

# LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO *AMICUS CURIAE*. UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ\*

Asesoría Jurídica

Comisión Nacional de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ha supuesto el mayor cambio experimentado por el Derecho *antitrust* español desde la incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas en 1986, y la subsiguiente aprobación de la primera normativa legal adaptada al Derecho europeo de la competencia (y también a la Constitución de 1978), la Ley 16/1989.

Aunque la reforma del marco regulador español realizada por la ley 15/2007 tenía objetivos propios, derivados de necesidades específicas de nuestro ordenamiento<sup>1</sup>, la Ley de Defensa de la Competencia de julio de 2007, como su antecesora de 1989, tenía como una de sus metas fundamentales conseguir una mejor adaptación de la normativa española a los parámetros del Derecho comunitario. Objetivo especialmente importante en estos momentos, cuando el Derecho europeo de la competencia ha experimentado, desde comienzos de siglo, un intenso proceso de cambio denominado habitualmente «modernización», cuya plasmación más importante han sido los nuevos Reglamentos Comunitarios de prácticas prohibidas (Reglamento 1/2003)<sup>2</sup> y de concentraciones económicas (Reglamento 139/2004)<sup>3</sup>.

Una de las novedades incluidas en la Ley 15/2007 cuyo significado no puede entenderse sin este anclaje comunitario es, sin duda, la introducción

\* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

<sup>1</sup> Luis BERENGUER FUSTER, «La reforma de la Política de Competencia en la Unión Europea y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 38, 2008, pp. 51-80.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 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.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

en la normativa nacional de la institución del *amicus curiae*. Con esta herramienta las Autoridades de Defensa de la Competencia pueden presentar observaciones (orales y escritas) ante los órganos jurisdiccionales españoles que aplican la normativa de competencia. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) incluida en la disposición adicional segunda de la LDC permite que tanto la Comisión Europea como la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan intervenir, sin tener la condición de parte, en procesos judiciales civiles, emitiendo observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o los arts. 1 y 2 de la LDC.

La introducción de la figura del *amicus curiae* en la legislación procesal española tiene un claro precedente en las disposiciones del Reglamento 1/2003 (en concreto en el art. 15.3 de dicha norma), siendo altamente dudoso que se hubiera llevado a cabo (o incluso planteado teóricamente) sin el concurso del ejemplo comunitario y la necesidad de armonizar nuestra legislación con el ordenamiento europeo. Sin embargo, la introducción del *amicus curiae* en el Reglamento 1/2003 fue también, en su momento, una importante novedad para el Derecho europeo de la competencia, al ser una institución jurídica más propia de los sistemas de *common law*.

Este origen internacional de la institución y su acogimiento en el marco legislativo español por la influencia directa del Derecho comunitario aconsejan, para una mejor comprensión de la figura y sus posibilidades de acción, rastrear en el Derecho comparado cuáles son los orígenes de la misma y cómo se plantea su uso en distintas legislaciones.

## 2. ORIGEN, EXPANSIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUTUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*

La figura del *amicus curiae* («amigo de la Corte o del Tribunal») es una institución jurídica procedente del *Common Law*, altamente consolidada en países cuyo sistema jurídico se adscribe al modelo anglosajón, como los Estados Unidos o Canadá, pero extraña para la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, y prácticamente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

El *amicus curiae* puede definirse como «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva»<sup>4</sup>. De forma más breve se ha definido

---

<sup>4</sup> L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto *Amianto*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, p. 2, en [www.reei.org](http://www.reei.org).



como «un tercero ajeno a la disputa judicial pero que ostenta un justificado interés en el modo como el litigio se resolverá en definitiva»<sup>5</sup>.

Habitualmente se considera que el *amicus curiae* tiene orígenes remotos en el Derecho romano<sup>6</sup>. Si embargo, es en la Inglaterra medieval donde, a partir del siglo IX, los estudiosos sitúan el desarrollo de la institución jurídica actual que, paulatinamente, se fue incorporando a los ordenamientos de la mayor parte de las colonias británicas que adoptaron el sistema de *Common Law* originario de la metrópoli. Como ejemplos de ordenamientos que actualmente lo admiten pueden citarse la *Rule 18* del Tribunal Supremo de Canadá; la Orden IV § I del Reglamento del Tribunal Supremo de la India; la *Rule 81* del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda y, finalmente, el precedente *Lange v. ABC* (S 108/166) en Australia<sup>7</sup>.

Fue, sin embargo, en Estados Unidos, la colonia británica que antes alcanzó su independencia, donde el instituto del *amicus curiae* se afianzó con mayor firmeza en el ordenamiento jurídico, alcanzando una importancia destacada, con enorme trascendencia en diversos ámbitos, incluido en Derecho *antitrust*.

Desde el ámbito anglosajón el *amicus curiae* ha tenido una amplia difusión en el Derecho internacional. Como recuerda DE LA CRUZ IGLESIAS<sup>8</sup> «la aceptación de las alegaciones de *amici curiae* [...] no es tampoco una práctica desconocida en el Derecho internacional. En este sentido, cabe destacar el reconocimiento de esta figura por los Tribunales internacionales y regionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos, como los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la futura Corte Penal Internacional, o el Tribunal Europeo de derechos humanos. Incluso la Corte Internacional de Justicia, a pesar de no contar en su Estatuto con ninguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido en alguna ocasión su potestad de tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae* en el ejercicio de su jurisdicción consultiva».

La expansión de la figura del *amicus curiae* a distintos ordenamientos jurídicos y su utilización intensiva en alguno de estos sistemas legales (Estados Unidos) ha provocado que la figura primigenia de *amigo del tribunal* haya transmutado alguna de las características de la institución. Si bien en un principio el objetivo principal del *amicus* era proporcionar una ayuda neutral al tribunal, suministrándole información sobre cuestiones esencialmente jurídicas sobre las que pudiera albergar dudas, poniendo a su

<sup>5</sup> Víctor BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», *Biblioteca Jurídica Virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org>.

<sup>6</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», *Derecho de los negocios*, núm. 206, 2007, pp. 5 y 6.

<sup>7</sup> G. C. UMBRIGHT, «An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO», *Int Economic Law*, 2001, 4, p. 780. Citado por V. BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», p. 252.

<sup>8</sup> L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto *Amianto*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, pp. 2-3, en [www.reei.org](http://www.reei.org).

disposición fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinales útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad, «actualmente ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de interviniante interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia. Como gráficamente ha afirmado KRISLOV, *what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy* (“The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy”)<sup>9</sup>.

Esta evolución es particularmente importante en Estados Unidos, donde puede apreciarse la importancia de esta institución jurídica y su relevancia en muy variados ámbitos jurídicos.

### 3. EL *AMICUS CURIAE* EN ESTADOS UNIDOS

El arraigo del instituto del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos es notorio, alcanzando todos los estratos que conforman su sistema judicial hasta el Tribunal Supremo. Precisamente en el Reglamento de alto Tribunal norteamericano se encuentran numerosas referencias al *amicus curiae* en varias reglas: 21.2.b), 21.4, 28.7, 29.6, 37 y 44.

Algunos autores han destacado que el intenso uso de la institución del *amicus curiae* en el ordenamiento estadounidense se debe al especial contexto jurídico en el que éste se mueve y, en especial, a su sistema del precedente. De esta forma «el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca»<sup>10</sup>.

La configuración del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos se conforma en torno a los siguientes elementos<sup>11</sup>:

- El *amicus curiae* no es una parte del proceso y se diferencia claramente de la intervención adhesiva simple en el mismo.
- Igualmente se diferencia del auxiliar del Tribunal, ya que actúa voluntariamente y no respondiendo a una solicitud del Tribunal ni de ninguna de la partes.
- El *amicus curiae* puede alegar argumentos no esgrimidos por las partes siempre que demuestre tener un interés legítimo para ello, dado que el fallo judicial afectará intereses dignos de tutela de los que es titular o representa.

<sup>9</sup> Víctor BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», *Biblioteca Jurídica Virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<http://www.biblioiuridica.org>), p. 257.

<sup>10</sup> J. V. SOLA, «El recurso extraordinario y el debate constitucional», citado por V. BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», p. 254.

<sup>11</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 6.



- De esta forma el *amicus* no es un perito nombrado por el juez o por las partes que carece de intereses propios en el litigio sino que defiende o tutela un interés de carácter público o privado, voluntariamente, como consecuencia de un deber legal o en representación de intereses económicos, de los consumidores, profesionales o empresariales.
- Su actuación no versa sobre el conjunto del proceso sino que se centra en una o varias cuestiones. Su actuación tampoco tiene como finalidad decidir el resultado del procedimiento ni favorecer a una de las partes del mismo.
- La intervención como *amicus curiae* no supone el ejercicio de un derecho sino que exige la venia del Tribunal o el consenso de las partes, salvo en los casos en que la intervención como amigo del tribunal la desarrolle una administración pública, un organismo público o una agencia estatal.
- El análisis y las observaciones del *amicus curiae* no deben ser estrictamente jurídicas ni el que interviene como tal debe ser un jurista. Pueden actuar como *amicus curiae* distintas profesiones (economistas, estadísticos, sociólogos o, incluso, biólogos, historiadores o antropólogos), siempre que sus observaciones tengan incidencia jurídica respecto a la definición o a la valoración de los hechos o la interpretación de la norma.

De acuerdo con estas características las intervenciones de *amicus curiae* en Estados Unidos pueden clasificarse en tres categorías:

- Las intervenciones desarrolladas por entidades públicas, normalmente como consecuencia de un deber legal (éste es el caso de la *Federal Trade Commission* —FTC—).
- Las intervenciones de asociaciones u organizaciones que representan intereses económicos (profesionales, empresariales, sindicales o de consumidores). Un ejemplo de este tipo de asociaciones lo representaría la *Electronic Frontier Fondation*.
- Las intervenciones como *amicus curiae* de asociaciones u organizaciones que representan intereses extraeconómicos. Estas intervenciones suelen ser frecuentes (y de gran importancia) en procedimientos judiciales relacionados con los derechos civiles, con observaciones remitidas al tribunal que juzga por asociaciones como la *American Civil Liberties Union*.

Como señala el profesor RUIZ PERIS refiriéndose al sistema de *common law* pero sobre todo al caso norteamericano «la intervención no queda en modo alguno [...] limitada a las entidades públicas, sino que las asociaciones representativas, los grupos organizados *ad hoc*, o los despachos de abogados en tutela de los intereses de sus clientes, pueden actuar como *amicus curiae*»<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 6.

La evolución de la institución en el ordenamiento jurídico norteamericano y la proliferación de personaciones como *amicus curiae* han provocado que algunos magistrados expongan sus dudas sobre la utilidad de la mayoría de estas intervenciones. Así, el juez Richard POSNER en 1997 afirmó lo siguiente:

«Después de dieciséis años de lectura de informes de *amicus curiae*, la gran mayoría de los cuales no han ayudado a los jueces, he decidido que sería bueno examinar estas propuestas de forma más cuidadosa. La gran mayoría de los informes *amicus curiae* se presentan por aliados de los litigantes y duplican los argumentos ya esgrimidos por las partes del proceso, ampliando de hecho la extensión de las alegaciones de los litigantes»<sup>13</sup>.

Un magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos también manifestó cierta reticencia hacia estas intervenciones de *amicus curiae* en un voto particular emitido en un procedimiento de 1996:

«En el examen de este asunto, el Tribunal fue el beneficiario de no menos de catorce informes de *amicus curiae* en apoyo a los demandados [...] Ni un solo informe de *amicus* se presentó en apoyo del demandante. Eso no es ninguna sorpresa».

A pesar de estas reservas, la institución del *amicus curiae* continúa desempeñando un papel importante en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos. En el ámbito del *antitrust* las autoridades responsables de la defensa de la competencia en Estados Unidos, *Federal Trade Commission* (FTC) y el departamento de Justicia, continúan realizando sus intervenciones de *amicus curiae* ante distintos tribunales de todo el país, frecuentemente de forma conjunta. Según la información disponible en su página web<sup>14</sup>, durante los años 2006 y 2007 la FCT ha intervenido como *amicus curiae* en seis expedientes *antitrust*, cuatro de ellos ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Todos estas intervenciones de *amicus curiae* fueron presentadas conjuntamente con el departamento de Justicia.

#### 4. LA COMISIÓN EUROPEA COMO *AMICUS CURIAE*

Algunos autores afirman la existencia de la figura del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico comunitario al más alto nivel, es decir, dentro de la práctica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>15</sup>. Así,

<sup>13</sup> Ryan v. *Commodity Futures Trading Commission*, 125 F.3d 1062, 1063 (7<sup>th</sup> Cir. 1997), citado por J. D. KEARNEY y T. W. MERRIL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs...*, pp. 745-746, cuya cita recoge J. E. VIÑUALES, «Human rights and investment arbitration: The role of *amici curiae*», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8, 2006.

<sup>14</sup> [http://www.ftc.gov/opp/advocacy\\_date.shtm](http://www.ftc.gov/opp/advocacy_date.shtm).

<sup>15</sup> J. E. VIÑUALES, «Human rights and investment arbitration: The role of *amici curiae*», p. 241.



desde esta perspectiva, el Estatuto del Tribunal de Justicia<sup>16</sup> reconocería la institución del *amicus curiae* en su art. 40 y el Tribunal habría admitido las intervenciones de *amici curiae* en numerosos casos<sup>17</sup>.

Centrándonos en el ámbito de defensa de la competencia, la verdadera recepción de la figura del *amicus curiae* se produjo con la aprobación del Reglamento 1/2003 y su entrada en vigor a partir del 1 de mayo de 2004. Desde esta normativa la figura del *amicus curiae* se ha irradiado a los diferentes ordenamientos europeos, estando presente, de una manera u otra, en un buen número de regulaciones.

La recepción europea se ha circunscrito al campo de la defensa de la competencia y, dentro de éste, a la posible actuación como *amicus curiae* de la Comisión Europea y otros organismos públicos de defensa de la competencia para emitir observaciones escritas y orales en los procedimientos judiciales en los que se aplican los arts. 81 y/o 82 del Tratado CE. Esta recepción fue una de las más destacadas novedades recogidas en el Reglamento 1/2003.

La regulación de este nuevo instituto jurídico se recoge en el art. 15 del Reglamento, fundamentalmente en su apartado 3, en el que se establece la posibilidad de que la Comisión presente observaciones (escritas u orales) ante cualquier órgano jurisdiccional donde se encuentre abierto un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. La intervención prevista en el apartado 3 del artículo se desarrolla de oficio (no a petición del juez), y por razones de interés público comunitario (no en interés de una de las partes), concretamente «cuando la aplicación coherente de los arts. 81 u 82 del Tratado lo requiera». Para la preparación de estas observaciones escritas u orales la Comisión puede solicitar del tribunal en cuestión, la remisión de «todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate».

Como se ha advertido, el Reglamento 1/2003 no reservó la posibilidad de actuar como *amicus curiae* ante tribunales que apliquen los arts. 81 y 82 del TCE exclusivamente a la Comisión Europea, sino que la extendió a cada Autoridad Nacional de Competencia frente a los tribunales de su propio Estado, otorgándoles los mismos derechos para requerir información de los órganos judiciales que preceptúa para la Comisión. Esta extensión de poderes y la regulación directa de las facultades de las Autoridades Nacio-

<sup>16</sup> Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de conformidad con el art. 7 del Tratado de Niza (DO C 80, de 10 de marzo de 2001) <http://curia.europa.eu/es/instit/txtdocfr/txtsenvigreur/statut.pdf>.

<sup>17</sup> Desde el asunto 6/64, *Costa v. ENEL*, 1964 ECR 1143 (Fr. ed.), 1964 C.M.L.R. 425 hasta una amplia variedad de casos: asuntos 16 & 17/62, *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Légumes v. Council*, 1962 ECR 471, 488-89, 2 C.M.L.R. 160 (1963); asuntos 41, 43, 48, 50, 11, 113 & 114/73, *Générale Sucrière S.A. v. Commission*, 1973 ECR 1465, 1 C.M.L.R. 215 (1974); asunto 113/77, *NTN Toyt Bearing Co Ltd v. Council*, 1979 ECR 1185, 2 C.M.L.R. 257 (1979); asunto 155/79, *A M & S Eur. Ltd v. Commission*, 1982 ECR 1575, 2 C.M.L.R. 264 (1982); asunto 236/81, *Celanese Chem. Co Inc v. Council & Commission*, 1982 ECR 1183.

nales de Competencia en el propio Reglamento 1/2003 se consideró necesaria para permitir la actuación de las Autoridades nacionales como *amicus curiae* sin necesidad de una reforma procesal interna expresa. No obstante, el apartado 4 del art. 15 estableció que dicho artículo debía entenderse «sin perjuicio de los poderes más amplios que el Derecho de su Estado miembro pueda haber conferido a las Autoridades de Competencia de los Estados miembros para formular observaciones ante órganos jurisdiccionales». Sin nombrar, directamente la normativa comunitaria, se refería a la situación alemana, donde el *Bundeskartellamt* disponía, desde hacía años, de facultades de actuación como *amicus curiae*, de acuerdo con la legislación alemana.

Por su parte, el apartado 2 del art. 15 del Reglamento estableció un complemento necesario a la regulación de la figura del *amicus* presente en el apartado 3: un deber por parte de los Estados miembros para transmitir a la Comisión las sentencias emitidas por los tribunales nacionales en los casos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado los tribunales, «sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia». Aunque la primera versión del Reglamento hecha pública por la Comisión establecía una remisión directa de las sentencias a la Comisión por parte de los tribunales nacionales, la redacción final del precepto estableció esta obligación sobre los Estados miembros, dando libertad a los mismos para determinar en su ordenamiento interno la forma en que se realizaría esta comunicación, optando la mayor parte de los ordenamientos por la transmisión de las sentencias a través de su Autoridad Nacional de Competencia.

Para finalizar este recorrido inverso por el art. 15 del Reglamento 1/2003, es necesario examinar su apartado 1. En este apartado se establece que, en los procedimientos judiciales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar de la Comisión «que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias».

Examinado la regulación comunitaria en su conjunto, se comprueba que el objetivo perseguido de favorecer una «aplicación coherente de los arts. 81 u 82 del Tratado» se busca a un segundo nivel. A diferencia del sistema alemán de *amicus curiae* (y del regulado posteriormente en España) el deber de informar a la Comisión previsto en el art. 15.2 no se establece a la apertura del proceso sino cuando éste ya ha finalizado, emitida la sentencia. De este modo, la regulación limita capacidad de intervención de la Comisión a los casos en los que tenga conocimiento del proceso. Para remediar esta situación, el Reglamento tampoco dota a la Comisión de un poder de recurso en interés de Ley para objetar las sentencias emitidas que le permitiera reabrir un caso cuya sentencia utilizara criterios contradictorios con la práctica o la jurisprudencia comunitaria. A consecuencia de todo lo anterior, el sistema de control diseñado parece quedar supeditado a la interposición de un recurso por una de las partes del proceso que permita a



la Comisión utilizarlo en la segunda instancia. Si ninguna de las partes recurre, la Comisión no podrá intervenir en el proceso y la sentencia se incorporará al acervo judicial nacional. La Comisión no parece temer estas sentencias de primera instancia y parece guardar sus fuerzas para las apelaciones y las casaciones.

La Comisión desarrolló el art. 15 del Reglamento en su comunicación de cooperación con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que formaba parte del denominado «Paquete de modernización» y entró en vigor el 1 de mayo de 2004 junto con el Reglamento 1/2003<sup>18</sup>. Esta comunicación de 2004 sustituyó a la anterior comunicación de la Comisión sobre el mismo tema, publicada en 1993.

Los 43 párrafos de la comunicación de 2004 regulan básicamente dos materias: *a*) la aplicación de las normas comunitarias de competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales (§§ 3-14); y *b*) la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales (§§ 15-41). Dentro de esta segunda parte de la Comunicación, la Comisión establece el marco regulatorio que se autoimpone para desarrollar su función de *amicus curiae*. El título de este apartado es «La Comisión como *amicus curiae*» (§§ 17-35) y se estructura en tres subapartados: 1) deber de la Comisión de transmitir a los órganos jurisdiccionales nacionales la información que obre en su poder (§§ 21-26); 2) solicitud de un dictamen sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia (§§ 27-30); y 3) presentación de observaciones al órgano jurisdiccional nacional por parte de la Comisión (§§ 31-35).

De este modo, la Comisión adopta en la comunicación un concepto amplio de *amicus curiae*, no limitado estrictamente a la presentación de observaciones por propia iniciativa ante el órgano jurisdiccional (art. 15.3 del Reglamento), sino que también abarca la emisión de dictámenes a petición del tribunal o la transmisión de información que obre en su poder también a instancia del órgano perteneciente al poder judicial (art. 15.1).

Esta regulación no ha pasado desapercibida por la doctrina. Así para RUIZ PERIS, mientras la explicación aportada por la Comisión respecto a la propuesta de Reglamento 1/2003, COM (2000) 582 final «reserva, correctamente, el término *amicus curiae* para los casos de actuación a iniciativa de la Comisión o de las ADC nacionales previstos en el art. 15.3 de la Propuesta y posteriormente del Reglamento»<sup>19</sup>, la comunicación de la Comisión «desarrolla entre las cuestiones relativas a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión, la de la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, y lo hace por medio de una «presentación que induce a error» [...] incardinando la posi-

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (DO, 101, de 27 de abril de 2004).

<sup>19</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 14, nota 17.

bilidad de que la Comisión presente observaciones, a la que se dedican los puntos 31 a 35 de la comunicación entre los supuestos en que la Comisión «presta asistencia» a los órganos jurisdiccionales nacionales»<sup>20</sup>. Para RUIZ PERIS cuando la Comisión «presenta *motu proprio* observaciones orales o escritas como *amicus curiae* ejerce un derecho y defiende sus posiciones [...] por lo que no cumple una función de asistencia a los órganos jurisdiccionales»<sup>21</sup>.

Por otra parte, también se destaca que la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia «gozan de un derecho que no se encuentra reconocido en la *common law* a quienes actúan como *amicus curiae*, el de solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate [...] a efectos únicamente de la preparación de sus observaciones»<sup>22</sup>.

A pesar de esta completa regulación y de la importancia de la figura, su utilización posterior por la Comisión ha sido escasa. Desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta el 31 de diciembre de 2007, la Comisión ha intervenido ante los órganos jurisdiccionales nacionales bajo el amparo del art. 15.3 únicamente en dos casos<sup>23</sup>.

La primera de ellas acaeció en 2006, cuando la Comisión hizo uso del cauce previsto en el art. 15.3 para presentar ante la *Cour d'appel* de París un informe que incluía observaciones escritas sobre la interpretación del Reglamento de Exención por Categorías de Vehículos de Motor<sup>24</sup> en un caso relativo a las distribución selectiva cuantitativa.

La segunda ocasión en la que la Comisión Europea planteó una intervención de *amicus curiae* fue durante 2007, concretamente en marzo. La Comisión emitió observaciones aplicando el art. 15.3 del Reglamento ante un órgano jurisdiccional holandés, el *Gerechtshof* de Amsterdam. En esta ocasión, el caso no trataba directamente de la aplicación de los arts. 81 u 82 del TCE a una situación concreta, sino de la posibilidad de una empresa de los Países Bajos de deducir de los tributos que debía pagar al fisco holandés una sanción impuesta por la Comisión Europea por una infracción de la normativa europea de competencia.

Ante esta intervención de la Comisión Europea, el *Gerechtshof* de Amsterdam presentó ante el TJCE una cuestión prejudicial con objeto de clarificar el ámbito preciso de la potestad de la Comisión para intervenir como *amicus curiae*. La cuestión prejudicial planteada (todavía no contes-

<sup>20</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», pp. 8-9.

<sup>21</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 9.

<sup>22</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 8.

<sup>23</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», pp. 116-117.

<sup>24</sup> Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.



tada por el Tribunal de Luxemburgo) fue publicada en el *DOUE* de 8 de diciembre de 2007 y se concentraba en una única pregunta, planteada en los términos siguientes:

¿Está facultada la Comisión, en virtud del art. 15, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 [...] para presentar por propia iniciativa observaciones escritas en un procedimiento que versa sobre la posibilidad de deducir del beneficio (a efectos fiscales) obtenido por la interesada en el ejercicio 2002 una multa impuesta por la Comisión a X KG por vulneración de la normativa comunitaria sobre competencia y que ésta repercutió (parcialmente) sobre la interesada?

La resolución de esta cuestión por el Tribunal de Justicia puede ofrecer cierta luz sobre los límites a los que se enfrenta la actuación como *amicus curiae* de la Comisión en el futuro ya que, a pesar de la prudencia con la que se ha manejado hasta ahora, no cabe duda de que el ejecutivo comunitario seguirá utilizando este instrumento jurídico.

Para Eric GIPPINI<sup>25</sup>, las intervenciones como *amicus curiae* de la Comisión en casos *antitrust* resultan posibles en dos tipos de pleitos: *a*) recursos frente a las decisiones administrativas de las Autoridades Nacionales de Competencia, y *b*) litigios civiles entre partes privadas. En lo que respecta al primero de estos tipos (decisiones administrativas de las Autoridades Nacionales de Competencia), la Comisión puede utilizar sus facultades de supervisión previstas en el art. 11 del Reglamento 1/2003 durante el proceso de elaboración de la propia decisión con objeto de asegurar la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE y parece que la Autoridad Nacional de Competencia estará mejor situada para seguir el caso en su devenir judicial.

En lo que concierne a la aplicación privada, los puntos de vista de la Comisión pueden ser transmitidos por otros mecanismos de cooperación tales como los dictámenes solicitados de conformidad con el art. 15.1 o las observaciones de *amicus* de la Autoridad Nacional de Competencia correspondiente que reflejarán, de algún modo, las aportaciones recibidas en la Red Europea de Competencia (ECN). En estas circunstancias, no parece probable que surja con frecuencia la necesidad apremiante de una intervención de la propia Comisión como *amicus curiae*.

No obstante, podrían darse casos en los que una intervención directa de la Comisión como *amicus curiae* podría ser imprescindible. Una de estas situaciones podría darse en aquellos países en los que la aplicación de las normas de competencia se ha encargado a un tribunal independiente e imparcial. Dado que el mecanismo para conseguir una aplicación coherente de la normativa europea de competencia prevista en el art. 11.4 del Re-

<sup>25</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», *Community Report al Congreso FIDE de 2008*, p. 118. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1139776>.

glamento 17/2003 puede ejecutarse en una etapa bastante temprana del procedimiento, como es la presentación de cargos por el fiscal. En el caso de que la resolución final del tribunal que juzga el caso se apartase significativamente de la línea de acción propuesta, planteando cuestiones de coherencia, por contravenir la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, GIPPINI considera que las observaciones de *amicus curiae* podrían ser apropiadas en el momento del recurso<sup>26</sup>.

Dada la muy escasa experiencia adquirida hasta el momento, puede considerarse que, tanto el pronunciamiento del TJCE ante la cuestión prejudicial planteada como la práctica futura de la Comisión, servirán, sin duda, para configurar la dimensión exacta de las intervenciones de *amicus curiae* en el marco normativo comunitario de la defensa de la Competencia.

## 5. ALGUNOS EJEMPLOS EUROPEOS

La aprobación y entrada en vigor del Reglamento 1/2003 obligó a la mayor parte de los Estados miembros a acometer reformas en su legislación nacional de competencia con objeto de adaptarlas a los cambios experimentados por el Derecho comunitario. Al margen de otras modificaciones, una de las reformas que una mayoría de Estados miembros debieron acometer fue la adaptación de su legislación procesal para facilitar la aplicación del art. 15 del Reglamento 1/2003 y la implantación de la figura del *amicus curiae*. Aunque las normas contenidas en el Reglamento son directamente aplicables, la parquedad de su regulación y las diferencias entre ordenamientos procesales han obligado a acometer la citada adaptación en buena parte de las legislaciones. Actualmente, de acuerdo con la tabla de convergencia publicada por la Red Europea de Competencia (ECN)<sup>27</sup> y cerrada en noviembre de 2007, veintiún Estados miembros disponen de una normativa interna que facilita las intervenciones de *amicus curiae* previstas en el art. 15.3. De los seis Estados que todavía no habían adaptado su legislación, dos de ellos, Portugal y Eslovenia, tenían modificaciones normativas en fase de estudio o aprobación.

A continuación se examina la regulación y experiencia de dos de los veintiún Estados miembros que han adaptado sus legislaciones para permitir la actuación de la Comisión Europea y de sus propias Autoridades Nacionales de Competencia en el rol de *amicus curiae*. Los países elegidos son Alemania, pionera en la utilización de la figura del *amicus curiae* en el campo de la normativa *antitrust*, incluso antes de que fuera implantada a nivel comunitario y Holanda, que fue uno de los primeros Estados en reaccionar a la necesidad de adaptar sus regulación a la nueva realidad y, ade-

<sup>26</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», p. 118.

<sup>27</sup> Accesible a través de la página web de la Dirección General de Competencia (Comisión Europea): [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/ecn\\_convergencequest\\_28112007.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/ecn_convergencequest_28112007.pdf).



más, ha publicado unas directrices específicas sobre los principios que guiarán su actuación como *amicus curiae*.

#### A. ALEMANIA

Cuando el Reglamento 1/2003 fue aprobado en diciembre de 2002, la República Federal de Alemania era el único Estado miembro cuya legislación permitía la intervención de su Autoridad de Competencia, el *Bundeskartellamt*, como *amicus curiae* en los procedimientos civiles en los que se aplicara el derecho alemán de defensa de la competencia. No sólo la Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) regulaba esta institución jurídica en su art. 90, sino que el propio *Bundeskartellamt* tenía ya una valiosa, y relativamente extensa, experiencia en la intervención en procedimientos privados. A nadie se esconde que uno de los modelos que tomo la Comisión para diseñar la figura del *amicus curiae* en el Reglamento 1/2003 fue la regulación alemana contenida en la GWB. No obstante, las modificaciones introducidas en el Derecho europeo de la competencia por el Reglamento 1/2003 también motivaron la séptima reforma de la Ley de defensa de la competencia alemana, que entró en vigor el 1 de julio de 2005. Aunque la mayor parte de las modificaciones introducidas por dicha reforma se referían al paso a un sistema de autorización previa a un sistema de excepción legal al que obligaba el Reglamento 1/2003, la regulación de la figura del *amicus curiae* también se vio afectada, como veremos a continuación.

La regulación del sistema de *amicus curiae* alemán se contiene básicamente en los arts. 90 y 90.a) de la GWB. El art. 90 regula la información y participación en el proceso de las autoridades anticártel mientras que en el art. 90.a) se establecen los cauces de cooperación de los tribunales con la Comisión Europea y las Autoridades de Competencia.

El apartado primero del art. 90 de la Ley alemana establece un deber general de información de los tribunales hacia el *Bundeskartellamt*. De acuerdo con este precepto, la Autoridad Federal de Competencia alemana deberá ser informada por el tribunal de todas las acciones legales derivadas de la aplicación de la propia Ley alemana de competencia, de los arts. 81 o 82 del Tratado o de los arts. 53 o 54 del Tratado del Espacio Económico Europeo<sup>28</sup>. El tribunal, previa petición, transmitirá al *Bundeskartellamt* copias de todos los escritos, actas, órdenes y decisiones. La reforma de la GWB de 2005 introdujo una frase adicional en el precepto, en la que se afirma que las disposiciones anteriores se aplicarán, *mutatis mutandis*, a otras acciones legales que se refieren a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

El apartado segundo del mismo art. 90 regula las facultades del *Bundeskartellamt* respecto de los casos de los que ha sido informado. Éstas son

<sup>28</sup> De acuerdo con el art. 87.1 de la GWB.

muy amplias y generales, ya que en estos casos, el presidente de la Agencia antimonopolio, puede, si lo considera conveniente para la protección del interés público, nombrar de entre los miembros del *Bundeskartellamt* un representante autorizado a presentar declaraciones por escrito al tribunal, a valorar hechos y pruebas, a asistir a audiencias, a presentar alegaciones, y para dirigir preguntas a las partes, testigos y peritos. En todo caso las declaraciones escritas deben ser comunicadas por el tribunal a las partes.

El apartado tercero del art. 90 establece el régimen de *amicus curiae* de las Autoridades de Competencia regionales alemanas, disponiendo que cuando la acción judicial no se extienda más allá del territorio de un Estado federado o *Land*, la Autoridad de Competencia regional tomará el lugar de la *Bundeskartellamt*, a los efectos de los apartados 1 y 2.

Por último, el apartado cuarto no tiene demasiado interés al declarar la aplicación de lo dispuesto en el artículo también a las acciones legales que tengan por objeto la aplicación de un precio fijado en el régimen especial previsto en el art. 30 de la Ley alemana para el mantenimiento del precio de reventa para periódicos y revistas.

El art. 90.a) de la GWB no regula la intervención como *amicus curiae* del *Bundeskartellamt*, sino la cooperación de los tribunales con la Comisión Europea (y también con las autoridades anticártel) para que esta pueda desempeñar el mismo rol de amigo del tribunal, tal y como está previsto en el Reglamento 1/2003. El precepto se compone de cuatro apartados que regulan, respectivamente, la remisión de sentencias judiciales que aplican los arts. 81 y/o 82 del TCE a la Comisión Europea, la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, la petición de información o dictámenes por el tribunal alemán a la Comisión y, por último, la posibilidad de realizar todos estos intercambios de información con la Comisión vía el *Bundeskartellamt*. Aunque la regulación es breve, analizando con más detalle estos cuatro apartados pueden destacarse algunos aspectos adicionales:

- Tal y como permite el art. 15.2 del Reglamento 1/2003, la remisión de las sentencias judiciales que aplican los arts. 81 y/o 82 a la Comisión Europea se realiza, no directamente desde el tribunal al ejecutivo comunitario, sino a través del *Bundeskartellamt*, que puede igualmente transmitir a la Comisión aquellos documentos que haya conseguido a través de sus facultades como *amicus curiae* nacional. Respetando también lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento, el art. 90.a.1 de la GWB dispone que la remisión de las sentencias se realizará sin retrasos indebidos después de informar de las mismas a las partes del proceso.
- En su apartado segundo el art. 90.a), además de regular la posibilidad de la Comisión de presentar por propia iniciativa observaciones escritas al tribunal, así como observaciones orales en la audiencia sobre el caso, se regula también la obligación del tribunal de suministrar a la Comisión con toda la documentación necesaria sobre el caso. Además, este apartado segundo establece dos precisiones



interesantes. La primera es la aplicación de la de la Ley Federal de Protección de Datos, *Bundesdatenschutzgesetz*, a esta transmisión de información. La segunda es la obligación del tribunal de remitir a las partes, pero también al *Bundeskartellamt*, una copia de las observaciones escritas de la Comisión que haya recibido.

- En el apartado tercero del artículo se regula la posibilidad del tribunal de solicitar de la Comisión Europea información que obre en su poder u observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación del art. 81 u 82 del Tratado CE. El tribunal tiene la obligación de informar a las partes acerca de una solicitud formulada, y el artículo, de nuevo, recoge expresamente la obligación de suministrar una copia de la respuesta de la Comisión Europea, tanto a las partes como al *Bundeskartellamt*.

¿Cómo se desarrolla la actuación del *Bundeskartellamt* amparada en esta breve regulación? En Alemania se desarrollan más de cuatrocientos casos al año ante la jurisdicción civil relacionados con la defensa de la competencia, ya sean casos relativos a la infracción de la Ley de competencia como resultado de un comportamiento anti-competitivo o un abuso de posición de dominio o casos relativos a acciones de daños y perjuicios derivados de actuaciones anticompetitivas. De acuerdo con la Ley, el *Bundeskartellamt* recibe información de todos estos procedimientos judiciales, si bien, ante un número tan elevado de posibilidades de actuación, ha sido necesario establecer ciertas pautas de actuación<sup>29</sup>.

- La Autoridad alemana de Competencia participa en todos los procedimientos que se celebran ante la Tribunal Supremo Federal a través de alegaciones orales.
- En procedimientos ante tribunales menores, el *Bundeskartellamt* limita su participación a las observaciones escritas en los casos que considera más importantes, en los casos relacionados con expedientes que simultáneamente se estén examinado en el seno de la Autoridad de Competencia y en aquellos casos en los que su opinión es requerida por el tribunal.

## B. HOLANDA

El 13 de agosto de 2004 el director general de la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*, NMa) aprobó las directrices sobre *amicus curiae* de la NMa, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial del Reino de Holanda*.

<sup>29</sup> Andreas MUNDT, «The role of the judiciary in competition law enforcement in Germany». Presentación ante la *Fifth United Nations Conference to review All aspects of the set of multilaterally Agreed equitable principles and rules for The control of restrictive business practices* (Antalya, Turquía, noviembre 2005).

Se trata de un texto de fácil lectura, relativamente breve (tan sólo siete páginas más el índice), compuesto por 42 párrafos, organizados en cinco capítulos o apartados: Introducción (§§ 1-9); Ambito de aplicación (§§ 10-13); Ejercicio de la función de *amicus curiae* (§§ 14-39); Procedimiento y organización (§§ 40-41); y Revisión y enmienda (§ 42).

El análisis de la estructura y del contenido de las directrices facilita la comprensión de sus objetivos. El núcleo de las mismas se concentra en los tres primeros capítulos (introducción, ámbito de aplicación y ejercicio de la función de *amicus curiae*) y en especial en el tercero, subdivido a su vez en siete subapartados y que abarca 25 párrafos (más de la mitad) de los 42 que componen las directrices.

Los capítulos 4 (procedimiento y organización) y 5 (revisión y enmienda) son breves y se limitan a clarificar dos cuestiones de procedimiento. La primera, al regular la organización interna de la NMa para ejecutar sus funciones de *amicus curiae*: las directrices determinan que corresponde al Servicio Jurídico de la Autoridad holandesa la elaboración de las intervenciones de *amicus curiae*, así como las actuaciones derivadas de las mismas (§ 40). La segunda cuestión de procedimiento se regula en el capítulo 5 y establece las previsiones de reforma y modificación de las directrices. De acuerdo con el párrafo 42, corresponde al director general de la NMa el derecho a modificar las directrices e, incluso, se establece una obligación de evaluar las mismas y sus resultados cuando las previsiones contenidas en el texto se hayan aplicado en un número suficiente de casos. Esta revisión podría obligar a modificar las Directrices actualmente vigentes si se considera necesario (§ 42).

Una vez examinadas estas cuestiones de procedimiento y volviendo al núcleo central de las directrices (capítulos 1, 2 y 3) una lectura atenta de las mismas permite destacar cinco postulados que se repiten en distintos párrafos y que, por su importancia, constituyen los cimientos que conforman el instituto de *amicus curiae* diseñado por la Autoridad holandesa de Competencia:

- En primer lugar, la intervención como *amicus curiae* se configura como una potestad discrecional de la Autoridad holandesa y no como una obligación o deber de la misma (§§ 21, 31).
- En segundo término, se establece claramente que la NMa sólo ejerce su potestad de intervenir como *amicus curiae* en procedimientos en los que los tribunales apliquen los arts. 81 y 82 del TCE y la Autoridad holandesa no sea parte (§§ 1, 10).
- En tercer lugar, se subraya en varias ocasiones que el principio que debe guiar la intervención como *amicus curiae* es siempre el interés público y no la defensa de los intereses privados de las partes del procedimiento.
- En cuarto lugar, las directrices hacen hincapié en un uso eficiente de los recursos disponibles por la Autoridad de Competencia, de forma que las intervenciones de *amicus curiae* no perjudiquen sus tareas fundamentales (§§ 20, 21, 23-25).



- Por último, se destaca que el fundamento sobre el que reposa la intervención *amicus curiae* es la responsabilidad compartida entre la Comisión Europea, la Nma y el resto de las Autoridades Nacionales de Competencia en la consecución de una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE en toda la Unión Europea. Lograr esta aplicación coherente resulta de interés público, señala la Autoridad holandesa.

Estas cinco ideas fundamentales sirven de guía para articular el régimen regulatorio que contienen los tres capítulos principales de las directrices: la introducción (§§ 1-9), el ámbito de aplicación de las mismas (§§ 10-13) y la regulación del ejercicio de la función de *amicus curiae* (§§ 14-39). Este último capítulo constituye, a su vez, el eje central de la regulación y, por su importancia, se divide en siete subapartados, en los que se establecen las características propias del instituto del *amicus curiae*, tal y como lo entiende la Autoridad holandesa de Competencia. Estos siete subapartados regulan la base jurídica de la institución (§ 14), las posibles actuaciones de la Nma como *amicus curiae* (§§ 15-25), la documentación necesaria en las intervenciones y su confidencialidad (§§ 26-29), la intervención como *amicus curiae* en procedimientos de medidas cautelares (§§ 30-32), las relaciones con la Comisión Europea (§§ 33-35), el estatus de las intervenciones de *amicus curiae* (§§ 36-37) y la publicación de las intervenciones (§§ 38-39).

A continuación, y con objeto de comprender en mayor profundidad la regulación establecida por las directrices, se examinará con mayor detalle el contenido de las mismas.

#### a) *Introducción* (§§ 1-9)

La introducción de las directrices se divide claramente en dos partes diferenciadas. La primera parte (§§ 1-5) es de carácter netamente expositivo. Las directrices comienzan explicando los cambios introducidos por el Reglamento 1/2003 en el Derecho europeo de la competencia y, en concreto, el paso a un régimen de exención legal directamente aplicable, lo que permite que los tribunales apliquen el apartado 3 del art. 81 del Tratado (§ 2). Igualmente se cita el respaldo jurisprudencial de los tribunales europeos a la consideración de los arts. 81 y 82 del TCE como preceptos fundamentales indispensables para el cumplimiento de los objetivos comunitarios y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior (§ 3). Por último, se recuerda que el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 permite, tanto a la Comisión Europea como a las Autoridades Nacionales de Competencia, remitir por su propia iniciativa observaciones escritas a los tribunales nacionales de su Estado en materias relacionadas con la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. Igualmente con la venia del tribunal las observaciones pueden ser orales (§ 4). Las Directrices terminan recordando que esta intervención prevista en el art. 15.3 recibe el nombre de *amicus curiae*.

La segunda parte de la introducción (§§ 6-9) tiene un carácter justificativo. Se explica la necesidad de su emisión por parte de la Autoridad de Competencia en virtud del desconocimiento del instituto del *amicus curiae* en la legislación procesal holandesa. Tras mencionar el origen de la figura en los países con sistema jurídico basado en el *common law*, las directrices realizan una interesante aproximación a ciertas similitudes existentes con el estatuto del Ministerio Fiscal holandés en el marco del procedimiento civil (§ 6). La ausencia de tradición en el ordenamiento jurídico holandés respecto de la figura del *amicus curiae* hace imprescindible, según el director general de la NMa, clarificar la forma en que la Autoridad de Competencia de los Países Bajos ejercerá sus nuevas funciones ante los tribunales. En este punto las directrices destacan que el fundamento que justifica la nueva potestad asumida por la Autoridad holandesa de Competencia es la responsabilidad compartida entre las Autoridades Nacionales de Competencia y la Comisión Europea para lograr una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE en toda la Unión Europea. Como ya se ha advertido anteriormente, las Directrices analizadas consideran que lograr esta aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia resulta de interés público.

#### b) *Ámbito de aplicación de las directrices (§§ 10-13)*

En este segundo capítulo aparece una de las ideas clave de las directrices, que ya se había anticipado en el primer párrafo de las mismas: estas directrices, y por ende la intervención de la figura del *amicus curiae*, se aplicarán únicamente en aquellos casos en los que los tribunales holandeses apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado y la NMa no actúe como parte (§ 10). Resulta interesante que las Directrices destaquen expresamente que la Autoridad holandesa considera que el poder de intervenir como *amicus curiae* se refiere únicamente a los casos en los que aplica Derecho comunitario de la competencia (los citados arts. 81 y 82 del TCE) pero no se extiende a aquellos otros en los que se aplican los artículos equivalentes de la legislación holandesa (arts. 6 y 24 de la Ley de Competencia holandesa). Por tanto, a diferencia de España tras la Ley 15/2007, la Autoridad holandesa no tiene capacidad para intervenir como *amicus curiae* en aquellos casos en los que únicamente se aplique el Derecho Nacional de Competencia, sin referencias al Derecho europeo. No obstante, las directrices se apresuran a recordar que ambos cuerpos jurídicos (la normativa comunitaria y la Ley holandesa de Defensa de la Competencia) son homologables en un margen muy amplio; por ello, las observaciones referidas a la aplicación de los arts. 81 y 82, consideran las directrices, también tendrían consecuencias para la aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley holandesa.

Las directrices exponen a continuación otra característica de la normativa holandesa: la potestad de realizar intervenciones de *amicus curiae*



abarca tanto los procedimientos ante la jurisdicción civil como ante un tribunal perteneciente al orden contencioso-administrativo. En todo caso se requiere que la NMa no intervenga como parte en ninguno de estos procedimientos (§ 11). Las Directrices citan expresamente (§ 12) las últimas modificaciones legales realizadas con objeto de autorizar estas intervenciones de la Autoridad holandesa ante tribunales civiles (Código de Procedimiento Civil holandés) y ante órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa. Como último apunte del capítulo, las directrices establecen que, en ningún caso, las observaciones emitidas por la NMa en sus intervenciones como *amicus curiae* resultan vinculantes para el órgano jurisdiccional al que van dirigidas.

#### c) *Base jurídica (§ 14)*

El capítulo III (ejercicio de la función de *amicus curiae*), núcleo central de las directrices, se inicia con una breve mención, en un único párrafo (§ 14), de la base jurídica sobre la que se asienta la potestad para realizar intervenciones de *amicus curiae*, que se aludía en el párrafo anterior: tanto el art. 89 de la Ley de Defensa de la Competencia de los Países Bajos como el art. 44 del Código de Procedimiento Civil holandés otorgan al director de la NMa la posibilidad de presentar observaciones escritas en procedimientos ante un tribunal administrativo o ante un tribunal civil, en la que la institución de defensa de la competencia no actúe como parte. Siguiendo el modelo comunitario de *amicus curiae* regulado en el Reglamento 1/2003, la presentación de observaciones orales durante la audiencia también resulta posible con el permiso del juez.

#### d) *Posibles actuaciones como amicus curiae (§§ 15-25)*

Las directrices dedican amplio espacio (más de diez párrafos) a explicar la forma en que la Autoridad holandesa de Competencia se plantea ejercitar sus nuevos poderes como *amicus curiae*, pudiendo destacarse las siguientes cuestiones:

- *Condiciones para el ejercicio del amicus curiae*: se reitera de nuevo que la intervención de la NMa en los procedimientos judiciales en calidad de *amicus curiae* sólo se realizará si se cumplen dos condiciones: *i*) si la Autoridad de Competencia no actúa como parte en el procedimiento, y *ii*) si se debate una cuestión jurídica en relación con la interpretación de los arts. 81 y/o 82 del Tratado CE (§ 18).
- *Moderación en el ejercicio de la función*: las directrices subrayan la intención del director general de la NMa de actuar con moderación en el uso de su poder para intervenir como *amicus curiae* en los procedimientos judiciales. En la medida de lo posible, tiene como objetivo evitar cualquier tipo de solapamiento con sus funciones norma-

les de reglamentación en materia de competencia. Por ello, espera realizar intervenciones como un *amicus curiae* sobre todo en procedimientos civiles (§ 15) y, en principio, sólo intervendrá en casos de apelación (§ 16).

- *Comunicación de casos a la NMa*: las directrices admiten la posibilidad de que, tanto las partes de un procedimiento como el Tribunal que lo juzga, puedan poner en conocimiento de la NMa la existencia de un caso que implique la interpretación de los arts. 81 y/o 82 del TCE. Sin embargo, también se subraya que la intervención de *amicus curiae* debe estar guiada por el interés público y nunca por los intereses privados de las partes, dado que se fundamenta en la obligación de las Autoridades de Competencia europeas en lograr una aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias en toda la Unión. Por tanto, la intervención como *amicus curiae* en estos casos puestos en conocimiento de la NMa por las partes o el tribunal se basará en el principio del interés público y será valorada por el director general de la Agencia caso por caso (§ 19).
- *Amicus curiae como potestad y no como obligación*: enlazando con el criterio del interés público que debe guiar la intervención ante los tribunales de la NMa, las directrices también subrayan que para adoptar la decisión final sobre la intervención en un caso, se ponderará los recursos que implica atender dicha intervención, estableciéndose como norma que la NMa no intervendrá en las causas judiciales que perjudiquen sus tareas fundamentales (§ 20).
- *Intervención de la NMa como experto o perito*: la discrecionalidad de la intervención como *amicus curiae* se hace también evidente para los casos en los que un juez solicita la intervención de la NMa como perito o experto jurídico. En estos casos el director general de la NMa estudiará si existen suficientes razones que aconsejen la intervención de *amicus curiae* requerida en calidad de experto, basándose en los criterios expuestos en el capítulo 3 de las directrices (interés público, perjuicio de sus actividades, etc.). El parágrafo 21 que regula esta cuestión finaliza diciendo que si el director general no considera que existan razones para su intervención como *amicus curiae* «will not honour the court's request to appoint him as a legal expert».
- *Comunicación escrita con los Tribunales*: las directrices recogen también el compromiso del director general de comunicar por escrito al tribunal su intención de intervenir como *amicus curiae* (§ 17). Igualmente la intervención de *amicus curiae* se materializará como un escrito con observaciones (§ 22). Si el escrito de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal da lugar a cuestiones adicionales, nuevamente entran en juego los principios generales de intervención (interés público, aplicación uniforme de la normativa comunitaria y recursos implicados), ya que el director general de la NMa decidirá si es necesario contestarlas individualmente basándose en dichos criterios (§ 23).



- *Procedimientos suspendidos por negociaciones entre las partes:* nuevamente el uso eficiente de los recursos de la Autoridad se encuentra presente en las directrices establecidas en los párrafos 23 y 24. La NMa suspenderá su intervención como *amicus curiae* en el caso de que las partes inicien un proceso de negociación para poner fin a su pleito y sólo la reanudará si el tribunal le notifica que dicha negociación ha fracasado (§ 24). Por otra parte, se expresa claramente que la NMa cesará de intervenir en el procedimiento judicial desde el momento en el que el Tribunal le notifique que las partes han alcanzado un acuerdo (§ 25).

e) *Documentación y confidencialidad (§§ 26-29)*

Tal y como dispone el art. 15.3 del Reglamento 1/2003, las directrices también establecen la posibilidad de que la Agencia holandesa solicite al tribunal la remisión de los documentos necesarios para valorar un caso y poder formular sus observaciones. La remisión de estos documentos por el tribunal abre un plazo de cuatro semanas para que la NMa remita sus observaciones escritas (§ 26). En principio, las directrices señalan que el director general de la NMa es de la opinión de que la expresión «documentos necesarios» incluye todos los documentos relativos a los procedimientos judiciales (§ 27).

Las directrices también regulan el tratamiento que recibirá la documentación remitidas por los tribunales (§ 28). La NMa considerará toda la documentación recibida como información confidencial y, a la finalización del procedimiento, la devolverá al tribunal. No obstante, la Autoridad holandesa conservará una copia de su informe de *amicus curiae* y también una copia de los documentos en los que se basaron sus razonamientos de acuerdo con lo previsto en la Ley de Registros Públicos *Archiefwet*. Por último, se señala que los documentos recibidos por la NMa en relación con la intervención de *amicus curiae* sólo podrán utilizarse para elaborar los informes de *amicus curiae* (§ 29).

f) *Relaciones con la Comisión Europea (§§ 33-35)*

En este subapartado, las directrices se limitan a recordar lo dispuesto en el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 que permite tanto a la Comisión Europea como a las Autoridades Nacionales de Competencia, presentar observaciones ante los tribunales que se encuentren aplicando los arts. 81 y 82 del TCE (§ 33). De igual forma constatan que la forma en la que la Comisión Europea ejecuta este cometido se encuentra regulada en la comunicación de relación con los órganos jurisdiccionales de los EEMM (apartado 54 y ss.).

Aplicando de nuevo el criterio de uso eficiente de los recursos públicos las directrices exponen la visión del director general de la NMa que no considera conveniente una intervención simultánea de la Comisión Europea y la NMa como *amicus curiae* en el mismo procedimiento judicial. Por ello, el párrafo 35 determina que si la Comisión Europea hace público su interés por participar en un procedimiento judicial como *amicus curiae*, la Nma se abstendrá de intervenir en el mismo. La redacción de la directriz parece no dar opción a la Autoridad holandesa para abordar otras posibles alternativas ante casos como éste, esbozando algún tipo de colaboración entre ambas Autoridades.

g) *Medidas cautelares (§§ 30-32)*

Las directrices dedican tres párrafos bastante extensos a regular la articulación de la intervención de *amicus curiae* en un procedimiento de medidas provisionales. Aunque se acepta como posibilidad que el presidente de un tribunal inmerso en un procedimiento de medidas provisionales solicite de la Nma información u opinión basada en su calidad de experto (§ 30), las directrices recalcan de nuevo que cualquier intervención de la NMa ante los tribunales no puede ejecutarse a expensas de las tareas clave de la Autoridad (§ 31).

Por ello, el texto subraya una vez más el carácter discrecional que tiene la intervención como *amicus curiae*, no ligada a los intereses privados de las partes y sometida siempre al objetivo de lograr una aplicación uniforme de la normativa europea de competencia. No obstante, las directrices también destacan que el director general de la Autoridad tendrá en su debida consideración la petición del presidente del tribunal. En todo caso, se añade, el director general busca siempre el interés público derivado de la necesidad de lograr una aplicación uniforme y decidirá sobre estas peticiones caso por caso (§ 31).

Para evitar verse sometido a preguntas que excedan lo previsto como habitual en las directrices, el párrafo 32 establece que el director general de la NMa sólo está en condiciones de responder a las preguntas sobre las que el tribunal le proporcione información suficiente. La Autoridad holandesa destaca que no tiene la intención de ejercer sus poderes de investigación para obtener información sobre el caso. Por último, se añade que se deja a la discreción del presidente del tribunal la decisión sobre si una intervención de *amicus curiae* resulta conveniente en el procedimiento con el fin de garantizar la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

h) *Estatus de las intervenciones de amicus curiae (§§ 36-37)*

Las directrices establecen claramente el carácter no vinculante para el tribunal que las recibe de las intervenciones de *amicus curiae* realizadas por



la Autoridad holandesa (§ 36). Asimismo, destaca que otras Autoridades, como la Comisión Europea o cualquier agencia nacional de competencia, tampoco quedan vinculadas por las intervenciones como *amicus curiae* efectuadas por la NMa (§ 37).

Junto a esta declaración expresa, el mismo párrafo 37 establece ciertas pautas sobre las evidencias o pruebas que pueden ser utilizadas para emitir observaciones de *amicus curiae* y sobre su carácter vinculante para futuras actuaciones de la NMa. Según apuntan las directrices, en la formulación de sus observaciones, la NMa tomará como punto de partida las pruebas en poder del tribunal en su procedimiento. La Autoridad holandesa no realizará tampoco una valoración independiente de la prueba, pero esto no le impide tener absoluta libertad para apartarse posteriormente de cualquier evaluación realizada.

#### i) *Publicación de las intervenciones (§§ 38-39)*

La NMa pretende dotar de publicidad a su actuación como *amicus curiae*. Sus intervenciones ante los tribunales se publicarán en la página web de la Autoridad, teniendo siempre en cuenta las cuestiones relativas a la confidencialidad. La publicación se realizará una vez que la sentencia de los tribunales haya sido hecha pública (§ 38).

También la Memoria anual de la NMa dará cuenta del número de intervenciones de *amicus curiae* realizadas por la Autoridad durante el año reseñado, así como de los temas tratados en las mismas (§ 39).

Las directrices justifican esta vocación de publicidad reconociendo que, aunque en principio, una intervención de la NMa como *amicus curiae* en un procedimiento judicial se centra en las cuestiones jurídicas relevantes en dicho proceso, su contenido puede resultar de importancia no sólo a las partes intervinientes en dicho proceso judicial, sino también al conjunto de la comunidad jurídico-empresarial (§ 38).

## 6. SITUACIÓN EN ESPAÑA

La situación existente en España para el desempeño de funciones de *amicus curiae* por parte de las Autoridades administrativas de Defensa de la Competencia es similar a la de algunos de nuestros vecinos europeos.

El Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, estableció en su art. 8 la competencia del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para presentar observaciones escritas o verbales a los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, pronto se hizo evidente que una articulación completa de este instrumento procesal hacía necesaria una modificación de más calado.

Como en Holanda, en España se ha modificado tanto la legislación de defensa de la competencia (a través de la Ley 15/2007) como la legislación procesal (a través de la disposición adicional segunda de la nueva LDC) para ofrecer una adecuada cobertura normativa a la institución del *amicus curiae*. No es propósito de este artículo analizar pormenorizadamente estas regulaciones, examen que puede encontrarse en varias obras colectivas dedicadas al estudio de la nueva Ley<sup>30</sup>.

Por el contrario, sí resulta oportuno destacar algunos de los principales problemas que ha debatido la doctrina respecto a esta novedosa institución en la legislación procesal española, sobre todo en los aspectos relacionados con las regulaciones existentes para la misma figura.

Para el profesor RUIZ PERIS, los principales problemas de los que adolece la regulación española de la figura pueden concretarse en los siguientes:

- Ausencia de una distinción clara entre las actuaciones bajo la figura del *amicus curiae* y aquellas más cercanas a las de un experto o perito judicial, la intervención del *amicus* se realiza en tutela de un interés y no en auxilio de la justicia.
- Posible existencia de intereses contradictorios entre las distintas Autoridades administrativas de Defensa de la Competencia y concurrencia de las mismas dentro de un mismo litigio.
- Y, por último y como problema más importante, las garantías procedimentales y limitaciones a las que debe someterse la actuación de las Autoridades de Defensa de la Competencia como *amicus curiae*, para que los derechos fundamentales de las partes del procedimiento, y en particular del principio de igualdad de armas, no sufran vulneración alguna.

Junto a estos problemas el mismo artículo señala otros como el olvido de la posibilidad de que las Autoridades de Defensa de la Competencia puedan actuar como *amicus curiae* en los casos relativos a la aplicación de la prohibición de conductas desleales que afecten al interés público (art. 3 LDC), «incomprensible al tratarse de conductas prohibidas, como las colusorias y las abusivas, en las que concurre un interés público en su persecución —como en los casos anteriores—»<sup>31</sup>, o la ambigüedad respecto a la posibilidad de que los ADC nacionales puedan aportar informaciones —no vinculadas a observaciones— por iniciativa propia a los órganos jurisdiccionales.

RUIZ PERIS hace especial hincapié en la ausencia de límites para la intervención de las Autoridades de Competencia en su función de *amicus*; límites que considera absolutamente necesarios para preservar la igualdad de armas en el procedimiento, dado que toda intervención de *amicus curiae*

<sup>30</sup> Por ejemplo, los estudios de Alberto ARRIBAS, en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, 2007 o de Íñigo RODRIGUEZ SASTRE, en VVAA, *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007*, Bosch, 2008.

<sup>31</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», *Derecho de los negocios*, núm. 206, 2007, p. 11.



conlleva el fortalecimiento de las tesis de una u otra parte y la necesidad del no beneficiado de hacer frente a un «aparato enorme y especializado en defensa de la competencia» incrementando sus gastos. Esto es así, según el autor, dado que el prestigio de los órganos de defensa de la competencia podría propiciar la aceptación automática de las tesis sostenidas por éstos por parte de los órganos jurisdiccionales, debido a la complejidad creciente de los casos de defensa de la competencia que, a veces, implican análisis económicos elevados. Para RUIZ PERIS «parece necesaria la exigencia de un esfuerzo de contención y justificación por parte de las (Autoridades de Defensa de la Competencia) limitando sus observaciones a lo estrictamente necesario y de especial atención jurisdiccional en la revisión respecto a la justificación de las observaciones puestas de manifiesto por las (Autoridades de Defensa de la Competencia)»<sup>32</sup>.

Para el autor esta situación contrasta con la existente en los sistemas de *common law* donde tuvo origen la institución del *amicus curiae* y se ha desarrollado de una forma más abierta. «El sistema de *amicus curiae* de la *common law* es un sistema abierto, en el que cabe, por ejemplo, que una organización profesional concedora de la intervención de una ADC presente sus propias observaciones como *amicus curiae*, en tanto que la solución prevista por el art. 15 bis concede a los ADCs el monopolio de la actuación como *amicus curiae*, lo que priva de la posibilidad de que la intervención de la ADC sea contrarrestada por quien tenga una concepción del interés público diversa de la que sostenga en tal caso el ADC»<sup>33</sup>.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La institución del *amicus curiae*, con remotos orígenes en el Derecho romano y una larga trayectoria en el ámbito de los países de *Common Law* (en especial Estados Unidos), se encuentra actualmente en un proceso de expansión hacia otros ordenamientos como el Derecho internacional o los sistemas jurídicos de *Civil Law*, etc.) que coincide con cierta reconsideración de sus posibilidades en los ordenamientos en los que ya se encuentra asentado.

A este lado del Atlántico y en el ámbito concreto del Derecho de la competencia, el *amicus curiae* está dando sus primeros pasos tanto en España como en el resto de los países miembros de la Unión Europea salvo, quizás, Alemania. A pesar de que la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia pueden utilizar esta herramienta procesal desde el 1 de mayo de 2004 para aquellos procesos judiciales en los que se aplican los art. 81 y 82 del Tratado, hasta el momento se ha ejecutado un uso muy moderado de la misma, tanto por parte de la Comisión Europea como por las agencias nacionales de competencia.

<sup>32</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 13.

<sup>33</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 13.

Incluso países con una larga tradición en la utilización de esta figura dentro del campo de la defensa de la competencia como la República Federal de Alemania hacen un uso restringido de la misma, dado el alto volumen de procedimientos civiles en los que se aplica la normativa de competencia, centrándose la Autoridad de Competencia en intervenir en aquellos casos ante el Tribunal Supremo y también en los que presentan algún paralelismo o conexión con expedientes administrativos que están siendo investigados por la propia Autoridad alemana.

Junto a la reforma de la legislación procesal y de la normativa de competencia algunos países comunitarios como Holanda han optado por publicar unas directrices que señalen los principios que han de guiar a la Autoridad de Competencia de los Países Bajos en la utilización de la nueva institución procesal. Estos principios son el interés público como objetivo fundamental de la intervención como *amicus curiae*, el carácter discrecional de esta intervención, la limitación de la misma a los procedimientos en los que aplique el Derecho de la competencia y el uso eficiente de los recursos públicos, de forma que la actuación como *amicus curiae* no perjudique la actividad normal de la institución.

El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 no permite examinar todavía cuál ha sido la utilización práctica de esta figura dentro del ordenamiento jurídico español. No obstante, razones similares a las expuestas para otros sistemas europeos aconsejan pensar que se hará un uso moderado de la misma, atendiendo siempre a los intereses públicos que, de acuerdo con la LDC, las Autoridades Nacionales de la Competencia deben proteger y prestando la máxima asistencia a los jueces y tribunales españoles que soliciten la asistencia de las Autoridades administrativas de Competencia.

A pesar de su escasa utilización el *amicus curiae* ya ha suscitado una primera cuestión prejudicial ante el TJCE, solicitando el parecer del Tribunal de Luxemburgo sobre los límites de la figura. Si bien el carácter muy específico del caso en el que se ha planteado la cuestión puede limitar de alguna forma el fallo final del Tribunal de Justicia, no puede descartarse que el juez europeo decida plasmar una opinión concreta sobre la figura regulada en el art. 15.3 del Reglamento 17/2003. Esta evaluación judicial de la institución podría además coincidir con el Informe sobre la aplicación del Reglamento 1/2003 que debe presentar la Comisión ante el Parlamento y el Consejo Europeo, según el art. 44 del Reglamento, a los cinco años desde su aplicación, fecha que se cumple en mayo de 2009.

Todo lo anterior (escasa experiencia en su aplicación, futura revisión judicial de la figura por el TJCE, informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 1/2003, etc.) obliga a pensar el desarrollo de la institución del *amicus curiae* cuenta todavía con un margen extenso para su desarrollo en el ordenamiento jurídico español que deberá, al mismo tiempo, ajustar los detalles de esta figura a las características específicas de nuestra legislación procesal.