

LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL ANTE EL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Magistrado

Ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Después de un largo e importante debate en el que han participado la práctica totalidad de los implicados por la reforma, y de recibir más parabienes que rechazos, la Comisión Europea ha visto hechas realidad sus aspiraciones de, por un lado, obtener mayores poderes para la persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia y, por otro, librarse de la pesada carga que suponía el sistema de notificación previa y autorización que estableció el Reglamento 17 para las prácticas contrarias al art. 81.1 TCE que reunían los requisitos y condiciones de su apartado 3, lo que obstaculizaba su eficacia.

1. DEL REGLAMENTO 17 AL REGLAMENTO 1/2003

Las aspiraciones de la Comisión han venido a ser colmadas por el Reglamento 1/2003 del Consejo que viene a sustituir el anterior sistema de exención singular de las conductas contrarias al art. 81.1 TCE por un nuevo sistema de exención legal. Además, se otorgan mayores poderes a la Comisión para la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia y que, con la descarga de trabajo que va a suponer para aquélla el nuevo sistema de exención legal que establece el Reglamento 1/2003, va a poder ejercer en la persecución de aquellas prácticas que resulten más graves.

Bajo la vigencia del Reglamento 17, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros comparten la aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE, reservándose la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el art. 81.3 TCE.

Este sistema, por lo que respecta a la aplicación del art. 81.3 TCE tenía de positivo para las empresas el que proporcionaba inmunidad a la sanción desde la notificación hasta el pronunciamiento de la Comisión.

Pero, en la práctica, también tenía su parte negativa para los intereses de aquéllas, ya que, en la mayoría de los casos, no se alcanzaba una decisión final de exención por la Comisión, debido a que, ante el cúmulo de expedientes que el sistema propiciaba, la Comisión se solía limitar a la emisión de una carta administrativa que no resulta vinculante para las autoridades de competencia de los Estados miembros ni para los órganos jurisdiccionales nacionales, lo que en definitiva producía inseguridad jurídica a las empresas que podían verse encausados por aquéllas o por éstos.

En lo referente a la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por las autoridades nacionales de defensa de la competencia debemos señalar, por lo que respecta a nuestro país, que no ha resultado siempre pacífica, toda vez que si bien el TDC se ha dirigido siempre a la Comisión en solicitud de información sobre si pendía ante la misma un asunto que estaba examinando al mismo tiempo la autoridad española y si en su caso existía alguna decisión de la Comisión al respecto, la mayoría de las veces el órgano europeo da la llamada por respuesta y eso a pesar de haber emitido una comunicación que venía a diseñar la coordinación y buenas prácticas en las relaciones entre ambas instituciones.

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho comunitario de competencia por los órganos judiciales españoles, la experiencia hasta la fecha no puede considerarse satisfactoria. Ello ha sido debido, de una parte, a que en pocas ocasiones ha sido demandada su aplicación por los contendientes en procedimientos judiciales, y, de otra, a unas primeras sentencias pronunciadas por la Sala Primera del TS en las que se venía a señalar que sólo la Comisión y en su caso el TDC eran los llamados a la aplicación del Derecho sobre competencia.

El Reglamento 1/2003 va a cambiar radicalmente las cosas. Como se dice anteriormente, la principal novedad consiste en el abandono del sistema de notificación y exención individual, que se sustituye por otro de exención legal basado en que los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas prohibidas por el art. 81 TCE, pero que reúnan los requisitos establecidos en su apartado 3, no están prohibidas, suprimiéndose la posibilidad de notificarlos a la Comisión y siendo los propios operadores económicos los responsables de dicha comprobación. Con ello la Comisión va a verse relevada de la carga que sobre la misma producía el anterior sistema y va a concentrar sus efectivos en la persecución de las prácticas anticompetitivas más graves. Ya el Libro Blanco que publicó la Comisión en el año 1999, sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE¹, señalaba al proyectado sistema como adecuado para mejorar la eficacia en la preservación de la libre competencia.

A ello contribuirá también, sin duda, el que, con el nuevo sistema, todos los órganos llamados a aplicar el art. 81.1 TCE —Comisión, autoridades nacionales de competencia y órganos jurisdiccionales— serán tam-

¹ DOCE, núm. 6, de 12 de mayo de 1999.

bién competentes para apreciar si un acuerdo prohibido por el párrafo 1 reúne las condiciones de exención del párrafo 3. Con este sistema las empresas deberán hacer un análisis a fondo de si sus prácticas se incardinan en el art. 81.1 TCE y, en tal caso, si concurren las condiciones y requisitos del párrafo 3 que las convierten en legales. Si ello no es así, deberán abstenerse de ponerlos en práctica si no quieren ser sancionadas.

Los diversos problemas que derivan casi siempre de la aplicación de cualquier sistema nuevo en Derecho de la competencia adquieren especial singularidad, motivada, sobre todo, por el manejo de conceptos de alta indefinición. La aplicación del art. 81.3 TCE estará en este supuesto, máxime en su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los países miembros, por lo general poco habituados a aplicar el Derecho comunitario de la competencia.

2. COMPETENCIA DE LOS JUECES NACIONALES

En el marco del Reglamento 1/2003 CE los jueces nacionales ejercerán unas competencias que ya tenían y asumirán otras nuevas.

A. APLICACIÓN DE LOS ARTS. 81.1 Y 82. SITUACIÓN ANTERIOR AL REGLAMENTO 1/2003

En todo momento han tenido los jueces de los Estados miembros competencia para la aplicación de ambos preceptos. Ello deriva del efecto directo horizontal del que gozan los Tratados comunitarios y, por tanto, la posibilidad de invocar su aplicación ante los Juzgados y Tribunales en contiendas entre particulares.

Así además lo reconoció el TJCE desde su Sentencia BRT/SABAM² en la que señala que *«siendo las prohibiciones de los arts. 85 y 86 aptos por su propia naturaleza para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos crean directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben garantizar»*. Doctrina que ha sido ratificada con posterioridad en múltiples sentencias³.

Además, la Comisión produjo una Comunicación relativa a la cooperación entre ésta y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE⁴ en la que se recuerda que *«varias instituciones, tanto nacionales como comunitarias han contribuido a la aplicación de este Derecho y se encargan de su aplicación cotidiana. Para ello las autoridades nacionales de protección de la competencia, los*

² De fecha 30 de enero de 1974.

³ Ver Sentencias de 2 de abril de 1974, *Sachi*; 11 de abril de 1989, *Ahemed Saeed*; 10 de diciembre de 1991, *Marci Convenzionale*; 28 de febrero de 1991, *Delimitis*; 18 de septiembre de 1992, *Automec*, y 30 de junio de 1992, *LTM/MBU*, entre otras.

⁴ *DOCE*, núm. C-39/05, de 13 de diciembre de 1993.

*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»*⁵. Por lo demás sólo recordar que la citada Comunicación contiene unas normas para facilitar a los órganos jurisdiccionales la aplicación de este Derecho que les resulta tan poco familiar, pues no impide el que dichos órganos judiciales nacionales continúen un procedimiento, incluso si existe otro ya iniciado por la propia Comisión y que ambos terminen en resoluciones distintas e incluso contradictorias. La decepción por la inseguridad jurídica que ello deriva para los operadores económicos sólo va a tener algún remedio a partir de la vigencia del Reglamento 1/2003, según veremos más adelante.

Por lo que respecta a España, como adelantábamos, en contadas ocasiones los Tribunales españoles han tenido oportunidad de aplicar el Derecho comunitario de competencia, y algunas sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, hasta el año 2000 en que cambia su doctrina, han venido a crear desorientación y desasosiego.

Aunque personalmente no he dudado de la posibilidad de aplicación por los órganos jurisdiccionales de los art. 81. 1 y 82 en contiendas entre particulares⁶, no todos los autores han mantenido el mismo criterio, sino que éstos son variados e incluso con distintos matices⁷.

Las últimas sentencias de la Sala Primera del TS parece que al fin reconocen el efecto directo de estos preceptos, con lo que también desaparece la polémica que había suscitado su anterior criterio.

Obligado es hacer una referencia aunque somera a las citadas sentencias, toda vez que son el precedente interno inmediato, hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, sobre la aplicación del Derecho comunitario de competencia en nuestro país.

Por STS de 30 de diciembre de 1993 el TS viene a declarar que las normas comunitarias de competencia a título principal quedan reservadas a la Comisión de las Comunidades si han iniciado un procedimiento y, en otro caso, al TDC, pudiendo hacerlo los órganos jurisdiccionales sólo a título incidental⁸: *«De todo lo expuesto, no puede llegarse a la conclusión de ser competente un Juzgado de orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda inicial de los presentes autos en la que, respecto al pedimento primero del suplico, se pretende la aplicación a título principal del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, pues si en la citada jurisprudencia se reconoce la competencia de los órganos jurisdiccionales*

⁵ Comunicación I.1.

⁶ Ver, al respecto, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Aplicación jurisdiccional de los arts. 85.1 y 86 TCE y de las normas internas de competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 215 ss.

⁷ Ver, al respecto, S. MARTÍNEZ LAGE, «El efecto directo de los arts. 85 y 86 TCE en Derecho español», *Gaceta jurídica de la CE y de la competencia*, Boletín 9, 1995, pp. 1 ss.; A. PETITBÓ y L. BERENGUER, «La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos», en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO-Marcial Pons, pp. 40 ss.

⁸ FJ 2.º

nacionales que no pertenezcan a las jurisdicciones especialmente encargadas de aplicar la legislación nacional sobre la competencia o de controlar la legalidad de esta aplicación por parte de las autoridades administrativas (en nuestro sistema judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor del art. 124.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965 y reformado por Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre, para la aplicación directa de los arts. 85.1 y 86 del Tratado), tal aplicación ha de ser a título incidental, no a título principal como se pide en la demanda, ya que, en este caso, la aplicación de las tan repetidas normas comunitarias queda reservada a la Comunidad si ha iniciado un procedimiento a tenor del art. 9.3 del Reglamento 17, o, en otro caso, al Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el Real Decreto de 29 de agosto de 1986». Esta sentencia produjo una gran polémica doctrinal, pues el TS, pese a la jurisprudencia existente del TJCE tanto sobre el efecto directo de todos los artículos del Tratado en general como la particular circunscrita a los arts. 85 y 86, la ignora y hace esta diferenciación de su aplicación a título principal e incidental sin siquiera decir qué entiende por tal en un supuesto y en otro. Indudablemente produjo el efecto lógico de retraimiento de los particulares en acudir a los órganos jurisdiccionales en solicitud de la aplicación de los citados preceptos comunitarios sobre competencia.

En posterior STS de 4 de noviembre de 1999, la misma Sala de forma drástica señala que, conforme ya estableció en su Sentencia de 30 de diciembre de 1993, la intimidación en cuanto a estas prácticas es privativa de autoridades administrativas. Al fin, el TS en su STS de 2 de julio de 2000, olvidando su anterior criterio, declara la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario de competencia y la procedencia de declarar la nulidad de un contrato por aplicación del art. 1.2 LDC sin que exista previa declaración del TDC. La posibilidad de aplicarse en vía jurisdiccional los arts. 81.1 y 82 es reconocida por las posteriores SSTs de fechas de 2 de marzo de 2001 y 15 de marzo de 2001.

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

En cualquier caso, y por si existiera alguna duda sobre la aplicación de los arts. 81.1 y 82 por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, el Reglamento 1/2003 expresamente establece que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado⁹. Obsérvese que, como ya se anticipa antes, del propio precepto, que no establece ninguna limitación, se extrae la conclusión de que la competencia se extiende ahora también al apartado 3 del art. 81. En el considerando 8 del Preámbulo del propio Reglamento se marca la

⁹ Art. 6.

obligación, tanto para las autoridades responsables de la competencia como para los Tribunales de los Estados miembros, de aplicar también los arts. 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el Reglamento. Y más adelante se señala que los Estados miembros podrán aplicar en su territorio la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos siempre que sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario¹⁰. La prevalencia del Derecho comunitario y la preservación del efecto útil del Tratado van en todo caso a obligar a ello, aunque no está demás que se recuerde en Preámbulo del Reglamento. Sólo en la medida en que la legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto de la protección de la competencia en el mercado, matiza el considerando 9, las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales podrán aplicar esta legislación en su territorio, principalmente referida a actos de competencia desleal. La preocupación del legislador comunitario por alcanzar la aplicación de una única legislación sobre competencia en el territorio del mercado común es patente en el Reglamento, máxime en un momento en el que se amplía el número de los Estados miembros hasta veinticinco. El que las legislaciones internas de los diversos Estados no perturben aquella legislación común, como vemos, es también una advertida preocupación.

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

Mas toda esta problemática alcanza especial dificultad toda vez que por primera vez se encarga también a los órganos jurisdiccionales la aplicación del art. 81.3. En los litigios que planteen los particulares ante la jurisdicción, de constatare la existencia de una práctica prohibida por el art. 81.1, deberá examinarse si se cumplen los requisitos y condiciones que señala el párrafo 3 y que la convierten en legal.

Para paliar en lo posible resoluciones contradictorias de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del Derecho comunitario de competencia, el Reglamento 1/2003 marca unas reglas directamente dirigidas a los órganos jurisdiccionales. Así, el considerando 22 del Preámbulo señala que en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las mismas, refiriéndose a continuación a los efectos de las decisiones de la Comisión con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, concretando que aquellas que impongan compromisos no afectarán a la facultad de los órganos jurisdiccionales para aplicar los arts. 81 y 82.

¹⁰ Considerando 9.

Especial importancia tiene al respecto el art. 16.1 del Reglamento. En éste se contienen, a mi juicio, los dos más importantes mandatos a los órganos jurisdiccionales. Más preocupado el legislador comunitario con las decisiones que puedan adoptar los órganos jurisdiccionales que las autoridades de competencia, extrema la precisión cuando se dirige a los primeros. Así, el apartado 1 del art. 16 contiene dos precisos mandatos dirigidos a los jueces. En primer lugar, señala que cuando éstos *«se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado, haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión»*. El entrecomillado marca el contenido literal del precepto publicado en el *DOCE*¹¹ a fin de hacer notar la falta de rigor de las autoridades comunitarias por la traducción a partir de la versión inglesa. Posiblemente, sería más acorde con la realidad y resultaría más práctico el adoptar un solo idioma a nivel comunitario que el recurrir a traducciones faltas de rigor; lo que no va indudablemente a mejorarse ante la incorporación de nuevos países con nuevos idiomas. En el presente caso, la lógica suple las deficiencias en la traducción, lo que no siempre ocurre. El problema surge aquí principalmente por la indefinición del significado que tiene en castellano la palabra “incompatible”. Indudablemente es más amplio que el de “distinta”, pero su límite resulta indefinido en nuestro idioma. Si acudimos a la versión inglesa, no encontramos, desafortunadamente, una traducción más precisa.

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

¹¹ Fecha de 4 de enero de 2003 —ES— L 1/13.

haya suspendido la ejecución de la decisión por haber sido objeto de un recurso de anulación, ya que los actos de las instituciones comunitarias disfrutaban de presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados ni revocados ¹².

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

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

3. COLABORACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el Preámbulo del Reglamento, el legislador comunitario hace referencia a que la aplicación coherente de las normas de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales requiere de la instauración de mecanismos de cooperación entre éstos y al Comisión ¹³. Para ello apunta dos medios que concreta y desarrolla en el art. 15: la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar a la Comisión informaciones o dictámenes sobre aspectos de la aplicación del Derecho comunitario de competencia y el que tanto la propia Comisión como las autoridades de competencia de los Estados miembros gocen de la facultad de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81 u 82 del Tratado.

El art. 15 del Reglamento concreta las facultades informativas de los jueces en dos. Por un lado, en solicitar de la Comisión la información que obre en su poder sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Por otro, la solicitud de dictámenes

¹² STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Limite//HDIcecream Limite*.

¹³ Considerando 21.

sobre las mismas cuestiones. Estas facultades que prevé el Reglamento son independientes, claro está, de la de plantear cuestiones prejudiciales de interpretación al TJCE, de conformidad con lo previsto en el art. 234 TCE. El ejercicio de aquellas facultades parece que tendrá efectos meramente ilustrativos o informativos del órgano jurisdiccional sin que pueda predicarse de las mismas que produzcan efectos vinculantes, ya que tal efecto se contrae únicamente a las decisiones de la Comisión.

La preocupación de la Comisión por la aplicación uniforme del Derecho de la competencia, ante la importante descentralización que lleva a cabo el Reglamento 1/2003, ha estado presente en todo momento desde el comienzo del prelegislativo y continúa en la actualidad, en especial por lo que respecta a los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo general menos conocedores del Derecho comunitario de competencia y también menos familiarizados en su aplicación que las autoridades nacionales. De ahí la reciente Comunicación de la Comisión dirigida a aquéllos¹⁴. En su apartado III-15 ya se señala que, aunque el Tratado CE no contempla explícitamente la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión, la interpretación hecha por los Tribunales comunitarios del art. 10 CE alcanza a que la Comisión deba ayudar a aquéllos cuando los mismos apliquen el Derecho comunitario. Este tipo de ayuda no puede verse limitada por la normativa de ningún Estado miembro, quienes deberán adoptar las normas procesales pertinentes a fin de posibilitarla¹⁵.

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

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

A. SOLICITUD DE INFORMACIÓN

Se comienza por señalar en la citada Comunicación, a título de ejemplo, en lo que puede consistir dicha información: documentos que obren en poder de la Comisión, información de carácter procedimental que

¹⁴ Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE.

¹⁵ Comunicación III-A-17.

permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión, información sobre si ésta ha iniciado un procedimiento o si ya ha adoptado su posición o sobre la fecha probable en que la adoptará ¹⁶.

La Comunicación recuerda que la Comisión tiene que respetar las garantías dadas por el art. 287 CE, haciendo una interpretación integradora de las obligaciones que derivan tanto de éste precepto como del art. 10 CE. Así, se señala que, antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional, la Comisión recordará al órgano jurisdiccional que está obligado por el Derecho comunitario a observar los derechos del art. 287 CE y le preguntará si garantiza la protección de la información y de los secretos comerciales confidenciales, transmitiéndole la información en el solo supuesto de que ofrezca dicha garantía ¹⁷.

Finalmente se indica que la Comisión puede denegar la transmisión de información por razones superiores relacionadas con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Comunidad o evitar cualquier interferencia con su funcionamiento e independencia, concretando que no transmitirá la información voluntariamente proporcionada por un solicitante de clemencia sin su consentimiento ¹⁸.

Una cuestión que quedaba olvidada por el Reglamento, de importancia para la tramitación de los procedimientos judiciales, como es el plazo en que la Comisión debería proporcionar la información solicitada por los jueces, viene a resolverse por la Comunicación, aunque con cierta indeterminación. Así, se señala que *«la Comisión se esforzará por facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información solicitada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud»*. Si la Comisión tiene que pedir alguna aclaración o documento al órgano judicial, el plazo empezará a computarse a partir de la fecha en que reciba la información solicitada ¹⁹. En cualquier caso, los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales internas para posibilitar dicha colaboración ²⁰, lo que será dificultoso con plazos meramente indicativos como los que se marca la Comisión.

B. PETICIÓN DE DICTÁMENES

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

¹⁶ Comunicación III-A-21.

¹⁷ Comunicación III-A-1-23, 24 y 25.

¹⁸ Comunicación III-A-26.

¹⁹ Comunicación III-A-22.

²⁰ Comunicación III-A-17.

comunicaciones y directrices de la Comisión no ofrezcan la suficiente orientación al órgano judicial ²¹. Al pronunciarse, «la Comisión se limitará a facilitar al órgano jurisdiccional nacional la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional». Se aclara a continuación que el dictamen no es jurídicamente vinculante ²².

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

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

4. COLABORACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES CON LA COMISIÓN

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

A. PRESENTACIÓN DE ALEGACIONES POR LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

Dentro de los mecanismos que señala el considerando 21 del Reglamento 1/2003 para la aplicación coherente de las normas de competencia, se contempla la facultad de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de presentar observaciones escritas u orales ante los órganos jurisdiccionales instados a aplicar los arts. 81

²¹ Comunicación III-A-27.

²² Comunicación III-A-29.

y 82 del Tratado. El art. 15.3 del mismo Reglamento explicita estas facultades.

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

Por su parte, la Comisión también podrá formular observaciones en iguales circunstancias y forma. Pero, como precisa la Comunicación, la Comisión solamente presentará observaciones cuando «... *lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 u 82 CE*», limitando sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional²³. El espíritu descentralizador del Reglamento se hace aquí presente toda vez que se deja a las autoridades nacionales de competencia la presentación más habitual de alegaciones, reservándose la Comisión el poder hacerlo en supuestos más excepcionales.

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

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

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

Como se dice en la Comunicación, dado que el Reglamento no establece un procedimiento para la presentación de observaciones, el mismo se determinará con arreglo a las normas y prácticas procesales de los

²³ Comunicación III-A-32.

Estados miembros. Incluso se contempla la situación de que un Estado miembro no haya establecido todavía el marco procesal pertinente, en cuyo supuesto, el órgano jurisdiccional deberá determinar qué normas procesales son apropiadas para la presentación de las repetidas observaciones²⁴. Se señala expresamente que el procedimiento deberá respetar, entre otras cosas, su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario, en especial con los derechos fundamentales de las partes; por aplicación del principio de eficacia no debe permitirse que la presentación de dichas observaciones sea imposible o excesivamente difícil en la práctica; conforme al principio de equivalencia, el procedimiento no puede hacer que la presentación de observaciones sea más difícil que la presentación de observaciones en un procedimiento judicial en el que se aplique el Derecho nacional equivalente²⁵.

B. TRANSMISIÓN DE SENTENCIAS QUE APLIQUEN LOS ARTS. 81 Y 82 CE

El apartado 2 del art. 15 del Reglamento impone a los Estados miembros la obligación de remitir a la Comisión una copia de las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales en las que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, tan pronto hayan sido notificadas a las partes. Ello permitirá conocer a la Comisión en los litigios en los que podría ser conveniente presentar observaciones si se produce apelación de la sentencia, según aclara la Comunicación²⁶.

Esta precisión nos sirve para reafirmar el convencimiento de que la Comisión puede presentar sus alegaciones de *amicus curiae* no sólo en la primera instancia de un procedimiento, sino también en sus fases superiores.

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

C. FUNCIÓN DE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTEXTO DE UNA INSPECCIÓN DE LA COMISIÓN

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

²⁴ Comunicación III-A-34.

²⁵ Comunicación III-A-35.

²⁶ Comunicación III-A-37.

Así, por un lado, las inspecciones, circunscritas antes a los domicilios y locales de las empresas, se extienden ahora a los domicilios privados y asimilados de los empresarios, administradores y otros miembros del personal. Por otro lado, el poder de investigación de la Comisión también se refuerza en lo que respecta a la solicitud de explicaciones a los representantes y miembros del personal de la empresa, limitadas antes a los documentos y que se extienden ahora también a los hechos²⁷, pudiendo ser sancionadas las empresas si la respuesta resulta ser inexacta o engañosa²⁸.

En lo referente a inspección en locales de empresas, el Reglamento prevé que la legislación nacional pueda exigir un mandamiento judicial cuando la empresa se oponga a ser inspeccionada²⁹. En tal supuesto, el órgano judicial, a la hora de decidir si otorga el mandamiento, está facultado para controlar que la decisión de inspección de la Comisión sea auténtica y que las medidas cautelares previstas no sean arbitrarias ni desproporcionadas en relación al objeto de la inspección, para lo cual podrá solicitar explicaciones detalladas de los motivos de la Comisión para sospechar que se han infringido los arts. 81 u 82 CE, gravedad de la presunta infracción y participación de la empresa en dicha infracción.

En el supuesto de que se inspeccione en locales ajenos a la empresa, el Reglamento requiere, en todo caso, que se obtenga un mandamiento judicial de un órgano nacional previamente a ejecutar la decisión de la Comisión. La posibilidad de otorgar o denegar el mandamiento de entrada en un domicilio particular o asimilado³⁰ viene reglada para el juez nacional. Así, podrá éste verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción, la importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa y probabilidad razonable de que los libros y registros relativos al objeto de la inspección se conservan en los locales para los que se solicita el mandamiento³¹.

Anteriormente calificábamos de reglada por la propia norma comunitaria la facultad del juez nacional para otorgar o denegar el mandamiento que posibilite la entrada y registro, toda vez que el Reglamento no sólo le dice lo que puede hacer, sino también lo que no puede hacer. Así, común a los dos supuestos de inspección —en locales de la empresa y en locales ajenos a la misma—, el órgano jurisdiccional nacional no puede poner en cuestión la legitimidad de la decisión de la Comisión ni el exigir que se le facilite información que figure en el expediente,

²⁷ Art. 20.2.e) del Reglamento.

²⁸ Art. 23.1.d) del Reglamento.

²⁹ Art. 20.7 del Reglamento.

³⁰ Cualquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, concreta el art. 21.1 del Reglamento.

³¹ Art. 21.3 del Reglamento.

reservándose al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión ³². El deber de cooperación leal exige al juez nacional que adopte su decisión en un plazo apropiado que permita a la Comisión efectuar eficazmente su inspección, como puntualiza al efecto la Comunicación ³³.

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

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

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

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

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

Con la salvedad de la jurisdicción militar, contraída al ámbito estrictamente castrense para los delitos militares y a los supuestos de estado de sitio, la unidad jurisdiccional es una realidad que no se ve ensombrecida por el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a otros órganos, como el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional o a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, como el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

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

- a) El penal, para el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.
- b) El contencioso-administrativo, para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública

³² Arts. 20.8 y 21.3 del Reglamento.

³³ Comunicación III-A-41.

sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, así como cuando en la producción del daño hubiesen concurrido también sujetos privados.

c) El social, ante el que se sustancian las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

d) El civil, de carácter residual, para conocer además de las materias que a él son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

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

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

B. INICIATIVAS SOBRE ESPECIALIZACIÓN DE ÓRGANOS JUDICIALES

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

La especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los asuntos sobre propiedad industrial es pedida ya desde hace muchos

años por todos aquellos relacionados con la materia. Así, la doctrina científica más prestigiosa ha puesto de relieve esta necesidad en múltiples ocasiones (BERCOVITZ, FERNÁNDEZ NÓVOA, GÓMEZ SEGADE, LEMA DEVESA, OTERO LASTRES, entre otros).

Es sentir común la necesidad de especialización, entre todos los abogados y demás juristas dedicados a la aplicación y estudio de la propiedad industrial ³⁴.

También prestigiosas instituciones privadas, dedicadas a la investigación, estudio y difusión del conocimiento de la propiedad industrial, tanto en actos públicos, como dirigiendo comunicados tanto al Consejo General del Poder Judicial como al Ministerio de Justicia, han demandado la especialización judicial.

Así, el Grupo Español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI), el Centro de Estudios para el Fomento de Investigación (CEFI) y la Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANDEMA).

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

También hubo algún intento legislativo, como el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se crean determinados órganos jurisdiccionales y el Cuerpo de Facultativos de fecha 10 de febrero de 1993. Aunque cualquier paso tendente a la especialización de los órganos judiciales ha de ser siempre bien acogida, es de señalar que el Anteproyecto era técnicamente muy imperfecto.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece competencias al órgano de gobierno del Poder Judicial para atribuir el conocimiento de determinadas materias a uno o varios órganos judiciales en exclusiva. Y aunque la Ley, tras su reforma por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, prevé su desarrollo reglamentario, se detectan en ella algunos signos de especial interés por lo que respecta a la especialización judicial.

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

³⁴ Ver J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Órganos judiciales especializados y propiedad industrial», en *La propiedad industrial en España y en su contexto europeo*.

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

C. CREACIÓN DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

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

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

del sistema hasta ahora vigente, en el que el CGPJ podría haber establecido esta especialización por atribución de determinados asuntos mercantiles al conocimiento exclusivo y excluyente de algunos Juzgados de Primera Instancia y Secciones de las Audiencias Provinciales, lo que no ha hecho, el Proyecto de Ley obliga a su creación al menos con competencia territorial provincial, dejando al CGPJ el establecimiento de su número, los criterios para la especialización de los miembros que los integren y su selección.

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

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

de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Debe precisarse que si bien la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento jurídico viene desgajada de la propiedad industrial y considerada de naturaleza civil y no mercantil, los derechos de autor que protege ésta están íntimamente relacionados con los de aquella modalidad de propiedad, integradas ambas bajo la rúbrica de propiedad intelectual en el anexo de los Trips del Convenio de la Organización Mundial del Comercio, suscrito por España, por lo que parece adecuado su tratamiento por unos mismos órganos especializados desde el punto de vista práctico y funcional, que no coincide con el dogmático.

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

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

También se les atribuye el conocimiento de los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil.

En uno de los últimos trámites legislativos se incluyó al fin el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado, pero no se hizo lo propio con el Derecho interno sobre competencia. Si bien apli-

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

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

El Consejo General del Poder Judicial ha emprendido ya la tarea de seleccionar y formar a los jueces de lo mercantil mediante concurso-oposición y posteriores cursos de formación.

En cualquier caso, bienvenida sea la especialización y es de esperar que a corto plazo estén funcionando y con los resultados de todos esperados.

6. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEARÁ LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO A LOS JUECES DE LO MERCANTIL

Según se pudo constatar en la segunda reunión de la Asociación de Jueces especializados en Derecho de la competencia³⁵, de las obligaciones que comporta para los jueces nacionales el Reglamento 1/2002 CE derivan diversos problemas tanto de fondo como procesales en todos los Estados miembros.

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

A. PROBLEMAS DE FONDO

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

Como ya se anticipaba, la escasa aplicación que han tenido ocasión de realizar los jueces españoles de los arts. 81.1 y 82 CE, unida a la desorientación que crearon algunas de las sentencias del TS, al negar

³⁵ Luxemburgo, 12 y 13 de junio de 2003, CEFI, 1993, pp. 177 ss.

su aplicación con fundamento en el efecto directo horizontal de los Tratados, ha sido determinante de que esta legislación sea muy desconocida. Si a ello se añade la indeterminación conceptual de dichos preceptos que obliga a un conocimiento puntual de la jurisprudencia comunitaria y las decisiones de la Comisión, en la aplicación de Derecho tan casuístico como el de competencia, es fácil adivinar las dificultades a que han de enfrentarse los órganos jurisdiccionales españoles encargados de su aplicación.

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

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

En todo caso, la concentración del conocimiento de determinadas materias mercantiles, entre las que se encuentra el Derecho comunitario de competencia, en los nuevos Juzgados de lo Mercantil, servidos por especialistas, será sin duda una facilidad a corto plazo para solventar los problemas apuntados y obtener unos criterios más uniformes en su aplicación.

b) *Incorporación de documentos confidenciales*

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

Los problemas que de esta situación se derivan ya han sido tratados por algunos autores ³⁶.

A semejante problemática se van a tener que enfrentar los jueces de lo mercantil. Según veíamos más arriba, la Comisión, antes de transmitir información amparada por el secreto profesional, preguntará al órgano jurisdiccional si garantiza la protección de la información confidencial y los secretos comerciales, y sólo se transmitirá dicha información cuando así se lo garantice ³⁷.

B. PROBLEMAS PROCESALES DE FORMA

No menos importantes, y en todo caso más numerosos, son los problemas que en estos aspectos se nos van a crear, fundamentalmente debidos a la imprevisión de nuestro legislador, pues, desde la publicación del Reglamento 1/2003 en el *DOCE* el 4 de enero de 2003, hasta la fecha de su aplicación, prevista en el mismo, 1 de mayo de 2004, ha habido tiempo suficiente para realizar los ajustes legales que permitieran su aplicación y eficacia. A este respecto, la Comunicación señala que «... *los Estados miembros deberán adaptar las normas procesales pertinentes que hagan posible que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales como la Comisión se beneficien plenamente de las posibilidades que ofrece el Reglamento*» ³⁸.

Los órganos judiciales encargados en España de la aplicación de los art. 81 y 82 CE, como queda señalado, serán los Juzgados de lo Mercantil cuando entren en funcionamiento, revisando en apelación las sentencias de éstos las Salas de las Audiencias Provinciales correspondientes. Unos y otros, aún pendientes de establecer su planta al día de hoy, está previsto que comiencen a funcionar en el mes de septiembre próximo.

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

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

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

³⁶ Ver L. BERENQUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», *Gaceta Jurídica CE*, núm. D-27, pp. 71 ss.

³⁷ Comunicación III-A-I-23, 24 y 25.

³⁸ Comunicación III-A-I-17.

Mercantil correspondiente, a quien le viene atribuida la competencia, como órgano jurisdiccional especializado para conocer de los asuntos en que haya que aplicar el Derecho comunitario de competencia.

Por otro lado, como ya ha puesto de relieve algún autor, si se plantea la nulidad del contrato en la contestación de la demanda por incidir aquél en las prohibiciones del art. 81.1 TCE, el demandante disfrutará de muy escasos medios procesales para acreditar que el contrato objeto de la litis cumple los requisitos y condiciones del art. 81.3 TCE que lo convierten en legal. En el anterior supuesto el demandante carecería de la posibilidad de presentar observaciones escritas en defensa de la compatibilidad, de acuerdo con el art. 81 CE, y se vería obligado a presentar, con carácter exclusivamente verbal, dichas observaciones en el juicio oral previsto en los arts. 431 a 433 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, trámite que no parece el más adecuado para este tipo de argumentaciones³⁹.

b) *Acciones de nulidad y de indemnización de daños y perjuicios derivadas de la LDC*

Los Tribunales de lo Mercantil aplicarán también el Derecho interno de competencia con ocasión de que se ejercite una acción de competencia desleal por infracción de las normas concurrenciales, al amparo del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, toda vez que les viene atribuida la competencia también en el conocimiento de esta materia. Pero, en cambio, el legislador no les ha atribuido el conocimiento de las acciones de nulidad⁴⁰ ni de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de infracciones de la LDC⁴¹.

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

³⁹ J. FOLGUERA CRESPO y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las reformas en la aplicación de las normas comunitarias de Derecho de la competencia: principales novedades previstas en el nuevo Reglamento CE núm. 1/2003», en *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la competencia*, núm. 20, p. 22.

⁴⁰ Art. 1.2 LDC.

⁴¹ Art. 13.2 LDC.

a la luz de la LDC el juez de lo mercantil, especialista en la materia, parecería el más adecuado para conocer de estas declaraciones de nulidad.

Por lo que se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios, las acciones que deberán ejercitarse serán las previstas en las leyes civiles y ejercitables, por tanto, ante los órganos jurisdiccionales. De las mismas conocerán los jueces civiles y no los mercantiles, al no haberseles atribuido a éstos la competencia para su conocimiento.

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

Falta también el cauce procesal para posibilitar la cooperación, que establece el Reglamento de la Comisión con los órganos jurisdiccionales y la de éstos con aquélla.

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

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

d) *La formulación de alegaciones por la Comisión*

Más complejidad procesal determinará el posibilitar de forma leal y eficaz el que tanto la Comisión como las autoridades de competencia nacionales formulen alegaciones de *amicus curiae* previstas en el Reglamento. En cualquier caso, se ha de posibilitar la presentación de alegaciones escritas a las autoridades de competencia españolas y a la Comisión facilitándoles previamente y para tal finalidad la documentación necesaria que obre en el expediente, debiendo habilitarse el marco procesal adecuado por cada Estado miembro, tal y como señala la Comunicación, que incluso llega a precisar que, en el caso de no haberse establecido aquél, será el órgano jurisdiccional el que establecerá las normas que lo habiliten.

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

Como queda antes señalado, no se trata ni de una intervención de parte en el procedimiento, ni tampoco de la incorporación de una prueba al mismo. Esta singular intervención de *amicus curiae* tal vez tenga su precedente más próximo en nuestro sistema procesal en la intervención que a la Oficina Española de Patentes y Marcas habilita el art. 128 de la Ley de Patentes, al señalar que en los procedimientos de impugnación de patente deberá aquélla emitir un informe preceptivamente, estableciéndose al efecto que se le dará traslado de los autos por plazo de treinta días. En el caso que ahora nos ocupa no hay previsto nada, ni en cuanto a la forma del traslado, ni del momento procesal, ni del plazo para las alegaciones.

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

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

También entre las obligaciones derivadas de la cooperación con la Comisión está la de remitir copia de todas las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en las que se apliquen los arts. 81 u 82 TCE, según veíamos anteriormente. Por lo que respecta a nuestro país, se ha establecido por el legislador interno que tal remisión deberá hacerse por los órganos judiciales a través del Servicio de Defensa de la Competencia⁴². Tal vez hubiese resultado más adecuado que el envío de las sentencias a la Comisión se coordinara por el Consejo General del Poder Judicial, lo cual, además, resultaría más eficaz y evitaría demoras, ya que los órganos jurisdiccionales están conectados informáticamente con el Consejo a través del “punto neutro judicial” y en breve se les dotará a aquéllos de firma electrónica.

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

Finalmente debe hacerse referencia a la intervención de los jueces nacionales con ocasión de una inspección llevada a cabo por la Comisión en un Estado miembro.

⁴² Art. 95.cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por el que se introduce una Disposición Adicional Única a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

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

El control judicial y, en definitiva, el otorgamiento de los mandamientos para las inspecciones en domicilios por parte de la Comisión no corresponderán, a mi juicio, a los jueces de lo mercantil, por venir atribuido con carácter general a los jueces de lo contencioso-administrativo⁴³, por lo que no profundizaremos aquí en el análisis de la variada problemática que se va a derivar, ya que este trabajo se limita al análisis de la que se producirá para jueces de lo mercantil en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE.

No obstante lo anterior, debe hacerse alguna referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas y que subsisten en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un Juzgado de Instrucción o un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998 en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.5 LICA de 1998 zanja en todo caso el asunto⁴⁴, al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administración Pública corresponderá otorgarlos a los Juzgados de la Contencioso-Administrativo.

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

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que plateaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así, la primera que plantea

⁴³ Art. 8.5.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁴⁴ «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requerirá el consentimiento del titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de Administración Pública».

la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del Juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1, regla 1.ª, LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con el posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa⁴⁵.

Los problemas a los que se han de enfrentar los jueces de lo mercantil, como hemos visto, son importantes y variados, algunos de los cuales necesitarán ser solucionados por el legislador, quien, a pesar de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no ha producido las reformas legales necesarias para su correcta y eficaz aplicación. Por otro lado, otros órganos judiciales, según se apuntó antes, también deben encarar otros problemas que también derivan de posibilitar el Reglamento eficaz y lealmente. Sólo, pues, queda esperar y desear que a la mayor brevedad se tomen las medidas adecuadas para que los Juzgados de lo Mercantil comiencen a funcionar en la fecha prevista, con los medios necesarios, y se produzcan también las reformas legislativas que posibiliten la aplicación del Reglamento 1/2003 en todos sus términos.

⁴⁵ M. PEDRAZ CALVO, «Nuevas cuestiones de Derecho procesal con relación a la defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación Ico-Marcial Pons, pp. 162-164.