

APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE Y DE LAS NORMAS INTERNAS DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ
Director de la Agencia de Protección de Datos
Magistrado
Ex Vocal y Ex Vicepresidente del TDC

I. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE LA COMPETENCIA. ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU APLICACIÓN

Uno de los principales objetivos del Tratado de Roma es la instauración de un mercado común basado en un régimen de libre competencia. Así, el artículo 3.a) del Tratado prevé la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones a la libre circulación de mercancías en el mercado común, y el apartado f) del mismo precepto impone el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en dicho mercado.

El principio de la libre competencia aparece desarrollado en los artículos 85 al 94 del mismo TCEE, y su finalidad es, por un lado el evitar que las empresas puedan realizar acciones anticompetitivas que dificulten el comercio entre los Estados pertenecientes a aquella Comunidad, y por otro impedir el falseamiento de la competencia por las ayudas otorgadas por los propios Estados miembros. En concreto el artículo 85.1 prohíbe los denominados por la doctrina acuerdos colusorios en todas las modalidades posibles, de los que el propio precepto sólo describe los más relevantes, con tal que *«puedan afectar al comercio entre los Estados miembros»*, y que en el número 2 sanciona con nulidad de pleno derecho. Finalmente el apartado 3 del mismo, posibilita la no aplicación de las disposiciones del 1 anterior cuando el acuerdo, decisión o práctica concretos contribuyan a mejorar la producción o la distribución o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven a los usuarios una participación beneficiosa y sin que impongan restricciones no indispensables o posibiliten eliminar la competencia respecto de una parte sus-

tancial de mercado de producto. El artículo 86 prohíbe por su parte el abuso de posición dominante en el mercado de forma absoluta sin que quepa ninguna autorización ni excepción. Por su parte, el artículo 90 veta el que se mantengan respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a las normas del Tratado y el artículo 92 declara incompatibles con el mercado común las ayudas públicas.

Todas estas normas sobre libre competencia se van a extender a los países que integran la Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA), en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹.

El artículo 87 TCEE después de establecer, en su apartado 1, que en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del mismo, el Consejo adoptará los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86, en su apartado 2.e) prevé la existencia de derechos nacionales de competencia.

Por su parte el artículo 88 TCEE señala que hasta tanto no entren en vigor las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo 87 del mismo, las autoridades de los Estados miembros decidirán conforme a su derecho interno sobre la admisibilidad de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y explotación abusiva de posición dominante, así como también de acuerdo con los artículos 85, y en particular las de su apartado 3 y las del artículo 86 del mismo Tratado.

En definitiva, de los artículos 87 y 88 se desprende que la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia se las reserva el TCEE a las propias instituciones comunitarias, principalmente a la Comisión y al Tribunal de Justicia, según señala el artículo 87.2.d), aunque en tanto se dicten las normas apropiadas para su aplicación se confiere la de los artículos 85 y 86 a las autoridades nacionales de competencia.

La entrada en vigor del Reglamento número 17 del Consejo² priva a las autoridades nacionales de competencia de conceder exenciones en virtud del artículo 85.3 TCEE, ya que el artículo 9.1 de aquél establece la competencia exclusiva de la Comisión a estos efectos. Con ello la competencia de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario antitrust no desaparece, sino que se limita a los artículos 85.1 y 86, aunque condicionada a que la Comisión no haya iniciado un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 ó 6 del propio Reglamento³. Esta distribución competencial, que en principio no debiera derivar graves problemas, sobre todo si la Comisión siguiese las normas de colaboración que señala el artículo 10 del mismo Reglamento, encierra una gran complejidad teórica y transcendencia práctica ante la posible aplicación

¹ Porto 2 de mayo de 1992 y Protocolo de adaptación firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1993.

² Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, modificado por los Reglamentos n.º 59, n.º 118/63 CEE y Reglamento (CEE) n.º 2822/71.

³ Artículo 9.3.

concurrente a una misma conducta de las normas de la competencia por parte de la Comisión y las autoridades administrativas nacionales⁴.

II. AUTORIDADES NACIONALES A LAS QUE SE CONFIERE LA APLICACIÓN DE NORMAS DE COMPETENCIA COMUNITARIAS

La noción de autoridad nacional a que se refiere el artículo 88 TCEE y el Reglamento 17/1962 no se precisa en ninguna de estas normas. Su concreción ha venido dada al fin por el TJCE en Sentencia BRT/SABAM de 30 de enero de 1974, existiendo antes una viva polémica doctrinal dada la alta indeterminación de tal concepto. En esta Sentencia señala el TJCE que las autoridades de los Estados miembros contempladas por el artículo 9, párrafo 3 del Reglamento n.º 17 son aquéllas cuya competencia deriva del artículo 88 del Tratado. Pueden ser autoridades administrativas, jurisdiccionales especialmente encargadas de aplicar el derecho interno de la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por las autoridades administrativas. En definitiva el Tribunal viene a posibilitar, al constatar la realidad existente en los diversos Estados miembros, en donde en unos se encargaba de la aplicación del Derecho interno de competencia a autoridades administrativas y en otros a jurisdiccionales, el que continúe cada cual utilizando uno u otro sistema indistintamente, a las que se encomienda ahora también la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE en los términos que confieren los artículos 88 TCEE y 9 del Reglamento n.º 17.

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

La Comisión recientemente ha publicado una Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 TCE⁵. De la misma hay que destacar aquí su referencia a la anterior Comunicación que la Comisión dirige a los órganos jurisdiccionales nacionales en 1993, que se analizará más adelante, sobre cooperación para la aplicación de los mismos preceptos del Tratado y donde una vez más se infiere que al menos para la Comisión sigue vigente la distinción y posibilitación que los repetidos artículos se apliquen por los Tribunales jurisdiccionales y por las autoridades nacionales, entendiendo por estas últimas a las que se refiere el TJCE en la jurisprudencia más arriba citada⁶. Aquella comunicación viene en definitiva a completar las reglas de cooperación entre la Comisión y los

⁴ Ver MARTÍNEZ LAGE, S., *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín 130.

⁵ 97/C 313/03, DOCE C 313 de 15 de octubre de 1997.

⁶ Principalmente a partir de la STJC de 30 de enero de 1974 BRT/SABAM.

Estados miembros para la aplicación de los repetidos preceptos del Tratado. Por su contenido, no va a ser objeto aquí de estudio, aunque sí es menester señalar el reconocimiento que hace en favor de las autoridades nacionales de la aplicación de los artículos 85.1 y 86 TCEE estableciendo unos criterios de reparto en su aplicación por éstas y la Comisión que clarifican en parte las disfunciones que hasta el momento se producían⁷.

III. APLICACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE LAS NORMAS INTERNAS DE COMPETENCIA Y DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 POR LAS AUTORIDADES NACIONALES

Cuando España se adhiere a la CEE las normas internas de competencia estaban reguladas por la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos seis primeros artículos contienen el régimen sustantivo sobre la materia razonablemente similar en términos generales al comunitario. Su Exposición de Motivos hace referencia explícita al Tratado de la CEE y a los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, pero la realidad constata el fracaso de esta bien intencionada Ley⁸, y a pesar de la importante labor llevada a cabo por dos de los órganos encargados de su aplicación, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque no contribuyó en cambio a su buen fin el tercer órgano que la aplica, el Consejo de Ministros.

A partir del 1 de enero de 1986 tiene plena vigencia en el Reino de España el Derecho Comunitario y por tanto la normativa sobre competencia que el mismo contiene. Pero como se afirmaba antes, los artículos 85.1 y 86 TCEE resultan aplicables no sólo por las autoridades comunitarias sino también por las nacionales. Ello motiva el Real Decreto 1886/1986, de 29 de agosto de 1986⁹, cuyo artículo 1.º establece que, a los efectos del artículo 9 del Reglamento n.º 17 del Consejo y del artículo 15 del también Reglamento 1017, el TCD será considerado autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado Constitutivo de la CEE y de los artículos 2 y 8 del Reglamento 1017/68. De otro lado, señala a la Dirección General de la Competencia como autoridad encargada a tales efectos de las funciones de colaboración entre las Administraciones Públicas y la Comisión de las Comunidades Europeas.

Como consecuencia inmediata de nuestra adhesión a las Comunidades resultaba preciso adecuar nuestro ordenamiento jurídico para que el

⁷ Ver al respecto PASCUAL Y VICENTE, J., «Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas», en *Gaceta Jurídica CE*, Boletín 126.

⁸ La propia Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, señala que la nueva Ley «...nace con el propósito de superar los defectos que presentaron la plena aplicación de la Ley 110/1963».

⁹ Sustituido por el Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, BOE n.º 57 de 7 de marzo de 1998.

nuevo Derecho Comunitario resultase eficaz. Por ello se aprobó la Ley 47/1985 por la que se habilita al Gobierno a la adaptación del Ordenamiento español al comunitario. En el Anejo de la Ley se enumera una serie de normas con rango de Ley que deben ser adaptadas, entre las que figura la Ley 110/1963, que no precisaba ser modificada o adaptada según opinión de algunos autores por exigencia del Derecho Comunitario, aunque por razones distintas se considere preciso hacer una nueva Ley para paliar el fracaso de la antigua ¹⁰. En cualquier caso, hubiera o no que adaptar la Ley, por este sistema ve la luz la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. La nueva Ley sigue casi miméticamente las disposiciones sobre la materia del Derecho Comunitario. Así sus artículos 1 y 6 se ocupan de prohibir las prácticas colusorias y los abusos de posición de dominio, recogiendo en práctica literalidad el contenido de los artículos 85.1 y 86 TCEE. Otras muchas son las similitudes, como los tipos de sanciones o los criterios de prescripción por señalar sólo algunos ejemplos. En algunos aspectos el legislador español mejora el Derecho Comunitario, como es el supuesto de encargar la instrucción y decisión a órganos distintos, lo que comporta mayores garantías. Existen también notables diferencias, como la norma contenida en el artículo 2 referida a las conductas autorizadas por la Ley y el artículo 7 que permite al TCD conocer de los actos de competencia desleal que por falsear sensiblemente la competencia afectan al interés público ¹¹.

Resulta útil recordar aquí que la posterior Ley de Competencia Desleal de 1991, atribuye el conocimiento de todas las acciones que la misma propicia para reprimir la competencia desleal a la jurisdicción y concretamente al orden jurisdiccional civil. De ello puede deducirse que con carácter general y en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas es la jurisdicción la encargada de declarar, evitar, y/o reprimir estas prácticas y también podrá conocer de las mismas el TCD en los términos fijados por el artículo 7 LDC.

La LDC encarga de la aplicación del derecho interno de la competencia al Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución y en su caso de propuesta, y el Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes en los términos que señala la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. También debe incluirse entre aquellos órganos al Consejo de Ministros, al que se atribuyen las funciones de autorizar con o sin condiciones o prohibir las

¹⁰ FERNÁNDEZ-LLERGA GARRALDA, C., «El Derecho de la Competencia en España a diez años de la adhesión a la Comunidad» en *España en la Europa Comunitaria: Balance de Diez Años*, coordinador Carlos F. Molina del Pozo, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 290.

¹¹ Como precisa el TCD, los elementos que deben concurrir para que sea de aplicación el tipo definido en el artículo 7 LDC son: *a)* que la actuación en cuestión pueda ser considerada como competencia desleal; *b)* que, en virtud a tales actuaciones se pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional; *c)* que, consideradas las dimensiones de dichos actos, se provoque una afectación al interés público (Resoluciones de 9 de octubre de 1991 y 30 de diciembre de 1991).

operaciones de concentración que afecten el mercado español ¹² y las de dimensión comunitaria que sean remitidas por la Comisión en aplicación del artículo 9 del Reglamento número 4064/89 del Consejo ¹³, y al que corresponde adoptar las medidas pertinentes en aplicación de lo previsto en el artículo 21.3 del Reglamento 4064/89 ¹⁴.

El legislador español, como se comprueba, ha optado por encomendar a autoridades administrativas la aplicación del Derecho interno sobre competencia, siendo éstas las que aplicarán los artículos 85.1 y 86 en los términos antes examinados, como autoridades nacionales

Pero no podemos olvidar tampoco que el objetivo principal de las normas de competencia es la salvaguarda de interés público. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989 expresamente señala: «La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...» para precisar más adelante «La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos...». Queda suficientemente explícita en la Exposición de Motivos la vocación de tutela de intereses públicos con que nace la Ley y que tiene también su reflejo en el contenido que el artículo 46 de la misma delimita para las Resoluciones del TCD, quedando fuera de la misma la declaración de la nulidad con que el artículo 1.2 sanciona a las conductas prohibidas, que corresponderá a la jurisdicción así como ante la que deberá ejercitarse la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de actos prohibidos por la Ley, según señala el artículo 13 LDC.

La normativa de competencia protege pues intereses públicos y sólo privados en tanto en cuanto coincidan con los públicos. Igual filosofía se contiene en el régimen especial de medidas cautelares que al efecto diseña el artículo 45 LDC, del que es de destacar, a estos efectos, la legitimación principal del SDC para proponer las medidas al TCD, la especial medida expresa en el precepto que se concreta en órdenes de cesación o imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas, la limitación de la prestación de fianza al supuesto de que sean los particulares quienes propongan las medidas o la excepcional facultad que se otorga al TCD para imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de las medidas ¹⁵. También está presente la defensa de

¹² Artículo 17 LDC y Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, BOE n.º 258 de 27 de octubre de 1992.

¹³ Modificado por Reglamento n.º 1310/97 del Consejo.

¹⁴ Artículo 1.3 Real Decreto 295/97 de 27 de febrero.

¹⁵ Ver al respecto mi trabajo: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1996*, Fundación Ico-Marcial Pons, 1998, pp. 139 a 159. También mi ponencia «Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de defensa de la competencia» en las *Jornadas del TCD*, Madrid, 1998.

intereses públicos en que se encargue de la aplicación de la Ley a un órgano administrativo de especial singularidad y cualificación, por cuanto se integra por juristas y economistas especializados en la materia, que toman las decisiones colegiadamente por su Pleno compuesto por ocho vocales y el presidente, y que pese a su carácter administrativo, goza de total independencia frente a la Administración dada la inamovilidad de sus miembros por el tiempo de su nombramiento. Ello es una muestra más de la preocupación del legislador por garantizar el interés público de la competencia. De forma diferente los intereses particulares se encomiendan a los órganos jurisdiccionales no especializados y cuyas decisiones colegiadas se circunscriben normalmente a la concurrencia de tres miembros.

Finalmente hay que recordar que las resoluciones que dicte el TCD serán revisables en vía jurisdiccional contencioso-administrativo según establece el artículo 49 LDC, correspondiendo su conocimiento a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, según indica la Disposición transitoria quinta de la propia Ley y que atendiendo a las normas de reparto, se concreta en su Sección Sexta. Pues bien, este Tribunal jurisdiccional al revisar las resoluciones del TCD, tiene también la cualificación de autoridad nacional a que se refiere el artículo 88 TJCE, según señala la STJCE de 30 de enero de 1974 BRT/SABAM

IV. APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

1. EFECTO DIRECTO

Muy pronto el TJCE estableció que el derecho comunitario constituye «un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros»¹⁶, superando su primitiva postura en la que había señalado que se trataba de un «nuevo ordenamiento jurídico de derecho Internacional»¹⁷. Al rectificar su primera definición, el TJCE subraya la autonomía del ordenamiento comunitario y su imposición a las jurisdicciones¹⁸.

Algunos autores distinguen, entre aplicación directa, cuando no es preciso que los Estados dicten normas de incorporación, transposición y desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio, y el efecto directo, cuando la norma genera derechos u obligaciones que pueden ser hechos valer por los ciudadanos directamente ante los Tribunales internos¹⁹.

¹⁶ STJCE de 15 de junio de 1964, asunto Costa/Entel.

¹⁷ STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend y Loos.

¹⁸ En la citada Sentencia Costa/Entel, precisa: «a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros dada la entrada en vigor del tratado y que se impone a las jurisdicciones».

¹⁹ Ver MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios de articulación de las relaciones entre el derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, pp. 518-519.

En definitiva toda norma de Derecho Comunitario «*produce efectos*» en los Países miembros, tanto se trate de derecho originario —Tratados— como de derecho derivado —Reglamentos y Directivas, principalmente— aunque unas tengan efecto directo tanto vertical como horizontal según terminología doctrinalmente generalizada por cuanto que dirigidos a los Estados miembros y a los ciudadanos de éstos, al resultar una norma completa pueden invocarse ante las jurisdicciones y otras sólo por tener efecto vertical, producen efecto directo ante aquellos a los que se dirige. Las Directivas, en cuanto dirigidas a los Estados miembros, aún no produciendo efecto directo horizontal en litigios entre particulares, producen determinados efectos incluso entre éstos, por cuanto que obligan a la interpretación del derecho interno a la luz de la norma comunitaria, con independencia de derivar la posibilidad del ejercicio de la acción indemnizatoria ante el Estado que incumplió con su incorporación tardía ²⁰.

El TJCE en su Sentencia Van Gend y Loos, formuló varios requisitos que debe tener la norma comunitaria para producir efecto directo:

— Que la norma sea clara y precisa o suficientemente precisa en el sentido que funde una obligación concreta, desprovista de ambigüedades.

— Que su mandato sea incondicional, en el sentido de que no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias.

Lo que importa en definitiva es que el beneficiario y el derecho protegible estén bien definidos en la propia norma comunitaria sin necesidad de normas de ejecución nacionales o comunitarias ²¹.

La eficacia directa y el carácter prevalente del derecho comunitario fue asumido desde el principio sin titubear por nuestro TS, al menos por su Sala de lo Contencioso-administrativo ²².

2. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE

El TJCE ya había reconocido efecto directo al artículo 85 TCEE en Sentencia de 6 de abril de 1962 Bosch y el de ambos preceptos, artículos 85 y 86 TCEE, desde la citada S. BRT/SABAM, destacando al respecto que «*siendo las prohibiciones de los artículos 85 y 86 aptas por su propia*

²⁰ Ver al respecto: FERNÁNDEZ PEREZ, B., «Tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares en el ordenamiento comunitario: La responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario» en *Rev. La Ley D201*, 1996, pp. 1405 a 1410.

²¹ MANGAS MARTÍN, A., «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego S. Liñán Nogueiras, Civitas, 1993, p. 62.

²² Ver entre otras STS de 28 de abril de 1987, 17 de abril de 1989, 23 de noviembre de 1990, 28 de noviembre de 1990 y 30 de noviembre de 1990.

*naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar». Esta doctrina jurisprudencial ha sido ratificada, en múltiples ocasiones*²³.

Consecuentemente los citados preceptos del Tratado pueden y deben ser aplicados directamente por los jueces internos, cualquiera que sea su grado y jurisdicción en litigios entre particulares²⁴.

Pudiera parecer que estos preceptos del Tratado sólo resultarían aplicables por la jurisdicción en el supuesto de que un Estado miembro hubiese encargado a aquélla la aplicación del derecho de la competencia, no siendo ello posible por tanto si el Estado en cuestión optó por decidir su aplicación por órganos administrativos. Pero la noción de «autoridad nacional» no contempla las jurisdicciones ante las cuales las prohibiciones de los artículos 85 y 86 son invocados en un litigio de derecho privado, pese a un error muy difundido que alcanza incluso a Tribunales de casación de algunos Estados miembros²⁵. La competencia de estas jurisdicciones para aplicar el Derecho comunitario deriva del efecto directo de estas normas, competencia que no podrá ser limitada por el artículo 9 del Reglamento n.º 17, «so pena de privar a los particulares de los derechos que disfrutaban en virtud del mismo Tratado»²⁶.

De lo analizado hasta aquí parece conveniente el precisar que, en el caso español, las «*autoridades nacionales*», que son administrativas, aplicarán los artículos 85.1 y 86 TCEE en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 del mismo y en el Reglamento n.º 17, a fin de defender el criterio público de preservación de la competencia, sin que ello sea óbice para que los órganos jurisdiccionales apliquen las mismas normas en conflictos privados en virtud de su efecto directo, o dicho en palabras de la propia Comisión, los órganos jurisdiccionales tienen la función de proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones recíprocas, y la Comisión y las autoridades nacionales de competencia tienen en común su actuación en aras del interés público dentro de su misión general de supervisión y control en materia de competencia²⁷. Repárese en que el Real Decreto 1886/1998 en su artículo 1.º establecía que será considerada autoridad competente a efectos del artículo 9 del Reglamento n.º 17 para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 el TCD. El Real

²³ Ver Sentencias de 2 de abril de 1974 SACHI, 11 de abril de 1989 AHMED SAEED, 10 de diciembre de 1991 Marci Convenzionali, 28 de febrero de 1991. Delimites y 18 de septiembre de 1992 Automec.

²⁴ Ver al respecto RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El Juez Nacional como Juez Comunitario. Valoración de la práctica española», en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, cit. *supra*, pp. 653 a 675.

²⁵ Ver así Sentencia de 26 de marzo de 1979 de la Corte de Casación francesa, de la belga de 26 de enero de 1986 y STS español, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1993.

²⁶ WAELBROECK, M., «La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados miembros» en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, cit. *supra*, p. 864.

²⁷ Ver apartados 3 y 4 de la Comunicación de 15 de octubre de 1997, antes citada.

Decreto es consecuente pues con la doble vertiente en que los repetidos artículos del Tratado pueden ser aplicados. Menor precisión tiene el R.D. 295/1998, de 27 de diciembre, que sustituye al anterior desde su publicación, al establecer en su artículo 1.1. una primera atribución de competencias en favor del TCD al declarar que es la autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del TCE y su derecho derivado, sin la matización que contenía el anterior Real Decreto en su referencia al artículo 9 del Reglamento n.º 17. No obstante lo anterior, el Preámbulo del mismo R.D. permite la misma interpretación matizada, pero incluso aunque ello no fuera así, tampoco se podría privar por un error u olvido del efecto directo a los repetidos preceptos del TCEE.

3. SUPUESTOS Y TÉRMINOS EN LOS QUE RESULTAN APLICABLES LOS ARTÍCULOS 85.1 Y 86 TCEE POR LAS JURISDICCIONES

La Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicación de los artículos 85 y 86 Tratado CE²⁸ señala en su introducción que «Varias instituciones tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la elaboración de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los órganos jurisdiccionales y comunitarios y la Comisión asumen sus propias tareas y responsabilidades, de acuerdo con los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»²⁹. La Comunicación viene a rescatar los principios establecidos al respecto por el TJCE, ordenando aquí las competencias concurrentes sobre la materia, de las jurisdicciones y la Comisión y las relaciones entre las mismas. Es pues una guía útil, por cuanto que se apoya en la jurisprudencia del TJCE, para delimitar las competencias entre ambos órganos y sirve de orientación para facilitar las relaciones entre los mismos.

Señala la Comunicación que la Comisión dispone de competencias exclusivas para declarar inaplicables las normas de competencia a determinadas decisiones o prácticas concertadas, en virtud del artículo 9 del Reglamento 17 del Consejo. Estas competencias las puede ejercer la Comisión de dos maneras: adoptando una decisión de exención en un caso individual, o mediante reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos, con arreglo a la habilitación que le proporciona el artículo 87³⁰.

Los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión disponen de competencias concurrentes para aplicar los artículos 85.1 y 86, que derivan para aquéllos del efecto directo de las normas comunitarias de competencia³¹.

²⁸ 93/C 39/05, DOCE C39 de 13 de diciembre de 1993.

²⁹ I.1.

³⁰ II.7.

³¹ III.5.

Como señala la Comunicación que comentamos, el juez nacional puede verse obligado a pronunciarse sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE en varias situaciones procesales. En procedimientos civiles, fundamentalmente, con ocasión de que se ejerciten acciones contractuales y de daños y perjuicios. El efecto directo de aquellos artículos del Tratado confiere a los órganos jurisdiccionales competencia suficiente para poder resolver los casos³². Ello sin olvidar que el apartado 2 del artículo 85 permite a los Tribunales jurisdiccionales el determinar, de conformidad con las normas nacionales de procedimiento, las consecuencias de Derecho Civil que implican las prohibiciones del artículo 85³³, esto es, la declaración de nulidad de los acuerdos y decisiones prohibidas por el artículo 85.1, que el apartado 2 sanciona con nulidad.

Al aplicar los artículos 85.1 y el 86 los órganos jurisdiccionales deben investigar si los acuerdos o prácticas concretas han sido objeto de decisión o dictamen de la Comisión u otra autoridad administrativa, la encargada de aplicar el derecho de la competencia en el Estado, pues aunque no sean vinculantes para el órgano jurisdiccional, son importantes elementos de juicio³⁴. Es evidente que ambas autoridades, comunitaria y nacional, son órganos especializados en el conocimiento y aplicación del derecho de la competencia y por ello sus decisiones guía doctrinal de primer orden para los Tribunales jurisdiccionales.

Si la Comisión no ha tomado posición sobre el acuerdo o práctica concretos, los órganos jurisdiccionales, deben interpretar la norma comunitaria conforme a la jurisprudencia del TJCE y a las decisiones de la Comisión sobre la materia³⁵.

En el supuesto de que la Comisión haya iniciado un procedimiento relacionado con los mismos comportamientos, los órganos jurisdiccionales pueden aplazar su decisión en espera del resultado de la acción de la Comisión o para interrogar a la Comisión sobre este tipo de comportamientos. Caso de que tengan dudas acerca de la compatibilidad, pueden plantear una cuestión prejudicial al TJCE de conformidad con el artículo 117 del Tratado³⁶. A diferencia de que cuando concurren las autoridades nacionales de competencia y la Comisión en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo general la autoridad nacional vendrá obligada a suspender la decisión del expediente hasta tanto no se pronuncie la Comisión, los órganos jurisdiccionales gozan de libertad para continuar adelante con el procedimiento.

Así, si los órganos jurisdiccionales nacionales deciden pronunciarse, pueden darse dos supuestos:

³² IV. 17.

³³ II. 6.

³⁴ IV. 20.

³⁵ IV. 21.

³⁶ IV. 22.

1. Que lleguen a la conclusión de que no se cumplen las condiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86, en cuyo caso deben seguir el procedimiento en base a esta conclusión, aunque el acuerdo o práctica haya sido notificada a la Comisión.

2. Si el examen de los hechos revela que se dan las condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales nacionales declararán que el comportamiento infringe el Derecho comunitario de competencia y adoptarán las medidas pertinentes, incluidas las relativas a las consecuencias que se deriven, de conformidad con el Derecho civil aplicable³⁷. En este último supuesto deben, en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 85.1, determinar si el acuerdo es o será objeto de una exención concedida por la Comisión en virtud del artículo 85.3, en cuyo caso el órgano jurisdiccional tiene que respetar las decisiones de exención adoptadas por la Comisión³⁸.

Finalmente el título V de la Decisión se ocupa de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales y la Comisión. Principia por recordar que el TJCE determinó que la Comisión está obligada en virtud del artículo 5 del Tratado a cooperar de manera leal con las autoridades judiciales de los Estados miembros para la aplicación y el respeto al Derecho comunitario, considerando la Comisión esta cooperación como esencial para garantizar una aplicación rigurosa, eficaz y coherente del Derecho comunitario de competencia.

A tales efectos se consideran indicadores útiles los reglamentos de exención y comunicaciones generales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de Primera Instancia, las decisiones de la Comisión y los informes anuales sobre la política de competencia.

Pero además, los órganos jurisdiccionales podrán dirigirse a la Comisión para ser informados sobre si determinado asunto está pendiente ante aquélla, solicitar un dictamen sobre plazo probable para la concesión o denegación de una exención individual, y en el supuesto de que el órgano judicial decida aplazar su decisión, la Comisión dará tratamiento preferente a este asunto.

También pueden los órganos jurisdiccionales consultar a la Comisión cuando la aplicación de los artículos 85.1 y 86 tengan especial dificultad, o cuando alberguen dudas de si un acuerdo o una práctica puede beneficiarse de una exención individual.

Las respuestas dadas por la Comisión según se reconoce en la Decisión, no vinculan a los órganos jurisdiccionales, pero pueden proporcionarles una valiosa contribución para la resolución de los litigios.

³⁷ IV. 23.

³⁸ IV. 24.

V. APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Conviene comenzar por recordar, una vez más, que las normas internas de competencia se encuentran fundamentalmente contenidas en la LDC cuyo objetivo específico, expresado en su Exposición de Motivos es garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público. Luego la Ley no nace con vocación de proteger intereses privados que sólo resultarán en su caso indirectamente protegidos al concurrir con los públicos.

1. EJERCICIO DE ACCIONES POR COMPETENCIAS DESLEAL

Para proteger la competencia en interés de los que participan en el mercado, empresarios o no y también en el de los consumidores, se publica en 1991 la Ley de Competencia Desleal³⁹. La LCD se aplicará a los empresarios o cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado (art. 3.1) siempre que produzcan comportamientos desleales con fines concurrenciales (art. 2.1), teniendo por objeto la Ley, como expresamente se hace constar en su artículo 1 «...la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado». Para ello, continúa el mismo precepto, se prohíben los actos de competencia desleal. Se abandona el criterio corporativo en la concepción de la competencia desleal⁴⁰ «para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También y muy especialmente, el artículo 5, en el que implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de competencia»⁴¹. Dada la falta de tradición en nuestro país en perseguir la competencia desleal⁴², el legislador de 1991 optó por el sistema de establecer una cláusula general, la del artículo 5, aunque dada su alta indeterminación y la falta de cultura sobre la materia, tipifica a continuación, a título ejemplificativo y no limitativo, un amplio elenco de conductas desleales⁴³.

³⁹ Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal, BOE n.º 10 de 11 de enero de 1991.

⁴⁰ El que establecía el Convenio de la Unión de París de 1889 y nuestra Ley de Marcas de 1988, al regular parcialmente la competencia desleal en sus artículos 77 a 79, hoy derogados.

⁴¹ Son palabras del propio legislador en el Preámbulo de la Ley, apartado IV.

⁴² Estuvo mucho tiempo confundida con la competencia ilícita no resultando sancionable en la práctica, dada la deficiente regulación que al efecto hacía de la institución la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, Título X, Ver al respecto mi trabajo «Propiedad Industrial y Competencia Desleal» en *Derecho Industrial, Patentes y Marcas*, Centro de Estudios Judiciales, Cursos, vol. 6, 1991, pp. 185 a 218.

⁴³ Artículos 6 a 17 LCD. Ver al respecto mi trabajo «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general» en *Propiedad Industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-ANDEMA, 1995, pp. 11 a 40.

Entre las conductas expresamente tipificadas como desleales señala el artículo 15.1 LCD el «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante infracción de la Leyes. La ventaja ha de ser significativa». Vemos pues cómo se sanciona como desleal la ventaja significativa adquirida mediante la infracción de cualquier Ley con tal de que tenga efecto en el mercado. Pero el número 2 del mismo artículo reputa desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, sin ninguna otra exigencia especial. Una infracción de las normas de competencia, y concretamente las prohibiciones de llevar a cabo acuerdos colusorios y abusos de posición de dominio a que se refieren los artículos 1 y 6 LDC, en relaciones entre particulares podrán ser evidentemente perseguidos al amparo del artículo 15.2 LCD debiendo ejercitarse la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en los términos que señalan los artículos 22 y 23 de la misma Ley. Ello con independencia de que pueda ser denunciada la práctica ante las autoridades encargadas de defensa de la competencia por si resultara afectado el interés público y consecuentemente pudiera ser sancionada por el TCD en los términos que establece la LDC. Se nos puede decir que esta doble vía puede traer graves consecuencias por cuanto que el criterio de un órgano y otro al juzgar una práctica pudiera resultar distinto. Si bien ello es absolutamente cierto y no deseable, cabe señalar que tales decisiones se tomarán en dos ámbitos distintos. En el primer caso al juzgar relaciones privadas y en el segundo supuesto al proteger la afectación del interés público. En ambos además, tanto la sentencia que dicte el Juez de Primera Instancia como la Resolución del TCD serán revisables en vía jurisdiccional por órganos superiores encargados de conocer de las respectivas apelaciones, Audiencia Provincial y Audiencia Nacional respectivamente, y en su caso por el Tribunal Supremo por vía de casación. Así en definitiva podrá crearse algún día una jurisprudencia que modulará futuras decisiones de aquellos órganos. En cualquier caso la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de las acciones ejercitadas al amparo de la LCD es incuestionable como también lo es la tipificación específica que hace el artículo 15 de la misma.

Como la materia es objeto de estudio concreto en otro capítulo, no se hace aquí un estudio más detallado de este tema, aunque sí ha habido necesidad de la anterior breve referencia dada la conexión entre las materias objeto de estudio.

2. CONDUCTAS PROHIBIDAS DE ESCASA IMPORTANCIA

De las últimas reformas parciales que ha experimentado la LDC hay una que tiene especial significación para nuestro estudio. El Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, por su ar-

título 15 modifica el art. 1 LDC para introducir un nuevo apartado 3⁴⁴, en el que se faculta a los órganos de Defensa de la Competencia para decidir el no perseguir las conductas prohibidas que por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. De mantenerse el criterio por algunos sustentado de que las normas sobre competencia y concretamente los artículos 1 y 6 LDC sólo pueden ser aplicables por el SDC, por el TCD y por la Audiencia Nacional al revisar las Resoluciones de éste, nos encontraríamos que algunos intereses particulares, siendo todos dignos de consideración, tutela y satisfacción, se verían frustrados en su reparación al faltar ese pronunciamiento previo del TCD si aplicando la anterior norma se decidiese que la conducta o práctica no se persigue porque el SDC inadmite la denuncia o en definitiva el TCD sobresee el expediente. En la mente del legislador no pudo estar el dejar así insatisfechos unos legítimos intereses. En la mente del legislador estuvo presente al dictar esta norma el que ciertas conductas por su pequeña transcendencia no van a comprometer el interés público y por ello podrán dejar de perseguirse vía órganos encargados de defensa de la competencia, pudiendo en cambio encontrar reparación por la que le proporciona la LCD, en vía jurisdiccional⁴⁵.

3. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACUERDOS COLUSORIOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 1.1 LDC

De otro lado se comprueba que los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.1. LDC vienen sancionados con nulidad de pleno derecho por el apartado 2 del mismo precepto, a no ser que estén amparados por las exenciones previstas en la misma LDC⁴⁶, sin que el TCD pueda declarar la nulidad según se deriva del artículo 46 LDC. Habrá pues que acudir a la vía jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad.

El problema interpretativo que surge es el determinar si para obtener esa declaración de nulidad será condición previa el que el TCD se haya pronunciado sobre si el acuerdo, decisión o recomendación es de las prohibidas por el artículo 1.1 de la repetida Ley. A partir de la reforma de la LDC por Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, es evidente que no, pues en otro caso aquellos supuestos considerados menores y por ello no perseguidos por el TCD aún contrarios al artículo 1 quedarían al margen de la declaración de nulidad en perjuicio del no causante de la misma.

⁴⁴ BOE de 8 de junio de 1996 y corrección de errores, BOE 18 de junio de 1996, donde curiosamente por vía de la corrección de errores se cambia sensiblemente el primitivo texto del artículo 1.3 LDC.

⁴⁵ No deja de sorprender la inadecuada expresión de que el SDC «podría inadmitir las denuncias» cuando en todo caso debió decirse que podrá archivarlas.

⁴⁶ Conductas autorizadas por la Ley (art. 2), acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que hayan obtenido autorización singular del TCD (art. 4 en relación con el art. 3) y las que gozan de exención por categorías (art. 5).

Pero además en el supuesto de la existencia de la Resolución previa firme del TCD considerando una conducta prohibida por el artículo 1, para la declaración por el juzgado de la nulidad del contrato en el que se contiene aquélla es evidente que tendrán que examinarse las cláusulas que en el mismo se reflejan para determinar cuál o cuáles están afectadas de nulidad por contrarias al artículo 1.1 LDC, o si la nulidad alcanza a la totalidad del contrato. Un acuerdo contenido en un contrato y declarado por el TCD como prohibido por el artículo 1 LDC no siempre va a extender la nulidad con que sanciona el artículo 1.2 LDC a todo el contrato. Tendrá el juez que analizar qué cláusulas son nulas por contrarias a la Ley y si sin ellas puede y debe subsistir el contrato para no perjudicar al no causante de la nulidad. Por otro lado se observa que hay supuestos en los que el TCD va a conocer del acuerdo no explícitamente, ya que los infractores no van a aportar al expediente normalmente la prueba escrita de su concertación prohibida por el artículo 1, sino que el conocimiento de la práctica va a venir de forma indirecta por sus efectos en el mercado, por lo que la declaración contenida en la Resolución necesariamente no puede alcanzar aspectos concretos. Mas finalizado el procedimiento administrativo, y tanto si se produce sanción como si no, a alguna de las partes puede interesar la declaración de nulidad. No es el lugar aquí de analizar las diversas normas que han de observarse en la declaración de nulidad, tan controvertidas algunas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sólo apuntar una dificultad más, cual es el determinar si la nulidad alcanzará sólo a los actos contrarios a la Ley o también a los realizados en fraude de Ley, entendiendo por los primeros aquellos que contradicen o son incompatibles con una norma imperativa, y por los segundos, los que una norma de cobertura ampara o tolera siendo lo prohibido por otra norma defraudada el resultado, aunque la doctrina no es siquiera pacífica con esta distinción. A diferencia de la LDC de 1989, la antigua Ley de 1963 atribuía al TCD la declaración de nulidad⁴⁷, en la concepción jurisdiccional del TCD en la vieja Ley, y en la que se le atribuía expresamente competencia privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozaran de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y con plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales⁴⁸. Precisión legal semejante no existe en la vigente LDC.

Lo que no nos ofrece duda es que las autorizaciones singulares de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC, sólo corresponde concederlas al TCD y ello no sólo por lo que establece el artículo 4 de la propia Ley sino fundamentalmente por cuanto que la valoración de la afectación del interés público y los beneficios que comporta la conducta autorizada, deben ser valorados por el órgano encargado de la tutela de la existencia de competencia suficiente y su pro-

⁴⁷ Artículo 13.2.

⁴⁸ Artículo 10.

tección en aras del interés público, por ese órgano singular y cualificado al que el legislador ha encargado su protección, esto es, el TCD, surtiendo la declaración de exención, firme la resolución, plenos efectos civiles.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El artículo 13 LDC tras proclamar la compatibilidad de las sanciones a que se refiere la misma Ley con otras responsabilidades que en cada caso procedan, establece que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC —arts. 1, 6 y 7— «*podrá ejercitarse*», una vez firme la declaración en vía administrativa, por los que se consideren perjudicados remitiendo para ello a la vía jurisdiccional civil.

Varias son las reflexiones que nos sugiere esta norma. En primer lugar que la jurisdicción civil es la única competente para el conocimiento de la acción de resarcimiento por daños causados por los actos prohibidos por la LDC, conforme a lo previsto en las normas sustantivas y procesales civiles, careciendo de competencia para pronunciarse a este respecto el TCD.

En segundo término el carácter optativo del ejercicio de dicha acción declarativa de ilicitud ante el TCD, como se deduce de la locución «*podrá ejercitarse*». En otro caso el legislador hubiese empleado términos más taxativos: «*deberá ejercitarse*», «*sólo podrá ejercitarse*» o similares.

También es de resaltar que está presente en este precepto la consideración de que las Resoluciones del TCD atienden al interés público y por tanto el efecto general que las mismas producen. Así el artículo comentado legitima para el ejercicio de la acción de resarcimiento por daños no sólo a los declarados interesados en el expediente, sino con carácter más amplio a «*los que se consideren perjudicados*», hayan tenido la condición de interesados o no en el expediente administrativo.

La acción de resarcimiento por daños podrá ser tanto contractual como extracontractual, resultando a primera vista esta última mejor posibilitada en el supuesto de que exista declaración previa del TCD por cuanto que la misma va en principio a producir efectos más generales respecto de terceros.

Como toda acción de resarcimiento por daños, el que la ejercite deberá cuantificar los mismos o al menos establecer los parámetros sobre los que en ejecución de sentencia pueda concretarse, pero no sirviendo el ejercicio de la acción mero declarativa por daños, dejando sin más su cuantificación para la ejecución de la sentencia, según reiterada jurisprudencia sobre la materia. No se nos escapa la dificultad que entraña esta cuantificación, máxime si, como puede ocurrir en estos supuestos, como consecuencia de la práctica prohibida alguien resulta expulsado del

mercado o incluso si no pudo siquiera afianzarse mínimamente en el mismo. Sería sumamente útil que para paliar estas dificultades el legislador establezca al menos los principales criterios para atender a la cuantificación.

VI. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS Y COMUNITARIAS SOBRE COMPETENCIA POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Sólo son dos las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que conocemos referidas a la aplicación del Derecho de la Competencia. Las comentaremos brevemente a continuación.

1. SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985, SALA PRIMERA TS

El supuesto que se analiza es el siguiente. Una empresa A formula demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra otra empresa M sobre nulidad de contrato ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro.

La Sentencia de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, así como otra demanda acumulada a los mismos autos, que había formulado M contra A en petición de otorgamiento de escritura de compromiso y subsidiariamente de condena indemnizatoria. Apelada la Sentencia por ambas partes, la Audiencia desestimó los recursos y confirmó la Sentencia dictada en Primera Instancia.

Por la empresa A se interpuso recurso de casación.

El TS en su Sentencia rechaza fundamentalmente los motivos de casación por su inadecuada formulación procesal, pero también señala que el único fundamento que se utiliza por la Sentencia apelada debe ser mantenido. Por él se señaló que el procedimiento que se siguió era inadecuado, pues debió haberse utilizado el establecido en la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, cuyos artículos 7 y 10 reservan el conocimiento de estos asuntos al procedimiento en ella establecido, tanto en lo referente a los supuestos de hecho alegados a los efectos de su tipificación en los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley, como asimismo en lo relativo a la concurrencia de los requisitos que, para la intimidación aducida exige el artículo 1267 del Código Civil, en relación con la especialidad de la materia.

Evidentemente aunque esta STS es parca en doctrina, puede fácilmente deducirse que en ningún caso resulta aplicable a la regulación que establece la vigente Ley de 1989. El artículo 10 de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, citado por la STS, establecía la competencia privativa del TCD en las declaraciones e

intimidaciones previstas en la propia Ley y el que sus Resoluciones gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surtirán plenitud de efectos en todos los ámbitos jurisdiccionales. En la vigente Ley no existe ningún precepto equivalente, en ninguno de los aspectos, en que el viejo artículo 10 otorgaba competencia exclusiva en la materia al TCD y dotaba a sus Resoluciones de las especiales cualificaciones que se señalan en aquel precepto. Por ello no es trasladable aquella doctrina a la actualidad, en que rige otra Ley que no contiene aquellas previsiones.

2. SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993, SALA PRIMERA

Esta Sentencia ha levantado gran polémica y revelado criterios distintos en cuanto a su alcance e interpretación siendo objeto de concienzados y documentados estudios ⁴⁹.

Ante todo, ha de señalarse que al menos en lo que respecta al análisis que se hace desde el plano del Derecho interno español ⁵⁰ los argumentos carecen de vigencia hoy, pues vienen referidos a la Ley de 1963 cuyo contexto atributivo competencial en favor del TCD es muy distinto del que señala la vigente Ley de 1989 según se ha expuesto más arriba. Con independencia de lo anterior y desde el acatamiento y respecto siempre a las Sentencias de nuestro TS, hay que discrepar desde el plano de la libertad intelectual de las conclusiones a que la Sentencia llega al analizar la aplicación por la jurisdicción de los artículos 85 y 86 TCEE.

La cuestión que analiza el TS por vía de casación tiene su origen en la demanda civil de 210 armadores de buques contra CAMPSA en cuyo suplico se pedía:

1. Condena a CAMPSA a cesar en los actos de abuso de posición dominante en los contratos de suministro de carburante pesquero y en el propio mercado, absteniéndose en el futuro de discriminar a los armadores españoles de buques pesqueros por razón de su nacionalidad.

2. Condena a CAMPSA a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios que les ha causado la citada demandada con su ilegal proveedor y concretamente a la suma de dinero que resulta de calcular...

⁴⁹ Ver al respecto MARTÍNEZ LAGE, S., «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho español (STS de 10 de diciembre de 1993)» en *Gaceta jurídica de la CE*, Boletín, números 94 y 95, «La aplicabilidad directa del Derecho de la Competencia Comunitaria y Nacional por los Tribunales Ordinarios Españoles (Comentario a la STs de 30 de diciembre de 1993)» en *Perspectivas jurídicas Actuales, Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 239 a 250. También, FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1993», en la *Ley Comunidades Europeas*, n.º 93, 1995, pp. 1 a 5.

⁵⁰ Fundamento jurídico tercero.

3. Condena a CAMPSA a abonar a los demandantes la indemnización correspondiente al lucro cesante que su proceder les ha infringido y concretamente en la cifra de tal lucro cesante que se determine fue provocada por el incremento de costas que le impuso. De ser necesario tal cifra se fijará en trámite de ejecución de sentencia, atendiendo a...

Se propuso por la demandada en su contestación a la demanda la excepción previa de falta de jurisdicción del juzgado por razón de la materia, por tratarse de una cuestión relativa a prácticas restrictivas de la competencia y falta de la necesaria declaración administrativa previa del Tribunal Español de Defensa de la Competencia o de la Comisión Europea, sobre la existencia o no de una supuesta práctica restrictiva de la libre competencia. Tal excepción fue mantenida en el acto de la comparecencia, lo que dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid, que conocía del asunto, dictara Auto el 7 de septiembre de 1989 por el que declaró la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la reclamación formulada y acordó el sobreseimiento.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al revisar el auto en la apelación desestimó el recurso y confirmó la resolución del Juzgado.

El Tribunal Supremo al analizar en casación la resolución de la Audiencia la confirmó al desestimar el recurso.

En el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia señala el TS que la cuestión suscitada en el recurso ha de ser contemplada desde un doble plano, el constituido por el Derecho Comunitario y el integrado por el Derecho interno. Continúa señalando el mismo Fundamento las normas aplicables dimanantes del propio Tratado de Roma y del Reglamento n.º 17, sobre la consideración de autoridades de los Estados miembros y su competencia para aplicar los artículos 85.1 y 86 TCEE, así como la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación de aquellas normas. Mas la afirmación que realiza más adelante, al final del fundamento jurídico, de que la aplicación de los artículos 85.1 y 86 está reservada a la Comisión si ha iniciado un procedimiento, es en cualquier caso errónea⁵¹. En el párrafo en que se contiene además se dice: «De todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales que no pertenezcan a “las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas” (en nuestro sistema judicial, la

⁵¹ Ya lo puso de relieve MARTÍNEZ LAGE en su trabajo *cit. supra*, Boletín 95, p. 2.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del artículo 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 septiembre para la aplicación directa de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda ya que en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del artículo 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986».

Como se ha puesto de relieve por algún autor⁵² el TS distingue entre aplicación del Derecho de la competencia a título principal y a título incidental, lo que parece tener su origen en el Tratado de Derecho de la Competencia del Profesor M. Waelbroeck y utilizada por el Abogado General Mayras en sus conclusiones en el asunto BRT/SABAM, en el sentido de que se aplican a título principal las normas comunitarias de competencia por las autoridades especialmente encargadas de este cometido, administrativas o no, y en cambio lo hacen a título incidental los tribunales dirimiendo controversias privadas, lo que en terminología más clara para nosotros implica en este caso que no actúan en defensa del interés público, sino en defensa del interés privado de una parte⁵³. La terminología empleada aquí por el TS, cuyo alcance no precisa, aumenta el confusionismo y produce interpretaciones encontradas, toda vez que hablar de aplicación de una norma a título principal y a título incidental sin otra explicación supone una gran indeterminación.

Algún autor comparte el razonamiento del Tribunal Supremo⁵⁴ al considerar que no resulta posible que un Tribunal se vea dotado en virtud del efecto directo de las normas comunitarias de la competencia de aplicar, el derecho de la competencia a este caso, de la que carece con arreglo al derecho interno. Pero esta Sentencia pese a su aparente claridad esconde en realidad un obstáculo insalvable para el reconocimiento y aplicación del efecto directo del artículo 86 TCE al condicionarlo a la previa declaración de un órgano administrativo y reducir la tarea del juez civil a deducir los efectos civiles de la aplicación previa de la norma por la Administración⁵⁵.

En el tercero de los Fundamentos Jurídicos se analiza por el TS la cuestión desde el plano del Derecho interno español, señalando que el propio Reglamento del TCD reformado por Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, dispone en su artículo 3 que la competencia del Tribu-

⁵² FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «El efecto directo del artículo 86 TCE en el ordenamiento español», *cit. supra*.

⁵³ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *ob. cit. supra*.

⁵⁴ MARTÍNEZ LAGE, S., «El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en el Derecho Español», *cit. supra*.

⁵⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *ob. cit. supra* p. 5.

nal, en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en la Ley, será privativa en el orden administrativo. Más adelante insiste «...es decir, no nos encontramos ante un asunto atribuido a la competencia de un órgano jurisdiccional de un determinado orden y sobre cual pueda conocer otro órgano de otro orden jurisdiccional distinto, a los efectos previstos en el citado artículo 10.1. De todo ello ha de concluirse que no resultan competentes los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil, para conocer de la pretensión contenida en el apartado primero del suplico de la demanda, por ser competencia privativa de la Administración del Estado y, dentro de ésta, del Tribunal de Defensa de la Competencia».

Las previsiones de la Ley 110/1963 no son las mismas que las de la Ley 17/1989, según señalamos antes, en cuanto a las atribuciones que una y otra otorgan al TCD, por lo que no nos vamos a detener sobre argumentos que, en todo caso, no son hoy ya vigentes.

3. JURISPRUDENCIA MENOR

Dado que el TS se ha pronunciado hasta la fecha sobre la aplicación de las normas de Derecho de la competencia sólo en las dos Sentencias examinadas, resulta al menos ilustrativo el conocer el parecer al respecto de otros órganos jurisdiccionales inferiores.

1. *Sentencia 24 de abril de 1989 de la Audiencia Provincial de Burgos*

Desestimó la pretensión de nulidad de un contrato al no considerar infringidos los artículos 85 y ss. del TCEE, no exigiendo el pronunciamiento previo del TCD para decidir aquel asunto.

2. *Sentencia 29 de noviembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Badajoz*

En un conflicto entre la Sociedad General de Autores de España y un usuario se aplica el artículo 86 TCEE por considerar que la SGAE había actuado en posición económica dominante explotada abusivamente, dejando a salvo la jurisdicción del TCD para la declaración de las prácticas prohibidas a un nivel general y erga omnes.

3. *Sentencia 11 de enero de 1993 de la Audiencia Provincial de Gerona*

Se examina el supuesto de contratos tipo que los distribuidores venían imponiendo a los exhibidores en donde se condiciona la contratación de una o varias películas de mayor audiencia a la obligación de contratar otras de mucho menor índice de audiencia.

En el Fundamento jurídico segundo señala la Audiencia que «Dicha práctica ha venido a ser declarada restrictiva de la competencia, en vía administrativa por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de

2 de marzo de 1990, al entender que la imposición de lotes cerrados de películas a determinados exhibidores para poder exhibir las películas de mayor interés comercial constituye un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 en relación con el artículo 3.1 de la Ley 110/1963...».

Más adelante, en el mismo Fundamento de Derecho, se reconoce la bondad del argumento del TCD para ser trasladado al caso examinado en vía jurisdiccional, aunque se señala la competencia de aquél limitada a la vía administrativa y sin que se establezca como precisa esta previa declaración ni vincule al órgano jurisdiccional: «Con independencia de que, el Tribunal de Defensa de la Competencia, debe limitarse (en competencia atribuida por la Ley 110/1963) a la declaración en vía administrativa de la existencia de prácticas prohibidas o, en su caso, exceptuables, el argumento empleado por dicho Órgano Administrativo, es perfectamente válido para ser acogido y aplicado en esta jurisdicción ordinaria y ello máxime cuando la Constitución vigente de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia y en consecuencia también el principio de autonomía privada, consagrado básicamente en el artículo 1.255 del Código Civil, es preciso interpretarlo de conformidad con lo establecido en los artículos 1.º1, 14 y 9.2 de nuestra Constitución de forma que tal principio supone, entre otros extremos, la salvaguardia jurídica y judicial de que la libre autodeterminación de las partes no se vea desvirtuada por factores objetivamente perturbadores de su equilibrio e igualdad recíprocos, lo que ocurriría cuando el derecho dispositivo de aquéllas fuese, en la práctica, derogado por la posible prepotencia negocial de una de las partes».

4. *Sentencia 4 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo —Sec. Quinta— del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

Por el recurso se impugna, por una entidad de seguros médicos, la resolución desestimatoria presunta por silencio administrativo del recurso de alzada formulado ante el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña contra los acuerdos de 27 de noviembre de 1990 adoptados por la Asamblea de Compromisarios del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona.

Es objeto de debate la posibilidad legal de que el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona estableciera un régimen de honorarios mínimos a percibir por los colegiados que prestasen sus servicios en entidades o compañías de asistencia colectiva que no tuvieran establecido un acuerdo con el Colegio de Médicos de Barcelona sobre honorarios mínimos, así como la creación de un sistema de cobro a través de los servicios colegiados.

Después de rechazar diversas cuestiones e infracciones denunciadas por la actora en su recurso, los Fundamentos de Derecho noveno y déci-

mo se ocupan de examinar los efectos del acto impugnado sobre las normas comunitarias y nacionales de Derecho de la Competencia.

En ambos supuestos el Tribunal Jurisdiccional aplica tales normativas directamente al rechazar su vulneración, sin exigir el pronunciamiento previo al respecto ni de la Comisión ni del TCD.

Se descarta que se trate de un supuesto incardinable en el artículo 86 TCEE al considerar, sin mayor argumentación, que las medidas adoptadas por el Colegio de Médicos de Barcelona no pueden ser calificadas en ningún caso como constitutivas de un abuso de posición de dominio en el mercado.

A juicio del Tribunal se trataría de la decisión adoptada por una asociación de empresas —el propio Colegio— consistente en la fijación directa del precio del servicio prestado por los profesionales médicos y subsumible por tanto en el artículo 85.1 a) TCEE.

La aplicación de dicho precepto exigiría que la decisión pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, mas los acuerdos impugnados tienen un ámbito de aplicación provincial por lo que no cabe presumir que sus efectos puedan repercutir negativamente sobre la libre prestación de servicios entre los Estados miembros de la U.E., señala la Sentencia.

No parece deducirse de la Sentencia que se hubiese invocado por la recurrente infracción de la normativa interna de Derecho de la Competencia. En cualquier caso el órgano jurisdiccional en el Fundamento Jurídico décimo de su Sentencia señala:

«En el Derecho español, dichos actos incurrirían igualmente en la prohibición del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se refiere a todo acuerdo, decisión...».

Pero según se argumenta a continuación existe amparo legal que impone la no aplicación de las prohibiciones del artículo 1 LDC:

«Ello no obstante, el art. 2.1 de la propia Ley dispone que las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

Dado que la posibilidad de que los Colegios Profesionales determinaran los honorarios mínimos que debían percibir sus miembros se hallaba contemplada en sendas normas de rango legal, cuales son la Ley de Colegios Profesionales de 1974 y la Ley Catalana de 1982, debe concluirse que el acuerdo impugnado no incide en la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.»

Del análisis de las anteriores sentencias y en general de lo dicho hasta aquí, pueden hacerse unas últimas reflexiones. En primer lugar, se observa una vez más que la Ley de 1963 concibió al TCD como órgano ju-

risdiccional, siendo bajo la vigencia de aquella Ley el único competente para aplicar al menos la normativa interna sobre Derecho de la Competencia, con el atemperamiento en su consideración como órgano jurisdiccional que supuso la Constitución Española de 1978, muy distinto del régimen que establece la vigente LDC para aquél.

Consecuencia de lo anterior ha sido el que no existiera cultura sobre la aplicación de las normas competencia en la jurisdicción. Si a ello se añade que el TCD, como órgano especializado en la materia, se ha ganado un merecido prestigio por el conocimiento y rigor explicitado en sus resoluciones, fácilmente se comprenderá que aunque en la mayoría de los expedientes que se inician ante aquél lo son a instancia de parte interesada y no de oficio, y por tanto es previsible que se pretenda la satisfacción principal de intereses privados y no del público de preservación de la competencia, los particulares hayan optado por acudir a la vía que resultaba más segura. Máxime teniendo en cuenta que el cambio de legislación y las demás circunstancias puestas antes de relieve, crean un gran confucionismo sobre las posibilidades de acudir a la jurisdicción. La mayor decisión del TCD en la adopción de medidas cautelares en los últimos años ha contribuido, sin duda, a que los intereses particulares se vieran mejor y más rápidamente tutelados al coincidir con el interés público cuya salvaguarda encomienda el legislador al TCD, y que en la mayoría de los casos estará presente ante cualquier ataque a la libertad de competir.

No obstante lo anterior, la LCD, cuya vocación en la ordenación y control de las conductas en el mercado es hoy instrumento adecuado para que los conflictos entre particulares, también por infracción de normas concurrenciales, encuentren su solución en vía jurisdiccional.

El objetivo del presente trabajo puede considerarse aquí cumplido ya que se limita a establecer unas simples reflexiones sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE y las normas internas de competencia, tratando de precisar los supuestos en que tanto aquéllas como éstas corresponde su aplicación al TCD y en qué casos los Tribunales Jurisdiccionales están habilitados para su aplicación. Finalmente señalar algo en lo que todos estaremos de acuerdo: en que el legislador debe de alguna forma precisar, o mejor esclarecer, el confuso panorama que presenta hoy en día la aplicación del Derecho de la Competencia por unos órganos y por otros evitando la inseguridad jurídica que tal situación propicia.

