

APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LITIGIOS PRIVADOS

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado

Ex Vicepresidente del TDC

Letrado, Jefe de Relaciones Institucionales
del Consejo General del Poder Judicial

Desde la vigencia de la primera Ley española de Defensa de la Libre Competencia¹, los órganos jurisdiccionales pertenecientes al orden civil han tenido atribuciones, si bien en diferente grado, en la aplicación de dicha normativa. Como consecuencia de acceder España como miembro a la CEE va a regir en nuestro país el Derecho comunitario, y, por tanto, el Derecho de la competencia, que viene establecido principalmente en el Tratado de Roma. Los órganos jurisdiccionales españoles, junto con la Comisión Europea y las autoridades nacionales designadas para la aplicación de esta normativa, Servicio de Defensa de la Competencia —SDC— y Tribunal de Defensa de la Competencia —TDC—, deberán asumir sus funciones en la aplicación de estas normas del Derecho comunitario.

Nuestro trabajo se va a centrar en el análisis sucinto, durante las distintas etapas normativas que cabe diferenciar, de la aplicación del Derecho de la competencia, tanto interno como comunitario, por los órganos jurisdiccionales en la resolución de litigios privados, con especial énfasis en la situación actual y en la que se avecina como consecuencia de la proyectada Ley española de Defensa de la Competencia.

1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 110/1963

A. DERECHO INTERNO

Bajo la vigencia de la Ley de 1963 los órganos jurisdiccionales civiles sólo conocían de las posibles acciones de resarcimiento por daños y per-

¹ Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión y Prácticas Restrictivas de la Competencia.

juicios que los afectados por las prácticas restrictivas declaradas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ejercitasen en el plazo de un año, una vez firme la declaración del TDC². Las declaraciones e intimidaciones eran competencia exclusiva del TDC y sus resoluciones en la materia gozaban de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, surtiendo plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos³. No hay que olvidar que el legislador estaba preocupado por que la atribución de jurisdicción sobre esta entonces novedosa normativa a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que paralizasen en uno u otro campo la finalidad de la Ley. De ahí que para remediarlo se decantase por establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva⁴. Esta atribución jurisdiccional única se otorgó al TDC. De ahí que incluso a éste se encargase también por la Ley la declaración de nulidad de los convenios o decisiones colusorios⁵.

En definitiva, hasta la incorporación de España a las Comunidades Europeas, la única legislación que regía en nuestro país en defensa de la libre competencia era la citada Ley interna y los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil sólo tenían competencia objetiva colateral en la aplicación de aquélla, circunscrita al conocimiento de las demandas de los particulares perjudicados en reclamación de daños y perjuicios, una vez firme la declaración del TDC de la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia.

B. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Como consecuencia del Tratado de Adhesión, a partir de 1 de enero de 1986 tiene plena vigencia en el Reino de España el Derecho comunitario y, por tanto, la normativa sobre competencia que el mismo contiene. Los arts. 85.1 y 86 TCEE resultarán aplicables no sólo por las autoridades comunitarias de competencia, Comisión Europea y Tribunal de Justicia, sino también por las nacionales. Pero se necesitaba precisar, o mejor determinar, quiénes serán esas autoridades nacionales encargadas de su aplicación en nuestro país.

La noción de autoridad nacional a que se referían el art. 88 TCEE y el Reglamento 17/1962 no se señala en ninguna de estas normas. Su concreción vino dada por el TJCE en Sentencia BRT/SABAM⁶, en la que se señala que las autoridades de los Estados miembros contempladas por el art. 9, párrafo 3, del Reglamento 17 son aquellas cuya competencia deriva del

² Art. 6 de la Ley 110/1963.

³ Art. 10 de la Ley 110/1963.

⁴ Exposición de Motivos IV, 2, de la Ley 110/1963.

⁵ Art. 13.2 de la Ley 110/1963.

⁶ De fecha 30 de enero de 1974.

art. 88 del Tratado. Pueden ser autoridades administrativas o jurisdiccionales. Lo que viene, en definitiva, a señalar el TJCE es que pueda continuar cada Estado empleando autoridades administrativas o jurisdiccionales, al comprobar esta diversidad de autoridades en los diferentes Estados miembros⁷.

En nuestro país el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto, establece que, a los efectos del art. 9 del Reglamento 17 del Consejo y del art. 15 del también Reglamento 1017, el TDC será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los arts. 85.1 y 86 TCEE y de los arts. 2 y 8 del Reglamento 1017/68. La opción de nuestro legislador es, pues, por mantener la autoridad que tenía en materia de competencia, TDC, a la que también se encarga de la aplicación del Derecho comunitario sobre la materia. Estas «autoridades» tanto comunitarias como nacionales tienen por principal misión el velar por el interés público del mercado protegiendo en el mismo la libre competencia. De ahí que vengan avaladas con la posibilidad de que, al constatar la existencia de prácticas prohibidas, puedan imponer importantes sanciones económicas a los infractores.

Independientemente de la aplicación por las «autoridades nacionales» del Derecho comunitario de competencia, prácticas colusorias y abusos de posición de dominio en supuestos en que puedan afectar al comercio entre Estados miembros, los órganos jurisdiccionales debían aplicar estas normas en conflictos entre particulares dado el efecto directo horizontal de que gozan Tratados y Reglamentos comunitarios. El TJCE, que ya había reconocido expresamente el efecto directo del art. 85 TCEE⁸, lo hace de ambos preceptos —arts. 85 y 86— en su sentencia BRT/SABAM, destacando al respecto que «*siendo las prohibiciones de los arts. 85 y 86 aptas por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben garantizar*», doctrina ésta ratificada en múltiples ocasiones⁹. Serán, pues, los órganos de la jurisdicción civil, que conocen de las contiendas privadas entre particulares, los que se vean avocados a su aplicación en virtud del «efecto directo».

Pero no podemos olvidar que hasta que no se publica una nueva Ley sobre Defensa de la Competencia, la autoridad nacional a la que se encarga como tal autoridad la aplicación del derecho comunitario de competencia, TDC, tiene en nuestro país una especial singularidad que le otorga la Ley 110/1963, según señalamos más arriba. Por ello surgirán discrepan-

⁷ Esta interpretación de lo que ha de entenderse por «autoridad nacional» la confirma el propio TJCE en sus Sentencias de 10 de julio de 1980, Anne Marty/Estée Lauder, y de 30 de abril de 1986, Nouvelles Frontières.

⁸ Sentencia de 6 de abril de 1962, Bosch.

⁹ Ver Sentencias de 2 de abril de 1974, SACHI; de 11 de abril de 1989, Ahemed Saeed; de 10 de diciembre de 1991, Delimitis, y de 18 de septiembre de 1992, Automec.

cias a la hora de analizar en qué supuestos podrán los jueces civiles aplicar el Derecho comunitario de la competencia y, en su caso, la precisión o no del previo pronunciamiento del TDC sobre la existencia de una práctica prohibida por los arts. 85.1 y 86 TCEE. Bueno es insistir que en el caso español la autoridad encargada de aplicar el Derecho antitrust no era una autoridad administrativa en sentido estricto en aquel momento, sino que el TDC ejercería funciones jurisdiccionales que extendía incluso a la declaración de nulidad de los pactos considerados colusorios, por lo que bien podía considerarse como una jurisdicción especializada *sui generis*, si bien la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, le hará perder su carácter jurisdiccional. En todo caso esta situación va a traer gran confusión e incertidumbre.

El TS en una conocida y comentada sentencia, con valoraciones muy diversas, STS de 30 de diciembre de 1993, Sala Primera¹⁰, viene en la práctica a negar a los órganos de la jurisdicción civil la aplicación del Derecho comunitario de competencia al limitar ésta a que lo sea a título incidental y no principal, sin que se explique qué entiende el TS con esta diferenciación. Así, en el Fundamento de Derecho segundo de la comentada sentencia se dice: *«De todo lo expuesto no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a “las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas” (en nuestro sistema judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado), tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que en este caso la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».*

¹⁰ Ver, entre otros, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)», en *Gaceta jurídica de la CE*, núms. 94 y 95; «La aplicación directa del Derecho de la competencia comunitario y nacional por los Tribunales ordinarios españoles (comentario a la STS de 30 de diciembre de 1993)», en *Perspectivas Jurídicas Actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez Bella Corswell*, Centro de Estudios Jurídicos Ramón Areces, 1995, pp. 239-250; B. FERNÁNDEZ PÉREZ, «El efecto directo del art. 86 TCE en el ordenamiento español. Relativo a la STS, Sala 1.ª, de 30 de diciembre de 1993», en *Ley Comunidades Europeas*, núm. 93, 1995, pp. 1-5.

En diversas ocasiones he señalado lo confuso de esta argumentación de nuestro TS y mi parecer a favor de la aplicación por Juzgados y Tribunales del orden civil del Derecho comunitario de competencia al resolver litigios entre particulares con fundamento en el efecto directo horizontal de todos los preceptos del TCEE, incluso durante la vigencia de la Ley de 1963 en que se otorgaba al TDC la exclusividad en la definición de las prácticas colusorias, incluida la declaración de nulidad de pactos y el abuso de posición dominante, ya que tales previsiones estaban limitadas al Derecho interno sobre la materia habiendo perdido sus funciones jurisdiccionales el TDC con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, la primacía del Derecho comunitario y la obligación de preservar el efecto útil del Tratado obligaba a su aplicación a los órganos jurisdiccionales¹¹.

En todo caso, esta STS, como se apunta antes, provocó gran polémica sobre su alcance en la doctrina y vino a crear incertidumbre a los operadores jurídicos.

2. CONSECUENCIAS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/1989, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Y DE LA LEY 3/1991, DE COMPETENCIA DESLEAL

A pesar de que la Ley 110/963 puede calificarse como una buena Ley protectora de la libre competencia, precisaba de ser reformada para su adaptación plena a las exigencias del Derecho comunitario y principalmente para que resultara efectiva la capacidad sancionadora que debían de tener las autoridades nacionales de competencia. De ahí que nuestro legislador optara por la redacción de una nueva Ley, la Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia —LDC—, que vino a sustituir a la de 1963 y a propiciar un sistema moderno y adecuado a las exigencias comunitarias. El legislador español optó por encomendar su aplicación como «autoridad» nacional al TDC como órgano decisorio y al SDC como investigador e instructor. En este caso se optó por autoridades claramente administrativas, como en la mayoría de los países miembros, atribuyendo a órganos distintos la instrucción y la decisión del procedimiento administrativo sancionador, conforme exige nuestro Derecho interno, y propiciando la revisión jurisdiccional de las resoluciones del TDC en vía contencioso-administrativa.

De la nueva Ley y del carácter administrativo de los órganos a los que se encomienda su aplicación para velar por que la libre competencia no se restrinja en el mercado español se va a derivar el que, en el supuesto de que se declare una práctica como colusoria, habrá que recurrir, posterior-

¹¹ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 215-239.

mente, al juez civil para que declare la nulidad del contrato y también para reclamar los daños y perjuicios irrogados por cualquiera de las conductas que se tipifican como contrarias a la libre competencia.

Pudiera parecer que la legislación interna sobre competencia no se va a aplicar a los litigios entre particulares, por cuanto que la Exposición de Motivos de la Ley encarga su aplicación a autoridades administrativas. Así señala: *«La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos: el Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución, y en su caso, de propuesta, y al Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes»*.

Además, al principio no existía la restricción, luego introducida, en el art. 2 LDC respecto de que aquellas prácticas menores que no afectan al mercado podrá decidir no perseguirse por las autoridades de competencia. Así, hasta que se introduce esta facultad las autoridades de competencia se ocuparon de prácticas que, aunque contrarias a la libre competencia, tenían unos efectos muy limitados en el mercado. Pero esta reforma supondría, en la práctica, que los empresarios privados que se viesan dificultados por prácticas anticompetitivas de sus competidores o incluso expulsados del mercado no podrían satisfacer sus legítimos intereses de apreciarse la práctica de escasa importancia para el interés público del mercado.

La Ley de Competencia Desleal —LDC—¹², cuya tramitación parlamentaria corrió paralela a la LDC pero que al final del trámite legislativo se vio frustrada su aprobación por el adelanto de elecciones generales y la consiguiente disolución de las Cámaras, y de ahí el retraso en su publicación respecto de la LDC, viene a centrar el ámbito de protección contra la deslealtad en la concurrencia, protegiendo los legítimos intereses de aquellos que concurren en el mercado, principalmente consumidores y competidores¹³. Y que mayor deslealtad en la concurrencia que hacerlo con infracción de las normas que disciplinan el mercado, entre las que destaca la LDC. De ahí que nuestro legislador, pese a establecer una cláusula general, a cuyos parámetros habrán de responder las prácticas que se consideran desleales¹⁴, tipificó las principales conductas desleales con efectos ejemplificativos pero no limitativos¹⁵. Entre estas prácticas desleales, expresamente contemplada como tal por la Ley, está la infracción de normas concurrenciales¹⁶. Luego una infracción de las normas de competen-

¹² Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE de 11 de enero de 1991).

¹³ Así, la Ley señala como objeto de la misma en su art. 1: *«... la protección de la competencia e interés de todos los que participan en el mercado»*.

¹⁴ Art. 5 LDC.

¹⁵ Arts. 6 a 17 LCD.

¹⁶ Art. 15.2 LCD.

cia, y concretamente la prohibición de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los arts. 1 y 6 LDC en relaciones entre particulares, podrán evidentemente ser perseguidas al amparo del art. 15.2 LCD debiendo de ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos que señalan los arts. 18 y 19 de la misma Ley.

Además, las conductas que por su escasa importancia en su repercusión en el mercado decidan no perseguir las autoridades de competencia podrán ser impedidas en el ámbito privado viendo así satisfechos sus legítimos intereses aquellos a los que dañan, quienes, además, podrán también pedir la reparación de los daños causados, ejercitando el amplio abanico de acciones que posibilita la LCD e incluso el pedir y obtener medidas cautelares.

No sirve en contra aquí el argumento de los que afirman que el art. 13.2 LDC veta la aplicación por los órganos jurisdiccionales de las normas internas de competencia, ya que el indicado precepto sólo permite la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en actos prohibidos por aquella Ley en tanto no sea firme la declaración administrativa del TDC. Ello por la sencilla razón de que el citado precepto se contrae a la aplicación de la LDC al ámbito a que se extiende la misma, esto es, a su aplicación por las autoridades españolas de defensa de la competencia. Por ello sus arts. 1, 6 y 7 no pueden ser aplicados directamente por los órganos jurisdiccionales en conflictos privados. Pero ello nada impide para que estos Tribunales apliquen la LCD en todos sus términos, estando expresamente tipificadas como desleales las conductas a que se refiere el art. 15.2 de la citada LCD. De la misma forma, el TDC conocerá de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público, como establece el art. 7 LDC.

Por lo que respecta a la aplicación por jueces y Tribunales del Derecho comunitario de competencia no podrá argumentarse, desde la entrada en vigor de la LDC de 1989, ningún impedimento ni duda sobre su aplicación con el fundamento, ya señalado, del efecto directo horizontal de todos los preceptos del Tratado.

La Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE¹⁷ va en todo caso a proporcionar luz sobre la obligación de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los repetidos artículos del Tratado y las circunstancias que para ello deben concurrir. Comienza por señalar la Comunicación de la Comisión que: «*Varias son las instituciones tanto nacionales como comunitarias que han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la com-*

¹⁷ 93/C39/05 (DOCE, C 39, de 13 de diciembre de 1993).

*petencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades, de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»*¹⁸. La Comunicación viene a rescatar los principios establecidos al respecto por el TJCE, ordenando aquí las competencias concurrentes sobre la materia de las jurisdicciones y la Comisión y las relaciones entre las mismas. Es, pues, una guía útil, por cuanto que se apoya en la jurisprudencia del TJCE para delimitar las competencias entre ambos órganos y sirve de orientación para facilitar las relaciones entre los mismos.

Señala la Comunicación que la Comisión dispone de competencias exclusivas para declarar inaplicables las normas de competencia a determinadas decisiones o prácticas concertadas, en virtud del art. 9 del Reglamento 17 del Consejo. Estas competencias las puede ejercer la Comisión de dos maneras: adoptando una decisión de exención en un caso individual, o mediante reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos, con arreglo a la habilitación que le proporciona el art. 87¹⁹.

Los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los arts. 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia²⁰.

Como señala la Comunicación que comentamos, el juez nacional puede verse obligado a pronunciarse sobre la aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE en varias situaciones procesales. En procedimientos civiles, fundamentalmente, con ocasión de que se ejerciten acciones contractuales y de daños y perjuicios. El efecto directo de aquellos artículos del Tratado confiere a los órganos jurisdiccionales competencia suficiente para poder resolver los casos²¹. Ello sin olvidar que el apartado 2 del art. 85 permite a los Tribunales jurisdiccionales el determinar, de conformidad con las normas nacionales de procedimiento, las consecuencias de Derecho civil que implican las prohibiciones del art. 85²² «... esto es, la declaración de nulidad de los acuerdos y decisiones prohibidas por el art. 85.1, que el apartado 2 sanciona con nulidad».

Al aplicar los arts. 85.1 y 86, los órganos jurisdiccionales deben investigar si los acuerdos o prácticas concretas han sido objeto de decisión o dictamen de la Comisión u otra autoridad administrativa, la encargada de aplicar el Derecho de la competencia en el Estado, pues aunque no sean vinculantes para el órgano jurisdiccional, son importantes elementos de juicio²³. Es evidente que ambas autoridades, comunitaria y nacional, son órganos especializados en el conocimiento y aplicación del

¹⁸ I.1.

¹⁹ II.7.

²⁰ III.5.

²¹ IV.17.

²² II.6.

²³ IV.20.

Derecho de la competencia y por ello sus decisiones guía doctrinal de primer orden para los Tribunales jurisdiccionales.

Si la Comisión no ha tomado posición sobre el acuerdo o práctica concretos, los órganos jurisdiccionales deben interpretar la norma comunitaria conforme a la jurisprudencia del TJCE y a las decisiones de la Comisión sobre la materia²⁴.

En el supuesto de que la Comisión haya iniciado un procedimiento relacionado con los mismos comportamientos, los órganos jurisdiccionales pueden aplazar su decisión en espera del resultado de la acción de la Comisión o para interrogar a la Comisión sobre este tipo de comportamientos. Caso de que tengan dudas acerca de la compatibilidad, pueden plantear una cuestión prejudicial al TJCE de conformidad con el art. 117 del Tratado²⁵. A diferencia de que cuando concurren las autoridades nacionales de competencia y la Comisión en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo general la autoridad nacional vendrá obligada a suspender la decisión del expediente hasta tanto no se pronuncie la Comisión, los órganos jurisdiccionales gozan de libertad para continuar adelante con el procedimiento.

Nuestro TS, sin embargo, según vimos más arriba, consideraba que los órganos jurisdiccionales civiles no eran competentes para la aplicación a título principal del Derecho comunitario de competencia, como manifestó en su STS de 30 de diciembre de 1993. En posterior STS de 4 de noviembre de 1999, la misma Sala Primera, de forma drástica, señala que, conforme ya estableció en su Sentencia de 30 de diciembre de 1993, la intimidación en cuanto a estas prácticas es privativa de las autoridades administrativas. Al fin el TS en su STS de 2 de julio de 2000 cambia de criterio, sin explicar el motivo, y declara la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario de la competencia y también la procedencia de declarar la nulidad de un contrato por aplicación del art. 1.2 LDC sin necesidad de previa declaración del TDC. La posibilidad de aplicarse en vía jurisdiccional los arts. 81.1 y 82 es reconocida por posteriores STS de fechas 2 de marzo de 2001 y 15 de marzo de 2001.

3. EL NUEVO MARCO DEL REGLAMENTO 1/2003 EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

En el seno de la Comisión Europea se tenía conciencia del excesivo empleo de sus limitados medios que requería el atender a las múltiples peticiones que se producían de autorización con base en el art. 81.3 TCE. Los notificantes estaban protegidos de ser sancionados, entre tanto la

²⁴ IV.21.

²⁵ IV.22.

Comisión no decidiera su solicitud, y los múltiples expedientes se acumulaban por excesivo tiempo. Con ello en la Comisión se era consciente de que no se dedicaban los medios necesarios a investigar y perseguir las prácticas más graves. Por otro lado, era ya una realidad que las autoridades de competencia de los Estados miembros habían avanzado en el conocimiento y aplicación del Derecho comunitario de competencia.

Esta situación hace que se plantee la conveniencia de cambiar el sistema de autorización por el de exención legal, compartiendo la Comisión la aplicación del art. 81.3 TCE con las autoridades nacionales de competencia y con los órganos jurisdiccionales. Con ello quedaría, además, descargada la Comisión del cúmulo de asuntos que venía suponiendo el sistema de notificación y podría dedicar mayores esfuerzos a controlar las operaciones más lesivas para la competencia. Se consideraba, además, que para ello sería conveniente aumentar las potestades de inspección de la Comisión.

Consecuencia de lo anterior, y en el sentido indicado, se publica por la Comisión en 1999 un Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. La propuesta del Libro Blanco recibió unas primeras opiniones muy distintas sobre su conveniencia. Así, mientras el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social apoyaron la propuesta, insistiendo, no obstante, en la importancia de garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria manteniendo un nivel adecuado de seguridad jurídica, las posiciones de las organizaciones empresariales y de los abogados eran heterogéneas, pues si bien unas acogen positivamente la iniciativa como alternativa más eficiente al sistema existente, otros subrayan la necesidad de asegurar que la reforma no lleve a una aplicación incoherente, a una renacionalización de la normativa comunitaria sobre competencia y a que no se reduzca la seguridad jurídica de las empresas²⁶.

A. NUEVA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN LA APLICACIÓN DEL ART. 81.3 Y OBLIGACIONES QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO PARA UNA APLICACIÓN UNIFORME DE LOS ARTS. 81 Y 82

En cualquier caso, y por si existiera alguna duda sobre la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, el Reglamento 1/2003 expresamente establece que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado²⁷. Como puede observarse de la lectura del propio precepto,

²⁶ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento relativo a la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia y su repercusión en España», en *Comunicaciones IDEI*, núm. 23, junio de 2001, pp 180 ss.

²⁷ Art. 6.

no se establece ninguna limitación, por lo que la competencia se extiende ahora también al apartado 3 del art. 81. En el considerando 8 del Preámbulo del propio Reglamento se marca la obligación, tanto para las autoridades responsables de la competencia como para los Tribunales de los Estados miembros, de aplicar también los arts. 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el Reglamento. Y más adelante se señala que los Estados miembros podrán aplicar en su territorio la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos siempre que sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario²⁸. La prevalencia del Derecho comunitario y la preservación del efecto útil del Tratado van en todo caso a obligar a ello, aunque no está de más que se recuerde en el Preámbulo del Reglamento. Sólo en la medida en que la legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto de la protección de la competencia en el mercado, matiza el considerando 9, las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales podrán aplicar esta legislación en su territorio, principalmente referida a actos de competencia desleal. La preocupación del legislador comunitario por alcanzar la aplicación de una única legislación sobre competencia en el territorio del mercado común es patente en el Reglamento, máxime en un momento en el que se amplía el número de los Estados miembros hasta veinticinco. El que las legislaciones internas de los diversos Estados no perturben aquella legislación común, como vemos, es también una advertida preocupación.

Pero no todos los problemas quedan resueltos con que se aplique por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros una misma legislación comunitaria. La interpretación y aplicación de la Ley ha de ser uniforme. En ello pone especial empeño el Reglamento 1/2003.

Mas toda esta problemática alcanza especial dificultad, toda vez que, por primera vez, se encarga también a los órganos jurisdiccionales la aplicación del art. 81.3. En los litigios que planteen los particulares ante la jurisdicción, de constatarse la existencia de una práctica prohibida por el art. 81.1, deberá examinarse si se cumplen los requisitos y condiciones que señala el párrafo tercero y que la convierten en legal.

Para paliar en lo posible resoluciones contradictorias de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario de competencia, el Reglamento 1/2003 marca unas reglas directamente dirigidas a los órganos jurisdiccionales. Así, el considerando 22 del Preámbulo señala que en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las mismas, refiriéndose a

²⁸ Considerando 9.

continuación a los efectos de las decisiones de la Comisión con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, concretando que aquellas que impongan compromisos no afectarán a la facultad de los órganos jurisdiccionales para aplicar los arts. 81 y 82.

Especial importancia tiene al respecto el art. 16.1 del Reglamento. En éste se contienen, a mi juicio, los dos más importantes mandatos a los órganos jurisdiccionales. Más preocupado el legislador comunitario con las decisiones que puedan adoptar los órganos jurisdiccionales que las autoridades de competencia, extrema la precisión cuando se dirige a los primeros. Así, el apartado 1 del art. 16 contiene dos precisos mandatos dirigidos a los jueces. En primer lugar, señala que cuando éstos *«se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión»*. El problema surge aquí principalmente por la indefinición del significado que tiene en castellano la palabra «incompatible». Indudablemente es más amplio que el de «distinta», pero su límite resulta indefinido en nuestro idioma.

Por si no fueran pocos los problemas apuntados en este primer mandato del art. 16, a continuación se señala a los órganos jurisdiccionales que *«deberán evitar, asimismo, adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender un procedimiento»*. El último inciso nos proporciona alguna luz, aunque poca. Sirve para disipar la duda de si cuando en el mismo párrafo se hace referencia a *«... procedimiento que ya haya sido incoado»*, quiere con ello referirse el legislador comunitario a un procedimiento ya decidido o simplemente iniciado formalmente, como en principio parece atendiendo a criterios de Derecho interno. Así, podemos decidimos por esta última interpretación, toda vez que, en otro caso, no tendría sentido suspender el procedimiento, sino el fallarlo conforme a una decisión de la Comisión ya pronunciada. Salvado el primer escollo, debemos enfrentarnos con la intención principal del precepto. A este respecto resulta ilustrativo el recordar que con anterioridad al Reglamento 1/2003, ya el TJCE había establecido que un Tribunal nacional en el marco de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE no puede adoptar una resolución incompatible con una decisión de la Comisión dictada sobre los mismos hechos, aunque dicha decisión esté siendo objeto de un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios. A dicho efecto, continúa la sentencia, es irrelevante que el Tribunal de Primera Instancia haya suspendido la ejecución de la decisión por haber sido objeto de un recurso de anulación, ya que los actos de las instituciones comunitarias disfrutan de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados ni revocados²⁹.

²⁹ STJCE de 14 de diciembre de 2000. Masterfoods Limite/HDicecram Limite.

Una vez más la guía de la jurisprudencia del TJCE, auténtico motor del Derecho comunitario, nos facilita el camino en este intrincado laberinto. A los órganos jurisdiccionales corresponderá el apreciar si procede suspender su procedimiento, hasta tanto se pronuncie la Comisión, como al efecto se señala en el art. 16, siendo de destacar el respeto del Reglamento con las atribuciones jurisdiccionales, ya que deja a criterio de cada juez el suspender o no el procedimiento. Ello, en definitiva, dependerá de que exista un criterio anticipado por la jurisprudencia del TJCE o por decisión de la Comisión, o, en otro caso, que la controversia planteada en vía jurisdiccional, por su concreción, no haga prever una decisión de la Comisión incompatible. Criterios de prudencia y un buen conocimiento del Derecho comunitario de competencia guiarán, sin duda, la decisión judicial respecto de suspender o continuar el procedimiento.

Se puede dar aquí la curiosa situación, en el caso de los órganos jurisdiccionales españoles, de que, dado nuestro sistema interno de fuentes, en el que la jurisprudencia no es fuente del ordenamiento jurídico, la interna no vincule a los jueces y, por el contrario, estarán vinculados por la jurisprudencia del TJCE y, además, por las decisiones de un órgano administrativo comunitario, como es el caso de las decisiones de la Comisión.

B. COLABORACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el Preámbulo del Reglamento, el legislador comunitario hace referencia a que la aplicación coherente de las normas de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales requiere de la instauración de mecanismos de cooperación entre éstos y la Comisión³⁰. Para ello apunta dos medios que concreta y desarrolla en el art. 15: la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la Comisión informaciones o dictámenes sobre aspectos de la aplicación del Derecho comunitario de competencia y el que tanto la propia Comisión como las autoridades de competencia de los Estados miembros gocen de la facultad de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado.

El art. 15 del Reglamento concreta las facultades informativas de los jueces en dos. Por un lado, en solicitar de la Comisión la información que obre en su poder sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Por otro, la solicitud de dictámenes sobre las mismas cuestiones. Estas facultades que prevé el Reglamento son independientes, claro está, de la de plantear cuestiones prejudiciales de interpretación al TJCE, de conformidad con lo previsto en el art. 234 TCE. El ejercicio de aquellas facultades parece que tendrá efectos meramente ilustrativos o informativos del órgano jurisdiccional sin que pueda predi-

³⁰ Considerando 21.

carse de las mismas que produzcan efectos vinculantes, ya que tal efecto se contrae únicamente a las decisiones de la Comisión.

La preocupación de la Comisión por la aplicación uniforme del Derecho de la competencia, ante la importante descentralización que lleva a cabo el Reglamento 1/2003, ha estado presente en todo momento desde el comienzo del prelegislativo y continúa en la actualidad, en especial por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo general menos conocedores del Derecho comunitario de competencia y también menos familiarizados en su aplicación que las autoridades nacionales. De ahí la Comunicación de la Comisión dirigida a aquéllos³¹. En su apartado III-15 ya se señala que aunque el Tratado CE no contempla explícitamente la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, en la interpretación hecha por los Tribunales comunitarios del art. 10 CE alcanza a que la Comisión deba ayudar a aquéllos cuando los mismos apliquen el Derecho comunitario. Este tipo de ayuda no puede verse limitada por la normativa de ningún Estado miembro, quienes deberán adoptar las normas procesales pertinentes a fin de posibilitarla³².

Expresamente se reconoce en la citada Comunicación el respeto de la Comisión a la independencia de los órganos jurisdiccionales y, en consecuencia también, el que la asistencia que les proporcione ésta no tiene carácter vinculante para aquéllos. También se proclama a continuación el deber de secreto profesional y de velar por la salvaguarda del propio funcionamiento e independencia de la Comisión, de todo lo cual se extrae la conclusión de que la ayuda que ésta preste a los jueces debe ser neutral y objetiva en defensa del interés público, por lo que no sirve intereses privados de los litigantes a los que consecuentemente no oírán en ningún caso cuando ejercite este cometido de ayuda a los órganos jurisdiccionales.

También la Comunicación de la Comisión establece pautas tanto sobre la transmisión a los órganos jurisdiccionales de la información que obre en su poder, como sobre la posibilidad de obtener dictámenes de aquélla.

a) *Solicitud de información*

Se comienza por señalar en la citada Comunicación, a título de ejemplo, en lo que puede consistir dicha información: documentos que obren en poder de la Comisión, información de carácter procedimental que permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión,

³¹ Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE (DOCE, C 101/54, de 27 de abril de 2004).

³² Comunicación III-A-17.

información sobre si ésta ha iniciado un procedimiento o si ya ha adoptado su posición o sobre la fecha probable en que la adoptará³³.

La Comunicación recuerda que la Comisión tiene que respetar las garantías dadas por el art. 287 CE, haciendo una interpretación integradora de las obligaciones que derivan tanto de éste precepto como del art. 10 CE. Así se señala que antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional, la Comisión recordará al órgano jurisdiccional que está obligado por el Derecho comunitario a observar los derechos del art. 287 CE y le preguntará si garantiza la protección de la información y de los secretos comerciales confidenciales, transmitiéndole la información en el solo supuesto que ofrezca dicha garantía³⁴.

Finalmente se indica que la Comisión puede denegar la transmisión de información por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, concretando que no transmitirá la información voluntariamente proporcionada por un solicitante de clemencia sin su consentimiento³⁵.

Una cuestión que quedaba olvidada por el Reglamento, de importancia para la tramitación de los procedimientos judiciales, como es el plazo en que la Comisión debería proporcionar la información solicitada por los jueces, viene a resolverse por la Comunicación, aunque con cierta indeterminación. Así se señala que *«la Comisión se esforzará por facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud»*. Si la Comisión tiene que pedir alguna aclaración o documento al órgano judicial, el plazo empezará a computarse a partir de la fecha en que reciba la información solicitada³⁶. En cualquier caso, los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales internas para posibilitar dicha colaboración³⁷ lo que será dificultoso con plazos meramente indicativos como los que se marca la Comisión.

b) *Petición de dictámenes*

Por otro lado, el Reglamento 1/2003 habilita también a los órganos jurisdiccionales a solicitar de la Comisión dictámenes sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia, como ya adelantamos más arriba. La Comisión también marca unas pautas a este respecto. Así, señala que la petición de dictamen procederá cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los reglamentos, deci-

³³ Comunicación III-A-21.

³⁴ Comunicación III-A-1-23, 24 y 25.

³⁵ Comunicación III-A-26.

³⁶ Comunicación III-A-22.

³⁷ Comunicación III-A-17.

siones, comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan la suficiente orientación al órgano judicial³⁸. Al pronunciarse «*la Comisión se limitará a facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional*». Se aclara a continuación que el dictamen no es jurídicamente vinculante³⁹.

De las anteriores precisiones se extraen dos conclusiones. Por un lado, la intervención de la Comisión con carácter de «*amicus curiae*» a la que limita su relación el Reglamento respecto de los órganos judiciales que gozan de plena libertad en la decisión del asunto que ante los mismos penda. Por otro, el que la petición de dictamen debe realizarse sobre un aspecto concreto no pudiendo versar sobre el fondo del asunto cuya resolución corresponda al órgano jurisdiccional. También el que la Comisión, curándose en salud y ante la posible avalancha en la petición de dictámenes, limita su procedencia a que la jurisprudencia del TJCE, los reglamentos, decisiones, comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan suficiente orientación.

El plazo que la Comisión se marca para emisión del dictamen es de cuatro meses, con carácter meramente orientativo, ya que al efecto se señala que «*se esforzará*» por facilitar su dictamen en tal plazo.

C. OBLIGACIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DERIVADOS DEL REGLAMENTO

La mutua colaboración a que obliga el Reglamento comporta también obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales para con la Comisión. Estas pueden concretarse en tres aspectos fundamentales: posibilitar la presentación de alegaciones por la Comisión en los procedimientos jurisdiccionales, transmisión de las sentencias que dicten los órganos judiciales en las que aplican los arts. 81 y 82 CE e intervención en el contexto de una inspección de la Comisión para garantizar los derechos fundamentales de los inspeccionados. A continuación analizaremos brevemente su alcance y contenido.

a) *Presentación de alegaciones por la Comisión y las autoridades de competencia en los procedimientos jurisdiccionales*

Dentro de los mecanismos que señala el considerando 21 del Reglamento 1/2003 para la aplicación coherente de las normas de competencia,

³⁸ Comunicación III-A-27.

³⁹ Comunicación III-A-29.

se contempla la facultad de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. El art. 15.3 del mismo Reglamento explicita estas facultades.

Así, las autoridades de competencia podrán presentar por propia iniciativa observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales de su respectivo Estado miembro sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82, y, con la venia del Tribunal, también podrán presentarlas de forma verbal. Para la preparación de las observaciones podrán solicitar al órgano jurisdiccional la remisión de todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto.

Por su parte, la Comisión también podrá formular observaciones en iguales circunstancias y forma. Pero como precisa la Comunicación, la Comisión solamente presentará observaciones cuando «... *lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 CE*», limitando sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional⁴⁰. El espíritu descentralizador del Reglamento se hace aquí presente toda vez que se deja a las autoridades nacionales de competencia la presentación más habitual de alegaciones, reservándose la Comisión el poder hacerlo en supuestos más excepcionales.

El Reglamento distingue entre observaciones escritas, que ambas autoridades pueden presentar por propia iniciativa, y las observaciones verbales, que sólo podrán presentar con la venia del órgano jurisdiccional.

Con el fin y para el único empleo de elaborar las observaciones, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia pueden solicitar que les transmitan una copia de todos los documentos necesarios para evaluar el asunto de que se trate.

Esta intervención tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales de competencia, que los órganos judiciales deben permitir por imperativo del Reglamento, tienen especial singularidad y escapa a las prácticas procesales de la mayoría de los países del llamado sistema de Derecho continental. No se trata de una parte legitimada que como tal interviene en el procedimiento. Tampoco de una prueba pericial que se incorpora al proceso. Es lo que se conoce en los sistemas anglosajones, principalmente en el norteamericano, como alegaciones de *amicus curiae*. Este término literalmente significa amigo del Tribunal, alguien que no es parte en el proceso pero que cree que la decisión del Tribunal puede afectar a sus intereses. En la mayoría de los Tribunales Superiores de los Estados en Estados Unidos se presentan alegaciones de *amicus curiae*, siendo la mayor parte de las veces informaciones útiles, de tipo legal, sobre cómo una decisión judicial puede afectar a otras personas o colectivos que no son parte en el proceso.

⁴⁰ Comunicación III-A-32.

Como se dice en la Comunicación, dado que el Reglamento no establece un procedimiento para la presentación de observaciones, el mismo se determinará con arreglo a las normas y prácticas procesales de los Estados miembros. Incluso se contempla la situación de que un Estado miembro no haya establecido todavía el marco procesal pertinente, en cuyo supuesto el órgano jurisdiccional deberá determinar qué normas procesales son apropiadas para la presentación de las repetidas observaciones⁴¹. Se señala expresamente que el procedimiento deberá respetar, entre otras cosas, su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario, en especial con los derechos fundamentales de las partes; por aplicación del principio de eficacia no debe permitirse que la presentación de dichas observaciones sea imposible o excesivamente difícil en la práctica; conforme al principio de equivalencia, el procedimiento no puede hacer que la presentación de observaciones sea más difícil que la presentación de observaciones en un procedimiento judicial en el que se aplique el Derecho nacional equivalente⁴².

b) *Transmisión de sentencias que apliquen los arts. 81 y 82 CE*

El apartado 2 del art. 15 del Reglamento impone a los Estados miembros la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales en las que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, tan pronto hayan sido notificadas a las partes. Ello permitirá conocer a la Comisión en los litigios en los que podría ser conveniente presentar observaciones si se produce apelación de la sentencia, según aclara la Comunicación⁴³.

Esta precisión nos sirve para reafirmar el convencimiento de que la Comisión y las autoridades nacionales pueden presentar sus alegaciones de *amicus curiae* no sólo en la primera instancia de un procedimiento, sino también en sus fases superiores, y como el interés del Reglamento por posibilitar la presentación de alegaciones se centra en la segunda instancia, ya que, al no señalar obligación alguna para los órganos jurisdiccionales de comunicar la iniciación del procedimiento, difícilmente conocerán de su existencia hasta que se pronuncie la sentencia en primera instancia.

También indudablemente servirá para que la Comisión pueda controlar la aplicación que los órganos judiciales nacionales realicen del Derecho comunitario de competencia y hasta dónde alcanza la uniformidad o las divergencias.

⁴¹ Comunicación III-A-34.

⁴² Comunicación III-A-35.

⁴³ Comunicación III-B-37.

c) *Función de los jueces nacionales en el contexto de una inspección de la Comisión*

La posible intervención de los jueces nacionales con ocasión de una inspección de la Comisión a una empresa o a una asociación de empresas adquiere especial singularidad con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, toda vez que el citado Reglamento ha dotado de mayores poderes a la Comisión, con especial relevancia a la hora de llevar a cabo inspecciones.

Así, por un lado, las inspecciones, circunscritas antes a los domicilios y locales de las empresas, se extienden ahora a los domicilios privados y asimilados de los empresarios, administradores y otros miembros del personal. Por otro lado, el poder de investigación de la Comisión también se refuerza en lo que respecta a la solicitud de explicaciones a los representantes y miembros del personal de la empresa, limitadas antes a los documentos y que se extienden ahora también a los hechos⁴⁴ pudiendo ser sancionadas las empresas si la respuesta resulta ser inexacta o engañosa⁴⁵.

En lo referente a inspección en locales de empresas, el Reglamento prevé que la legislación nacional pueda exigir un mandamiento judicial cuando la empresa se oponga a ser inspeccionada⁴⁶. En tal supuesto, el órgano judicial a la hora de decidir si otorga el mandamiento está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión es auténtica y que las medidas cautelares previstas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación al objeto de la inspección, para lo cual podrá solicitar explicaciones detalladas de los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 y 82 CE, gravedad de la presunta infracción y participación de la empresa en dicha infracción.

En el supuesto de que se inspeccione en locales ajenos a la empresa, el Reglamento requiere, en todo caso, que se obtenga un mandamiento judicial de un órgano nacional previamente a ejecutar la decisión de la Comisión. La posibilidad de otorgar o denegar el mandamiento de entrada en un domicilio particular o asimilado⁴⁷ viene reglada para el juez nacional. Así, podrá éste verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción, la importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa y probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto

⁴⁴ Art. 20.2.e) del Reglamento.

⁴⁵ Art. 23.1.d) del Reglamento.

⁴⁶ Art. 20.7 del Reglamento.

⁴⁷ Cualquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, concreta el art. 21.1 del Reglamento.

de la inspección se conservan en los locales para los que se solicita el mandamiento⁴⁸.

Anteriormente calificábamos de reglada por la propia norma comunitaria la facultad del juez nacional para otorgar o denegar el mandamiento que posibilite la entrada y registro, toda vez que el Reglamento no sólo le dice lo que puede hacer, sino también lo que no puede hacer. Así, común a los dos supuestos de inspección —en locales de la empresa y en locales ajenos a la misma—, el órgano jurisdiccional nacional no puede poner en cuestión la legitimidad de la decisión de la Comisión ni el exigir que se le facilite información que figure en el expediente, reservándose al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión⁴⁹. El deber de cooperación leal exige al juez nacional el que adopte su decisión en un plazo apropiado que permita a la Comisión efectuar eficazmente su inspección, como puntualiza al efecto la Comunicación⁵⁰.

Los controles que ha de llevar a cabo el juez nacional, competente según el Derecho interno para otorgar el mandamiento en los términos del Reglamento, determina el que deba tener unos conocimientos suficientes de Derecho comunitario de competencia para valorar la mayoría de los parámetros que marca el propio Reglamento.

4. CONOCIMIENTO POR LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81 Y 82 TCE

A. EL SISTEMA ESPAÑOL DE UNIDAD JURISDICCIONAL Y CUATRO ÓRDENES JURISDICCIONALES

La unidad jurisdiccional en nuestro país no se alcanza plenamente hasta el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, y ello a pesar de que constituía una vieja aspiración de nuestra comunidad social y tener reflejo programático en las supremas leyes políticas de la nación desde la Constitución de 1812.

La Constitución Española de 1978 ampara la unidad jurisdiccional en su art. 175.5 como derivación de la independencia plena del Poder Judicial, superando, parece que de forma definitiva, la intransigente oposición anterior de un sinnúmero de grupos y sujetos a perder los privilegios antaño encarnados en fueros privativos singularizados.

Con la salvedad de la jurisdicción militar, contraída al ámbito estrictamente castrense para los delitos militares y a los supuestos de estado de

⁴⁸ Art. 21.3 del Reglamento.

⁴⁹ Art. 20.8 y 21.3 del Reglamento.

⁵⁰ Comunicación III-B-41.

sitio, la unidad jurisdiccional es una realidad que no se ve ensombrecida por el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a otros órganos, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional o a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, como el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

Tampoco obsta al principio de unidad jurisdiccional la existencia de cuatro órdenes jurisdiccionales:

- a) El penal, para el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.
- b) El contencioso-administrativo, para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, así como cuando en la producción del daño hubiesen concurrido también sujetos privados.
- c) El social, ante el que se substancian las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.
- d) El civil, de carácter residual, para conocer, además de las materias que a él son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

A su vez, dentro de este orden jurisdiccional es el Juzgado de Primera Instancia el que ostenta competencia jerárquica y objetiva para la sustanciación y decisión de los pleitos sobre cualesquiera materias susceptibles de enjuiciamiento relativa al Derecho privado, salvo que por reglas especiales se encomiende su sustanciación a otros órganos, de modo tal que la competencia objetiva de aquéllos ejerce *vis atractiva*, correspondiéndoles conocer residualmente de todo asunto —y por cualquier cuantía— que no esté atribuido de forma específica a otros órganos, como, por ejemplo, que el negocio verse sobre responsabilidad civil exigible a determinadas autoridades por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos, en cuyo caso corresponderían a la Sala Primera del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

La tardía puesta al día de la legislación española en materia mercantil, ya que hasta la década de los años ochenta el legislador español no se va a decidir a producir la legislación necesaria para modernizar nuestras instituciones mercantiles y dotarlas de un marco legal adecuado con los tiempos, no hacía necesaria la especialización de los órganos judiciales civiles en el conocimiento de estas materias, lo que, por el contrario, hacía mucho tiempo que se había producido en la mayoría de países europeos con legislaciones mercantiles más avanzadas.

B. INICIATIVAS SOBRE ESPECIALIZACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

Como consecuencia del elevado número de asuntos que deben resolver los Juzgados de Primera Instancia y las nuevas regulaciones que en diversas materias mercantiles se produjeron a partir de mediada la década de los años ochenta, desde diversos sectores de la sociedad se demanda de especialización de estos órganos judiciales. Nuestra Constitución no veta la especialización de determinados órganos jurisdiccionales a los que se atribuya el conocimiento de determinadas materias. Lo que viene a prohibir la CE es la existencia de órganos especiales.

La especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los asuntos sobre propiedad industrial es pedida ya desde hace muchos años por todos aquéllos relacionados con la materia. Así, la doctrina científica más prestigiosa puso de relieve esta necesidad en múltiples ocasiones y fue también sentir común entre todos los abogados y demás juristas dedicados a la aplicación y estudio de la propiedad industrial⁵¹.

Dentro del seno del Poder Judicial también se produjeron algunas iniciativas en este sentido. Así, el Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, en una nota del año 1987; la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Acuerdo del año 1990. También, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Madrid en el año 1991 encargó a una Comisión integrada por sus miembros la elaboración de un plan de especialización para estos órganos judiciales, contemplándose en la misma la especialización de Juzgados en materias mercantiles.

También hubo algún intento legislativo, como el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean determinados órganos jurisdiccionales y el Cuerpo de Facultativos de fecha 10 de febrero de 1993, aunque técnicamente era muy imperfecto.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ya establecía competencias al órgano de gobierno del Poder Judicial para atribuir el conocimiento de determinadas materias a uno o varios órganos judiciales en exclusiva. Tras su reforma por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, y por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el texto primitivo ha experimentado algún retoque que viene a perfeccionarlo.

Así, el art. 98.1 establece que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos.

⁵¹ Ver J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Órganos judiciales especializados y propiedad industrial», *La propiedad industrial en España y su contexto europeo*, CEFI, 1991.

En contadas ocasiones se ha hecho por el órgano de gobierno de los jueces uso de estas facultades. Así, en el caso de las atribuciones de la competencia en segunda instancia del conocimiento de determinados asuntos mercantiles a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, o la atribución de las materias sobre incapacitación y tutela al conocimiento de dos Juzgados en Madrid o también a otros el de las ejecuciones hipotecarias.

C. CREACIÓN DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Como consecuencia inmediata de la nueva Ley Concursal, que exige de una parte reformas de orden sustantivo y procesal con rango de Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones y libre residencia y circulación, la necesidad de concentración en un solo órgano judicial de las materias de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, como las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con aquél, así como determinados asuntos de la competencia atribuida a los Tribunales del orden social, se proyectó la creación de Juzgados y Tribunales de lo Mercantil para atribuirles dichas competencias completas derivadas del concurso. Al propio tiempo se daba cumplimiento a alguno de los aspectos contemplados en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 en lo que se refiere a la necesidad de especialización dentro del orden jurisdiccional civil, y así se vienen a atribuir a dichos Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de determinados asuntos, principalmente en materia mercantil, de cierta complejidad y relevancia económica y social. También se aprovecha la ocasión para la creación, por fin, de los Tribunales de marcas comunitarias.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, la creación de estos nuevos Juzgados especializados se realiza dentro del orden jurisdiccional civil, y es sólo un primer paso en la especialización de órganos judiciales, y su denominación alude a la naturaleza, predominantemente mercantil, de las materias que se atribuyen a su conocimiento y no a una identificación plena con la disciplina o legislación mercantil. Así abandona la Ley Orgánica el criterio contenido en un primer borrador de anteproyecto de ley, que tuvo circulación restringida, en el que se creaba un orden jurisdiccional de lo mercantil. Al fin, al optar por esta especialización, se tienen en cuenta los resultados que estaba ya produciendo la especializada Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, y se trata ahora de su generalización tanto en Primera Instancia como en Segunda, dejando que sea el CGPJ el que, vía art. 98 LOPJ, establezca el número de éstos en cada provincia, pudiendo incluso crearse Juzgados de lo Mercantil con jurisdicción que abarque a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma y, en otros casos, con jurisdicción limitada a una parte del territorio de una provincia

y con sede fuera de su capital. A diferencia del sistema hasta entonces vigente, en el que el CGPJ podría haber establecido esta especialización por atribución de determinados asuntos mercantiles al conocimiento exclusivo y excluyente de algunos Juzgados de Primera Instancia y Secciones de las Audiencias Provinciales, la Ley obliga a su creación al menos con competencia territorial provincial dejando el CGPJ el establecimiento de su número y los criterios para la especialización de los miembros que los integren, y su selección.

Partiendo de la experiencia del ejercicio de las competencias atribuidas a la Sección XV de la Audiencia Provincial de Barcelona, se atribuyen a los Juzgados de lo Mercantil y a las Secciones de las Audiencias que conozcan en segunda instancia de los recursos contra todas las resoluciones de aquéllos el conocimiento de las materias que en su mayoría venían referidas a aquella Sección de la Audiencia barcelonesa, con las consabidas reformas y precisiones que requiere la nueva Ley Concursal. Así, el artículo segundo de la Ley Orgánica 18/2003 modifica la del Poder Judicial, señalando en su apartado 6 que se añade un nuevo art. 86 ter por el que se concretan las competencias que con carácter exclusivo y excluyente tendrán los Juzgados de lo Mercantil. En primer lugar, en el conocimiento de las cuestiones que se suscitan en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, y en todo caso en las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado —con exclusión de las personalísimas que se refieran a capacidad, filiación, matrimonio y menores—; las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado y toda medida cautelar que afecte al patrimonio del mismo; las que en el procedimiento concursal deben adaptarse en relación con la asistencia jurídica gratuita; las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Además, los Juzgados de lo Mercantil van a conocer de determinadas materias mercantiles escogidas de entre aquellas que tienen una regulación más nueva, mayor trascendencia social y económica y cuya naturaleza, civil o mercantil no resulta cuestionada, como ocurre en materia de contratos. Por ello se les atribuye la competencia respecto de cuantas cuestiones lo sean del orden jurisdiccional civil respecto de: las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como las que dentro de dicho orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Debe precisarse que si bien la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento jurídico viene desgajada de la propiedad industrial y considerada de naturaleza civil y

no mercantil, los derechos de autor que protege están íntimamente relacionados con los de aquella modalidad de propiedad, integradas ambas bajo la rúbrica de propiedad intelectual en el anexo de los Trips del Convenio de la Organización Mundial del Comercio suscrito por España, por lo que parece adecuado su tratamiento por unos mismos órganos especializados desde el punto de vista práctico y funcional, que no coincide con el dogmático.

No parece acorde ni necesario con las competencias que a los Juzgados de lo Mercantil atribuye el art. 86 ter, 2.a), de «*todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*», con que se mantenga un apartado 1 de la Disposición Adicional octava LOPJ, que se modifica para señalar la competencia de Juzgados de lo Mercantil para conocer de los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales de las sociedades anónimas, limitadas y cooperativas, y nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial a las que se refiere la LP. Tales previsiones en materia de sociedades tuvieron sentido en el primitivo texto de la LOPJ de 1985, que debió de adaptarse en alguna de las posteriores reformas de dicha Ley, toda vez que venía referido a Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y Cooperativas de 1974 derogadas por otras posteriores. Ahora lo previsto en el art. 86 ter, 2.a), hace innecesaria la Disposición Adicional octava, que sólo podrá ocasionar confusión. También innecesaria la referencia de la Disposición Adicional respecto a los procesos que versen sobre nulidad de registro de las modalidades de la propiedad industrial a los que se refiere la LP por idénticos motivos, ya que el nuevo art. 86 ter atribuye a los Juzgados de lo Mercantil competencia exclusiva en conocer «*las demandas en las que se ejercitan acciones relativas a... propiedad industrial...*» sin limitación alguna.

De igual forma se atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil cuantas cuestiones, competencia del orden jurisdiccional civil, se planteen respecto de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional, aquellas relativas a la aplicación del Derecho marítimo, y acciones que se ejerciten respecto de las condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre la materia.

También se les atribuye el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del registrador mercantil.

En uno de los últimos trámites legislativos se incluyó al fin el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, pero no se hizo lo propio con el Derecho interno sobre competencia. Si bien aplicarán en litigios privados los arts. 1 y 6 LDC cuando se ejerciten acciones sobre

competencia desleal al amparo del art. 15.2 LCD, infracción de normas concurrenciales, no podrán conocer de la acción de nulidad a que se refiere el art. 1.2 LDC cuando exista una resolución firme del TDC y se acuda a la jurisdicción para obtener la declaración de nulidad ni de la indemnización de daños y perjuicios por prácticas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 LDC, lo que hubiese resultado conveniente.

Si bien en un principio se pensó atribuirles también el conocimiento de la revisión jurisdiccional de los arbitrajes, finalmente no se hizo, pero la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, se encarga de introducir un apartado g) en el art. 86 ter LOPJ por el que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje, cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado, se debe referir al apartado 2 del art. 86 ter, lo que no resultará pacífico el determinar en todos los casos.

El Consejo General del Poder Judicial convocó un concurso-oposición para acceder a los Juzgados de los Mercantil, previo a una fase de formación en la especialidad, cubriéndose así los primeros Juzgados especializados en esta materia. Cuando se escriben estas líneas se está resolviendo ya el segundo concurso.

No se hizo lo propio, en cambio, respecto de la segunda instancia, imposibilitando así que los magistrados de las Salas de Apelación pudieran concursar para continuar sirviendo en una Sala especializada. Las plazas ofertadas eran únicamente de Juzgados, con lo cual, si concursaban, sólo podían acceder a uno de éstos. Con ello se desperdician los conocimientos y la experiencia de los magistrados que ocupaban plaza en las Audiencias, se dejaba de especializar la segunda instancia y se trataba a aquéllos de forma incomprensiblemente injusta. Tampoco respecto de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha tomado previsión alguna.

5. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1/2003 CE

Según se pudo constatar en diversas reuniones de la Asociación de Jueces europeos especializados en Derecho de la competencia⁵², de las obligaciones que comporta para los jueces nacionales el Reglamento 1/2003 CE derivan diversos problemas tanto de fondo como procesales en todos los Estados miembros. En alguno de éstos la preocupación ha alcanzado a las más altas instancias judiciales⁵³ sin que por ello se hayan dado soluciones. Hace ya tiempo que venimos llamando la atención sobre

⁵² Luxemburgo, 12 y 13 de junio de 2003; Budapest, 18 y 19 de noviembre de 2005.

⁵³ G. CANIVET, «L'Organisation des juridictions nationales pour l'application de droit communautaire de la concurrence», en *Revue des droits de la concurrence*, núm. 1, diciembre de 2004, pp. 21 ss.

alguno de estos problemas, especialmente sobre la necesaria reforma procesal interna que aún al día de hoy no se ha acometido⁵⁴.

Centrándonos en nuestro país, señalaremos algunos de los más notorios.

A. PROBLEMAS DE FONDO

a) *Indeterminación conceptual de los arts. 81 y 82 y la novedad de la aplicación del párrafo 3 del art. 81*

Como ya se anticipaba, la escasa aplicación que han tenido ocasión de realizar los jueces españoles de los arts. 81.1 y 82 CE, unida a la desorientación que crearon algunas de las sentencias del TS al negar su aplicación con fundamento en el efecto directo horizontal de los Tratados, ha sido determinante de que esta legislación sea muy desconocida. Si a ello se añade la indeterminación conceptual de dichos preceptos, que obliga a un conocimiento puntual de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión en la aplicación de Derecho tan casuístico como el de competencia, es fácil adivinar las dificultades a que se enfrentan los órganos jurisdiccionales españoles encargados de su aplicación.

De otro lado, ahora también deben aplicar, por primera vez, el art. 81.3 en un régimen nuevo de exención legal y donde la guía de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión es escasa y menos precisa.

La indefinición del margen de compatibilidad con las decisiones adoptadas por la Comisión y las previstas que adopte a que se refiere el art. 16.1 del Reglamento es un escollo más para los que tengan que aplicar el Derecho comunitario de la competencia. Sólo un profundo conocimiento de la materia, lo que supone en todo caso de la jurisprudencia y de las decisiones de la Comisión, puede en parte paliar las dificultades que se adivinan.

Por si todo ello fuera poco, en el seno de la UE se están produciendo directrices para aplicación del art. 81.3 T⁵⁵ que es preciso conocer. También se encuentra en fase de revisión la conceptualización del abuso de posición de dominio a partir de las propuestas de *Discussion Paper* en la aplicación del art. 82 T UE publicado por la Comisión a finales del mes de diciembre de 2005.

En todo caso, la concentración del conocimiento de determinadas materias mercantiles, entre las que se encuentra el Derecho comunitario

⁵⁴ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de competencia», en *Anuario de la Competencia 2003*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 157 ss.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DOCE, C 101/97, de 27 de abril de 2004).

de competencia, en los nuevos Juzgados de lo Mercantil, servidos por especialistas, será sin duda una facilidad a corto plazo para solventar los problemas apuntados y obtener unos criterios más uniformes en su aplicación, que sería preciso trasladar a las restantes instancias judiciales.

b) *Incorporación de documentos confidenciales*

Debemos hacer también alguna referencia, aunque sea somera, a un problema que ya se ha suscitado con ocasión de revisarse por la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones que dicta el TDC. Nuestro Derecho interno de competencia, a semejanza del comunitario, prevé que en la instrucción de los procedimientos se incorpore documentación aportada por las partes con carácter de confidencial, principalmente por contener secretos industriales o planes estratégicos o de marketing de las empresas, cuyo conocimiento por los competidores les podría causar graves perjuicios. Mantener documentos confidenciales en un procedimiento sancionador puede chocar con principios o garantías fundamentales que aquel procedimiento atrae de las que rigen en el proceso penal, como es el no producir indefensión. De hecho se comprueba que, en muchos casos, al pasar los expedientes del TDC a la vía jurisdiccional para su revisión por ésta, se levanta sin más la confidencialidad con el perjuicio para aquel que aportó los documentos en la garantía de que se mantendrían confidenciales y al que luego no se le da la opción de retirarlos. La obligación de responder a la Comisión sobre si se garantiza o no la confidencialidad puede en parte paliar las dificultades que se producirían de publicitarlos a las demás partes sin previa advertencia. Los problemas que esta situación deriva ya han sido tratados por algunos autores⁵⁶.

A semejante problemática se van a tener que enfrentar los jueces de lo mercantil. Según veíamos más arriba, la Comisión antes de transmitir información amparada por el secreto profesional preguntará al órgano jurisdiccional si garantiza la protección de la información confidencial y los secretos comerciales, y solo se transmitirá dicha información cuando así se lo garantice⁵⁷, a lo que difícilmente, y en contadas ocasiones, se podrán comprometer los órganos jurisdiccionales españoles.

c) *Intervención de los jueces en el control de las inspecciones de la Comisión*

Hay que hacer referencia, aunque ésta sea sucinta, a los problemas que se plantean, a la intervención de los jueces nacionales con ocasión de

⁵⁶ Ver L. BERENGUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», en *Gaceta Jurídica CE*, D-27, pp. 71 ss.

⁵⁷ Comunicación III-A-23-24-25.

una inspección llevada a cabo por la Comisión en un Estado miembro, dado el incremento que el Reglamento establece tanto en el poder de la Comisión como en sus funciones inspectoras.

En el supuesto de llevarse a cabo la inspección en el domicilio de una empresa, sólo en el caso de que aquélla se opusiese, deberá obtenerse mandamiento judicial para entrar en su domicilio. En el supuesto de que la inspección se pretendiera extender al domicilio particular del empresario, sus administradores o directivos, deberá, en todo caso, obtenerse previamente un mandamiento judicial. El control del órgano jurisdiccional nacional, como también se apunta antes, viene reglado por la propia norma comunitaria, ya que el Reglamento establece que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión se reserva al TJCE, limitando la intervención del juez nacional a la comprobación de los parámetros que señala el Reglamento tanto para el supuesto de las inspecciones en domicilios de las empresas como para el caso de que se extienda a locales ajenos a aquéllas.

El control judicial y, en definitiva, el otorgamiento de los mandamientos para las inspecciones en domicilios por parte de la Comisión no corresponderán, a mi juicio, a los jueces de lo mercantil, por venir atribuido con carácter general a los jueces de lo contencioso-administrativo⁵⁸, por lo que no profundizaremos aquí en el análisis de la variada problemática que se va a derivar, ya que este trabajo se limita al análisis de la que se producirá para jueces de lo mercantil en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

No obstante lo anterior, debe hacerse alguna referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas y que subsisten en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un Juzgado de Instrucción o un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998 en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.5 LJCA de 1998 zanja en todo caso el asunto⁵⁹ al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administración Pública corresponderá otorgarlos a los Juzgados de la Contencioso-Administrativo.

De otro lado, el art. 34.3 LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

⁵⁸ Art. 8.5.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁵⁹ «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requerirá el consentimiento del titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de Administración Pública».

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que plateaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así, la primera que plantea la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1, regla 1.ª, LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con el posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa⁶⁰.

También debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto de la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar contra sí mismo que informa nuestro Derecho interno.

B. PROBLEMAS PROCESALES

No menos importantes, y en todo caso más numerosos, son los problemas que en estos aspectos se están creando, fundamentalmente debidos a la imprevisión de nuestro legislador, pues, desde la publicación del Reglamento 1/2003 en el *DOCE*, el 4 de enero de 2003, hasta la fecha de su aplicación, prevista en el mismo el 1 de mayo de 2004, hubo tiempo suficiente para realizar los ajustes legales que permitieran su aplicación y eficacia. A este respecto la Comunicación señala que «... los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales pertinentes que hagan posible que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como la Comisión se beneficien plenamente de las posibilidades que ofrece el Reglamento»⁶¹.

Analizaremos a continuación algunos de los principales problemas con los que se enfrentan ante la falta de previsión legislativa.

a) Alegación de los arts. 81 y 82 al contestar la demanda

Es de prever que la alegación del Derecho comunitario de competencia se realice principalmente por la parte demandada de quien el actor exige judicialmente el cumplimiento de un contrato. En este caso, en principio, conocerán de la demanda los Juzgados de Primera Instancia civiles, toda vez que en las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil no se incluyen las acciones relativas a la contratación mercantil. En tal

⁶⁰ M. PEDRAZ CALVO, «Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 162-164.

⁶¹ Comunicación III-A-17.

supuesto debería poder inhibirse el Juzgado de Primera Instancia, que conoce en principio del asunto, a favor del Juzgado de lo Mercantil correspondiente, a quien le viene atribuida la competencia como órgano jurisdiccional especializado para conocer de los asuntos en que haya que aplicar el Derecho comunitario de competencia.

Por otro lado, como ya ha puesto de relieve algún autor, si se plantea la nulidad del contrato en la contestación de la demanda por incidir aquél en las prohibiciones del art. 81.1 TCE, el demandante disfrutará de muy escasos medios procesales para acreditar que el contrato objeto de la litis cumple los requisitos y condiciones del art. 81.3 TCE que lo convierten en legal. En este supuesto el demandante carecería de la posibilidad de presentar observaciones escritas en defensa de la compatibilidad, de acuerdo con el art. 81.3 CE, y se vería obligado a presentar, con carácter exclusivamente verbal, dichas observaciones en el juicio oral previsto en los arts. 431 a 433 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, trámite que no parece el más adecuado para este tipo de argumentaciones⁶².

b) *La incongruencia que supone que las acciones de nulidad y de indemnización de daños y perjuicios derivadas de la LDC no se atribuyan al conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil*

Los Tribunales de lo Mercantil aplicarán también el Derecho interno de competencia con ocasión de que se ejercite una acción de competencia desleal por infracción de las normas concurrenciales, al amparo del art. 15.2 LCD, toda vez que les viene atribuida el conocimiento de esta materia. Pero, en cambio, el legislador no les ha atribuido el conocimiento de las acciones de nulidad⁶³ ni de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones de la LDC⁶⁴ resueltas por el TDC.

En el supuesto de que una Resolución del TDC declare que un acuerdo, decisión o práctica es contraria al art. 1.1 LDC y no esté amparada por una exención legal o por una exención individual, de acuerdo con nuestro Derecho interno de competencia, aquélla será nula conforme sanciona el art. 1.2 LDC. La declaración de nulidad corresponde siempre a los órganos judiciales. En el caso que examinamos, al no estar atribuido su conocimiento a los Juzgados de lo Mercantil, la declaración de nulidad corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia civiles. Para llevar a cabo la declaración de nulidad se deberá conocer también profundamente el Derecho de competencia, toda vez que, en aplicación de los principios

⁶² J. FOLGUERA CRESPO y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las reformas en la aplicación de las normas comunitarias de Derecho de la competencia. Principales novedades previstas en el nuevo Reglamento CE núm. 1/2003», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 20, p. 22.

⁶³ Art. 1.2. LDC.

⁶⁴ Art. 13.2 LDC.

generales en materia de nulidad, en especial el de preservación del contrato, el juez debe analizar el contrato o acuerdo nulo para poder precisar la nulidad y su alcance. También a la hora de aplicar la LDC, el juez de lo mercantil, especialista en la materia, parecería el más adecuado para conocer de estas declaraciones de nulidad.

También parece más adecuado, por similares motivos, que las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por una práctica tipificada por los arts. 1, 6 ó 7 LDC, así declarada en resolución firme por el TDC, se encomiende al conocimiento de los Tribunales de lo Mercantil, lo que nuestro legislador tampoco ha hecho.

Ha pasado tiempo más que suficiente para que este posible olvido que tuvo el legislador se hubiese subsanado sin que sirva de excusa el que se proyecta una nueva Ley interna de Defensa de la Competencia, en donde se aborde el resolver esta situación.

c) *Solicitud de información y de dictámenes a la Comisión*

Como se examinaba más arriba, los jueces nacionales gozan de la facultad que les proporciona el Reglamento de solicitar de la Comisión informaciones que obren en poder de ésta y la petición de emisión de dictámenes sobre determinadas cuestiones y en los supuestos que también señala el Reglamento. El problema que se plantea a los jueces españoles en este supuesto es que, en nuestro marco procesal, no está previsto este tipo de peticiones y, por tanto, el momento en que podrá llevarse a cabo, y si entretanto contesta la Comisión —aproximadamente en un mes y en cuatro meses, respectivamente— se ha de mantener o no paralizado el procedimiento y el momento y forma de dar traslado a las partes personadas en el mismo para su conocimiento y para que en su caso formulen alegaciones.

Ante la falta de precisión por nuestro legislador, debemos entender que ambas peticiones podrán realizarse por el juez en cualquier momento antes de dictar sentencia y que, entretanto contesta la Comisión, el procedimiento permanecerá paralizado.

d) *Cauce procesal para la formulación de alegaciones por la Comisión y las autoridades nacionales*

Más complejidad procesal determinará el posibilitar, de forma leal y eficaz, el que tanto la Comisión como las autoridades de competencia nacionales formulen alegaciones de *amicus curiae* previstas en el Reglamento. En cualquier caso, se ha de posibilitar la presentación de alegaciones escritas a las autoridades de competencia españolas y a la Comi-

sión facilitándoles previamente y para tal finalidad la documentación necesaria que obre en el expediente, debiendo habilitarse el marco procesal adecuado por cada Estado miembro tal y como señala la Comunicación, que incluso llega a precisar que en el caso de no haberse establecido aquél, será el órgano jurisdiccional el que establecerá las normas que lo habiliten.

Es la primera vez que nuestra jurisdicción, por imperativo de un Reglamento comunitario, va a permitir una intervención de este tipo, hasta ahora ajena a nuestro sistema procesal.

Como queda antes señalado, no se trata ni de una intervención de parte en el procedimiento, ni tampoco de la incorporación de una prueba al mismo. Esta singular intervención de *amicus curiae* tal vez tenga su semejanza más próxima en nuestro sistema procesal en la que a la Oficina Española de Patentes y Marcas habilita el art. 128 de la Ley de Patentes, al señalar que en los procedimientos de impugnación de patente deberá aquélla emitir un informe preceptivamente, estableciéndose al efecto que se le dará traslado de los autos por plazo de treinta días. En el caso que ahora nos ocupa, no hay previsto nada, ni en cuanto a la forma del traslado, ni del momento procesal, ni del plazo para las alegaciones. Ante la imprevisión de nuestro legislador interno, evidentemente en cualquier momento, antes de la sentencia, en que cualquiera de los legitimados por el Reglamento para la formulación de alegaciones las presenten deberán serle admitidas, previo traslado de la documentación pertinente de los autos si así lo solicitan. En la práctica se constata que los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, al menos, comunican el comienzo del procedimiento a aquellas autoridades a los efectos de si desean formular alegaciones.

Como el Reglamento posibilita también alegaciones verbales, en este caso sólo con autorización del Tribunal, también debe preverse lo necesario para su posibilitación en el supuesto en que los órganos jurisdiccionales consideren conveniente el que también se produzcan alegaciones verbales por la Comisión o por las autoridades nacionales de competencia.

Las alegaciones en segunda instancia, que según parece deducirse del Reglamento son las que más preocupan a la Comisión, las posibilita la recepción de la sentencia de primera instancia, aunque no conozca con ello si alguna de las partes apeló aquélla, pues además, en el supuesto de que ninguna apele, perderá la posibilidad de alegaciones, ya que el Reglamento no la habilita para apelar al no ser parte en el procedimiento.

e) *Remisión de copia de las sentencias a la Comisión*

También entre las obligaciones derivadas de la cooperación con la Comisión está la de remitir copia de todas las sentencias dictadas por los

órganos jurisdiccionales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 u 82 TCE, según veíamos anteriormente. Por lo que respecta a nuestro país, se ha establecido por el legislador interno que tal remisión deberá hacerse por los órganos judiciales a través del Servicio de Defensa de la Competencia⁶⁵ Tal vez hubiese resultado más adecuado que el envío de las sentencias a la Comisión se coordinara por el Consejo General del Poder Judicial, lo cual, además, resultaría más eficaz y evitaría demoras, ya que los órganos jurisdiccionales están conectados informáticamente con el Consejo a través del «punto neutro judicial» y en breve se dotará a aquéllos de firma electrónica.

Según se comprueba en la web de la Comisión en Internet, los órganos jurisdiccionales españoles figuran entre los nacionales que más comunicaciones de sentencias han realizado hasta la fecha.

6. ALGUNAS PREVISIONES *DE LEGE FERENDA*

Ya hemos dejado constancia de algunas de las reformas que se proyectan tanto del Derecho comunitario de defensa de la competencia como de nuestra regulación interna sobre la materia. En consecuencia, a continuación nos referiremos a aquéllas más inminentes y de más trascendencia para los órganos jurisdiccionales que han de aplicar, en litigios privados, las normas de competencia.

A. DERECHO COMUNITARIO

Hay dos cuestiones fundamentales sobre las que centra en estos momentos su preocupación la Comisión: la posible reforma de la regulación del art. 82 TCE y la indemnización de daños y perjuicios como parte del sistema de aplicación de la legislación comunitaria de defensa de la competencia. Por ello ha producido dos documentos previos, en la actualidad en discusión, para conocer las posturas de los diversos operadores antes de optar por publicar un documento de obligado cumplimiento.

a) *El Discussion Paper sobre la aplicación del art. 82 TCE a los abusos de exclusión*

No se pretende en los límites del presente trabajo, pese a la importancia del tema y los problemas que se derivan, el hacer un planteamiento

⁶⁵ Art. 95.cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por el que se introduce una Disposición Adicional única a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

de por dónde deben discurrir las cosas, ni siquiera entrar en el debate. Únicamente se quiere llamar la atención sobre la repercusión que los términos a que se concrete el abuso de posición de dominio tendrá sin duda, también para los Juzgados y Tribunales llamados a su aplicación en nuestro país.

La ampliación de los Estados miembros ya decidida y la que está por decidir, así como la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, producen importantes modificaciones en el mercado común y las normas de competencia que lo regulan. Si bien el citado Reglamento afectó de forma sustantiva al art. 81.3 y a su aplicación, nada refería respecto del art. 82. A la necesidad de modernizar, también el art. 82 ha dado respuesta la Comisión, en diciembre de 2005, con la publicación de su *Discussion Paper* sobre la aplicación del art. 82 a los abusos de exclusión. Como es conocido, en el art. 82 se distinguen principalmente dos tipos de abusos prohibidos. Los explotativos, que tienen efectos sobre los consumidores, y los competitivos, con efectos eliminatorios sobre los competidores.

Los abusos explotativos, que inciden en un perjuicio hacia los consumidores derivado de que la empresa en posición de dominio se aprovecha de ésta para imponerles precios excesivos u otras condiciones gravosas, es una de las partes del precepto menos aplicado en la práctica.

Por otro lado, los abusos de exclusión, que son aquellas prácticas de empresas en posición dominante que tienden a provocar un efecto de cierre del mercado al limitar o impedir el acceso al mismo a potenciales competidores o la expansión en los actuales, son los que más han levantado polémica sobre su falta de claridad y escaso rigor económico.

El *Discussion Paper* de la Comisión pretende conseguir, sobre un enfoque más económico en su análisis de los abusos de exclusión, una aplicación uniforme también por los órganos judiciales del art. 82 TCE.

Como no podía ser menos, se dedican algunas consideraciones a la definición del mercado relevante. Se parte de una remisión expresa a la «Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia»⁶⁶. Sobre el mercado geográfico no hace especial aportación el *Discussion Paper*, debiendo, por tanto, estarse en lo referido en la Comunicación. El criterio de sustituibilidad de la demanda como delimitador del mercado relevante de producto es generalmente aceptado en la actualidad. Advierte la Comisión que es importante tener en cuenta el hecho de que el SSNIP-Test se apoya en la presunción de que los precios actuales del mercado constituyen el marco de referencia adecuado para el análisis. Sin embargo, esta presunción no siempre es válida en casos del art. 82 TCE. Después de referirse al examen sobre la intencionalidad del uso de los productos y la comparación de precios entre varias regiones, concluye la Comisión señalando

⁶⁶ DOCE, C 372, de 9 de diciembre de 1997.

que los asuntos del art. 82 pueden tener lugar también en mercados en los que no hay empresa dominante. Así, en supuestos en que se esté investigando la denuncia de una empresa supuestamente dominante traslada su dominancia de un mercado a otro.

También se dedica uno de los párrafos del *Discussion Paper* al tema de la posición de dominio, señalando que su noción viene integrada por tres elementos: una posición de fuerza económica en el mercado; el que permita a la empresa o empresas que lo detentan impedir o restringir la competencia efectiva en el mercado, y, en consecuencia, las permita comportarse en un alto grado con independencia. Se afirma que la importancia que se otorgue a la cuota de mercado depende de las circunstancias concretas de cada caso, siendo aquélla sólo un elemento de poder de mercado. Así, si las barreras a la expansión a la que se enfrentan los actuales competidores, o las barreras de entrada a que se enfrentan los potenciales competidores, son bajas, el hecho de que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no es indicativo de posición dominante.

La parte central del *Discussion Paper* lo constituye el análisis de los abusos de exclusión. Se abordan en este apartado la cuestión de especial preocupación para la Comisión en este tipo de abusos, el cierre de mercado⁶⁷; las diferencias entre abusos de exclusión basadas en precios y los basados en elementos de la transacción diferentes de los precios⁶⁸; las diferencias entre el cierre de mercado en sentido vertical y en sentido horizontal⁶⁹; y en cuestiones relativas al abuso de dominio colectivo⁷⁰. Se concluye con un análisis de las tres posibles defensas o justificaciones que pueden alegar las empresas si son denunciadas por este tipo de abusos: la de la «necesidad objetiva», la de «enfrentarse a la competencia» y la de la «eficiencia».

Si bien se trata de un documento importante que los jueces nacionales deben conocer y seguir en sus fases posteriores de discusión y posiblemente en su conclusión por la Comisión, se hecha de menos que queden fuera del análisis los abusos de explotación que, si bien menos relevantes, no dejan de ser importantes, y completaría la puesta al día del art. 82 TCE.

b) *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*

También a finales del 2005 presentó la Comisión su Libro Verde para tratar de las condiciones para las indemnizaciones por daños y perjuicios

⁶⁷ Apartado 5.1.

⁶⁸ Apartado 5.2.

⁶⁹ Apartado 5.3.

⁷⁰ Apartado 5.4.

por infracciones a la legislación comunitaria de defensa de la competencia. Se parte de la afirmación de que facilitar estas indemnizaciones no sólo hará más fácil a los consumidores y empresas el obtener reparación del infractor, sino que también reforzará la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

El Libro Verde se centra únicamente en la reparación de daños y perjuicios partiendo de la base, confirmada por el TJCE, de la inexistencia de normativa comunitaria en la materia y de que, por tanto, son los ordenamientos de los Estados miembros los que deben aprobar las modalidades de aplicación para interponer medidas de reparación por daños y perjuicios ante los Tribunales nacionales, puesto que los Tribunales comunitarios no son competentes en esta materia.

El motivo del Libro Verde es la constatación de que *«este ámbito de la legislación ofrece una imagen de total subdesarrollo en los veinticinco Estados miembros»* según literalmente se afirma.

El objetivo del Libro Verde es señalar los principales obstáculos detectados para un eficaz sistema de indemnizaciones e invitar a todas las partes interesadas a hacer observaciones a las cuestiones debatidas, para lo cual se cuenta además con un documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Entre las partes interesadas estarán, sin lugar a dudas, en nuestro país los Juzgados de lo Mercantil y las Salas de Apelación correspondientes, quienes deberían participar en el debate para exponer sus criterios y problemas detectados.

Los órganos jurisdiccionales podrán tener que conocer de este tipo de acciones como consecuencia de las derivadas después que una autoridad de competencia haya constatado una infracción y en acciones independientes, cuando es el órgano jurisdiccional el que constata la infracción y se le ha pedido además que se indemnice al perjudicado.

En el caso español, conocerán de estas acciones los Juzgados de lo Mercantil con la sola excepción de acciones derivadas de infracción de las normas internas de la competencia, en cuyo supuesto serán competentes, por el momento, los Juzgados civiles.

Las cuestiones que plantea como principales el Libro Verde, y a cuyo estudio y observaciones invita a las partes interesadas, son las siguientes⁷¹: acceso a las pruebas; requisito de conducta culpable; daños y perjuicios; defensa de daños repercutidos y legitimación del comprador indirecto; defender los intereses del consumidor; coste de las acciones; coordinación de la aplicación pública y privada; competencia judicial y legislación aplicable; otras cuestiones. Se hace por la Comisión una descripción de los problemas detectados y se formulan preguntas sobre la conveniencia de establecer algunas posibles soluciones.

⁷¹ Apartado. 2 del Libro Verde.

Brevemente se hará referencia a estos problemas teniendo en el horizonte la regulación de nuestro Derecho interno y los problemas que, en definitiva, se plantean para los jueces españoles.

i) Acceso a las pruebas

Se destaca que las acciones por daños y perjuicios suelen exigir investigación de una serie de hechos y las pruebas pertinentes no son fáciles de conseguir. Así, debería estudiarse si tendrán que presentar documentos o facilitar el acceso a las pruebas los demandados y la posibilidad de que tengan que aportarse las facilitadas a autoridades de competencia, normas de carga y valoración de la prueba y valor probatorio de las decisiones de autoridades nacionales de competencia.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho interno resulta impensable que las pruebas que se utilicen en cualquier procedimiento no sean accesibles para las partes, pues lo contrario contravendría principios fundamentales como son el de defensa y contradicción aplicables a todo tipo de procedimiento. El acceder a pruebas existentes en procedimientos administrativos ante autoridades de competencia, a fin, por ejemplo, de reclamación por daños y perjuicios, alcanza no sólo a los que fueran parte en aquél, sino a todo interesado en los términos que definen a éstos la legislación administrativa y la abundante jurisprudencia de nuestro TS. No tendrán acceso *a sensu contrario* quien no fue parte ni acredita interés legítimo.

En las acciones derivadas, por supuesto que tendrán valor las decisiones de las autoridades de competencia en cuanto a la existencia de la infracción. Pero ante una acción por daños y perjuicios en un procedimiento jurisdiccional, aquel que se crea perjudicado deberá probar, además del daño, el nexo de causalidad entre la infracción y el supuesto daño causado, así como el alcance de dicho daño, y ello de igual forma que en cualquier otro supuesto de reclamación por daños y perjuicios, en todos ellos, como es de sobra conocido por la práctica, de difícil cuantificación en muchos casos.

ii) Requisito de conducta culpable

Como acabamos de significar, hay que probar la relación de causalidad entre la conducta infractora y el daño. Téngase en cuenta que en una acción de indemnización por daños, de no probarse éstos, no podrán indemnizarse los no demostrados. No se trata de conceder un premio al perjudicado, sino de indemnizarle.

iii) Daños y perjuicios

Se plantea aquí principalmente el problema de cómo deberían definirse los daños, método para cuantificarlos y si debería de publicar la Comisión orientaciones sobre su cuantificación.

Parece que los daños y perjuicios a resarcir serán aquellos producidos al demandante como consecuencia de la conducta infractora.

Sí parece conveniente el que la Comisión publicara unas orientaciones sobre la cuantificación de los daños y perjuicios y el método para su cálculo. Se podría así alcanzar unas indemnizaciones más uniformes por hechos similares en todo el territorio de la UE, lo que siempre es deseable.

iv) Defensa *passing-on* y legitimación del comprador indirecto

Se refiere aquí la Comisión al tratamiento jurídico del hecho de si una empresa que compra a un proveedor implicado en una conducta contraria a la competencia podría estar en condiciones de paliar su perjuicio económico repercutiendo el coste excesivo a sus propios clientes. Los causados por el comportamiento anticompetitivo podrían así trasladarse a la cadena del suministro e incluso repercutirse íntegramente en el consumidor final. Jurídicamente hay que considerar si debería permitirse al infractor alegar como defensa esta transmisión, y, de igual forma, la legitimación de los compradores indirectos a los que podría haberse trasladado el coste excesivo.

Esta cuestión, de suma complejidad, no parece que pueda regularse a nivel comunitario, toda vez que la determinación de los daños en definitiva, hoy por hoy, responderá a las consideraciones de las legislaciones nacionales. Por otro lado, en una indemnización por daños por causa de una infracción parece que el infractor es el que debe responder del daño causado, por el monto que resulte probado, a quien se causó siendo el criterio que debe seguirse, al menos en nuestro ordenamiento interno, en esta materia y a los distintos niveles de exigencia de prueba.

v) Defensa de los intereses de los consumidores

Se parte de la base de lo improbable de que consumidores y pequeños compradores reclamen por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de competencia, planteándose la conveniencia de si deberían existir procedimientos especiales para interponer acciones colectivas por las asociaciones de consumidores. En todo caso, estas acciones deberán responder al daño real sufrido por cada consumidor, por lo que no podrá privarse a éstos de participar en la acción colectiva, cauce que parece más adecuado, o la interposición de una acción individual.

vi) Coste de las acciones

La norma general del vencimiento, como criterio para el pago de las costas que rige en nuestro ordenamiento jurídico civil, salvo las situaciones excepcionales que contempla la LEC, sigue pareciendo la adecuada también en el supuesto de reclamación de daños como consecuencia de la infracción de normas de competencia. El amplio acceso a la justicia gratuita de nuestro sistema interno, ejemplar en la UE y que algunos de los Estados miembros más importantes han incluso copiado, no parece que tenga que ser reformado.

vii) Coordinación de la aplicación jurídica pública y privada

Es evidente la conveniencia de la aplicación uniforme pública y privada de las normas de competencia respecto de criterios generales, pero sin olvidar las diferencias en la actuación de las autoridades de competencia, regidas por principios inquisitivos y de investigación, y los órganos jurisdiccionales en la aplicación privada de aquellas normas, regidos por principios de contradicción y aportación de parte. Indudablemente estos distintos sistemas de actuación pueden aportar soluciones distintas, lo que es admitido por el propio Reglamento 1/2003 CE.

Las situaciones de solicitudes de clemencia es una asignatura pendiente de nuestro ordenamiento interno, que en algún momento y de alguna forma habrá que abordar.

viii) Competencia judicial y legislación aplicable

Los criterios del Reglamento 44/2001 en cuanto a competencia judicial parecen los adecuados y no existe situación excepcional alguna que aconseje decantarse por otros criterios que no harían más que complicar las cosas.

La propuesta del Reglamento de la Comisión relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se presenta como más objetivo y conveniente a los supuestos que comentamos.

ix) Otras cuestiones

Bajo esta rúbrica y como cierre se plantean cuestiones tan diversas como la conveniencia de recurrir al peritaje en los Tribunales para garantizar un procedimiento eficiente, el cálculo de los plazos de prescripción y

la aclaración del requisito de la causalidad para facilitar la reparación de daños. Sistemas internos tan diversos como los que se contemplan en los veinticinco Estados miembros no parece que posibiliten la aportación de soluciones uniformes a estos y otros problemas.

B. EL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Muy diversos aspectos determinan el que la proyectada Ley de Defensa de la Competencia española pueda ser calificada de importante. Aparte de modificar nuestro Derecho sustantivo de defensa de la competencia para acercarlo a las últimas exigencias del Derecho comunitario sobre la materia, incorpora un nuevo modelo de autoridad nacional para la protección de los intereses públicos que en el contexto proyectado gozará de mayor independencia, además de modernizar y agilizar, sin duda, la tramitación y resolución de los expedientes en un contexto de mejor conexión con la autoridad comunitaria y con los órganos jurisdiccionales.

La acogida general de la proyectada Ley ha de ser positiva. Ya le señalamos acogida favorable desde la publicación del Libro Blanco⁷². Desde que el 20 de enero de 2005 el vicepresidente segundo del Gobierno y ministro de Economía y Hacienda presentara el Libro Blanco ha transcurrido más de un año en el que los borradores del anteproyecto de la Ley se sometieron al análisis y crítica de todos y se formularon diversas opiniones y sugerencias, principalmente por los diversos expertos en la materia. En muy contadas ocasiones se ha sometido una ley previamente a información pública tan amplia. Pese a ello, no puede aventurarse el texto de la Ley que surgirá del Parlamento, dado el uso desmesurado que en muchos casos hacen los representantes de la voluntad popular de la confianza que en ellos depositan los ciudadanos.

En el contexto de nuestro trabajo se dedicarán unas breves reflexiones a aquella parte del proyecto que incide sobre cuestiones que afectarán a los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la Ley.

Es precisamente la regulación que se pretende hacer respecto de la aplicación de la legislación interna por los Juzgados de lo Mercantil y las relaciones de éstos con las autoridades administrativas las que no están exentas de crítica.

⁷² J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Primeras reflexiones sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 37, pp. 7-24.

a) *Establecimiento de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*

Debe comenzar por señalarse que la inclusión de los Juzgados de lo Mercantil dentro del esquema institucional de órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley presupone una desnaturalización de los órganos judiciales, ya que éstos forman parte del Poder Judicial y no de la Administración, no siendo, por tanto, susceptibles de ser considerados órganos del esquema administrativo.

Si bien la atribución de competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer las cuestiones que se suscitan en relación con la aplicación de los arts. 1 y 2 LDC es coherente con la que ya ostentan aquellos Juzgados para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, no puede hacerse esta atribución de competencias por la LDC. Tal atribución viene reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial, estando vetado a una Ley ordinaria la competencia material para hacer tal atribución, debiendo, por tanto, limitarse el anteproyecto a realizar una remisión genérica a lo que disponga la LOPJ, precisándose, en definitiva, una modificación de esta Ley para realizar tal atribución competencia.

b) *Cooperación con los órganos jurisdiccionales*

El art. 17 contempla la intervención de la Comisión Nacional de Competencia, las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas y la Comisión Europea en procedimientos privados ante los Juzgados de lo Mercantil, previendo que todas aquéllas pueden formular observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación por parte de los jueces de los arts. 1 y 2 de la Ley. Se pretende introducir la figura del *amicus curiae*, tan ajena a nuestro ordenamiento, extendiéndola ahora a la autoridad nacional de competencia y a las autoridades autonómicas, incluso, pero yendo más lejos, alcanza sus observaciones a cuestiones relativas «a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los arts. 1 y 2 de la Ley», lo que podría atentar al principio de independencia judicial.

Por su parte, las previsiones del art. 17.2 deben merecer severa crítica. Se trata de legitimar la intervención directa de los tres órganos administrativos en un procedimiento judicial privado, lo que carece de encaje legal en nuestro sistema procesal y no puede en ningún caso sustentarse en los arts. 6 a 11 LEC como hace el anteproyecto, salvo que se proceda a su modificación.

Igual crítica merece el art. 17.2 en lo que respecta al deber que señala al Tribunal de llamar al proceso a la Comisión Nacional de Competencia, de conformidad con lo previsto en el art. 14 LEC. Este precepto procesal

no contempla la obligación expresa del órgano jurisdiccional de llamar a dicha intervención, sino que regula la llamada intervención provocada solicitada por el demandante a un tercero para que intervenga sin cualidad de demandado en un proceso.

c) *Coordinación con los órganos jurisdiccionales*

La coordinación entre órganos administrativos y órganos jurisdiccionales que pretende el art. 18 del anteproyecto en sus términos se confronta con el principio de independencia judicial.

Se pretende trasladar a nuestro ordenamiento jurídico interno el mecanismo del *animus curiae* que establece para el Derecho comunitario el Reglamento 1/2003 CE.

Tal traslación no puede llevarse a cabo sin una modificación expresa de las normas procesales aplicables, al ser dicha figura extraña a nuestro Derecho procesal. La obligación que se establece en el art. 18.1 del anteproyecto a los órganos judiciales de informar a la Comisión Nacional de la Competencia de estar conociendo de algún asunto relativo a las materias de los arts. 1 y 2 va incluso más allá de la previsión del Reglamento 1/2003 CE, que se limita a señalar que los órganos administrativos podrán solicitar dicha información sin imponer a los judiciales la obligación de previa comunicación, lo que además es ajeno a nuestro ordenamiento procesal.

En el apartado 2 del mismo artículo, después de señalar el principio de congruencia deseable entre las resoluciones administrativas y judiciales, se establece que a tal fin los órganos jurisdiccionales podrán acordar la suspensión del proceso hasta que recaiga decisión definitiva de los órganos administrativos, de conformidad con el art. 42.3 LEC. Esta remisión a la Ley procesal civil parece inadecuada, ya que el citado precepto procesal relativo a cuestiones procesales no penales señala la obligación de los órganos civiles de suspender el procedimiento cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, quedando además vinculado el Tribunal civil a la decisión.

Una suspensión facultativa del juez deberá en su caso regularse en la Ley procesal, siendo además desproporcionado el que queda vinculado el juez a la decisión de los órganos que se señalan en aquel precepto respecto de la cuestión prejudicial, además de contrario a todas las normas que disciplinan los conflictos privados.

d) *Coordinación de los órganos jurisdiccionales y autonómicos*

Finalmente ha de hacerse mención a la poco afortunada atribución que se hace en el art. 28.2 a la Comisión Nacional de Competencia de velar

por la aplicación coherente de esta normativa especial en el ámbito nacional mediante la coordinación de los órganos jurisdiccionales con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en la aplicación de la Ley de Competencia. La Comisión Nacional de Competencia carece de competencia para coordinar las eventuales relaciones de cooperación entre órganos jurisdiccionales y autonómicos, debiendo ser suprimida esta pretendida atribución.

Hasta aquí unas breves reflexiones a aquella parte del anteproyecto de LDC que incide en cuestiones que afectan a la organización y al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho interno de competencia. Es de desear que en el trámite parlamentario se reconduzcan las cosas a su justo término y se emprenda en paralelo la reforma procesal necesaria para una coherente y correcta aplicación tanto de la nueva Ley interna como del Reglamento 1/2003 CE conforme señalábamos antes al tratar de los problemas ya existentes por la aplicación del citado Reglamento sin que se haya emprendido aún, y pese al tiempo transcurrido, la necesaria reforma procesal.