

# PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONCURRENCIA POTENCIAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCESOS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado-excedente

## 1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Agradezco a Lluís Cases la oportunidad que me proporciona de retornar sobre un tema, el de la intervención judicial en los casos de competencia, que siempre me ha atraído intelectualmente y que, precisamente, constituyó el objeto de mi primera colaboración con este Anuario<sup>1</sup>.

El hecho de que, a pesar del tiempo transcurrido desde entonces, y de las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia y de nuestras normas procesales que se han introducido en los últimos años, haya parecido conveniente volver sobre la cuestión evidencia que el ordenamiento español sigue sin dar respuesta a una cuestión que, al margen de consideraciones teóricas, siempre relevantes, plantea problemas prácticos de cierta gravedad desde el punto de vista de la duración de los procesos, la coherencia de las resoluciones en aplicación de las normas sobre defensa de la competencia y, lo que es más importante, el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta opinión encuentra también respaldo en la existencia de relevantes trabajos recientemente publicados sobre esta cuestión<sup>2</sup>. Me refiero, claro está, a la forma en que se articulan las competencias ostentadas por diversos órganos administrativos y judiciales para la aplicación de las normas, europeas y españolas, sobre defensa de la competencia.

<sup>1</sup> F. URÍA FERNÁNDEZ, «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2000, pp. 171-204.

<sup>2</sup> J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Los Juzgados de lo Mercantil ante el Derecho comunitario de competencia», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid, Marcial Pons-Instituto de Crédito Oficial, 2004, pp. 157-184.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, está a punto de cumplir quince años de vigencia. En sus diez primeros años de aplicación no sufrió modificación alguna. Sin embargo, desde 1999 a 2003 sufrió un buen número de reformas<sup>3</sup>, que trataron de dar respuesta a cuatro problemas diferentes:

— La arquitectura institucional de la defensa de la competencia, en la que, a su vez, pueden diferenciarse cuatro elementos problemáticos: las relaciones entre el Ministerio de Economía y Hacienda y los órganos de defensa de la competencia, las relaciones entre el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, las relaciones de los órganos horizontales y sectoriales de defensa de la competencia y, por último, las relaciones entre los órganos del Estado y los de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.

— La mejora de los procedimientos administrativos y, en particular, del procedimiento de autorización de concentraciones para dar respuesta al previsible incremento de este tipo de operaciones en el doble marco (indisolublemente ligado) de la internacionalización de la empresa española y la globalización de la economía.

— La adecuación de la regulación española a las exigencias del Derecho europeo.

— Las relaciones entre procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo y/o civil en materia de defensa de la competencia.

El ordenamiento jurídico en su conjunto tiene como misión primordial la de contribuir a la evitación de conflictos y, una vez planteados, proporcionar cauces ordenados y razonables de solución. En mi opinión, todas las normas, y especialmente las que integran el Derecho administrativo económico, deben ser enjuiciadas en función del grado en que hayan logrado cumplir ese objetivo.

En ese sentido, mi valoración personal, desde luego subjetiva<sup>4</sup>, de la Ley de Defensa de la Competencia y de las reformas introducidas en estos últimos años es necesariamente positiva. La Ley de 17 de julio de 1989, con las modificaciones paulatinamente introducidas, ha sido capaz

---

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma Parcial de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del Sector Eléctrico; determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, por el que se modifica el art. 16.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>4</sup> Como Abogado del Estado en la Secretaría de Estado de Economía entre abril de 1998 y octubre de 1999 tuve ocasión de participar activamente en alguna de las reformas legislativas que se citan en la nota anterior.

de resolver muy complejos problemas de competencia en variados mercados de bienes y de servicios, habiendo contribuido, en no poca medida, a incrementar su eficiencia a través de un incremento de la competencia. En un período relativamente corto<sup>5</sup>, la defensa de la competencia se ha consolidado plenamente en España, partiendo de un nivel cercano al de la inexistencia. No hay más que abrir las páginas de cualquier periódico español para constatar que, hoy en día, ninguna operación económica de calado deja de ser enjuiciada desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Sin embargo, mal haríamos en confundir ese diagnóstico positivo de lo hasta aquí acontecido con la impresión de que la Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente puede mantenerse en su estado actual o sometida a reformas parciales.

Antes al contrario, las reformas hasta ahora sufridas evidencian claramente la persistencia de los problemas anteriormente enumerados, que sólo han podido resolverse parcialmente, así como la existencia de defectos de configuración estructural que hacen inaplazable no una nueva reforma, sino, me pronuncio rotundamente al respecto, la aprobación de una nueva legislación que garantice, simultáneamente, el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- Coherencia con el resto del ordenamiento económico con el que habrá de coexistir.
- Respeto al marco de distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado que ha quedado determinado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999.
- Adecuación a las recientes disposiciones adoptadas en el ámbito europeo.
- Contribuir a mejorar la eficiencia en la tramitación de los procedimientos, superando la inevitable duplicación de trámites derivada de la existencia de un Servicio y un Tribunal de Defensa de la Competencia, orgánicamente desvinculados.
- Garantizar la tutela judicial efectiva en este ámbito, lo que implica una significativa reducción en los plazos para lograr una sentencia firme, así como una mejor imbricación entre los procedimientos administrativos y los procesos civiles y contencioso-administrativos, logrando, al mismo tiempo (y no es sencillo), la existencia de criterios interpretativos homogéneos, aunque no necesariamente idénticos, de la legislación de defensa de la competencia.

---

<sup>5</sup> Comparto plenamente la opinión contenida en la p. 15 del *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda a través de su página web el 20 de enero de 2005, cuando afirma que «la Ley 110/1963 resultó ineficaz, no sólo por los planteamientos jurídico-políticos vigentes en ese momento, sino por las disfuncionalidades que el propio sistema había creado y la falta de medios de los organismos encargados de su aplicación».

Éste es el escenario del que parte el recientemente publicado<sup>6</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, cuya sola existencia, en tanto que documento de trabajo sobre las líneas generales de la futura reforma, ya merece una consideración positiva, sin perjuicio de que en algún momento se eche en falta una mayor concreción respecto de algunos de los asuntos abordados.

Como el título de este trabajo evidencia, únicamente me ocuparé de uno de los aspectos del Libro Blanco: el relativo a los problemas de engarce entre los procedimientos administrativos y los procesos judiciales en materia de aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia.

Creo sinceramente que los problemas existentes en 1999 no sólo no se han resuelto, sino que, incluso, la situación se ha tornado más compleja con la incorporación de nuevos órganos judiciales que tienen atribuidas relevantes competencias en materia de defensa de la competencia.

## 2. PUNTO DE PARTIDA: LA NUEVA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Antes de abordar la cuestión central de este trabajo parece conveniente y necesario describir, siquiera brevemente, cuál es la arquitectura institucional que se esboza en el Libro Blanco y que, probablemente, pueda plasmarse en una inminente reforma de la legislación sobre defensa de la competencia. La importancia del diseño institucional a los fines que aquí nos ocupan es evidente: en función del papel que se asigne a los órganos administrativos en materia de defensa de la competencia habrá de producirse o no la intervención de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En cuanto a la estructura institucional, al margen de los cambios formales o de denominación, de los que únicamente diré que parece razonable la eliminación de la expresión «Tribunal» de la denominación del nuevo órgano, puesto que este término remite, inevitablemente, a una naturaleza jurisdiccional de la que evidentemente carece este organismo, la novedad más trascendente es la incorporación a una entidad de nueva creación, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de los órganos actualmente existentes, el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La necesidad de aglutinar a los órganos de defensa en un único órgano administrativo era una necesidad claramente sentida desde hace ya tiempo tanto por razones de eficacia (supresión de la dualidad de trámites actualmente existente) como de independencia (a través de la separación

---

<sup>6</sup> Ver nota anterior.

del Servicio de Defensa de la Competencia de la estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda). No creo que esta decisión pueda ser censurada desde ningún punto de vista. Antes al contrario, se convierte en uno de los mayores aciertos del Libro Blanco.

Sin embargo, el modo en que se produce la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en el nuevo órgano resulta más discutible. El Libro Blanco afirma, con razón, que existen dos posibilidades: la de la integración del Servicio en el Tribunal, de suerte que éste se sitúe en un plano superior a aquél como órgano colegiado encargado de la resolución de los expedientes previamente tramitados por Servicio como órgano instructor, y la de su mantenimiento como organismos separados.

En virtud del principio de separación de las fases de instrucción y resolución se opta por una organización piramidal, de modo que exista un Presidente del que dependerían los dos órganos, uno colegiado de resolución y el otro de instrucción. Sin embargo, la separación de las funciones de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores, imprescindible en el ámbito del proceso penal, resulta muy matizable en el ámbito administrativo.

Si bien es cierto que algunas corrientes modernas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, evidenciadas, por ejemplo, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en la ya derogada Ley 1/1998, de enero, de Defensa del Contribuyente; y en la Ley 58/2003, de 27 de noviembre, General Tributaria, se han pronunciado inequívocamente por la separación entre unos órganos y otros, es lo cierto que, tanto desde un punto de vista técnico jurídico como puramente práctico, ese rígido principio de separación puede y debe matizarse.

Partiendo de nuestro Derecho positivo, el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la regla general de que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

Sin embargo, las reglas contenidas en la Ley 30/1992 tienen una aplicación en el ámbito de los procedimientos de defensa de la competencia condicionada por lo dispuesto en el art. 50 LDC que, como es sabido, establece una regla de subsidiaridad en cuanto a dicha aplicación.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26 de abril de 1990, señaló que «... debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano, el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y

*esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones de los mismos. Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos...».*

Partiendo de esta doctrina, y ya en el ámbito normativo, el art. 208.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece (una vez que el artículo anterior sienta la regla de supletoriedad de las disposiciones contenidas en la Ley 30/1992) que «*el procedimiento sancionador en materia tributaria se tramitará de forma separada a los de aplicación de los tributos (...) salvo renuncia del obligado tributario, en cuyo caso se tramitarán conjuntamente*». Debe destacarse, en consecuencia, que más que separarse entre instrucción y resolución en el procedimiento sancionador, se trata de separar el procedimiento de liquidación y el sancionador, aunque, puesto que el art. 210.2 LGT obliga a que los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en alguno de los procedimientos de aplicación de los tributos y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador se incorporen formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución, bien podría pensarse que incluso dicha separación es más aparente que real.

El matiz viene dado por el hecho de que el actuario competente para la tramitación del procedimiento sancionador (normalmente el mismo que ha tramitado previamente el procedimiento de liquidación) no llega a dictar la resolución sancionadora, sino que dicta una mera propuesta, correspondiendo la competencia para la adopción del correspondiente acuerdo a un órgano distinto.

En consecuencia, la separación entre la fase instructora y la de resolución en el procedimiento sancionador administrativo no es un imperativo constitucional aunque sí responde a los precedentes de nuestra legislación administrativa general (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) a los de algunos procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho público económico y resulta, indiscutiblemente, más garantista. En consecuencia, parece que dicha separación puede considerarse un nuevo acierto del Libro Blanco.

A lo anteriormente expuesto cabe añadir una consideración de «*oportunidad*». En el modelo actual, aunque el Tribunal de Defensa de la Com-

petencia puede realizar actuaciones «instructoras» o, si se prefiere, «probatorias», la realidad es que éstas son básicamente realizadas por el Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que la eventual desaparición o atenuación de la regla de separación entre la fase instructora y la de resolución de los expedientes, o su encomienda a un mismo órgano, sería, con toda razón, considerada un claro retroceso en los umbrales de protección de los derechos de los sujetos interesados.

No obstante, también es cierto que el modelo de «integración» es habitual en otras Agencias Independientes o Comisiones Reguladoras de nuestro ordenamiento (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones...) y ofrece una ventaja organizativa: la dirección de la instrucción por parte del órgano colegiado que deberá resolver, con lo que se asegura que las pruebas practicadas durante la instrucción serán suficientes para que el órgano colegiado pueda tomar su decisión de manera motivada.

A mi juicio, no existen cuestiones jurídicas de calado afectadas por la elección de uno u otro modelo organizativo. Como hemos visto, ambos modelos son defendibles jurídicamente y en todo caso los derechos de los ciudadanos estarían garantizados. Sin embargo, sí existen razones organizativas que aconsejan la integración vertical de ambos órganos, partiendo de la independencia general de la nueva Comisión, con la ventaja que ello supone respecto de la situación actual.

En cualquier caso, lo que sí se mantiene es la concepción «administrativista» de la defensa de la competencia, de modo que, frente a las posiciones que solicitaban una «privatización» de la misma<sup>7</sup>, parece que una eventual reforma de nuestra legislación en materia de defensa de la competencia no concederá un mayor protagonismo a los órganos jurisdiccionales en esta materia, ni tan siquiera, al parecer, en lo relativo a las cuestiones puramente civiles como las pretensiones de indemnización de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de las prácticas prohibidas o las referidas a la declaración de nulidad de los acuerdos o contratos que se reputen anticompetitivos.

### 3. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Es ésta una materia ciertamente compleja, a la que el Libro Blanco hace referencia en tres momentos: para describir la situación existente (pp. 27 a 29), valorarla (pp. 32 y 33) y efectuar propuestas de reforma (pp. 37 y 38).

<sup>7</sup> Tomo la expresión del conocido artículo de A. CREUS, publicado en la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, correspondiente a abril-mayo de 1999 y que lleva precisamente por título «La privatización del Derecho de la Competencia».

Los problemas que, a mi juicio, se plantean en este ámbito son los siguientes:

a) La definición del momento en que puede producirse la intervención de los órganos jurisdiccionales civiles.

b) La determinación del modo en que pueda producirse una participación de los órganos administrativos de defensa de la competencia, probablemente en la forma de pericia judicial (la figura del *amicus curiae*, a la que se refiere el Libro Blanco, aunque ciertamente atractiva desde un punto de vista teórico, no se encuentra reconocida como tal en nuestro Derecho Procesal positivo) en aquellos procesos judiciales que versen sobre la aplicación del derecho europeo de la competencia.

c) El modo de lograr una interpretación armónica de los órganos judiciales (civiles, mercantiles o contencioso-administrativos) de la legislación de defensa de la competencia (la homogeneidad de criterios interpretativos entre los órganos administrativos y los judiciales sólo puede producirse en un Estado de Derecho por la vía de la inmediata adopción de los criterios jurisprudenciales por parte de los órganos administrativos. Cualquier otra solución resultaría perturbadora del principio de independencia judicial).

d) La decisión relativa a si las cuestiones derivadas de la aplicación de la normativa europea y nacional sobre defensa de la competencia deben ser atribuidas a los órganos judiciales civiles (Juzgados de Primera Instancia) o mercantiles (Juzgados de lo Mercantil).

e) La decisión sobre si la competencia para el enjuiciamiento de cuestiones próximas a la defensa de la competencia como, especialmente, los procesos seguidos por conductas presuntamente constitutivas de competencia desleal, debe o no ser atribuida a los mismos órganos jurisdiccionales que resulten competentes para el enjuiciamiento de las cuestiones civiles derivadas de procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia al objeto de evitar interpretaciones discordantes respecto de la definición y límites de unas y otras conductas y, por extensión, de la competencia de unos y otros órganos jurisdiccionales.

Cada una de las cuestiones planteadas reviste una gran complejidad y, probablemente (y entiendo que esto es lo que le ha ocurrido al autor del Libro Blanco), de ser analizadas autónomamente pueden llevar a conclusiones contradictorias, de suerte que el resultado final, como sucede en el caso del Libro Blanco, conduzca, casi irremediablemente, a afirmar la competencia compartida de los órganos civiles, mercantiles y contencioso-administrativos.

A mi juicio, ésta es una conclusión inaceptable. No puede admitirse que cuestiones tan próximas puedan ser conocidas por órganos judiciales distintos, salvo en el supuesto, éste sí inevitable, del reconocimiento de la especialidad de la función revisora de la actuación administrativa que, sin lugar a dudas, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa.



Llegado este punto, creo que las cuestiones relacionadas con la protección de los intereses privados concernidos por la defensa de la competencia, ya se trate de la aplicación del Derecho europeo o del nacional, deben ser íntegramente atribuidas a un mismo tipo de órganos judiciales, ya sean los Juzgados de Primera Instancia o los Mercantiles.

También avanzando mi opinión de que otras conexiones próximas, como los supuestos de competencia desleal, deberían también ser conocidas y enjuiciadas por esos mismos órganos, pues, de lo contrario, terminarían aflorando interpretaciones distintas sobre el concepto, límites, régimen jurídico aplicable y competencia judicial que llevarán a las partes al temido «*forum shopping*» en función de lo que en cada supuesto pueda resultar más conveniente para las partes contendientes.

Como es sabido, la Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente optó por un modelo administrativizado de defensa de la competencia, de modo que, con carácter general, la declaración de la existencia de una conducta contraria a dicha Ley corresponde, *prima facie*, a dos órganos administrativos como son el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Como resultado de las disposiciones contenidas en la propia Ley y, lo que es más importante, de las resoluciones jurisdiccionales y administrativas recaídas en interpretación y aplicación de la misma, es lo cierto que el primer órgano jurisdiccional que podía conocer acerca de cuestiones relacionadas con la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia era la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en tanto que órgano competente para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos administrativos dictados por el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>8</sup>. En la lógica de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los supuestos en que cupiera recurso de casación contra las sentencias dictadas por dicha Sala, se producía posteriormente la intervención de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Sin embargo, esta situación se vio afectada como consecuencia de cuatro circunstancias sin aparente conexión entre sí:

a) El problema de los efectos jurídico-privados de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia y de los plazos necesarios para el ejercicio de las acciones civiles tendentes a la reparación de los daños y perjuicios irrogados.

b) La cuestión relativa a la aplicación del Derecho europeo de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales españoles.

---

<sup>8</sup> Obviamente, al margen de la posible competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para el conocimiento y enjuiciamiento de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Consejo de Ministros en relación con los procedimientos de autorización de concentraciones.

c) Las conductas constitutivas de competencia desleal y, como tales, sujetas a las previsiones contenidas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

e) Los supuestos en que las conductas presuntamente contrarias a la legislación de defensa de la competencia no tenían la relevancia suficiente como para justificar la intervención de los órganos de defensa de la competencia (juego de la regla *de minimis*).

Cada una de estas cuatro cuestiones merece una atención separada.

La cuestión relativa al modo en que pueden satisfacerse los derechos de los particulares perjudicados como consecuencia de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia es una cuestión sobradamente conocida y debatida<sup>9</sup>.

En esencia, se trata de lo siguiente: el art. 13 LDC dispone en su apartado primero que las sanciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades previstas por la Ley. De ello podría deducirse que los particulares que hubiesen sufrido daños o perjuicios derivados de comportamientos contrarios a la Ley podrían ejercitar sus derechos ante los órganos jurisdiccionales competentes con independencia de la actuación de los órganos administrativos.

Sin embargo, ello no es así por cuanto el apartado segundo del mismo precepto se apresura a aclarar que «la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, *una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional*». A continuación se añade que «el régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

El art. 13 LDC diferencia así, con cierta claridad, entre unos efectos de las conductas contrarias a la LDC, relevantes desde el punto de vista de los intereses generales y, como tales, merecedoras de una respuesta sancionadora desde el Derecho público, y otros efectos jurídico privados, concretados en la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, que podrían dar lugar al ejercicio de acciones por parte de los que se considerasen perjudicados.

Curiosamente, esta misma distinción no parece producirse a propósito de la declaración de nulidad prevista en el art. 1.2 LDC, de modo que, partiendo de la interpretación restrictiva a que nos forzaría la presencia del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, parece que este tipo de acciones podrían ejercerse directamente ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que en cada caso fuesen competentes sin necesi-

---

<sup>9</sup> Yo mismo he tenido la oportunidad de reflexionar al respecto en el artículo relativo a «las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia... *op. cit.*

dad de aguardar a la terminación de los procedimientos administrativos y de los recursos contencioso-administrativos.

A partir de esta distinción, y teniendo en cuenta la regla contenida en el precepto en relación con la necesidad de agotar la vía administrativa o contencioso-administrativa para el ejercicio de las acciones civiles tendentes a la reparación de los daños y perjuicios irrogados, un buen número de sentencias ha interpretado que el ejercicio de acciones civiles encaminadas a la obtención de una indemnización de los daños y perjuicios irrogados estaba condicionado a la previa existencia de una resolución firme de los órganos de defensa de la competencia o, en el supuesto de impugnación en sede contencioso-administrativa, de los órganos del orden contencioso-administrativo. Así, entre otras muchas resoluciones y por todas ellas, es preciso hacer referencia a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo a propósito del conflicto entre empresas petroleras y gasolineras (por ello conocida como «Sentencia CAMPSA») de fecha 30 de diciembre de 1993.

El efecto práctico de esta doctrina es fácilmente imaginable. Recordemos, en este sentido, las palabras de Antonio CREUS<sup>10</sup>, cuando sintetizaba las consecuencias derivadas de la doctrina de la Audiencia Nacional respecto de la imposibilidad de plantear este tipo de pretensiones directamente ante los órganos del orden jurisdiccional civil sin aguardar al previo pronunciamiento «firme», de los órganos administrativos y contencioso-administrativos, señalando que *«en resumen (...) se requiere un procedimiento administrativo y dos judiciales, esto es, dos resoluciones favorables a los intereses del afectado por parte de órganos administrativos y entre cuatro y cinco años de órganos jurisdiccionales, para finalmente verse resarcido por los daños sufridos (...) La cuestión no es baladí, puesto que el tiempo que tardaría en llegar la indemnización en el supuesto más positivo no sería inferior a los diez años y posiblemente sean quince o más. Estos plazos se verían aumentados si el SDC o el TDC no recogen la solicitud de la parte afectada por la restricción, esto es el denunciante»*.

Este diagnóstico pesimista pudiera verse matizado por la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando indica que *«los órganos de defensa de la competencia podrán decidir no iniciar o sobreeser los procedimientos previstos en esta Ley respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia»*.

Como ya he tenido ocasión de sostener anteriormente<sup>11</sup>, posibilita que, una vez que los órganos de defensa de la competencia se hayan pronunciado sobre la escasa importancia o los escasos efectos sobre la com-

<sup>10</sup> A. CREUS, «La privatización del Derecho de la competencia», *op. cit.*, p. 56.

<sup>11</sup> Ver nota 1, p. 202.

petencia de conductas que hayan sido sometidas a su conocimiento, y siempre que dicha resolución no fuese recurrida por una parte legitimada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (y aquí puede caber a la parte pretendidamente causante del daño la tentación de interponer un recurso con finalidad meramente dilatoria), el perjudicado pudiera ejercitar una acción civil ante el orden jurisdiccional competente al objeto de obtener la correspondiente reparación.

Evidentemente, la interpretación de que el juicio relativo a la falta de relevancia de la conducta pudiera también proyectar sus efectos sobre la justicia civil, convirtiéndose en un obstáculo insalvable para el ejercicio de sus derechos por parte del perjudicado, debe considerarse jurídicamente inadmisibles por resultar contraria al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española.

A pesar de su gravedad, la situación dista mucho de encontrarse resuelta. De hecho, no parece que la reforma de la LDC que ahora se anuncia vaya a introducir cambio alguno a este respecto. De hecho, prevalece el temor de que los órganos contencioso-administrativos y los de la justicia civil pudieran dictar resoluciones contradictorias que, a la larga, dieran lugar a la existencia de criterios contradictorios respecto de la interpretación y aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. Toda mejora en este sentido queda confiada al éxito de los nuevos procedimientos civiles derivados de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Sin embargo, por mucho que los procedimientos administrativos y, en su caso, contencioso-administrativos pudieran tramitarse con una mayor celeridad, es lo cierto que la efectiva situación de indefensión de los perjudicados hace imprescindible una profunda reflexión al respecto.

Y es que, de hecho, la hipotética existencia de interpretaciones contradictorias ya existe a día de hoy al menos en tres tipos de supuestos:

- a) En aquellos casos en que, afectados por la regla del art. 1.3 de la LDC, el perjudicado pudiera ejercitar sus derechos ante el orden jurisdiccional civil sin la previa existencia de un pronunciamiento de fondo de los órganos administrativos de defensa de la competencia.
- b) En aquellos casos en que fuese de aplicación lo dispuesto en el art. 1.2 LDC, y el perjudicado optase por ejercitar una acción exclusivamente encaminada a lograr la declaración de nulidad de los acuerdos, decisiones o recomendaciones pretendidamente contrarios a la Ley.
- c) En aquellos supuestos en que las conductas podrían constituir simultáneamente competencia desleal.

Dediquemos una pequeña atención a este último supuesto. El art. 7 LDC viene a reconocer la existencia de supuestos de hecho que pudieran estar a caballo de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al señalar que «*el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la*

presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias: a) *Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.* b) *Que esa grave distorsión afecte al interés público».*

En realidad, un problema similar planteaba ya el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que, en su apartado primero, consideraba competencia desleal *«prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes»* (siempre que la ventaja fuese significativa) y, en su apartado segundo, añadía el supuesto de *«la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».*

No parece difícil imaginar supuestos en que una posición de abuso dominante pueda provocar una situación de competencia desleal por lo que, materialmente, las conductas serían difícilmente diferenciables. Y, a los efectos que aquí nos ocupan, la distinción es muy relevante por cuanto, a diferencia de lo que sucede con la LDC, la Ley de Competencia Desleal ha establecido un sistema plenamente judicializado de protección frente a la competencia desleal, en el que el acceso a la tutela judicial efectiva se produce sin la previa intervención de ningún órgano administrativo.

La distinción entre la aplicación de una y otra norma y, lo que es más relevante, entre uno y otro procedimiento de aplicación se encuentra en la relevancia de los intereses afectados: puramente privados, en el caso de la Ley de Competencia Desleal, o públicos (generales), en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia.

Al final, parece que nos aproximamos nuevamente al juicio de relevancia al que hemos aludido al hablar de la regla *de minimis*. Si la conducta resulta perjudicial desde el punto de vista del interés público, se produciría obligatoriamente la intervención de los órganos de defensa de la competencia, mientras que si, por el contrario, la conducta no reviste esa trascendencia, el perjudicado por la conducta presuntamente desleal podría acudir directamente a los órganos de la justicia civil.

¿Haría falta también en este caso el previo pronunciamiento de los órganos de defensa de la competencia en el sentido de que la conducta, por no concurrir en ella los requisitos del art. 7 LDC, podría dar lugar al ejercicio directo de acciones en sede jurisdiccional sin necesidad de la previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo? En la práctica sería recomendable que el perjudicado obtuviese esa declaración de los órganos de defensa de la competencia como medio para prevenir una posible excepción por parte de la parte demandada. Sin embargo, la utilización de la posible intervención de los órganos de defensa de la competencia como excepción en sede civil por parte de la demandada no estaría exenta de riesgos, pues, en el hipotético caso de que éstos afir-

masen su competencia, la existencia de una conducta a las leyes de competencia daría lugar no sólo a la obligación de indemnizar daños y perjuicios al demandante/perjudicado, sino también a la de afrontar las correspondientes sanciones.

En cualquier caso, la concurrencia de ambas leyes proporciona un tercer ejemplo de posible intervención de los órganos del orden jurisdiccional civil con carácter previo al pronunciamiento de los órganos administrativos de defensa de la competencia. Sin perjuicio de que sus resoluciones se refiriesen a cuestiones de relevancia meramente privada, la normativa aplicable sería la misma que en casos de mayor repercusión, por lo que el riesgo de criterios interpretativos discordantes en sede administrativa o judicial sería patente. En definitiva, en función de ese juicio de relevancia, se producirá o no la intervención de los órganos administrativos de defensa de la competencia y, en función de dicha intervención, la consecutiva participación de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por el contrario, en el supuesto de que la conducta constitutiva de competencia desleal no se considerase relevante desde el punto de vista de sus efectos sobre el interés público, la competencia pasaría a reconocerse a los Juzgados de Primera Instancia.

#### 4. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como muy acertadamente destaca ARAUJO<sup>12</sup>, *«una característica (a menudo olvidada) del ordenamiento concurrencial vigente en España (...) es que se encuentra regido, en lo material, por dos conjuntos normativos formalmente independientes: de una parte, el comunitario europeo; de otra, el ordenado por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia»*.

En tanto que los órganos de la justicia española se encuentran obligados a conocer de las pretensiones basadas en la presunta vulneración de las normas europeas y, en particular, de las conductas que infrinjan el ordenamiento europeo en materia de defensa de la competencia, puede producirse un nuevo supuesto de contradicción entre los pronunciamientos judiciales y administrativos.

En un primer momento, la posición de los órganos jurisdiccionales españoles, basada en una cuestionable interpretación del Real Decreto 1882/1986, que designaba al Tribunal de Defensa de la Competencia

---

<sup>12</sup> M. ARAUJO BOYD, «La intervención concurrente de la Comisión y de las autoridades Nacionales de competencia en aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica», *Anuario de Defensa de la Competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1999, p. 159.

como autoridad competente para la aplicación en España de los (entonces) arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, se concretó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 (Asunto *CAMPSA*), que sostuvo el criterio, sintetizado por FERNÁNDEZ VICIÉN<sup>13</sup>, de que el Tribunal de Defensa de la Competencia tenía otorgada la competencia exclusiva para aplicar las normas comunitarias de competencia, mientras que los Tribunales civiles sólo podrían aplicar dichas normas de manera incidental.

Sin embargo, con posterioridad a dicha Sentencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó la de fecha 20 de septiembre 2001 (caso *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*), en la que sostuvo que, basándose en el efecto directo de los arts. 81.1 y 82, «*cualquier particular puede invocar ante los Tribunales la infracción del art. 81 del Tratado*». La Sentencia admitió expresamente que «*las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad*». Es decir, que el Tribunal no solamente no consideraba que el conocimiento «directo» por los órganos jurisdiccionales civiles de reclamaciones basadas en la presunta existencia de daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas prohibidas por el Derecho de la competencia podía resultar dañino para los órganos de defensa de la competencia por la posible existencia de criterios interpretativos contradictorios, sino que, antes al contrario, consideraba el conocimiento judicial en primera instancia beneficioso por la facilitación que el mismo suponía para la aplicación efectiva del Derecho de la competencia europea entre los particulares.

De hecho, esta misma tesis fue sostenida por Mario MONTI, entonces Comisario responsable de la política de competencia<sup>14</sup>, quien, partiendo del modelo norteamericano de defensa de la competencia, y de su elevada capacidad para el conocimiento y la resolución de asuntos, mantuvo la necesidad de compatibilizar la competencia administrativa y jurisdiccional sobre la base de diferenciar entre los asuntos con relevancia para el interés público y los asuntos en que se dirimían intereses meramente particulares. De hecho, al argumento explicitado añadía otro difícilmente rebatible: es lo cierto que las autoridades judiciales disponen de potestades que no se encuentran al alcance de los órganos administrativos, por lo que, en ciertos casos, su actuación puede ser más efectiva. Tal vez este último argumento sea más aplicable al supuesto de los poderes de la Comisión que al de las de los órganos españoles de competencia, pero en

<sup>13</sup> C. FERNÁNDEZ VICIÉN, «La judicialización del Derecho comunitario de la competencia», *Anuario de Defensa de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 194.

<sup>14</sup> M. MONTI, «Towards the application of article 81(3) by National Courts», *Anuario de Defensa de la Competencia 2000*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2001, p. 514. En análogo sentido, ídem, «Effective private enforcement of EC Antitrust Law», *Anuario de Defensa de la Competencia 2001*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 699.

lo referente a la posible adopción de medidas cautelares pudiera tener una cierta virtualidad.

Sea por esa toma de posición de las autoridades europeas (aunque la precitada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es posterior, la más conocida Sentencia del caso Van Gend & Loos, igualmente relativa a la eficacia directa de los Tratados, ya había recaído el 5 de febrero de 1963), o por una reflexión propia acerca del alcance de las consecuencias del principio de eficacia directiva de las disposiciones contenidas en el Tratado, es lo cierto que esa posición originaria de los órganos jurisdiccionales españoles y, en particular, del Tribunal Supremo, se vio pronto modificada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000 (Asunto DISA). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo reconoció la legitimidad de toda persona física o jurídica para ejercitar acciones tendentes a la satisfacción de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de conductas contrarias al Derecho europeo de la competencia, sin aguardar al pronunciamiento de los órganos administrativos competentes, y en virtud de lo dispuesto en los arts. 81.1 y 82 del Tratado CE.

Esta modificación se ha plasmado en el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, que consagra la situación anteriormente existente bajo el Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado y la extiende al conjunto de las cuestiones derivadas de la aplicación del art. 81, incluidas las relativas a su apartado tercero, anteriormente de la competencia exclusiva de la Comisión Europea. El Reglamento concede un relevante protagonismo a los jueces nacionales competentes, pero, al mismo tiempo, evidencia una clara desconfianza ante el riesgo de que puedan producirse resoluciones contradictorias. Por ello, buena parte del Reglamento aparece consagrada al establecimiento de medidas tendentes a la evitación de tales contradicciones, a las que en un momento posterior de este trabajo se concederá mayor atención.

Esta opción se aparta claramente de la adoptada por el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), que parte de la declaración, contenida en su preámbulo, de que *«es preciso otorgar a la Comisión competencia exclusiva para la aplicación del presente Reglamento sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia»*. De este modo, las concentraciones «de dimensión comunitaria», tal y como las mismas son definidas en el Reglamento<sup>15</sup>, serán eva-

---

<sup>15</sup> El art. 1.2 del Reglamento dispone que *«una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros; b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración*



luadas exclusivamente por la Comisión y sus decisiones serán recurribles únicamente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con lo que el riesgo de la existencia de resoluciones contradictorias queda conjurado en ese concreto ámbito material de las concentraciones de dimensión comunitaria.

Pero volviendo a la cuestión de la aplicación en España de los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, debe señalarse que, en este momento, y como consecuencia de la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concur-sal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de, entre otras, los procedimientos de aplicación de dichos preceptos, así como de su Derecho derivado.

La legislación vigente no resuelve un problema técnico de cierta importancia: el de la competencia para el conocimiento de las cuestiones conexas no comprendidas en ninguna de las materias que son competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil, por lo que, en el supuesto de que la parte demandante quisiera plantear en su demanda la acumulación de acciones o dicha situación se plantease, más probablemente, por la vía del ejercicio de una acción por demanda reconvenicional, la competencia judicial habría de dividirse entre los Juzgados Mercantiles y los Juzgados de Primera Instancia.

En definitiva, la aplicación de la legislación vigente en materia de defensa de la competencia está sometida, en primer término, a la decisión de órganos administrativos cuando se trata de la aplicación de nuestra Ley nacional, a la de la Comisión cuando la cuestión enjuiciada se refiere a operaciones de concentración de dimensión comunitaria, o a los Juzgados de lo Mercantil cuando se trate de aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades y su Derecho derivado.

Una vez dictadas las correspondientes resoluciones, puede producirse la intervención sucesiva de los siguientes órganos jurisdiccionales:

— La de los órganos contencioso-administrativos (para la revisión de las resoluciones dictadas por los órganos administrativos de defensa de la competencia); de los Juzgados de Primera Instancia (para conocer de las pretensiones de naturaleza civil que aparezcan de algún modo conectadas a las prácticas anticompetitivas previamente conocidas por los órganos administrativos y, en su caso, contencioso-administrativos), y, en caso de recurso de apelación o de casación, respectivamente, la

---

*supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro». A estos supuestos deben añadirse aquellos en que, aun no concurriendo esos requisitos, sí lo hagan los contenidos en el apartado 3 del propio artículo primero del Reglamento.*

Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial correspondiente o el propio Tribunal Supremo.

— El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (concentraciones de dimensión comunitaria).

— Las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales y, en su caso, el Tribunal Supremo, respecto de los recursos de apelación o casación interpuestos, respectivamente, contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Mercantil o por las propias Audiencias Provinciales.

La probabilidad de que se dicten resoluciones contradictorias por órganos administrativos y jurisdiccionales o por estos últimos entre sí resulta así muy relevante.

## 5. LA EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA JUSTICIA PENAL

Por sorprendente que pueda parecer, el panorama de complejidad competencial no se agota con lo expuesto. Falta por realizar alguna consideración respecto del posible planteamiento, en sede penal, de cuestiones directamente relacionadas con la defensa de la competencia.

Y es que la tradicional figura delictiva de la manipulación de precios o mercados, las «*maquinaciones para alterar el precio de las cosas*», inseparable, probablemente, de un momento histórico muy determinado, ha encontrado nueva vida de la mano de la presentación de denuncias o la interposición de querellas por la presunta existencia de acuerdos anticompetitivos entre los operadores dominantes en distintos mercados (compañías de transporte aéreo, empresas petroleras...). El hecho de que las denuncias o querellas no sean directamente archivadas, sino que, por el contrario, y tal vez con correcto criterio técnico, den lugar a la realización de actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos, provoca un problema jurídico de cierta importancia: ¿qué sucede con los procedimientos administrativos incoados precisamente para la determinación de la existencia de una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia y la correlativa imposición de sanciones administrativas? A mi juicio, y como consecuencia inevitable del principio del *non bis in idem*, la respuesta no puede ser otra que la suspensión del procedimiento administrativo que, no debe olvidarse, no sólo no podrá finalizar en la imposición de sanciones administrativas en respuesta a unos hechos que eventualmente pudieran ser calificados como infracción penal, sino que, aun en el caso de sobreseimiento, podría verse condicionado por el relato de hechos declarados probados en la sentencia penal ya firme.

Concretamente, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 del Código Penal, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o

multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.

A mi juicio, la dicción literal de este precepto no debería permitir su utilización como fundamento de la presunta comisión de ilícitos penales en relación con los acuerdos o prácticas anticompetitivas. No obstante, es lo cierto que no ha sido éste el criterio seguido por los órganos penales, no tanto en sus sentencias, puesto que hasta el momento no ha recaído ninguna que contenga un pronunciamiento sobre el particular, sino en la admisión inicial a trámite de las denuncias o querellas interpuestas por distintos sujetos con utilización de dicho precepto.

Y es que el problema no es en absoluto exclusivo del Derecho sancionador de las conductas y prácticas anticompetitivas. En general, buena parte del Derecho penal económico español está basado en la tipificación de conductas muy similares, por no decir idénticas, a las que las leyes administrativas en cada caso aplicables configuran como infracciones administrativas.

Incluso en el supuesto de que se establezcan elementos objetivos para la definición del tipo penal, como sucede con el recurso a la cuantía de la cuota tributaria defraudada (o concepto técnicamente equivalente) en el delito contra la Hacienda Pública, la experiencia práctica acredita que buena parte de las conductas que implican un incumplimiento de las obligaciones tributarias con el resultado objetivo de un menor ingreso a favor de la Hacienda Pública de cuantía superior a la tipificada en el art. 305 del Código Penal no son enjuiciadas por los órganos de la justicia penal, sino que dan lugar a la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a la práctica de las correspondientes liquidaciones o, incluso, a la imposición de sanciones tributarias (lo que acredita la concurrencia del elemento subjetivo del tipo).

## 6. PROPUESTA DE REFORMA

La situación que ha tratado de describirse en los apartados anteriores no parece razonable. Antes al contrario, creo que debería producirse una acumulación de las competencias en alguno de los órganos mencionados, al menos, en lo referente a las cuestiones de naturaleza jurídico-privada.

En este sentido, dada la conexión de las materias de referencia con el mundo de las relaciones empresariales, y partiendo de su reciente configuración como órganos competentes para el conocimiento de las acciones relativas a la interpretación y aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado

de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, parece que la solución más razonable sería encomendar dicha competencia a los Juzgados de lo Mercantil.

Un argumento añadido puede encontrarse en la atribución de la competencia sobre las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, próximas, como se ha expuesto, a las cuestiones derivadas de la Ley de Defensa de la Competencia. Ante la dificultad para la diferenciación entre unas y otras en algunos supuestos, pudiera ser razonable que el conocimiento de unas y otras quedase atribuido a los Juzgados de lo Mercantil en lo relativo a las demandas de indemnización por daños y perjuicios, las demandas declarativas de nulidad de acuerdos, contratos... y, en general, todas las cuestiones relativas a la defensa de la competencia en las que los órganos de defensa de la competencia hubieran declinado intervenir en virtud de la regla *de minimis*.

Soy bien consciente de que este planteamiento ofrece, cuando menos, dos dificultades:

a) La primera es que la unificación sería relativa, pues no parece probable que la inminente reforma de la Ley de Defensa de la Competencia vaya a introducir novedades sustantivas en cuanto a la naturaleza de los órganos de Defensa de la Competencia y, por extensión, en cuanto al conocimiento de las pretensiones ejercitadas para su revisión. Tampoco parece probable que una eventual modificación del Código Penal pudiera conducir, al menos a corto plazo, a la superación de la actual dicotomía entre procedimientos administrativos, civiles y penales.

b) La segunda supone un inconveniente más serio y se refiere a la capacidad de los propios Juzgados de lo Mercantil. Hasta el momento, su creación ha sido un acierto y están evidenciando una notable capacidad para resolver un estimable número de asuntos (teniendo en cuenta su complejidad) y para hacerlo con una calidad jurídica en sus resoluciones que también resulta digna de reconocimiento. No obstante, de resolverse el problema de las cuestiones conexas a que se ha hecho anterior mención, de producirse un incremento de los asuntos sometidos a su conocimiento (y, en este sentido, un progresivo aumento del número de procesos concursales, que, no conviene olvidarlo, constituyen la razón de ser de estos órganos judiciales, no parece improbable), la decisión de atribuirles la competencia global sobre las cuestiones derivadas de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en su vertiente privada pudiera convertirse más en un problema que en una solución.

En esta misma línea podría esgrimirse, como argumento contrario a la concentración de estas competencias en los Juzgados de lo Mercantil, el argumento de la continuidad: el funcionamiento de los Juzgados de Primera Instancia en este ámbito material parece haber sido correcto, las resoluciones se han dictado en plazos razonables y el número de los Juzgados existentes dificulta el colapso por acumulación de asuntos.

Frente a estos argumentos, una posible respuesta se encuentra en la especialización. Del mismo modo que los Juzgados de lo Mercantil suponen una apuesta por la especialización que, al menos de momento, está teniendo resultados positivos, tal vez profundizar en la misma, distinguiendo entre Juzgados de lo Mercantil especializados en materia concursal, otros en cuestiones de competencia (competencia desleal, defensa de la competencia...), transporte marítimo, etc., pudiera ser una buena idea. El problema, sin duda, se encontraría en el número de órganos judiciales que podrían crearse. Probablemente las inversiones necesarias para la puesta en funcionamiento de órganos especializados en materia de competencia dentro del tronco común de los Juzgados de lo Mercantil únicamente serían razonables en determinadas localidades, produciéndose así, por llevar el razonamiento al absurdo, la situación de que en determinadas provincias las cuestiones de competencia estarían encomendadas subsidiariamente a los Juzgados de Primera Instancia por no existir Juzgados de lo Mercantil, en otras se atribuirán a los Juzgados de lo Mercantil (*in genere*) por no existir Juzgados de lo Mercantil especializados en conflictos sobre aplicación de las leyes de defensa de la competencia y competencia desleal y, solamente en algunas (Madrid, Barcelona...), existirían esos Juzgados de lo Mercantil especializados.

Mientras ese día llega, la atribución de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil parece la mejor alternativa posible. Sólo el tiempo y la experiencia derivada de su puesta en marcha nos permitirá saber si la especialización en su seno tiene o no sentido. No obstante, y esto también parece una idea relevante, la especialización no debería quedar limitada a la primera instancia. Parece que, en el supuesto de que las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia o la competencia desleal fuesen genéricamente atribuidas a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, estas cuestiones no deberían ser sin más sometidas al conocimiento de las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales respectivamente competentes. Parece claro que la especialización debe llegar hasta la segunda instancia.

En cualquier caso, el mejor argumento para sustentar la competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia europea o española y sobre competencia desleal lo proporciona el recordatorio de algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Son los siguientes:

«... la complejidad de la vida social y económica de nuestro tiempo y la repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los Juzgados de lo Mercantil otras competencias añadidas

a la materia concursal, abriendo con ello un camino de futuro que debe rendir frutos importantes en el proceso de modernización de nuestra justicia. Interesa añadir en este punto dos aclaraciones importantes. La denominación de estos nuevos Juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, sino así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los Juzgados de lo Mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles...

A mayor abundamiento, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y la resolución de los litigios. En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil».

Estos argumentos son perfectamente utilizables para defender, en este momento, una revisión del ámbito competencial atribuido a los Juzgados de lo Mercantil al objeto de que queden comprendidas en el mismo cuantas cuestiones, principales o conexas, deriven de la aplicación de la normativa europea y española sobre competencia.

La atribución de la competencia a órganos especializados, el incremento de los asuntos que, por cualquiera de las vías ya analizadas, se refieran a conductas pretendidamente contrarias a la normativa (española o europea) sobre defensa de la competencia, y que no sean analizados por los órganos administrativos de defensa de la competencia (lo que evitaría la intervención de los órganos de la justicia administrativa como instancia revisora) y el propio juego de los nuevos procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 deberían conducir, de forma paralela, a un proceso paralelo producido en el ámbito del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo de la mano de su ley reguladora del año 1998 y de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de la de los órganos autonómicos de defensa de la competencia (con la correlativa intervención de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes a cada Comunidad Autónoma), a un acortamiento sustancial de los plazos actuales para la satisfacción de las demandas de reparación por daños

y perjuicios derivados de conductas contrarias a la legislación de competencia.

En cuanto a las competencias de la justicia penal, se trata de una cuestión que una futura reforma del Código Penal debería resolver, aclarando el ámbito objetivo de aplicación del art. 284 y, en el supuesto de que se considere conveniente incluir en el mismo las conductas contrarias a la normativa sobre defensa de la competencia, incorporar algún elemento objetivo en la configuración del tipo que evite la criminalización de conductas que, por su escasa relevancia desde el punto de vista económico o social, pudieran o bien merecer una respuesta puramente administrativa o, incluso, y en virtud de la regla *de minimis*, ni tan siquiera ésta. Y es que los principios de proporcionalidad e intervención mínima que deberían ser propios de la respuesta penal aconsejan reducir los supuestos enjuiciados en el ámbito penal a situaciones en que las conductas realizadas hubieran provocado efectos de importancia desde el punto de vista económico y social.

## 7. EL PROBLEMA DE LA FALTA DE HOMOGENEIDAD EN LOS CRITERIOS APLICATIVOS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

Suponiendo que logremos la unificación de la competencia jurisdiccional para conocer, al menos, acerca de las cuestiones de naturaleza civil ligadas a un proceso en materia de defensa de la competencia, quedaría por resolver el problema de la garantía de la homogeneidad de criterios interpretativos entre los órganos administrativos, los contencioso-administrativos y los del orden jurisdiccional civil.

De partida, y como cuestión previa, el obligatorio respeto a la cosa juzgada impondría que, en aquellos supuestos en que existan resoluciones judiciales dictadas en el seno de recursos contencioso-administrativos con carácter previo al inicio de procesos de naturaleza civil, el órgano judicial competente para el conocimiento de estas cuestiones se encuentre vinculado por el relato de hechos que se hayan declarado probados en las resoluciones precedentes. Evidentemente, y por respeto a la «cosa juzgada administrativa», debería aplicarse el mismo razonamiento en relación con los actos administrativos dictados por los órganos de defensa de la competencia que hubieran ganado firmeza.

Sin embargo, esto no garantiza la coherencia de los criterios de interpretación y aplicación de las normas nacionales y europeas en materia de defensa de la competencia. Pero no nos engañemos, de mantenerse la existencia de procesos contencioso-administrativos y civiles en materia de defensa de la competencia, la existencia potencial de criterios interpretativos distintos es inevitable y únicamente podremos tratar de reducir el

mínimo de supuestos en que la contradicción pueda producirse y, sobre todo, garantizar que si la resolución «civil» se aparta de la doctrina sentada por los órganos contencioso-administrativos, el juzgador ha sido plenamente consciente de este hecho, incorporando a la motivación de la sentencia una indicación sobre los motivos que le han llevado a apartarse de esos criterios interpretativos.

Para asegurar ese conocimiento de la existencia de una interpretación administrativa o contencioso-administrativa, que pudiera considerarse consolidada, caben distintas posibilidades:

a) Presumir ese conocimiento como una consecuencia más del principio «*iura novit curia*».

b) Atribuir a las partes la carga de la acreditación de una línea de interpretación administrativa y/o contencioso-administrativa en materia de defensa de la competencia, como probablemente sería razonable si partimos del principio de justicia rogada que es propio del orden jurisdiccional civil.

c) Establecer que, con carácter imperativo o no (y ésta es una nueva distinción que podría realizarse), debe o pueda producirse una intervención en el proceso de funcionarios adscritos a los órganos de defensa de la competencia.

La primera solución, teóricamente irreprochable, no parece realista. Aun cuando los Juzgados de lo Mercantil pudieran, eventualmente, convertirse en órganos especializados en cuestiones ligadas con la defensa de la competencia o la competencia desleal, no parece posible que pueda presumirse que los jueces competentes se hallan al corriente de los criterios interpretativos de los órganos de defensa de la competencia y de los del orden contencioso-administrativo en todas las materias, ámbitos o sectores sobre los que puede proyectarse su competencia.

La segunda solución podría ser, por el contrario, difícilmente admisible desde un punto de vista teórico, pero tal vez pudiera ser operativa en la práctica, puesto que existiría una certeza prácticamente total de que, al menos una de las partes (la más beneficiada por la aplicación de los criterios interpretativos utilizados por los órganos administrativos o judiciales) pusiera en conocimiento del juez su existencia. No obstante, esta fórmula puede resultar problemática en supuestos en que las partes se sitúan por razones económicas o de otra índole, en posiciones asimétricas desde el punto de vista de sus conocimientos en materia de defensa de la competencia. Evidentemente, como en cualquier otro asunto, esto sería una responsabilidad exclusivamente atribuible a las partes, pero no parece que la Administración debiera ser ajena a esa posibilidad. Por último, y aunque no sea un problema inhabitual en los procesos civiles, podría plantearse la duda relativa a cómo debería resolver el juez aquellos supuestos en que la discrepancia de las partes se extiende a los criterios supuestamente utilizados por los órganos administrativos y judiciales.



Puede que la participación en los procesos de funcionarios de los órganos de defensa de la competencia, con el carácter de peritos, pueda ser la mejor solución. Y, en este sentido, podría ser conveniente reconocer esta función a los órganos de defensa de la competencia (como sucede en la Ley General Tributaria respecto de los órganos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria) concretando el deber genérico de colaboración con la Administración de Justicia, evitando así toda controversia al respecto. Pero esa colaboración quedaría siempre sujeta a la decisión del juez: será éste quien, a la vista de las circunstancias del caso, decidirá si dicha colaboración es o no conveniente y también será el juez quien, en la valoración de la prueba, habrá de decidir si acoge o no las conclusiones de esos peritos. Por otra parte, y partiendo del principio del «*iura novit curia*», esa pericia debería tener por objeto prioritario ilustrar al Juez sobre aspectos fundamentalmente económicos o empresariales, como la definición del mercado relevante, la descripción de la estructura de un mercado o sector, la razonabilidad económica de una determinada conducta...

La idea del «*amicus curiae*» está presente en las reflexiones de la Comisión Europea a propósito del cambio del modelo de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado y, de hecho, parece evidente que la Comisión piensa en el papel que, en este sentido, pueden desempeñar sus Servicios de Competencia.

Sin embargo, esta figura resulta desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, inevitablemente, habría de ser reconducida, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien a una prueba testifical, en el supuesto de que la intervención de los funcionarios de los órganos de defensa de la competencia tuviera por objeto «dar noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio», o bien a una prueba testifical, cuando, por el contrario, se trate de aportar conocimientos científicos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

Una posibilidad (alternativa o, tal vez, complementaria) podría ser la de conceder legitimación a la Administración General del Estado para que pudiera intervenir en asuntos o recurrir resoluciones judiciales que, por sus circunstancias, pudieran dar lugar a la fijación de criterios jurisprudenciales de importancia en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia.

Más allá de este punto, sólo quedaría confiar en la capacidad de los órganos superiores (y, en particular, del Tribunal Supremo, al que probablemente terminarán llegando los asuntos más relevantes que se refieran a las cuestiones hasta ahora analizadas) para lograr una razonable unificación de criterios entre los distintos órganos judiciales.

## 8. CONCLUSIÓN

En definitiva, la plena integración de las competencias jurisdiccionales en relación con las conductas contrarias a la normativa sobre defensa de la competencia no parece un objetivo razonable si partimos de la configuración de nuestra justicia contencioso-administrativa como una instancia revisora de la actuación de los órganos administrativos y de la dificultad existente para atribuirle el conocimiento de cuestiones puramente civiles como la determinación de la existencia y cuantía de una indemnización por los daños y perjuicios irrogados o la declaración de nulidad de los actos acuerdos anticompetitivos.

Y es que si se admitiese la posibilidad de una intervención directa de los órganos de la justicia civil o mercantil, previa demanda de una de las partes afectadas, y con anterioridad a la existencia de un pronunciamiento de los órganos administrativos de defensa de la competencia, conllevaría, en la práctica, el cierre de los órganos administrativos dedicados a la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia. ¿Qué sentido tendría acudir a ellos si la pretensión del perjudicado no es otra que la de obtener una rápida reparación de los daños y perjuicios irrogados? Aunque imaginásemos la posibilidad de que, una vez presentada la demanda, el juez diese traslado de la misma a los órganos administrativos de defensa de la competencia a fin de que pudieran iniciar el correspondiente procedimiento, ¿cómo garantizar la coherencia no ya de las resoluciones sino incluso del relato de hechos probados?

Tratando de avanzar soluciones parciales, una primera afirmación podría ser la de que el principio de tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, obliga a permitir el acceso directo a la jurisdicción a todas aquellas partes que, en virtud de la aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia (y, en particular, de la «regla de *minimis*») no pudieran obtener la protección de sus derechos de los órganos administrativos. Evidentemente, a la misma conclusión debe llegarse respecto de aquellas cuestiones que, como la aplicación de la legislación sobre competencia desleal, se encuentran directamente atribuidas a la competencia judicial (salvo el supuesto previsto en el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)

En el supuesto de que las conductas sí recayesen en el ámbito competencial de los órganos administrativos de defensa de la competencia, no soy capaz, después de años de reflexión al respecto<sup>16</sup>, de llegar a otra conclusión que no sea la de aguardar a su pronunciamiento. Siempre he sido consciente de que ello conlleva la necesidad de aguardar un largo período de tiempo para la determinación definitiva de una indemnización de daños y perjuicios y de que ello implica dividir la competencia entre

<sup>16</sup> Ver nota 1.

los órganos de la justicia civil y los de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero, honestamente, no encuentro otra solución respetuosa con la estructura general de nuestro ordenamiento.

Reconozco abiertamente mi inseguridad sobre estas cuestiones. No parece existir una solución exenta de dificultades, pero lo que sí parece indiscutible es que los ciudadanos y las empresas tienen derecho a acceder inmediatamente a la justicia cuando los órganos administrativos no puedan, en aplicación de la legislación sobre defensa de la competencia, satisfacer sus legítimas aspiraciones y que, por otro lado, la justicia no puede anticipar o simultanear su pronunciamiento a las resoluciones de los órganos administrativos y a su eventual revisión por los órganos competentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues, en otro caso, unos y otros perderían su razón de ser o podrían generar, como se ha anticipado, situaciones de inseguridad jurídica totalmente inaceptables.

En cambio, sí creo que los argumentos esgrimidos en pro de la atribución en exclusiva de las competencias relativas al conocimiento de las cuestiones puramente civiles derivadas de la legislación española sobre defensa de la competencia a los Juzgados de lo Mercantil, poniendo término a la presente dualidad de competencias entre éstos y los Juzgados de Primera Instancia, son difícilmente rebatibles.

A mi juicio, carece de justificación que, como hemos visto, nuestro ordenamiento atribuya a estos últimos competencias en materia de competencia desleal o de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, mientras que no se han alterado las competencias generales de los Juzgados de Primera Instancia que les llevarían a conocer de las reclamaciones de cantidad relativas a las indemnizaciones por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de los actos contrarios a la normativa sobre defensa de la competencia o las tendentes a la declaración de nulidad de dichos actos o acuerdos anticompetitivos. En mi opinión, la configuración de los Juzgados de lo Mercantil como órganos «de referencia» en materia de relaciones empresariales, unida a una lógica búsqueda de la mayor especialización aconsejarían que la presente dicotomía se resolviese a favor de los Juzgados de lo Mercantil.

Por último, y en cuanto al conocimiento de asuntos relacionados con prácticas pretendidamente anticompetitivas por parte de órganos de la justicia penal, al margen de manifestar mis dudas sobre la cabida de tales conductas en los tipos actualmente configurados en nuestro Código Penal y, en particular, en su art. 284, creo que las actuaciones judiciales relativas a prácticas producidas en el ámbito del transporte aéreo o del mercado de distribución de productos derivados del petróleo que se han producido en los últimos años aconsejarían una revisión de esos tipos al objeto de aclarar la exclusión de estas conductas, suficientemente pena-

