

NUEVAS CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL CON RELACIÓN A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional

1. INTRODUCCIÓN

La reforma en años inmediatamente pasados de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (por medio de la Ley 9/1998, de 13 de julio, publicada en el *BOE* de 14 de julio y que entró en vigor a los cinco meses de su publicación), de la Ley de Defensa de la Competencia (a través de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por la Ley 1/2000, de 7 de enero, publicada en el *BOE* de 8 de enero, y que entró en vigor al año de su publicación) sugiere una reflexión sobre algunas de las nuevas cuestiones que esta triple reforma suscita.

Si bien el proceso constituye para los interesados en la defensa de la competencia un vértice de máxima crisis poco deseable, y pese a que la realidad demuestra que, afortunadamente, son relativamente escasos los conflictos que llegan a los órganos administrativos de defensa de la competencia y aun un número más pequeño el de los recursos contencioso-administrativos planteados ante los tribunales de esta jurisdicción (en el apartado de este Anuario relativo a resoluciones y sentencias dictadas se puede comprobar el respectivo número exacto), en fechas no muy alejadas en el tiempo se anuncian otras reformas tendentes a descentralizar los mecanismos administrativos y judiciales de defensa de la competencia que refuerzan el interés por los temas procesales.

La primera de estas futuras reformas se producirá como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La sentencia estima parcialmente los recursos declarando inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) de dicha Ley en la

medida en que desconoce las competencias ejecutivas atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos.

El Tribunal Constitucional señala que «la Ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre legislación en defensa de la competencia y en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de prácticas restrictivas de la competencia que, teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios» (Fundamento Jurídico 7.º). Los efectos de la sentencia, sin embargo, se difieren porque, «dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos a que se hace referencia en el Fundamento Jurídico anterior, ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se le reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas» (Fundamento Jurídico 8.º) ¹.

Como consecuencia de la publicación de esta Sentencia, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, incluyó una Disposición Final Segunda con el siguiente tenor: «Antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley por el que se regulen los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.»

En la fecha en que se redactan estas líneas el Proyecto parece encontrarse redactado y su remisión a las Cortes ser inminente. La previsión es que en un futuro próximo, al menos en determinadas Comunidades Autónomas, se creen órganos administrativos de Defensa de la Competencia que serán los encargados de ejercer esas competencias ejecutivas. Sus resoluciones serán controlables asimismo en vía contencioso-administrativa, correspondiendo este control a las Salas de esta jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia, en aplicación de las normas de competencia establecidas por el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción de 1998.

La dispersión por distintos órganos administrativos y Tribunales de Justicia de los litigios en la materia plantea, entre otras, la cuestión de

¹ Joaquín TORNOS MAS, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», *Anuario de la Competencia 1999*, pp. 97 y ss.

cómo unificar la doctrina administrativa y jurisprudencial, en ausencia de una instancia encargada de esta misión, salvo en los escasos supuestos en que la sentencia sea susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, programa de la Comisión núm. 99/027, en el capítulo III, «La modernización de las normas de competencia», incluye un apartado titulado «La aplicación descentralizada de las normas de competencia», con un «nuevo reparto de competencias» y el robustecimiento del papel de las autoridades nacionales y de los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las normas de la competencia. La Comisión considera que el nuevo reglamento de aplicación de los artículos citados debería permitirle *«cuando constata que un asunto tiene un efecto principalmente nacional, remitir la totalidad del expediente, incluidas las informaciones confidenciales a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se producen los efectos de la práctica denunciada para que esta prosiga la investigación»*².

En relación con el papel de los Jueces nacionales, la Comisión recuerda que *«debido al monopolio de exención consignado en el Reglamento núm. 17 los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden aplicar positivamente el apartado 3 del artículo 85. Y como no tienen el poder de aplicar el artículo 85, párrafo 3, las empresas, en la práctica, pueden bloquear la acción judicial mediante una notificación a la Comisión. Este fenómeno es un gran obstáculo para una mayor aplicación de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales. En un sistema de excepción leal, las empresas podrán invocar la aplicación directa del artículo 85, párrafo 3, aumentando con ello su seguridad jurídica. Los denunciantes, por su parte, podrán obtener más rápidamente el resarcimiento por daños y perjuicios cuando son víctimas de un acuerdo ilícito»*.

La reforma del Reglamento 17 plantea graves incógnitas sobre cómo se va a concretar este nuevo papel de los órganos jurisdiccionales, y en concreto en España, incluso sobre la jurisdicción que debe asumir dicha tarea, al igual que la forma que deban tomar en el proceso correspondiente las previsiones de la Comisión para que tenga lugar la *«aplicación coherente y uniforme de las normas de competencia»*. El encaje de esta posible reforma en el ordenamiento procesal español plantea varios interrogantes: si se establece como mecanismo de cooperación la obligación para el Juez nacional de *«información»* a la Comisión, ¿en qué momento del proceso debe formalizarse ésta?, ¿debe ser de oficio o a instancia de parte?, y la resolución judicial ¿qué forma debe adoptar?, con las correspondientes consecuencias en cada caso. Asimismo, dadas las implicaciones de un litigio en el que subyace la defensa de la libre

² En relación con esta cuestión véase Jose María BENEYTO, «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 202, agosto-septiembre 1999.

competencia, debe establecerse: 1.º si hay que notificar a las autoridades administrativas nacionales en la hipótesis de que la Administración no sea parte en el proceso, y, vista la finalidad de la medida, 2.º si debe paralizarse la resolución del conflicto a la espera del acuse de recibo por parte de la Comisión.

Por otra parte, la intervención de la Comisión «en los procedimientos judiciales de que tenga conocimiento gracias a la información así transmitida por los órganos jurisdiccionales» en calidad de «amicus curiae» (cita literal del Libro Blanco), figura desconocida hasta la fecha en el Derecho procesal español, plantea la duda de cómo articular esta intervención en el proceso y de la cualificación profesional que deba exigirse a las personas que la encarnen, a fin de que quede garantizada la ausencia de vinculación a los intereses de las partes litigantes.

2. LAS NOVEDADES EN EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO

El control jurisdiccional de las decisiones de los órganos de Defensa de la Competencia nos lleva al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y a la Ley 29/1998. El objeto de este estudio lo constituyen las cuestiones que plantean novedades o suscitan dudas que no se planteaban con anterioridad; en consecuencia, no se tratan otras que, o bien ya se suscitaban en la regulación anterior, o bien ya han sido resueltas por la práctica administrativa o jurisprudencial³.

A. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTROLABLES

El nuevo artículo 9, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado según la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, amplía considerablemente las atribuciones de este orden jurisdiccional en relación con las actuaciones de las Administraciones públicas. En primer lugar, se aborda el control de la «actuación» administrativa, utilizando un término más amplio que el estricto de «acto administrativo» con el ánimo de extender el control jurisdiccional de la Administración a otras manifestaciones de su actividad. Los estudiosos señalan que, con las citadas reformas legislativas, se está propiciando un acercamiento del recurso contencioso-administrativo a un *proceso de satisfacción de pretensiones*, en tanto que se amplía la posibilidad de que los administrados impugnen cualquier actuación de las Administraciones públicas siempre que tengan un derecho o interés legítimo.

A fecha de hoy, los actos del Tribunal de Defensa de la Competencia son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y la nue-

³ Mercedes PEDRAZ CALVO, «La tramitación de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Cuestiones planteadas en la Ley 29/1998», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 204, diciembre 1999.

va Ley de esta jurisdicción ha ampliado las atribuciones de los Jueces y Tribunales de la misma para controlar la actuación de la Administración.

La puesta en relación de la Ley 29/1998 y la Ley 16/1989 a fin de concretar cómo está previsto ese control, nos lleva en primer lugar al artículo 25, párrafo 1, de la Ley de la Jurisdicción: «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos *deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable* a derechos o intereses legítimos.»

De entre los distintos tipos de actos administrativos en que puede concretarse la actividad del TDC, cabe mencionar el artículo 2, párrafo 2, LDC: «El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular *propuesta* motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Hacienda para que adopte o inste a la autoridad pública competente, en su caso, la modificación o supresión de las limitaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.»

Las propuestas al Gobierno no son ninguno de estos actos administrativos previstos en el artículo 25 de la Ley Jurisdiccional y, por lo tanto, no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

El artículo 13, en la redacción de la LDC efectuada por la Ley 52/1999, contempla el informe al órgano judicial sobre la indemnización de daños y perjuicios consecuencia de las conductas de los artículos 1, 6 y 7. Este informe no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los artículos 16 y 17 regulan el *informe* del Tribunal al Consejo de Ministros sobre la Concentración, que no es susceptible de recurso, y de hecho, la Ley en su artículo 16, párrafo 3, ha previsto que «el informe del Tribunal será público una vez que el Consejo de Ministros adopte su decisión sobre la operación».

Los acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones serán recurribles ante la Sala Tercera (de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo.

La misma regulación se establece respecto del *informe* en materia de ayudas públicas salvo que el Consejo de Ministros se limitará a proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de los criterios de concesión de las ayudas. No cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra dicha propuesta ni contra los actos en que se materialicen las funciones consultivas previstas en el artículo 26 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 47 regula «los actos del *Servicio de Defensa de la Competencia que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable* a derechos o intereses legítimos, serán recurri-

bles ante el TDC en el plazo de diez días». La redacción de este precepto es igual que la del artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recogido al principio de esta exposición.

La lectura de sus *resoluciones* (como contrapuestas a *informes*) revela que el Tribunal de Defensa de la Competencia notifica sus acuerdos indicando que ponen fin a la vía administrativa y que contra los mismos cabe recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En algunas de éstas, concretamente las que ordenan la continuación de una instrucción archivada por el Servicio o resolutorias de recursos contra actos de mero trámite, se indica que no cabe recurso alguno.

En resumen: las resoluciones del Servicio de Defensa de la Competencia que no sean de trámite son recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia; los actos del Tribunal que no sean informes ni actos de trámite, son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; los Acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones son impugnables ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

B. CUESTIONES PREVIAS AL PROCESO

Una vez expuesto el marco general en el que se desenvuelve el control de los actos administrativos en materia de Defensa de la Competencia, parece útil examinar algunos de los problemas concretos que se producen cuando los interesados deciden interponer el recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional correspondiente, a fecha de hoy la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo.

a) *La autorización de la investigación domiciliaria*

Con carácter previo es necesario abordar una cuestión relevante que queda fuera de los estrictos límites del recurso contencioso-administrativo y que, sin embargo, ofrece un gran interés práctico: la autorización de la investigación domiciliaria.

La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Defensa de la Competencia han resuelto la cuestión relativa a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para las autorizaciones de entrada en domicilio. Antes de la reforma, el artículo 32 de la LDC establecía el deber de colaboración e información de «toda persona natural o jurídica» con el Servicio de Defensa de la Competencia y la obligación de proporcionar a su requerimiento toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. En el ejercicio de las funciones de investigación e inspección, el Servicio de Defensa de la Competencia podía

necesitar realizar una investigación domiciliaria, y el mandamiento judicial de entrada en el domicilio debía solicitarse del Juez de Instrucción.

El Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia 144/1987 que el Juez de Instrucción «actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que, *prima facie*, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998 interpretó el alcance del derogado artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial recordando, con base en la citada Sentencia 144/1987, que este precepto no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos.

El artículo 8, apartado 5, de la Ley 29/1998 establece: «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.»

Por su parte, la nueva LDC establece en su artículo 21 una modificación del anterior artículo 34, que queda redactado en los siguientes términos (en lo que respecta al acceso a los locales mediante mandamiento judicial): «3. Cuando haya existido oposición al acceso a los locales o se corra el riesgo de tal oposición, el Director del Servicio solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, y en el oficio se harán constar los datos previstos en el número anterior, así como los necesarios para la adecuada identificación de los locales en que se pretende la entrada. El Juzgado competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.»

La primera duda que plantea esta nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado: el legislador no señala expresamente este extremo, pero parece que deberá ser competente el Juez de lo Contencioso del domicilio del lugar al que se pretende acceder. Ello es coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio que subyace en los dos preceptos legales reproducidos, pero contrario al sistema de competencias que establece el artículo 14, párrafo 1, regla 1.^a, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual «será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado».

Como ya han señalado reconocidos comentaristas⁴ de la Ley 29/1998, parece que el principio de inmediación en esta forma de tutela judicial debe ser predominante a la hora de resolver sobre la oportunidad de la entrada en el domicilio.

Una segunda duda que suscitan estos dos preceptos es la que plantea la previsión del artículo 34 (Ley 29/1998) en el párrafo 3, de que «El Juzgado competente resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas». Este plazo máximo resulta incompatible con la audiencia del interesado y a su vez la audiencia del interesado parece que no es conciliable con las exigencias de eficacia de la actuación administrativa. La adopción del auto autorizando la entrada sin oír al titular del local es de difícil encaje con el carácter de fundamental del derecho afectado (el de la inviolabilidad del domicilio) y con la exigencia de motivación, así como con la previsión de recurso: el artículo 80, núm. 1, letra d), de la Ley 29/1998 establece que son apelables los autos recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8, párrafo 5, el precepto que regula las autorizaciones para la entrada en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.

Por otro lado, no se establecen por la Ley consecuencias para el no cumplimiento del plazo y no puede darse por supuesto que, transcurrido el mismo, se entendiese concedida la autorización.

La nueva Ley jurisdiccional ha resuelto el problema que planteaba anteriormente la intervención del Juez de Instrucción para otorgar una autorización en el marco de una investigación administrativa, pero la propia solución ha suscitado nuevas dudas.

b) *La terminación convencional del procedimiento*

Otra cuestión previa al propio recurso contencioso-administrativo que debe examinarse es la relativa a la posibilidad de terminación convencional del procedimiento.

La nueva LDC señala en su Exposición de Motivos que «con el fin de beneficiar a los operadores económicos de un procedimiento más ágil, se prevé la posibilidad de que se autoricen aquellas operaciones que no pongan en peligro las condiciones de competencia en el mercado sometidas a compromisos de las partes. Ello supone introducir en los procedimientos de defensa de la competencia la posibilidad de terminación convencional prevista con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

⁴ José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y Juan José GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

El antecedente más próximo e inmediatamente anterior en el tiempo se encuentra en el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que a su vez se encuadra en el ámbito del artículo 103, párrafo 1, de la Constitución, es decir, de la eficacia administrativa. El artículo 88 citado remite la determinación del «alcance, efectos y régimen jurídico» de la terminación convencional de los procedimientos administrativos a la normativa legal o reglamentaria específica.

Se añade un nuevo artículo 36 bis a la Ley 16/1989, en cuyo párrafo segundo se regula más detalladamente lo que el párrafo *i*) del artículo 31 señala entre las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia: «Promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de conductas prohibidas en esta Ley.»

Este artículo 36 bis, en el párrafo 1, letra *c*), refuerza la previsión de terminación convencional únicamente para «una *investigación* que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley», lo que supone una limitación frente a la más amplia enunciación que formula el artículo 88 de la Ley 30/1992 al referirse a los «procedimientos administrativos», añadiendo «siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a *finalizar* las actuaciones administrativas». La referencia a la terminación convencional de «una investigación» parece excluir en principio acuerdos puntuales en el curso del procedimiento sobre cuestiones como las de mera tramitación (para acelerar el procedimiento, por ejemplo, acuerdos sobre la práctica de pruebas), acuerdos sobre un elemento preparatorio (convenios sobre las cuotas de mercado como hecho probado reconocido, por ejemplo) limitándose a acuerdos que sustituyen al acto administrativo.

Al interpretar el artículo 88 de la Ley 30/1992, la doctrina ha entendido que el mismo incluye tanto acuerdos o convenios que sustituyen al acto administrativo poniendo fin al procedimiento, acuerdos o convenios que sustituyen partes de ese acto administrativo, acuerdos o convenios preparatorios y acuerdos o convenios de mera tramitación, es decir, en cuestiones procedimentales.

En la materia concreta que nos ocupa, la técnica de finalización convencional de estos procedimientos supone en principio que, al resolverse por medio de un acuerdo que integra la voluntad de los afectados, debe disminuir la litigiosidad contencioso-administrativa.

No debe olvidarse que los Tribunales de esta jurisdicción ejercen el control de legalidad del acuerdo en que se traduce la terminación convencional, al igual que controlan el cumplimiento de aquello respecto de lo que han prestado consentimiento válido los particulares y la Administración. Pero el Juez no puede sustituir la voluntad de quienes han suscrito el convenio, y en el caso de que se cuestione la legalidad del mismo, deberá limitarse a un control negativo, con la consiguiente declaración de ineficacia.

C. CUESTIONES PROCESALES

La reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introdujo otras técnicas dirigidas a evitar que la multiplicación y masificación de los procesos contencioso-administrativos no trajese consigo merma alguna en los derechos fundamentales a la igualdad, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva. Siempre teniendo a la vista los litigios en materia de defensa de la competencia y las perspectivas de futuro en este terreno, consecuencia de la doble descentralización, son especialmente relevantes el intento de conciliación o transacción y la posible elección por el Juez de un proceso-tipo o «*leading case*».

a) *El intento de conciliación*

En esta misma línea de búsqueda de soluciones con las que completar la garantía del control jurisdiccional de los actos administrativos con otras alternativas, la nueva Ley de la Jurisdicción ha previsto en el artículo 77 el intento de *conciliación*. Tal intento deberá tener lugar después de formalizarse la demanda y la contestación, de oficio o a instancia de parte y queda limitado a las materias susceptibles de transacción, es decir, sólo en el ámbito que permite el principio de legalidad.

Con independencia de otros problemas que la transacción en el proceso contencioso-administrativo plantea, y que no constituyen el objeto de esta reflexión, es requisito previo el que la materia litigiosa sea disponible, y esta condición no la cumple la actividad que es consecuencia del ejercicio unilateral de potestades administrativas. En la materia que nos ocupa, la transacción quedaría limitada básicamente a la determinación y valoración de los elementos de hecho constitutivos de las conductas reguladas en los artículos 1, 6 y 7 de la LDC.

La Ley 29/1998 no recoge un procedimiento específico para llevar a cabo la transacción fruto de la conciliación, ni para este mismo trámite: el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, lo planteará a las partes, celebrándose una comparecencia en presencia de los litigantes, el Juez o Tribunal y el Secretario, extendiéndose un acta con el resultado positivo o negativo. Si se llega a un acuerdo transaccional, la representación procesal de la actora y la codemandada deben tener poder suficiente, si bien debe recordarse a estos efectos que la práctica de los Tribunales ha venido admitiendo el desistimiento sin poder especial cuando el poder para pleitos recoge la mención de éste. El Abogado del Estado necesita autorización expresa de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, a tenor de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

Si las partes llegan a un acuerdo, el Juez o Tribunal dictará Auto declarando terminado el procedimiento «siempre que lo acordado no fue-

ra manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros».

b) *Elección de uno o varios procesos como leading case*

La existencia de procesos en los que se produce una multiplicidad de recursos contencioso-administrativos frente a un único acto administrativo, y la masificación procesal que tiene lugar en tales supuestos, con consecuencias negativas para los litigantes, se encuentran en la base de la introducción en la Ley 29/1998 del artículo 37, párrafo 2, con el siguiente tenor literal: «Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. La sentencia deberá ser notificada a las partes afectadas por la suspensión, quienes podrán optar por solicitar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 111, por la continuación del procedimiento o por el desistimiento.»

Hasta la entrada en vigor de dicha norma legal, la práctica imponía una paralización *de facto* de los procesos iniciados por varios litigantes contra un único acto administrativo, porque la existencia de un único expediente administrativo y la exigencia de su entrega al actor para la formalización de la demanda obligaba a que los restantes recurrentes hubiesen de esperar su turno para la entrega del expediente y la formalización del referido escrito. En la redacción de la Ley de 1956, el único supuesto en que estaba prevista la puesta de manifiesto del expediente en la Secretaría del Tribunal, era para la formulación simultánea de la contestación a la demanda por los demandados y por los coadyuvantes (art. 68, párrafo 3). Como consecuencia de esta regulación procesal, cuando se producía el señalamiento para votación y fallo del primer recurso, otros aguardaban aún su turno para formalizar la demanda, previa recepción del expediente.

La nueva Ley contempla diversos mecanismos para evitar la situación descrita, y en general para evitar que se produzcan dilaciones indebidas en la tramitación del proceso y su resolución: El primero, de difícil encaje en materia de derecho de la competencia, es el contemplado en el artículo 45.5, la iniciación del recurso mediante la demanda, sometida a la condición de que se impugne una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho y *no existan terceros interesados*; el segundo, previsto en el artículo 52, párrafo 2, la formulación simultánea de la demanda por todos, con entrega del expediente en original o copia; el tercero, y de mayor repercusión, el regulado en el artículo 37, párrafo 2.

Este sistema se encuentra regulado en el Título III de la Ley, que regula el «Objeto del recurso contencioso-administrativo», dentro del

capítulo III dedicado a la «Acumulación», y se plantea como una alternativa a ésta («el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos...»), participando la resolución judicial del mismo régimen de recursos (únicamente cabe el recurso de súplica, art. 39).

El aspecto más interesante de esta técnica es que permite la extensión de los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso o los procesos preferentes a otros idénticos cuya tramitación hubiera sido suspendida, con sujeción a las mismas normas de procedimiento previstas en el artículo 110 (así se ha previsto en el art. 111), pero sin las limitaciones que para la extensión de efectos de la sentencia establece esta norma (la materia tributaria y el personal al servicio de la Administración Pública).

Las limitaciones que trae consigo esta previsión para los procesos suspendidos a fin de lograr una resolución más rápida de estos procesos múltiples son importantes: no procederá su utilización en los casos previstos en el artículo 110, párrafo 5, y una vez utilizado y dictada la sentencia, las partes afectadas por la suspensión podrán optar por la continuación del procedimiento.

3. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Ley 29/1998 establece en su Disposición Final Primera: «... en lo no previsto por esta ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil». Por su parte, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece en su artículo 4 que «en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley».

La supletoriedad no es interpretada en ocasiones por los litigantes en su verdadera dimensión, y dado que hasta la fecha es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente en los litigios relacionados con la Defensa de la Competencia, pero el futuro parece apuntar hacia una intervención de la jurisdicción civil en la materia, parece oportuno incluir aquí unas breves notas sobre el alcance de la previsión de los preceptos citados.

En primer lugar, la supletoriedad debe interpretarse siempre a la luz de las diferencias entre el proceso contencioso-administrativo y el proceso civil, que justifican la especialidad de la Ley reguladora del primero; en segundo lugar, la supletoriedad queda en numerosos preceptos de la Ley 29/1998 *integrada* mediante la cita expresa de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta forma parte de aquélla. El problema se suscita cuando la primera no contiene una regulación expresa y no remite a las disposiciones de la segunda: en este caso, la doctrina se plantea cuál debe ser el orden de fuentes, es decir, si la laguna debe salvarse acudiendo

a la Ley de Enjuiciamiento Civil, o, por el contrario, es preciso acudir en primer lugar a una interpretación integrada de la Ley 29/1998⁵.

En el marco del presente estudio, únicamente deben mencionarse alguno de estos supuestos en que la supletoriedad plantea dudas y que pudieran suscitarse en relación con los procesos contencioso-administrativos en materia de derecho de la competencia.

El primer punto que ya plantea dudas es el relativo a la *legitimación activa* del denunciante que impugna el Acuerdo en el que no se dio plena satisfacción a su pretensión de incriminación o sanción, y que suele estar vinculada al concepto de perjudicado por la conducta que se pretende sea sancionada, cuando la demanda está interpuesta por asociaciones, sindicatos, grupos o entidades, vista la remisión que el artículo 19, párrafo 1, letra b), de la Ley 29/1998 efectúa al artículo 18, y éste a «la Ley» que «así lo declare expresamente». La doctrina ha entendido que, vista la redacción del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que se trate de un proceso en que recurran Asociaciones de Consumidores y Usuarios para la defensa de intereses dentro de su ámbito propio (el previsto en la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), debe aplicarse el artículo 7, párrafo 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

El segundo punto que debe mencionarse es el relativo a la *acumulación* de acciones o de pretensiones, porque la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha regulado con gran flexibilidad esta cuestión (hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones que, a fin de no dividir la «continencia de la causa», procede la acumulación ante un único Tribunal, en el propio Tribunal Supremo, de dos recursos contra actos administrativos relacionados entre sí, pero de cuya impugnación corresponde conocer a distintos órganos jurisdiccionales) y, por el contrario, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la acumulación si se alteran las normas de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía (art. 77, párrafo 2).

No parece conforme con la naturaleza del proceso contencioso-administrativo y ante la ausencia de referencia expresa a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia acudir a las previsiones de esta para limitar una interpretación de la Ley 29/1998 que permite el enjuiciamiento conjunto de determinados actos administrativos relacionados entre sí en las circunstancias previstas en el artículo 34 o de pretensiones conexas según dicho precepto y el artículo 35.

⁵ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, como supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Principales cuestiones que suscita», en *Puntos críticos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Por último, una de las cuestiones que plantean más interés es la relativa a la regulación de las *medidas cautelares*, que, según el artículo 129 de la Ley 29/1998, pueden solicitarse «en cualquier estado del proceso», suscitándose a menudo la duda de si aquellas que se planteaban estando pendiente un recurso de casación, debían solicitarse del Tribunal Supremo o directamente ante la Sala sentenciadora (hasta la fecha, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional). La solución varía en función de si la Sala sentenciadora había adoptado o no medidas cautelares durante la tramitación del proceso: se ha venido entendiendo por los Tribunales que a la Sala sentenciadora únicamente le corresponde adoptar medidas en el marco de la ejecución provisional de la sentencia, con sujeción a las normas reguladoras de esta fase del proceso (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción). La Ley 1/2000 en su artículo 731 establece la accesoriadad de las medidas cautelares y la procedencia de la ejecución provisional.

La futura descentralización de los procedimientos administrativos y judiciales de Derecho de la competencia, como consecuencia de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 y de la reforma del Reglamento 17 planteada por la Comisión en el Libro Blanco sobre modernización y descentralización en la aplicación de los artículos 85 y 86, acercará a los administrados —tanto a los organismos administrativos encargados de la defensa de la Competencia como a los órganos judiciales competentes para enjuiciar las actuaciones de éstos—. En consecuencia, las cuestiones relacionadas con el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo, hasta ahora de limitado ejercicio práctico (exceptuando el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo), previsiblemente se plantearán a otros Organismos, Juzgados y Tribunales, en todo el territorio del Estado. La interpretación uniforme de las normas de procedimiento en la materia es en este marco de tanta trascendencia como la de aquellas normas de derecho sustantivo, a fin de garantizar que el procedimiento y el proceso cumplan con la finalidad que la Constitución y las leyes les tienen encomendada.