta anticompetitiva, con independencia del procedimiento de control de concentraciones, resulta previsible que la existencia de esa figura no va a resultar posible en Derecho español.

Indudablemente, el marasmo de procedimientos en la OPA Gas Natural/Endesa está muy lejos de concluir, y, por lo tanto, habrá que realizar un comentario definitivo, y el análisis de las conclusiones que se deriven de la decisión definitiva, una vez que haya concluido la totalidad de los procedimientos y expedientes iniciados, pero no cabe duda que del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid se plantean infinidad de cuestiones dignas de consideración, algunas de las cuales se han analizado aquí.

3. ESTADO ACTUAL DEL DEBATE

A. EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS

En el mes de diciembre de 2005, la Comisión Europea ha publicado un Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de la competencia, al que se acompaña un documento de trabajo⁶⁵ en el que se trata con más detalle su contenido.

⁶⁴ En la Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 2001 sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, y al Reglamento (CEE) núm. 447/98, de la Comisión (DOCE, C 68/3), y más en concreto en su apartado 20, se prevé la existencia de un comprador inicial, en el supuesto en el que la viabilidad del conjunto de los activos desinvertidos en una operación de concentración dependan de la identidad del comprador. En esta operación no puede olvidarse que Gas Natural había intentado con anterioridad lanzar una OPA sobre Iberdrola, que no fue autorizada por la Comisión Nacional de la Energía por considerar que carecía de viabilidad económica. De hacer caso a los razonamientos de Gas Natural, debería interpretarse el acuerdo con Iberdrola como un intento de evitar que la CNE opusiera razonamientos de esa clase a la operación.

⁶⁵ Ver la página web de la Comisión. El Libro Verde ha sido objeto de múltiples comentarios. Ver, por ejemplo, Neeli KROES, «Enhancing actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe», Nueva York, Dinner Speech at the Harvard Club, 22 de septiembre de 2005; C. DIEMER, «The Green Paper...», o la intervención de Eddy de SMIJTER en la XVI Jornada Anual del TDC, de 29 de mayo de 2006.

En el año 2004 la Comisión se planteó actualizar algunos de los análisis que se habían realizado en relación con la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia. Es cierto que ya se había planteado por la jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios la posibilidad de que los arts. 81 y 82 del Tratado fueran aplicados por los jueces y Tribunales de los Estados miembros⁶⁶, e incluso se había publicado una Comunicación de la Comisión al respecto⁶⁷, pero el tiempo transcurrido aconsejaba la actualización de la materia, máxime cuando ciertos acontecimientos habían puesto de manifiesto la necesidad de esa actualización. Así, por una parte, en la sentencia *Courage*⁶⁸ el Tribunal de Justicia había insistido en la jurisprudencia anterior, si bien lo había hecho en términos más contundentes al establecer con toda claridad que la protección efectiva de los derechos garantizados por el Tratado requería que los individuos que sufrieran una pérdida como consecuencia de una infracción de los arts. 81 y 82 tendrían derecho a reclamar que se les compensara por dichas pérdidas, ya que tales preceptos creaban obligaciones directas y generaban derechos de los individuos, que podrían ser ejercitados ante los Tribunales de los Estados miembros. Por otra parte, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003⁶⁹ había puesto fin al monopolio de la Comisión para aplicar la totalidad del art. 81 del Tratado, al tiempo que había establecido mecanismos de cooperación en virtud de los cuales los Tribunales podían solicitar la opinión de la Comisión, y, en definitiva, la posibilidad de las autoridades de la competencia de intervenir en los procedimientos privados en los que se aplicaran los arts 81 y 82.

Con el fin de lograr esa actualización y sistematización, los servicios de la Comisión habían elaborado en el año 2004 un estudio que fue publicado en la página web de la DG Competencia el 2 de mayo de ese mismo año⁷⁰. En ese estudio se puso de manifiesto el escaso desarrollo que había tenido la aplicación privada de las normas de la competencia en Europa, a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos, donde la aplicación privada representaba el 90 por 100 de la aplicación general de las normas de la competencia. Entre los principales obstáculos en los que se encontraron las causas de ese escaso desarrollo, se detectaron en las legislaciones de los Estados miembros algunos obstáculos como: las restricciones a las

⁶⁶ Las sentencias han sido reiteradas, como se ha citado con anterioridad. Desde las Sentencias del TJ de 6 de febrero de 1973 (*Brasserie de Haecht*) y 30 de enero de 1974 (*BRT/Sabam*) los Tribunales comunitarios han venido insistiendo en la aplicación judicial del Derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, de 13 de febrero de 1993.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage/Crehan*, Asunto C-453/99.

⁶⁹ Reglamento CE núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

⁷⁰ El texto de ese estudio y los antecedentes están disponibles en la página web http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html#-damages.

reclamaciones colectivas; la necesidad de probar la intención o negligencia, además de la prueba de la infracción; el hecho de que la carga de la prueba corresponda al reclamante; los problemas para la obtención de pruebas y documentos; el hecho de que no fueran vinculantes para los Tribunales las decisiones de las autoridades de la competencia y de los Tribunales de otros Estados miembros; las dificultades para la cuantificación de los daños; la posibilidad del «*passing on defense*» o las limitaciones a la legitimación del comprador indirecto; la condena en costas del perdedor o la existencia de diferentes leyes nacionales cuando la acción incluya daños en diferentes Estados miembros.

Ante esta situación, el objetivo del Libro Verde consistió en encontrar alternativas que permitieran superar los obstáculos actuales a una mayor utilización de las acciones de daños y perjuicios, tanto en los supuestos en los que la acción civil es posterior a la decisión de la autoridad de la competencia declarando la existencia de la infracción, como en las acciones iniciadas sin ninguna decisión previa de la autoridad de competencia. A tal fin, y como quiera que el objetivo de todo Libro Verde consiste en plantear los términos del debate y analizar las posibles soluciones a los problemas detectados, se delimitaron nueve cuestiones principales:

1) *El acceso a las pruebas*. Cuando no existe una decisión previa de una autoridad administrativa declarando la existencia de una infracción, las dificultades para probar la posible infracción son evidentes, por lo que se realizan varias preguntas sobre la posibilidad de establecer mecanismos que faciliten la obtención de pruebas.

2) *La necesidad de probar la culpabilidad de la conducta*. En este apartado la Comisión plantea la pregunta de si debe exigirse el requisito de culpabilidad para las acciones de daños y perjuicios fundadas en la normativa de la competencia o si, por el contrario, la sola prueba de la infracción es suficiente, estableciendo una especie de responsabilidad objetiva.

3) *La cuantificación de los daños*. La primera de las preguntas planteadas por la Comisión sobre la cuantificación de los daños está referida al sistema de definición de los daños, abriendo la posibilidad de establecer daños punitivos. Esta cuestión, de indudable trascendencia, plantea diversos problemas que pueden conducir a diferentes soluciones. Así, por ejemplo, la finalidad de los daños punitivos consiste en fortalecer el elemento disuasorio de los procedimientos en materia de competencia, pero en Derecho europeo ese elemento disuasorio puede conseguirse por medio de las sanciones impuestas por las autoridades de competencia, por lo que si a esas sanciones se le unen indemnizaciones de daños con finalidad punitiva, se podría vulnerar el principio *non bis in idem*. Pero, por otra parte, la Comisión considera que si no se compensa a los perjudicados por las infracciones en materia de competencia más que por la cuantía exacta del daño causado, éstos no tendrán incentivos a iniciar los procedi-

mientos, y, por ello, parece decantarse por la creación de incentivos para la aplicación privada de las normas de la competencia.

La segunda cuestión planteada consiste en determinar los diferentes modelos existentes para el cálculo de los daños, partiendo de las dificultades de establecer el cálculo de daños en un juicio, dada la naturaleza económica de la infracción, así como las de reconstruir la situación que existiría de no haber ocurrido la infracción.

4) *El «passing on defense» y la legitimación del comprador indirecto.* Partiendo del hecho de que el primer perjudicado por una práctica anticompetitiva puede trasladar a sucesivos compradores parte o la totalidad del daño causado, se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si el autor de una infracción que resulte demandado puede alegar en su defensa que el comprador directo trasladó su perjuicio a posteriores compradores («passing on defense») y, relacionado con ello, si tales compradores posteriores o indirectos están legitimados para reclamar.

Tales cuestiones plantean evidentes problemas. Si se permite excepcionar al infractor que el comprador directo ha repercutido los daños, aumentará la complejidad de la reclamación porque resulta de gran dificultad probar la distribución exacta de los daños a lo largo de toda la cadena, y los compradores indirectos pueden ser incapaces de probar la magnitud del daño y el nexo causal con la infracción, pero, por otra parte, si únicamente se permite reclamar a los compradores directos, éstos podrían verse compensados en exceso hasta llegar a supuestos de enriquecimiento injusto, ya que si han repercutido en sus compradores el importe de los daños causados, en realidad no pueden alegar perjuicios. Para dilucidar esta cuestión es necesario tener en cuenta los objetivos de la aplicación privada de las normas de la competencia, ya que si se persigue un objetivo disuasorio, lo importante será incentivar las reclamaciones y, en consecuencia, no permitir la excepción «passing-on» ni la reclamación de los compradores indirectos; si, por el contrario, se persigue exclusivamente la compensación a las víctimas, será necesario permitir la excepción y la reclamación de los compradores indirectos⁷¹.

5) *La defensa de los intereses de los consumidores.* En este apartado se parte de la dificultad de que los consumidores, al ser sus reclamaciones muy pequeñas, inicien una acción basada en el incumplimiento de las normas de la competencia, por lo que se plantea la posibilidad de permitir las acciones colectivas.

⁷¹ En la Unión Europea la mayor parte de la jurisprudencia sobre el traslado de daños no está relacionada con la normativa de la competencia, sino con otros aspectos tales como los impuestos o los subsidios. Los tribunales comunitarios no han adoptado ninguna posición en relación con la legitimación de los compradores indirectos, aunque podría deducirse de la sentencia *Courage* que se impiden las restricciones a los compradores indirectos y que, por lo tanto, tanto los compradores directos como los indirectos tienen derecho a reclamar indemnizaciones si prueban la infracción, el daño causado y el nexo causal entre uno y otro.

6) *El coste de las acciones.* El coste de los procedimientos puede actuar como elemento desincentivador del inicio de los procedimientos, por lo que se plantea si deben existir reglas especiales que faciliten el efectivo acceso a la justicia para iniciar procedimientos en materia de competencia.

7) *La coordinación entre la aplicación pública y privada.* Partiendo del hecho de que las aplicaciones pública y privada son complementarias, las acciones que se adopten en los diferentes ámbitos deben actuar de forma coordinada. Esta coordinación es especialmente importante en los casos de clemencia, ya que tanto la aplicación de los programas de clemencia como las demandas por daños y perjuicios tienen la finalidad de producir efectos disuasorios para la creación de cárteles, pero la existencia de las acciones civiles puede desincentivar las confesiones en el marco de los programas de clemencia, ya que el que confiese haber participado en un cártel puede ser condenado a pagar los perjuicios ocasionados por su conducta.

8) *Competencia judicial y legislación aplicable.* Se trata de determinar cuál debe ser la legislación aplicable cuando la infracción, los efectos e incluso los procedimientos tienen lugar en diferentes países.

9) *Otras cuestiones.* En este apartado se plantean cuestiones diversas tales como las relativas al nombramiento de expertos por el Tribunal, la suspensión de los plazos de prescripción y la posible aclaración del requisito de causalidad para facilitar la reparación de daños y perjuicios.

Indudablemente la iniciativa de la Comisión Europea al publicar el Libro Verde y contribuir al debate sobre los problemas que plantea la aplicación judicial del Derecho de la competencia resulta oportuna y positiva, aun cuando puedan plantearse ciertos reparos.

En primer lugar, los problemas apuntados en el Libro Verde son reales y merecen alguna respuesta, pero cabe preguntarse si son éstos todos los problemas planteados por la aplicación privada, y la respuesta difícilmente puede ser afirmativa. Posiblemente el principal problema, como se está poniendo de manifiesto con ocasión de la reforma de la Ley española, radica en arbitrar mecanismos que faciliten la coordinación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas de la competencia. El mecanismo previsto para esa coordinación en el Reglamento 1/2003, al menos hasta el momento, y en España no ha funcionado, y la Comisión debería preguntarse por las razones de ese no funcionamiento, máxime si, como parece ser, ése también ha sido el caso de otros Estados miembros, y la respuesta podría encontrarse en la inexistencia de disposiciones en la legislación procesal nacional para arbitrar, por ejemplo, la participación de las autoridades administrativas en los procedimientos privados. No basta con decir, como hace la Comisión, que el Reglamento resulta directamente aplicable, porque esa aplicabilidad debe resultar fácil, y si la facilidad no existe en la legislación procesal, de poco sirve la aplicación

directa del Reglamento. En las preguntas que se realizan en el Libro Verde se plantean cuestiones que, sin duda, llevarán a la conclusión de que resulta necesaria la modificación de las legislaciones procesales nacionales, y por ello, también debería haberse planteado la necesidad de otras reformas necesarias para facilitar los mecanismos de cooperación y colaboración previstos en el Reglamento 1/2003.

En segundo lugar, el Libro Verde limita las cuestiones sometidas a consideración respecto de las que se incluían en el estudio previo, e incluso en el documento de trabajo que se adjunta al mismo, y esa reducción limita el debate y deja al margen de éste algunas de las cuestiones allí planteadas.

También deberían plantearse algunas otras cuestiones. Por ejemplo, sobre el conjunto del Libro Verde y del documento de trabajo planea la idea de que la posibilidad de aplicación privada tendrá un efecto disuasorio para las infracciones de la competencia, y, como consecuencia de esta idea se plantean una serie de opciones⁷². Ahora bien, ese planteamiento, tal vez correcto, resulta novedoso respecto del realizado por las principales sentencias de los Tribunales comunitarios, en las que se establece una diferenciación entre los procedimientos en los que se persigue evitar las consecuencias negativas para el funcionamiento del mercado de las conductas anticompetitivas, es decir, se defiende el interés público, y los procedimientos privados en los que se persigue la defensa de los intereses privados⁷³. Como consecuencia de este nuevo planteamiento surgen interrogantes que se plantean en el Libro Verde, tales como la posibilidad de establecer la condena a daños punitivos, pero esta posibilidad, tremendamente novedosa para, al menos, el Derecho continental europeo, merecería un amplio debate sobre los límites entre fin público y fin privado. Es cierto que, cada vez con mayor frecuencia, las diferencias entre los procedimientos que persiguen uno y otro fin tienden a difuminarse, y el Libro Verde debería ser una buena ocasión para profundizar en el debate sobre la cuestión.

Finalmente, este Libro Verde tiene una especial trascendencia en el momento del debate español sobre la legislación de la competencia, máxime cuando uno de los puntos sobre los que más opiniones se han vertido resulta ser el de la posibilidad de facilitar la aplicación privada del Derecho de la competencia, al tiempo que ya existe un cierto número de sentencias de los órganos jurisdiccionales dictadas en aplicación de ese Derecho.

⁷² La comisaria Kroes («Enhancing Actions...», citado) insiste en esta idea y considera igualmente que la finalidad de la aplicación privada producirá una extensión de la cultura de la competencia. Esta segunda idea está igualmente presente en el documento de trabajo.

⁷³ Ver, por ejemplo, las Sentencias Automec, del TPI, y Courage, del TJ.

B. LA CUESTIÓN ANTE LA REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Con todos los antecedentes que hasta el momento han quedado expuestos, cabe plantearse cuál es el estado de la cuestión en unos momentos en los que la aprobación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia parece inminente⁷⁴. Pero para analizar los puntos que incluye la propuesta de reforma es preciso tener en cuenta el punto del que se parte.

En la actualidad, es decir, con la normativa actualmente en vigor, el problema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia puede ser calificado como la gran paradoja. Veamos. Por un lado, sigue vigente el art 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, según el cual no puede iniciarse una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, basada en la realización de conductas prohibidas por esa Ley, hasta que no haya una resolución firme del Tribunal que haya declarado la ilicitud de esa conducta⁷⁵, precepto éste que, lógicamente, ha dificultado extraordinariamente la aplicación privada de las normas españolas de la competencia. Pero al lado de este precepto está vigente el Reglamento 1/2003, cuyo art. 6 establece taxativamente que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. Para facilitar la aplicación directa de los preceptos de este Reglamento se ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial para añadir un art. 86 ter, cuyo apartado 2.f) atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer los procesos en los que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado⁷⁶. La cuestión no puede resultar más paradójica, ya que, en la actualidad, resulta que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia para aplicar las normas comunitarias de la competencia, pero no la tienen para aplicar las normas nacionales de la misma materia. ¿No es cierto que la cuestión puede ser calificada como la gran paradoja?

Pero al lado de esa aproximación al problema existen otros apartados dignos de reflexión ante la reforma de la Ley española, fundamentalmente aquellos que se refieren a los mecanismos de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia.

⁷⁴ El Anteproyecto aparece colgado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia <http://www.dgdc.meh.es>. Fue aprobado por el Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2006, y se encuentra, en el momento de redactar estas páginas, pendiente del informe del Consejo de Estado.

⁷⁵ Como se ha señalado con frecuencia (ver, por ejemplo, Carles PRAT, «La dualitat Administració-òrgans judicials: qüestions pràctiques», en *Aplicació del Dret de la Competència...*, op. cit., p. 35), el precepto contenido en el art. 13.2 sólo impide la reclamación de daños y perjuicios, pero no otras acciones, y si tal es cierto, no es menos cierto que los perjudicados por una conducta contraria a la competencia sólo tendrán incentivos para acudir a promover una acción civil si pueden incluir la correspondiente reclamación de daños y perjuicios. Y además, cualquier otra acción, aunque en teoría no esté expresamente prohibida por la Ley, es cierto que no está expresamente permitida, por lo que siempre cabrá una cierta incertidumbre sobre su prosperabilidad.

⁷⁶ Esta reforma fue introducida en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En la primitiva redacción de la Ley 16/1989 no existían mecanismos de cooperación entre el SDC o el TDC, por una parte, y, por la otra, los jueces y Tribunales que pudieran aplicar el Derecho de la competencia, indudablemente por el hecho de que el esquema de la Ley era el que se reflejaba en el art. 13.2, que venía a implicar una aplicación sucesiva; esto es: en primer lugar, decidían las autoridades de competencia y, una vez firme la resolución de éstas, se podría acudir a los jueces. Sólo con ocasión de la reforma de 1999⁷⁷ se introdujo un nuevo apartado 3 en el art. 13, según el cual el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando fuera requerido para ello, podría emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que deberían abonar los autores de conductas anticompetitivas. Lo mínimo que puede afirmarse de este precepto, cuyo origen es bien conocido⁷⁸, es que nunca ha sido aplicado.

Otro tanto podría afirmarse, en líneas generales, de los mecanismos de cooperación incluidos en el Reglamento 1/2003, o aquéllos encaminados a perseguir una aplicación uniforme de las normas comunitarias de la competencia. Estos mecanismos, incluidos en los arts. 15 y 16 del Reglamento, consisten en primer lugar en los referidos a la cooperación (art. 15), que contienen tres reglas y una norma de carácter general. Según la primera de ellas (art. 15.1) se prevé que los órganos jurisdiccionales podrán solicitar que la Comisión les remita la información que obre en su poder, o bien les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia. La segunda (15.2) establece la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias nacionales en las que se apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado. La tercera norma (15.3) permite a la Comisión y a las autoridades nacionales intervenir como «*amicus curiae*» en los procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales apliquen los arts. 81 y 82⁷⁹. Finalmente, el apartado 4 del art. 15 del Reglamento dispone que todas estas normas se entienden sin perjuicio de los poderes más amplios que las legislaciones nacionales hayan conferido a sus autoridades de competencia para formular observaciones ante sus órganos jurisdiccionales. Como se ha apuntado anteriormente, tales mecanismos de cooperación, si exceptuamos el relativo a la notificación de las sentencias a la Comisión y, en cierta medida, la solicitud de información, en nuestro país, y al menos hasta el momento, no han sido aplicados.

Por su parte, en el art. 16.1 se plantean los mecanismos para conseguir una aplicación uniforme de las normas comunitarias de la competencia

⁷⁷ La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷⁸ En los primeros borradores del Anteproyecto de la Ley se incluía un proyecto de precepto según el cual el TDC podría incluir en sus resoluciones condenas por indemnización de daños y perjuicios por las conductas prohibidas. Esta propuesta no superó el informe del Consejo de Estado y se tradujo en el vigente art. 13.3.

⁷⁹ Para ver los inconvenientes de esta figura sin la modificación de las legislaciones procesales nacionales ver Luis BERENGUER, «Réquiem por el Reglamento 17», en *Anuario de la Competencia* 2002, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 109 ss.

cuando intervienen o han intervenido, en un mismo asunto, un órgano jurisdiccional y la Comisión Europea. A tales efectos se prevé que si la Comisión ha adoptado una decisión, el juez o Tribunal «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión». Si se ha incoado un procedimiento por el mismo hecho, los órganos jurisdiccionales deberán evitar entrar en conflicto con una decisión de la Comisión. A tal fin los órganos jurisdiccionales deberán apreciar «si procede suspender su procedimiento». Tampoco en esta materia parece que las previsiones del Reglamento hayan surtido especiales efectos, al menos en nuestro país, salvo el caso de la Sentencia de 15 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, señalada anteriormente, tal vez porque el sistema previsto, sin la existencia de normas procesales nacionales que amparen la previsión, resulte insuficiente. Y tal vez también porque la existencia de esas cuestiones prejudiciales administrativas no merezcan el ferviente apoyo de nuestros jueces. Y, por otra parte, podría añadirse que en el precepto existe una presencia excesiva del principio según el cual la Comisión Europea es la guardiana de los Tratados, y, por lo tanto, su criterio acerca de la aplicación de determinados preceptos de éstos ha de prevalecer, lo cual puede chocar con el principio de que la aplicación de las normas jurídicas en procedimientos privados son competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales⁸⁰. Porque para justificar esta teoría no resulta adecuado remitirse al principio de primacía del Derecho comunitario, porque una cosa es que exista esa primacía, no discutida, y otra bien diferente que la interpretación que la Comisión realice del Derecho comunitario haya de prevalecer necesariamente sobre la de los jueces nacionales.

Vistos los inconvenientes hasta el momento habidos para la aplicación de estas reglas, que, a pesar de ser directamente aplicables, no han sido frecuentemente aplicadas, a la hora de reformar la Ley resulta del todo necesario abrir el debate sobre tales inconvenientes e introducir las normas que resulten apropiadas para favorecer la coordinación entre quienes, sean órganos judiciales o autoridades administrativas, tienen competencia para aplicar el Derecho de la competencia. Y para evitar, en la medida de lo posible, resoluciones contradictorias.

Otra cuestión que debe plantearse en el momento de la reforma es la relativa a los objetivos que se persiguen con la aplicación judicial del Derecho de la competencia. Tradicionalmente se ha venido afirmando⁸¹ que la normativa de la competencia protege intereses públicos y sólo los

⁸⁰ Las reglas para la efectividad de estos preceptos fueron desarrolladas mediante la publicación de una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (DOCE, C 101/04, de 27 de abril de 2004). Un comentario sobre su contenido puede encontrarse en Luis BERENGUER, «La Comisión completa el paquete de modernización», en *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 101 ss.

⁸¹ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La aplicación jurisdiccional de la legislación interna...», en *Anuario de la Competencia 2000*, op. cit., pp. 127-128.

privados en la medida en la que coincidan con los públicos, y de esta diferenciación se deduce que en los procedimientos seguidos ante las autoridades administrativas se perseguirían los objetivos públicos, mientras que en los procedimientos privados se persigue la protección de intereses privados, especialmente el resarcimiento de los daños y perjuicios. Esta tesis parece estar presente en la jurisprudencia tradicional de los Tribunales comunitarios, que asignaban a la Comisión la ejecución y la orientación de la práctica comunitaria de la competencia y a los jueces el resolver los conflictos entre particulares⁸² y el mismo criterio queda reflejado en el propio Reglamento 1/2003⁸³.

Ahora bien, como resultado de la reforma y modernización del Derecho comunitario de la competencia, se está produciendo, en diversos aspectos, un progresivo acercamiento del Derecho europeo a los criterios norteamericanos para la aplicación de las normas de la competencia, y este acercamiento se ha producido igualmente en el campo de la aplicación judicial, y se traduce en el hecho de que la aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales en conflictos entre particulares no sólo constituye un elemento para resarcir intereses privados, sino que tiene como objetivo, igualmente, el conseguir el adecuado funcionamiento del mercado, es decir, un interés público. Buena prueba de esta afirmación lo constituye el hecho de que el propio Tribunal de Justicia haya admitido en la sentencia *Courage* que la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia refuerza la operatividad de esas normas y *«puede contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad»*⁸⁴. Y por supuesto en línea con esta nueva orientación, el Libro Verde sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de la normativa comunitaria de la competencia, como se ha comentado anteriormente, ha puesto el acento en el carácter disuasorio de las acciones entre particulares para evitar conductas anticompetitivas, abriendo el debate a la introducción de mecanismos, tales como la doble indemnización, que refuercen ese carácter disuasorio y, por lo tanto, la consecución de objetivos públicos en procedimientos privados. Y si tal es así, este debate debería tener algún reflejo en el proceso de elaboración de la nueva Ley de Defensa de la Competencia.

El texto del Anteproyecto que hasta el momento ha sido hecho público⁸⁵ corrige la paradójica situación a la que antes hemos hecho mención,

⁸² Ver, por ejemplo, la Sentencia del TJ de 28 de febrero de 1991 (*Stergios Delimitis/Heninger Brau*), *Rec.* 1991-I, Asunto 234/89, y la Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992 (*Automec*), *Rec.* 1992-II, Asunto T24/90.

⁸³ El Considerando 7 del Reglamento señala que los órganos jurisdiccionales *«(s)alvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares»*.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Bernard Crehan/Courage Ltd.*, Asunto C-453/99.

⁸⁵ Es decir, el publicado en la página web del SDC y que ha sido sometido a los informes pre-

referida a la imposibilidad de que los jueces de lo Mercantil puedan aplicar las normas comunitarias de la competencia, pero no las nacionales. Y la corrige mediante la atribución específica a dichos Juzgados para aplicar igualmente los artículos de la Ley nacional que regulan las conductas colusorias y los abusos de posición dominante, lo cual debe celebrarse por suponer el fin de una anómala situación.

En cuanto a los mecanismos de cooperación, el Anteproyecto sigue en paralelo los previstos en el art. 15 del Reglamento 1/2003. Ya se había indicado que el mayor problema para la aplicación de ese precepto residía en la figura del «*amicus curiae*», institución propia del Derecho anglosajón pero desconocida en nuestra legislación procesal, lo cual intenta solucionar el art. 17 del Anteproyecto mediante el mecanismo de reconocer legitimación a la Comisión Nacional de Competencia (y también a las autoridades autonómicas y a la Comisión Europea) asimilándola a las partes⁸⁶, pero remitiendo las modalidades de intervención a cuanto se disponga en la legislación procesal.

Indudablemente este sistema supone una mejora respecto del régimen aplicable (o quizás debería decirse inaplicable) tras la vigencia del Reglamento 1/2003, pero aún deja innumerables puntos débiles e inconcretos, por lo que es previsible que, tras lo que se conoce de las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, se introducirán ciertas reformas en el texto, reformas que deberán incluir, sin ningún lugar a dudas, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir, sin lugar a dudas e interpretaciones contrarias, la intervención de las autoridades en los procedimientos privados, bien dándoles la condición de parte, lo cual resulta cuestionable, o bien asimilándolas a una parte. Y si se ha de modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería necesario corregir ciertos inconvenientes que se han puesto de manifiesto al atribuir a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer de los procedimientos en los que se apliquen las normas de competencia, ente ellos el problema que se deduce de la posibilidad de alegar por el demandado el

ceptivos que señalan las leyes. No cabe duda que, como resultado de ese proceso de informes el texto del Proyecto que definitivamente apruebe el Consejo de Ministros para remitirlo a las Cortes sufrirá ciertos cambios. Y ello por no hablar de las modificaciones que puedan ser introducidas en la tramitación parlamentaria.

⁸⁶ El art. 17 del Anteproyecto establece:

«1. La Comisión Nacional de Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán formular observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los arts. 1 y 2 de esta Ley.

2. A tal efecto, se reconoce legitimación, en los términos de los arts. 6 a 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la Comisión Nacional de Competencia, a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a la Comisión Europea en los procedimientos relativos a la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia. En particular, el Tribunal deberá llamar al proceso a la Comisión Nacional de Competencia de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3. La comparecencia y demás actuaciones procesales previstas en la presente Ley y en el art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 se llevarán a cabo en la forma y con los efectos que establece la legislación procesal».

incumplimiento de tales normas como excepción, o bien por vía reconvenicional, en un proceso iniciado ante un Juzgado Civil⁸⁷.

La segunda cuestión que debe abordarse en la reforma es la relativa a la necesidad de evitar resoluciones contradictorias cuando intervengan de forma concurrente autoridades administrativas y jurisdiccionales sobre un mismo asunto. También en este apartado el Anteproyecto opta por seguir el sistema previsto en el art. 16.1 del Reglamento comunitario, estableciendo en consecuencia una declaración general, que suaviza considerablemente lo dispuesto en el Reglamento comunitario, según la cual se «deberá evitar» la adopción de resoluciones contradictorias⁸⁸, abriendo la posibilidad de que el juez suspenda el procedimiento hasta que recaiga resolución administrativa⁸⁹.

En el primero de los apartados, es decir, en la conveniencia de que no existan resoluciones contradictorias, debe recordarse que ha sido una preocupación constante de las diversas autoridades comunitarias, y ha estado presente tanto en la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios como en la propia Comunicación de la Comisión de 1993 y el Reglamento 1/2003, pero tal vez esa preocupación se deba a una desmedida preocupación que algunos países centroeuropeos muestran por un determinado concepto de seguridad jurídica, en primer lugar, y, en segundo término, al deseo que la aplicación del Derecho comunitario y las decisiones de la Comisión no quedaran desvirtuadas por actuaciones de órganos jurisdiccionales nacionales, pero esa preocupación no tiene por qué ser trasladada a las normas nacionales. En primer lugar, porque son muy reducidos los supuestos en los que sobre el mismo asunto intervienen autoridades administrativas y judiciales, y en segundo lugar, porque en Derecho español hay un buen número de casos en los que, en teoría, se pueden producir resoluciones contradictorias entre autoridades administrativas y judiciales y nunca se han producido especiales problemas. Sin ir más lejos, y por no salirnos del campo del Derecho de la competencia, el TDC puede, por la vía del art. 7 LDC, conocer de determinadas conductas desleales, y sobre las mismas conductas pueden pronunciarse los jueces de lo Mercantil, sin que, hasta el momento, haya sido necesario establecer mecanismos para evitar soluciones contradictorias. Y si tal es así, ¿por qué preocuparnos que pueda haberlas cuando los jueces apliquen las normas de la competencia? Está bien una preocupación de esta índole, pero llegar a imponer a

⁸⁷ Ver Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2003*, *op. cit.*, pp. 157 ss.

⁸⁸ La fórmula por la que se opta en el Anteproyecto suaviza considerablemente la recogida en el art. 16.1 del Reglamento 1/2003, que prevé de forma taxativa que los órganos jurisdiccionales «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión», confiando carácter obligatorio a la cuestión prejudicial de carácter administrativo y planteando innumerales problemas respecto de su aplicación. Tal vez por ello en el Anteproyecto se haya optado por la fórmula «deberá evitar».

⁸⁹ Las insuficiencias de esta fórmula han sido puestas de manifiesto por Jaime FOLGUERA y Borja MARTÍNEZ CORRAL, «Aspectos procesales...», *op. cit.*, pp. 105 ss.

los jueces la obligación de admitir literalmente lo que haya decidido una autoridad administrativa, cosa que hará indudablemente aun cuando no haya una norma específica que se lo imponga, no sólo puede vulnerar nuestras normas procesales, sino que puede llegar a ser contrario a la configuración constitucional del poder judicial. Puede ser que se den dos supuestos: que la acción ante el Juzgado de lo Mercantil se inicie cuando exista una resolución firme del TDC (es decir, el mecanismo previsto en el aún vigente art. 13.2 LDC, supuesto que ha ocurrido en el procedimiento que ha dado origen a la Sentencia Antena 3, anteriormente comentada) en la que con casi plena seguridad el Juzgado de lo Mercantil asumirá la resolución administrativa previamente dictada; pero otro supuesto diferente lo constituye el caso en los procedimientos que transcurran en paralelo, en cuyo caso deberán entrar en juego los mecanismos de cooperación y, en particular, la posible suspensión del procedimiento. En este segundo supuesto, si no funcionan esos mecanismos de cooperación, cabe la posibilidad de resoluciones contradictorias.

Por otra parte, cabría preguntarse cuándo debe entenderse que procede la cuestión prejudicial administrativa, si en el momento en el que la resolución de la autoridad de competencia es ejecutable, o bien en el momento en el que haya concluido la posible revisión jurisdiccional ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. Nótese, por el contrario, que no existe, ni en el Reglamento ni en el Anteproyecto, ninguna norma que obligue a las autoridades de competencia a respetar un previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional sobre la misma materia, y ello se debe, sin duda, a que nuevamente se considera el carácter público y privado de los procedimientos, y de esa circunstancia se deduce que si bien la decisión recaída en un procedimiento público debe vincular a la que recaiga en un procedimiento privado, no tiene por qué ocurrir lo contrario.

En cuanto a la posibilidad de suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución de la Comisión Nacional de Competencia, uno de los mayores problemas de este mecanismo, que se remite al art. 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deriva de que en este precepto procesal la suspensión sólo puede acordarse si existe conformidad de todas las partes del procedimiento, por lo que cabría plantearse si, también en este punto, resulta necesaria la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir que esa suspensión se realice, de oficio, por el propio juez. Y otro problema, relacionado con el anteriormente expuesto, resulta de la duración de la suspensión, es decir, si procede hasta la resolución de la autoridad administrativa, o hasta que concluya la revisión jurisdiccional.

Una cuestión, apuntada como problema en el Libro Verde de la Comisión, se puede plantear en relación con el denominado programa de clemencia. En el Anteproyecto se incluyen disposiciones por las que se puede eximir o reducir la sanción a quienes faciliten datos y pruebas que permitan la persecución de un cártel. El problema, como plantea la Comisión, radica en el hecho de que la confesión de quien ha participado en un

cártel no impide que el perjudicado le pueda reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados, por lo que pueden reducirse los incentivos para acogerse a tales disposiciones.

Finalmente, en cuanto a la cuestión relativa a los objetivos públicos de la aplicación privada del Derecho de la competencia, el debate abierto por el Libro Verde respecto al efecto disuasorio de tales procedimientos y la necesidad de reforzar tal efecto mediante la adopción de medidas tales como el establecimiento de un sistema de doble o triple indemnización, es decir, de daños punitivos, ha quedado al margen del texto del Anteproyecto y no tuvo una presencia significativa en los comentarios que siguieron al Libro Blanco. Es cierto que el Libro Verde hasta ahora sólo ha sido un documento de apertura al debate, y, por ello, adoptar una medida definitiva en nuestra futura Ley tal vez resulte algo prematuro, máxime cuando chocaría con los tradicionales criterios de nuestras leyes —y también de nuestros órganos jurisdiccionales— respecto de la indemnización de perjuicios. Pero, concluido el debate comunitario abierto como consecuencia del Libro Verde, sería necesario volver a reflexionar sobre la cuestión⁹⁰.

4. CONCLUSIONES

Los problemas relacionados con la aplicación judicial del Derecho de la competencia han venido planteándose de forma recurrente en España, en buen número de ocasiones relacionados con la entrada en vigor de ciertas normas o bien con ciertas sentencias, particularmente de nuestro Tribunal Supremo o de los Tribunales de la Unión Europea. En la actualidad resulta conveniente plantearse algunas de estas cuestiones, precisamente porque ya se han introducido las reformas necesarias para que no exista duda de la posibilidad de aplicación del Derecho (naturalmente y por ahora sólo del comunitario) de la competencia por los jueces de lo Mercantil, y podemos realizar un balance de las experiencias existentes hasta el momento. Pero no sólo eso. Estamos en puertas —o mejor podríamos decir totalmente inmersos en ella— de una profunda reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, y, en consecuencia, el resultado del balance de la aplicación podría servir para aportar algún criterio para esa reforma.

Una primera reflexión que en este capítulo podría hacerse consiste en afirmar que, a pesar de la gran paradoja que existe por el hecho de que los órganos jurisdiccionales españoles puedan aplicar el Derecho comunitario pero no el nacional, no ha existido inconveniente para que el Derecho de la competencia —en general— haya podido ser aplicado. La flexibilidad

⁹⁰ A título personal había sugerido en algún momento la conveniencia de establecer el mecanismo de la doble indemnización (Luis BERENGUER, «Sistema de defensa de la competencia», *Laboratorio de Alternativas*, documento de trabajo 54/2004, Madrid, Fundación Alternativas, 2004, p. 28).

con la que se ha interpretado, no sólo por nuestros jueces y Tribunales, el concepto de la afectación al comercio entre Estados miembros, ha permitido que todas las conductas —fundamentalmente contratos de distribución de productos carburantes— analizadas hayan podido ser calificadas como susceptibles de vulnerar el art. 81.1 del Tratado. El criterio de la afectación constituye una línea de atribución de competencias que, si nos atenemos a su aplicación, no resulta nítida del todo. Por ello se podría presumir que la imposibilidad de aplicar las normas nacionales de la competencia por nuestros jueces y magistrados no ha supuesto un inconveniente para la aplicación, en general, del Derecho de la competencia.

En segundo lugar, que los mecanismos de cooperación existentes en el Reglamento 1/2003 entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales, excepción hecha de la remisión de las sentencias dictadas por los jueces de lo Mercantil, de la solicitud de informes a la Comisión⁹¹ y de alguna sentencia que respetaba los principios de una decisión prevista de la Comisión, no han funcionado. Ni a la Comisión ni al Tribunal de Defensa de la Competencia se le ha solicitado su intervención como «*amicus curiae*» en ningún procedimiento de los seguidos hasta el momento. En cuanto al único supuesto en el que se ha seguido un procedimiento civil tras haberse dictado una resolución por el TDC, es lo cierto que el juez ha seguido el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el sentido de estimar que se había producido una infracción de las normas de la competencia, y ello ha sido posible porque el procedimiento civil se inició una vez la Resolución del TDC había adquirido firmeza, e incluso había quedado agotada la revisión jurisdiccional.

En tercer lugar, hay que considerar que la dicotomía aplicación pública-aplicación privada no debe provocar excesivos problemas, en la medida que pueden coexistir ambas sin generar excesivos conflictos. Dependerá de los casos y los supuestos que la elección de los perjudicados por las conductas anticompetitivas sea por una u otra vía. Normalmente si se trata de analizar un contrato, o bien de un supuesto en el que las pruebas resulten palpables, existirá una inclinación por acudir a los Juzgados de lo Mercantil. Si por el contrario resulta difícil obtener pruebas, será necesario acudir a las autoridades de la competencia para que éstas, en virtud de sus poderes como autoridad que aplica el Derecho sancionador, realicen la oportuna investigación, no sin tener en cuenta, como ha puesto de manifiesto el propio TDC⁹², que ese expediente sancionador, en el que rige el principio de presunción de inocencia, a veces puede no resultar idóneo para dirimir conflictos privados. Ello con independencia de que, al menos en teoría, el hecho de que un buen número de casos se analizarán en proce-

⁹¹ En el año 2004 se realizaron seis peticiones de información a la Comisión, todas ellas referidas a estaciones de servicio, pero estas solicitudes de información, que ya estaban previstas en la Comunicación de 1993, no son nuevas en el Reglamento 1/2003. Ver Antonio CREUS, «Código de Derecho de la Competencia», *DLA Paper*, Madrid, 2006, p. 1409.

⁹² Resolución de 14 de diciembre de 1998, Onda Ramblas/Agedi, Expte. 430/98.

dimientos privados permitirá a las autoridades centrarse en investigaciones de oficio, y destinando los recursos que se hayan liberado a investigar a los cárteles más importantes. No parece previsible, por otra parte, que haya muchos supuestos en los que se analice simultáneamente un mismo asunto por los jueces y las autoridades administrativas, por lo que la preocupación por la posibilidad de resoluciones contradictorias no debe ser excesiva. Otra cosa es cuando, como se ha mencionado con anterioridad, se inicie una reclamación de indemnización de perjuicios una vez sea firme la resolución administrativa, pero no parece previsible que, cuando esto ocurra, el juez vaya a separarse de la resolución administrativa.

En cuarto lugar, las experiencias habidas hasta el momento pueden permitir la afirmación de que los Juzgados de lo Mercantil frecuentemente no han seguido los criterios del Tribunal de Defensa de la Competencia. Naturalmente no se trata de casos en los que se analizara el mismo supuesto, pero el análisis que se hace en un buen número de supuestos de los denominados «contratos de agencia no genuinos» no coincide con la doctrina emanada de las resoluciones del TDC. Y, por cierto, sin que en el procedimiento nadie hubiera pedido cuál era el criterio del Tribunal. Otra cosa ocurre (caso Antena 3) cuando el Juzgado se ha pronunciado sobre un supuesto específico ya resuelto por el TDC, en cuyo caso ha respetado el criterio de la autoridad administrativa.

También podría añadirse que en la reforma de la Ley deberían afrontarse los distintos problemas que se ponen de manifiesto como consecuencia de la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y que no han quedado resueltos con las normas incluidas en el Reglamento 1/2003. Y para ello, y teniendo en cuenta que la mayor parte de los problemas son de índole procesal, es necesaria una reforma en paralelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹³. E igualmente deberían realizarse algunas reflexiones sobre la conveniencia de incorporar a la nueva norma algún mecanismo, de entre los apuntados en el Libro Verde, para no desincentivar el acogimiento a los programas de clemencia como consecuencia del peligro que pueden correr quienes se acojan a ellos de ser condenados a una indemnización por daños y perjuicios.

Por último, la tesis mantenida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento entre Endesa, por una parte, y Gas Natural e Iberdrola, por la otra, debería hacer reflexionar sobre la necesidad de evitar los solapamientos entre los procedimientos de conductas y de control de concentraciones por un mismo asunto. La solución puede ser la que sea, pero si se ha puesto de manifiesto un posible conflicto, la nueva Ley debería prever la solución.

⁹³ Ya desde la aprobación del Reglamento 1/2003 he venido manteniendo que su aplicación no era posible sin la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Luis BERENGUER, «Réquiem por el Reglamento 17», en *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 125-127).