

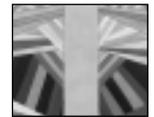
# La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil

La aplicación de la legislación anti-trust, es decir la lucha contra los cárteles y otras infracciones del derecho de defensa de la competencia, puede adoptar dos cauces muy diferentes. El primero de ellos es la acción pública a través de organismos administrativos (como el Departamento de Justicia de EEUU, la Comisión Europea, o el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en España). Estos organismos imponen a los infractores una pena o sanción, normalmente de carácter pecuniario pero que en algunos ordenamientos puede alcanzar incluso la prisión. El segundo cauce es la acción privada (*private enforcement*), en la que un agente privado (un competidor perjudicado por la conducta colusoria, una asociación de consumidores, etcétera) demanda ante los tribunales ordinarios al infractor, para declarar nulo un contrato o con vistas a lograr una compensación económica por los daños y perjuicios derivados.

El predominio de uno y otro cauce procesal es una de las diferencias más acusadas entre la aplicación de las legislación antitrust a ambos lados del Atlántico. Mientras que en EEUU la acción privada alcanza el 90 por 100 de los casos en los que se ejecuta el derecho de competencia, un reciente estudio revela que únicamente se han encontrado 60 sentencias en toda la Unión Europea (¡desde 1957!) en la que los tribunales civiles hayan dictaminado en acciones de daños y perjuicios

por infracción de las normas de competencia.

Tres factores en los últimos meses pueden hacer variar esta situación a favor de una mayor participación de la acción privada. En primer término, desde el pasado 1 de mayo resulta de plena aplicación el nuevo Reglamento de implementación de los artículos 81 y 82 del Tratado (1) (en adelante Reglamento 1/2003). Este Reglamento dota a los órganos jurisdiccionales nacionales de competencia plena para la aplicación de dichos preceptos con el objetivo de conseguir una mayor implicación de los tribunales ordinarios en la aplicación del derecho comunitario de la competencia. Más recientemente, el pasado 1 de septiembre, entró también en vigor la nueva legislación concursal (2), que moderniza el tratamiento jurídico de las crisis empresariales y crea un órgano judicial especializado para su enjuiciamiento: los juzgados de lo mercantil. El legislador ha dotado a estos juzgados de competencias adicionales, todas ellas relacionadas con el derecho económico empresarial, entre las que destaca la aplicación en España de los artículos 81 y 82 del TCE. Por último, también el mismo mes de septiembre, la Comisión Europea ha



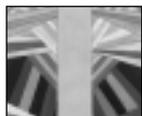
EN PORTADA

(1) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE de 4.01.2003).

(2) Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal y Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

dado a conocer un extenso informe encargado a la delegación en Bruselas de Ashurst que analiza la aplicación privada de los artículos 81 y 82 en toda la Unión y propone líneas de acción para incrementar el número de casos antitrust que se susciten ante los jueces ordinarios. Basándose en este estudio la Comisión pretende elaborar un Libro Verde donde expondrá sus reflexiones sobre la materia.

Todos estos acontecimientos pueden suponer una pequeña revolución a corto plazo en la aplicación del derecho antitrust en Europa o bien servir como nuevo ejemplo de la famosa máxima lampedusiana que afirma que es necesario que todo cambie para que todo siga igual. Para optar por una valoración u otra es necesario examinar con mayor detalle todos los elementos anunciados.



EN PORTADA

### **El Reglamento 1/2003 y la potenciación del papel de los jueces**

El 1 de mayo de 2004 la Unión Europea experimentó su quinta y mayor ampliación, dando entrada como Estados miembros a diez nuevos países del Este de Europa. Esa misma fecha significó también un hito importante en la historia del derecho antitrust europeo, inaugurando la aplicación de un nuevo marco normativo: el mencionado Reglamento 1/2003 y el Reglamento 139/2004, nuevo Reglamento de Concentraciones (3).

El Reglamento 1/2003 se inscribe en la denominada «modernización» del Derecho europeo de defensa de la competencia ejecutada bajo el mandato del Comisario Monti y supone, sin duda, el

mayor cambio acaecido en esta legislación en más de 40 años, desde que se aprobara en 1962 el anterior Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82, conocido como Reglamento nº 17. Los cambios afectan primordialmente al artículo 81 del Tratado, que prohíbe los acuerdos colusorios entre empresas, mientras que la aplicación del artículo 82, relativo al abuso de posición de dominio no sufre tanta variación. Como es sabido el artículo 81 prohíbe en su primer apartado los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que resulten contrarias a la libre competencia. Sin embargo el apartado 3 del mismo artículo permite exonerar o inaplicar dicha prohibición a aquellos acuerdos que cumplan determinadas condiciones (mejora de la producción o distribución/incremento del progreso técnico o económico, adecuada participación de los consumidores en sus beneficios, inexistencia de restricciones no indispensables, etcétera).

Hasta el pasado 1 de mayo, la Comisión gozaba de un monopolio para la aplicación de esta exención del artículo 81.3, que además debía ser solicitada por las empresas mediante una notificación del acuerdo a Bruselas. Con el Reglamento 1/2003 se abandona este sistema de exención centralizado y *ex post* para establecer un sistema descentralizado de exención legal: las empresas no deben solicitar ninguna exención y la Comisión comparte la competencia para aplicar el artículo 81.3 a los acuerdos y prácticas que se investiguen con las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros. Para las empresas el resultado tiene dos caras: por un lado desaparece la carga burocrática de notificar el acuerdo a Bruselas pero por otro desaparece la seguridad jurídica que otorgaba la notificación.

(3) Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOCE de 29.01.2004.

Ahora serán las propias empresas las que deberán autoevaluar los acuerdos que celebren para saber si se ajustan a las condiciones establecidas por el artículo 81.3 y pueden considerarse pro-competitivos. Pero esta autoevaluación no les exonera de la posibilidad de una futura investigación e incluso sanción si las autoridades de competencia finalmente no consideraran cumplido el artículo 81.3.

Pero el Reglamento 1/2003 no solo abre la aplicación del artículo 81.3 a las autoridades nacionales sino también a los órganos jurisdiccionales ordinarios de los Estados miembros. El efecto directo de los artículos 81 y 82 y la posibilidad de solicitar la aplicación de los mismos por los ciudadanos particulares ante los tribunales nacionales había sido reconocida por la jurisprudencia comunitaria ya en 1974 (4). No obstante los jueces nacionales chocaban para esta aplicación con el mismo obstáculo que las autoridades nacionales de competencia: el monopolio legal de la Comisión para la aplicación del artículo 81.3. Bastaba que una de las partes del proceso invocase la aplicación de dicho apartado 3 para que el pleito pasase a manos de la autoridad comunitaria conforme la mencionada competencia exclusiva de Bruselas para la evaluación del cumplimiento de las condiciones de exención previstas en dicho precepto.

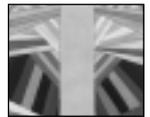
El artículo 6 del Reglamento 1/2003 acaba con esta situación y determina claramente que los «órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado», sin restricciones de ningún tipo. El pre-

(4) Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1974, *Belgische Radio en Televisie vs SV SABAM and NV Fonior*. Asunto 127/73.

ámbulo del Reglamento (considerando 7) explica que es conveniente facultar a estos órganos para aplicar plenamente dichos artículos ya que desempeñan una función complementaria a la de las autoridades de competencia, salvaguardando «los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios».

Tratando de garantizar una aplicación coherente del Derecho europeo de competencia, el Reglamento 1/2003 dedica otros artículos a los órganos jurisdiccionales nacionales. En el artículo 15 se regula la cooperación de la Comisión (y también de las autoridades de competencia de los Estados miembros) con los órganos jurisdiccionales nacionales, regulación desarrollada en una Comunicación de la Comisión al respecto (5). Para llevar a cabo esta cooperación se instituye el deber de los Estados miembros de remitir a la Comisión todas aquellas sentencias judiciales de sus tribunales nacionales que apliquen los artículos 81 u 82 del Tratado. Por su parte, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia pueden actuar como *amicus curiae* en los casos de aplicación de dichos artículos, presentando observaciones orales o escritas ante el tribunal. La figura del *amicus curiae* («amigo de la Corte o del Tribunal») es una institución procedente del *Common Law* que puede definirse como «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación

(5) Comunicación de la Comisión sobre la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. Esta Comunicación forma parte del llamado «Paquete de Modernización» que agrupa otras cinco comunicaciones y un Reglamento de la Comisión, que sirven de regulación de desarrollo del Reglamento 1/2003.



EN PORTADA

para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva» (6). Consolidada en países de sistema jurídico anglosajón, como EEUU o Canadá, el *amicus curiae* resulta, sin embargo, extraña para la mayoría de los Estados miembros de la UE, excepto en Alemania, donde el *Bundeskartellamt* lleva años ejerciéndola ante los tribunales civiles que aplican el derecho antitrust. También es prácticamente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

El artículo 16 del Reglamento 1/2003 trata de proteger una aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia imponiendo a los jueces nacionales el deber de no dictar resoluciones incompatibles con una decisión adoptada por la Comisión y la recomendación de evitar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la autoridad comunitaria.

La «modernización» derivada del Reglamento 1/2003 no se detiene en los aspectos jurisdiccionales expuestos sino que abarca otras muchas áreas de la aplicación de los artículos 81 y 82 como, por ejemplo, la extensión de los poderes de la Comisión, tanto en su faceta investigadora (regulándose su competencia para ejecutar inspecciones en domicilios privados, además de empresariales, o para precintar locales o vehículos) como decisoria (reconociéndose su capacidad para adoptar medidas cautelares, para aceptar compromisos o para imponer a las partes remedios estructurales). Aspectos todos ellos que exceden los límites de este trabajo.

(6) DE LA CRUZ IGLESIAS, L.: «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto Amianto». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 3 (2001), página 2, en [www.reei.org](http://www.reei.org)

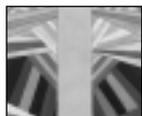
## Los nuevos juzgados de lo mercantil

El pasado 1 de septiembre entró en vigor la nueva legislación concursal, integrada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC) y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). La necesidad de una nueva regulación de las situaciones de crisis empresarial era una cuestión reclamada hace años por todos los sectores afectados para modernizar una regulación obsoleta algunos de cuyos preceptos se remontaban al Código de Comercio de 1829, promulgado en el reinado de Fernando VII.

Dada la complejidad jurídico-económica de la materia, la nueva normativa opta por otorgar competencia para conocer del concurso a unos nuevos órganos jurisdiccionales, denominados juzgados de lo mercantil, que se crean mediante la LORC, ley que recoge las modificaciones de la normativa vigente exigidas por la reforma concursal que requieren rango de ley orgánica. La LORC regula fundamentalmente tres materias: los derechos fundamentales del deudor (intervención de comunicaciones, arresto domiciliario), el tratamiento de los delitos penales correlativos a los concursos civiles y la creación y competencias de los nuevos juzgados de lo mercantil.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LORC los nuevos juzgados de lo mercantil son juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, ya anunciados en el Pacto de estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001. Su creación obedece a un doble motivo:

a) La necesidad de una preparación especializada, ya que la nueva legislación concursal atribuye al Juez encargado del concurso el conocimiento de materias per-



EN PORTADA

tenecientes a distintas disciplinas jurídicas, hasta hoy asignadas a diferentes órdenes jurisdiccionales. El carácter universal del concurso obliga a concentrar en un sólo órgano judicial todas las materias relacionadas con el mismo, incluidas algunas atribuidas hasta ahora al orden social.

b) La conveniencia de avanzar en el proceso de especialización judicial, en vista de la creciente complejidad de la realidad social y económica actual y su repercusión en diferentes ramas del ordenamiento.

Con vistas a aprovechar la preparación especializada de los titulares de los nuevos juzgados y avanzar en la mencionada especialización judicial la LORC no limita la competencia de los juzgados de lo mercantil a la materia concursal, sino que la amplía a otras disciplinas jurídicas de carácter económico empresarial. Según el nuevo art. 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadido por la LORC) los Juzgados de lo Mercantil conocerán, además del concurso, en aquellas cuestiones de competencia del orden jurisdiccional civil en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, sociedades mercantiles y cooperativas, transportes, derecho marítimo y condiciones generales de contratación. Junto a estas materias la letra f) del mencionado artículo 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial añade «la aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE y de su derecho derivado».

Con anterioridad a esta atribución de competencias la aplicación judicial en España del Derecho comunitario de competencia suscitaba algunas dudas. El Tribunal Supremo había emitido una jurisprudencia contradictoria sobre las posibilidades de los tribunales españoles para aplicar en pleitos privados los artículos 81 y 82 del Tratado sin pronuncia-

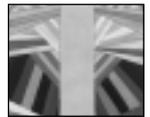
miento previo de las autoridades de competencia (7). No obstante resultaba claro en todo caso que la jurisdicción competente para aplicar dichos artículos era la civil. Y de acuerdo con el art. 85 de la LOPJ (8) su conocimiento correspondía a los juzgados de Primera instancia, diseminados a lo largo de toda la geografía nacional.

A partir del 1 de mayo de 2004 la competencia de los jueces españoles para aplicar la legislación antitrust comunitaria sin pronunciamiento previo de las autoridades de competencia nacionales o extranjeras se desprende del propio Reglamento 1/2003. Y, si bien el Reglamento 1/2003 no exige la creación de órganos judiciales especializados para la aplicación de los artículos 81 y 82, la creación, casi contemporánea a la entrada en vigor del Reglamento, de los juzgados de lo mercantil ofreció al legislador español la oportunidad de evitar la dispersión en más de 1500 juzgados de la aplicación de una materia técnica y dificultosa como es el derecho comunitario de la competencia para concentrarlo en un número de órganos sustancialmente menor. Los objetivos expuestos en la Exposición de Motivos de la LORC para la creación de juzgados de lo mercantil eran igualmente válidos para otorgarles competencia en la aplicación de las normas de competencia comunitarias:

«En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resolu-

(7) Sentencias del Tribunal Supremo 1262/1993, de 30 de diciembre; 908/199, de 4 de noviembre; 540/200, de 2 de junio; 202/2001, de 2 de marzo; 232/2001, de 15 de marzo.

(8) Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 1. En primera instancia, de los juicios que no vengán atribuidos por esta ley a otros Juzgados o Tribunales.



EN PORTADA

ciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica.

En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del Juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios.

En tercer lugar, se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica.

Por último, la creación de estos Juzgados especializados dentro del orden Jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Esta atribución a los nuevos juzgados de lo mercantil de la facultad de aplicar la normativa comunitaria antitrust supone una indudable ventaja a la hora de lograr una correcta ejecución del Reglamento 1/2003:

— Concentra en un número limitado de jueces, con preparación y conocimientos adecuados, la aplicación de una materia técnica y compleja, evitando su dispersión en un alto número de órganos judiciales. Asimismo facilita la coordinación y preparación de los jueces encargados de aplicar esta normativa.

— Facilita la organización del sistema de recepción y remisión a la Comisión Europea de las sentencias judiciales que apliquen los art. 81 y 82 a la que estará obligada España, en virtud del art. 15.2 del nuevo Reglamento. A tal efecto el art. 95 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, introdujo una disposición adicional única al texto de la Ley de Defensa de la Competencia con el siguiente texto: «los Juzgados y Tribunales remitirán al Servicio

de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de las sentencias recaídas en los procedimientos judiciales civiles de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea a los que se refiere el artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial»

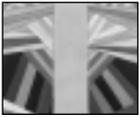
— Facilita la actuación de las autoridades de competencia nacionales o comunitarias como *amicus curiae* ante los tribunales nacionales.

— Es plenamente coherente con las competencias atribuidas a los nuevos juzgados de lo mercantil, que abordan cuestiones conexas con la materia jurídico-económica propia de la defensa de la competencia (competencia desleal, propiedad industrial e intelectual, publicidad, condiciones generales de contratación, etcétera). Hubiera resultado claramente ilógico que, después de esta atribución de competencias, la aplicación de los art. 81 y 82 correspondiera a otros órganos judiciales.

A pesar de estas ventajas la puesta en marcha de los juzgados mercantiles y el otorgamiento de competencia para aplicar la legislación antitrust han suscitado también algunas críticas. Podemos centrar nuestra atención en tres aspectos:

a) *Insuficiente número de los juzgados finalmente creados.*

La primera de las críticas no se refiere a la aplicación judicial del derecho comunitario de competencia sino al número de nuevos órganos judiciales finalmente puestos en funcionamiento. A pesar de las afirmaciones de la LORC respecto de la necesidad de especialización y de la búsqueda de máxima calidad, el pasado 1 de septiembre, fecha de entrada en vigor de la normativa concursal, sólo 37 juzgados mercantiles entraron en funcionamiento. De estos 37 juzgados, 24 correspondían a verdaderos órganos de nueva creación



EN PORTADA

mientras que 13 eran Juzgados de Primera Instancia que unen a sus competencias tradicionales las derivadas de la nueva normativa concursal.

Además, once juzgados se concentran en tres provincias: Madrid [5], Barcelona [4] y Valencia [2], mientras que varias provincias e incluso algunas Comunidades Autónomas no disponen actualmente de este órgano judicial especializado. También ha suscitado críticas la escasa dotación de la plantilla a disposición de los nuevos jueces así como la falta de especialización de la segunda instancia jurisdiccional. Este último punto es importante, ya que si bien los asuntos mercantiles gozarán de un juez especialista para su primera sentencia, cualquier recurso será revisado por las Audiencias Provinciales según el nuevo artículo 82.4 de la LOPJ, introducido por la LORC.

Es posible que las críticas anteriores tengan respuesta en poco tiempo. La Administración tiene prevista la creación de nuevos juzgados totalmente dedicados a lo mercantil a lo largo de 2005 hasta alcanzar el número de 48 órganos judiciales especializados. Por otro lado algunas Comunidades Autónomas con las competencias transferidas han decidido aportar fondos para completar la plantilla de los nuevos órganos. Por último la especialización en materia «mercantil» de la segunda instancia a través de las Audiencias Provinciales era algo ya anunciado en la propia Exposición de Motivos de la LORC, donde se proponía que una o varias secciones de Audiencias Provinciales, en función del volumen de trabajo, asumieran en exclusiva el conocimiento de los asuntos propios de la jurisdicción mercantil. Lo fundamental no es tanto la creación de estas secciones especializadas como que los magistrados encargados de revisar las sentencias cuenten con la misma preparación en aspectos económicos con la que

deben contar los titulares de los juzgados de lo mercantil.

b) *Limitación de la competencia de los juzgados mercantiles a la aplicación del derecho antitrust comunitario.*

Se ha criticado que la LORC limite la competencia de los Juzgados Mercantiles a la aplicación del derecho europeo de competencia, sin dotarles de capacidad para aplicar la legislación nacional, que continúa en manos de los jueces civiles ordinarios (9). Si bien esta crítica guarda su lógica, esta limitación tiene sentido mientras no se aborde una reforma general de la legislación nacional de competencia que la homologue completamente con el derecho comunitario. El Reglamento 1/2003 otorga a los jueces nacionales competencia plena para aplicar los artículos 81 y 82. Son los jueces nacionales los que deciden si existe una infracción de la normativa antitrust contenida en estos artículos. Debido a los especiales requerimientos de coherencia y coordinación que exigen a esta aplicación judicial los propios artículos 15 y 16 del Reglamento resulta aconsejable concentrar esta competencia en un número limitado de juzgados especializados y cualificados y no dispersarla en más de 1.500 órganos.

Por el contrario en el derecho nacional subsiste por el momento la necesidad de notificar al Servicio de Defensa de la Competencia los acuerdos anticompetitivos y la participación del juez civil en la aplicación de la legislación nacional de competencia, según la interpretación más extendida del artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), es siempre posterior al pronunciamiento del órgano nacional de competencia. El juez



EN PORTADA

(9) MARTÍNEZ LAGE, Santiago: «La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004». *Gaceta Jurídica y de la Unión Europea* nº 231. Mayo/junio 2004, páginas 4-11.

civil en este caso está limitado por el pronunciamiento administrativo anterior del órgano especializado, como en un caso de reclamación civil de daños derivado de delito, limitándose a determinar los daños que se derivan de tal infracción administrativa. Tal labor de aplicación del artículo 1902 del Código Civil es habitual en los jueces de la jurisdicción ordinaria y no requiere un juzgado especializado en cuestiones económicas. Un criterio de oportunidad tratando de evitar la sobrecarga de asuntos en los juzgados mercantiles (que ya nacen con riesgo de colapso, según las opiniones vertidas con ocasión de su puesta en marcha) ha podido guiar esta decisión del legislador. Solo una futura reforma de la legislación nacional de competencia, permitiendo la aplicación directa por los jueces de los artículos 1 (prohibición de acuerdos colusorios) y 6 (prohibición del abuso de posición de dominio) de la LDC podría aconsejar otorgar esta competencia también a los juzgados mercantiles.

c) *Posible incoherencia de resoluciones judiciales en caso de procedimientos paralelos.*

En el sistema de aplicación privada de la legislación antitrust por los juzgados mercantiles subyace un problema respecto a los procedimientos paralelos. Una persona puede presentar una denuncia por infracción del artículo 81 y 82 ante el Servicio de Defensa de la Competencia y, paralelamente, suscitar la misma cuestión ante un juzgado mercantil. Esta duplicidad de procedimientos sobre un mismo caso (con propósito distinto: público sancionador en uno, meramente privado en otro) posibilita la aparición de resoluciones contrarias o incoherentes por parte de órganos distintos, judiciales o administrativos.

El problema se encuentra más o menos resuelto a escala europea ya que el Reglamento 1/2003 instituye en su artículo

16 la obligación de respetar las decisiones en materia de competencia emitidas por la Comisión (incluso aconseja respetar las no existentes todavía pero de probable emisión). En caso de discrepancia con la decisión emitida o prevista el juez nacional puede acogerse a la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del Tratado y remitir la resolución de todo el caso a los Tribunales Europeos de Justicia.

Por el contrario, en España no existe una regulación semejante. Ni el Reglamento 1/2003 ni la legislación española prevén una supeditación de los órganos judiciales a las resoluciones de la autoridad de competencia nacional. La posible contradicción tendría fácil solución si las resoluciones del TDC estuvieran sometidas a la revisión del orden jurisdiccional civil. Pero, de acuerdo con los principios generales del derecho administrativo español la revisión de las decisiones de un órgano administrativo corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Resulta posible imaginar que instancias sucesivas en el orden jurisdiccional civil (al que pertenecen los juzgados mercantiles) y en el contencioso administrativo (al que se someten las resoluciones del TDC) lleguen a conclusiones distintas en un mismo caso donde se apliquen los artículos 81 y 82 del TCE. Si bien siempre cabe la posibilidad de que se utilice la cuestión prejudicial ante la jurisdicción europea para resolver la discrepancia parece aconsejable que la propia normativa nacional arbitre una solución diferente, quizás a través de un mecanismo de conciliación con una sala mixta en el Tribunal Supremo o mediante un recurso para la unificación de la doctrina similar al existente en varias leyes procesales.

A pesar de todas estas críticas la existencia de los juzgados mercantiles y su competencia para aplicar el derecho anti-



EN PORTADA

trust europeo a pleitos privados es un hecho. De acuerdo con esta perspectiva los tribunales ordinarios (de los juzgados de lo mercantil a las instancias superiores que revisen sus sentencias) deberán acostumbrarse a enjuiciar los casos de competencia que las partes sitúen bajo su jurisdicción. Para garantizar una adecuada aproximación a los mismos se han dado varios pasos. En primer lugar los titulares de los nuevos juzgados mercantiles se han sometido a un proceso selectivo y de formación de varios meses que incluye materias de contabilidad, auditoría, organización y administración de empresas y otras materias relacionadas con sus futuras funciones. En segundo término el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Consejo General del Poder Judicial firmaron el pasado marzo un Convenio de colaboración para la ejecución de iniciativas y actividades comunes en la organización de ciclos, cursos, seminarios, etcétera, que sirvan para la mejor formación de los miembros de la Carrera Judicial, en especial respecto a la aplicación del Reglamento 1/2003. Iniciativas semejantes se están desarrollando en otros países miembros e, incluso, en el ámbito europeo.

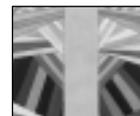
Una última noticia, un tanto anecdótica pero significativa, revela que la preocupación para lograr una adecuada aplicación del derecho de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales no se circunscribe a España. Recientemente, Frederic Jenny, vicepresidente del Consejo de Competencia francés ha sido nombrado miembro del Tribunal Supremo de su país (10). Jenny es el primer economista que se convierte en miembro de este alto tribunal Supremo y una de las pocas perso-

nas sin formación jurídica que alcanza esta distinción. Con su nombramiento Francia parece pretender mayor profundidad en el razonamiento económico de las resoluciones del Tribunal Supremo y asegurar la máxima coherencia posible de la jurisprudencia francesa con el nuevo modelo derivado del Reglamento 1/2003.

### **El Informe Ashurst y el futuro Libro Verde de la Comisión**

Aunque el Reglamento 1/2003 intenta incrementar la participación de los jueces civiles en la aplicación del Derecho europeo de competencia la Comisión Europea es consciente de la existencia de numerosos obstáculos que impiden esta acción privada. Con objeto de conocer detalladamente estas dificultades se encargó a la delegación de Ashurst en Bruselas la realización de una investigación sobre las reclamaciones por daños y perjuicios por infracción del Derecho europeo de competencia. Los resultados finales de este estudio han sido publicados en la página *web* de la Comisión el pasado 2 de septiembre (11).

El estudio fue elaborado mediante el envío de un cuestionario de 21 preguntas a las delegaciones de Ashurst en los 25 Estados miembros o a entidades asociadas. Mediante estos cuestionarios se trataba de identificar los principales obstáculos para la aplicación privada del derecho antitrust y el grado de dificultad que cada uno de ellos suponía. Los resultados de la investigación se presentan en varios documentos. En primer lugar un Informe comparativo donde se analizan exhaustivamente las respuestas al cuestionario procedentes de los 25 países, presentan-



EN PORTADA

(10) *Global Competition Review Briefing*. 17 de septiembre de 2004. [http://www.globalcompetitionreview.com/news/news\\_item.cfm?item\\_id=1936](http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=1936)

(11) [http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html). El estudio no se anuncia en la versión española de la página web de la DGCOM sino en la inglesa.

do un análisis de los sistemas nacionales de acciones de daños y perjuicios y los principales obstáculos para su aplicación al derecho de competencia. En segundo término se incluye un amplio análisis de los modelos económicos para el cálculo de daños existentes dentro de la UE, tanto a nivel teórico como los realmente utilizados ante los tribunales de justicia. Por último se presenta el informe correspondiente a cada uno de los estados miembros, acompañado de un útil resumen del mismo. Debe destacarse que tanto los informes generales como los de escala nacional únicamente revelan los puntos de vista de los autores de los mismos y en ningún caso expresan la postura de la Comisión ni de las autoridades de competencia de los Estados miembros respecto al problema planteado.

Los resultados de la investigación de Ashurst muestran que las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del derecho antitrust tienen un uso desproporcionadamente bajo en Europa (sólo consigue identificar once reclamaciones con éxito en toda la Unión) y se caracterizan por una increíble variedad. Para tratar de alentar un mayor uso de estas acciones por los ciudadanos europeos y reforzar de esta forma la aplicación privada del derecho antitrust el informe general de Ashurst finaliza con seis recomendaciones:

- Facilitar el acceso a los tribunales, eliminando los obstáculos existentes o regulando acciones colectivas a ejercer por grupos de consumidores u otras agrupaciones de interés general.

- Reducir los riesgos sobre el resultado de la reclamación, superando la falta de seguridad jurídica propiciada por la falta de claridad de la normativa nacional, la ausencia de especialistas en derecho de competencia entre los jueces, etcétera. Asimismo se apuesta por la publicación de directrices sobre la evaluación de

daños que puedan guiar la práctica judicial.

- Facilitar el acceso y uso de los medios de prueba, por ejemplo la presentación ante el juez de documentos internos de las empresas, el acceso a testigos, etcétera.

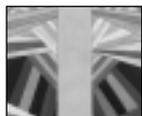
- Reducir de los costes de las demandas y reclamaciones de daños, eliminando o reduciendo las tasas judiciales y acortando la duración de los procedimientos.

- Ampliar los incentivos para la reclamación, dando entrada a los beneficios del demandado como método de cálculo de la indemnización.

- Ampliar la transparencia y la publicidad del derecho de competencia, informando de sus derechos a posibles perjudicados.

A pesar de estas conclusiones, puede decirse que el informe de Ashurst es un primer paso o un paso más en el desarrollo de la aplicación privada del derecho antitrust. Como se advertía al comienzo de este artículo la Comisión proyecta la elaboración de un Libro Verde, basado en los resultados del estudio de Ashurst y en sus propias investigaciones y debates internos. Durante este periodo de reflexión la propia aplicación del Reglamento 1/2003 por los tribunales civiles en todos los estados miembros revelará si el impulso hacia la acción privada contenido en esta norma es suficiente, a la vez que permitirá a las autoridades de competencia de todos los Estados miembros posicionarse en el debate con mayor experiencia y conocimiento de causa.

Debe advertirse que la propia esencia de la acción privada no es una cuestión carente de polémica. En los últimos meses se han sucedido artículos doctrinales a favor o en contra de la misma y acerca de cuál es el alcance que debe otorgarse a estas acciones. Esta polémica puede re-



EN PORTADA

sumirse en las opiniones de Wouters Wils, miembro de Servicio Jurídico de la Comisión Europea y profesor de Derecho Comunitario en la Universidad de Utrecht, y Clifford A. Jones, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florida.

El profesor Wils (12) distingue entre dos formas de utilizar los artículos 81 y 82 del Tratado ante los tribunales civiles: como un «escudo» o como una «espada». Las infracciones de competencia se utilizan como un escudo, por ejemplo, cuando sirven de defensa contra una reclamación contractual por incumplimiento de un contrato o contra una reclamación por infracción de la propiedad intelectual. La regulación de competencia se utiliza como una espada cuando son utilizadas como fundamento jurídico de una demanda de daños y perjuicios. Para Wils el uso del artículo 81 del Tratado como un escudo tiene un fundamento jurídico directo en el apartado 2 de dicho artículo que declara nulos de pleno derecho los acuerdos afectados por la prohibición. Sin embargo opina que el Tratado guarda silencio para el uso de la regulación de competencia como una espada y que, salvo la abolición del sistema de notificación previa de acuerdos, el Reglamento 1/2003 no contiene ninguna medida para estimular el uso de los artículos 81 y 82 como armas ante los tribunales civiles. Wils reconoce que la sentencia *Courage vs Crehan* (13) de 2001 parece confirmar la posibilidad de reclamaciones judiciales de daños por infracciones del artículo 81 ante los tribunales nacionales. También que esta interpretación se ve apoyada por el ya citado considerando 7 del Reglamento 1/2003. Sin embargo opina que el uso de los artículos 81 y 82

como arma de ataque en reclamaciones de daños ha sido inusual y no cree que el Reglamento 1/2003 traiga ningún cambio al respecto. El escaso uso del artículo 82 como fundamento jurídico de reclamaciones privadas de daños demuestra, en opinión de Wils, que la ausencia de acciones privadas de daños en la UE se debe a otras causas. Es necesario recordar que el artículo 82 era plenamente aplicable por los tribunales civiles al menos desde 1974, al no existir sobre dicho artículo el monopolio legal que la Comisión tenía sobre el artículo 81.3 eliminado recientemente por el Reglamento 1/2003.

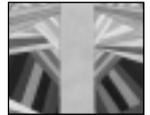
Wils argumenta a favor de mantener el escaso número reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones de los artículos 81 y 82 actualmente existente en Europa, basándose en la superioridad intrínseca de la acción pública sobre la privada a causa de sus mayores poderes de investigación y sanción, en el alto coste de la aplicación privada del derecho de competencia y a los motivos divergentes que animan a cada uno de los actores implicados (beneficio privado en el caso de la acción privada e interés general para la aplicación pública).

Desde una visión claramente inspirada en la práctica judicial estadounidense el profesor Jones (14) discrepa completamente de la tesis sostenida por Wils. Cree que el derecho de los individuos perjudicados por una infracción del Derecho de competencia a entablar reclamaciones judiciales se ha visto reconocido expresamente en la nueva legislación comunitaria (el Reglamento 1/2003), en recientes sentencias del Tribunal de Justicia y en numerosas declaraciones de la Comisión y el Parlamento Europeo. Jones opina que la

(12) WILS, WOUTER (2003): «Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?», *World Competition* 26 (3), páginas 1-16.

(13) Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001. *Courage v Crehan*. Asunto C-453/99.

(14) JONES, C.A. (2004): «Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check», *World Competition* 27 (1), Marzo 2004, páginas 13-24.



EN PORTADA

acción privada es un complemento de gran valor para la aplicación del derecho antitrust y que su uso no supone minusvalorar ni contradecir la actividad de las autoridades públicas de competencia. Para reforzar su tesis utiliza argumentos basados en el análisis económico del derecho que contrapone a los utilizados por Wils.

### Conclusión

Los últimos acontecimientos legislativos han podido calificarse como revolución copernicana del Derecho europeo de la competencia, pues han cambiado una aplicación de este derecho centrada en la Comisión hacia una constelación más amplia de órganos competentes, administrativos y judiciales. Es pronto para decir si también han supuesto el *Big-bang* de la aplicación privada del derecho antitrust en Europa, pues todavía no pueden calibrarse todas sus consecuencias.

No obstante tanto la regulación comunitaria (el Reglamento 1/2003) como la nacional (la creación de los juzgados de lo mercantil) han vertebrado cualquier futuro desarrollo de esta aplicación privada. Parece difícil que esta aplicación privada no crezca dentro de Europa, pero no debe ol-

vidarse que la propia Comisión, que patrocina un mayor desarrollo de la misma, considera que son necesarios nuevos impulsos y clarificará su postura a través de un Libro Verde.

Una página *web* de la Comisión ya está recogiendo las sentencias de tribunales civiles en aplicación de los artículos 81 y 82 que le van transmitiendo los distintos Estados miembros (15). Aunque las sentencias se archivan en su lenguaje original y aún existen pocas, la consulta de esta página permitirá conocer en todo momento el desarrollo de la aplicación privada del Derecho de competencia en la Unión de 25 Estados. Asimismo, la paulatina presentación de demandas judiciales ante los juzgados mercantiles en aplicación de los artículos 81 y 82 servirá de termómetro para tomar la temperatura a la opción mostrará los aciertos y deficiencias del camino elegido por el legislador español. Será además un dato importante a tener en cuenta de cara a repensar la regulación de la aplicación privada del derecho antitrust en España en la futura reforma de la legislación nacional de competencia.

(15) [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national\\_courts/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html)



EN PORTADA