

# **LA APLICACIÓN JUDICIAL DIRECTA**



la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que crea los órganos de lo mercantil, dentro del orden jurisdiccional civil, cuyo ámbito de competencia objetiva se integra, entre otras materias, por los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado [art. 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial].

En esencia, el Reglamento 1/2003 ha modificado sustancialmente el sistema de aplicación del art. 81.3 del Tratado pasando de un régimen centralizado de autorización previa a un sistema de excepción legal directamente aplicable.

Bajo la vigencia del Reglamento 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, actualmente arts. 81 y 82, la aplicación de los citados preceptos respondía al siguiente esquema institucional:

- Los arts. 81.1 y 82 se aplicaban por la Comisión, las autoridades de competencia y los órganos judiciales.
- El art. 81.2 por los órganos judiciales.
- El art. 81.3, exclusivamente la Comisión, siendo revisables sus decisiones por el Tribunal de Justicia.

A pesar de que bajo la vigencia del Reglamento 17/62, los órganos judiciales eran competentes para aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado y así lo tenía declarado el Tribunal de Justicia al afirmar que dichos preceptos producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente a favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar, sentencias del TJCE de 30 de enero de 1974, asunto BRT; de 28 de febrero de 1991, asunto Delimitis; de 14 de diciembre de 2000, asunto Masterfoods Ltd., lo cierto es que en España los órganos jurisdiccionales fueron reticentes a la aplicación directa.

No obstante la claridad de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se mostró en principio contraria a la aplicación de los arts. 81.1 y 2 y 82 del Tratado, de lo que son buena muestra las sentencias de 30 de diciembre de 1993 y 4 de noviembre de 1999, cambiándose la orientación a partir de la sentencia DISA de 2 de junio de 2000.

Con la aplicación del Reglamento 1/2003, que deroga el Reglamento 17/62, las autoridades de competencia y los órganos judiciales no sólo deben aplicar los arts. 81.1 y 82 del Tratado sino que extienden su competencia a la aplicación del apartado 3.º del art. 81.

Al amparo del Reglamento 17/62, sólo podía ponerse en práctica un acuerdo restrictivo de la competencia a la luz del art. 81.1 del Tratado, que se estimase amparado por la excepción a la prohibición contemplada en el art. 81.3, en virtud de la declaración de inaplicabilidad efectuada por la Comisión, la que podía tener lugar en virtud de una autorización singular o a través de un Reglamento de exención para determinadas categorías de acuerdos.

La sustitución del régimen de autorización previa por el sistema de excepción directamente aplicable implica, para los órganos judiciales a los que se les sometan procedimientos de aplicación del art. 81 del Tratado, determinar, en primer término, si el acuerdo, decisión o práctica está incurso en la prohibición del art. 81.1 del Tratado, y de estimar que infringe el citado precepto, debe valorarse si el acuerdo cumple las condiciones del apartado 3.º en virtud de un Reglamento de exención por categorías o tras su examen individual, lo que haría inaplicable la prohibición, lo que es directamente apreciable por el órgano judicial.

## 2. NECESIDAD DE INSTAURAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN

El establecimiento de un sistema de competencias concurrentes en el que cabe la aplicación paralela de los arts. 81 y 82 del Tratado por parte de la Comisión y los órganos jurisdiccionales hace imprescindible el establecimiento de mecanismos de coordinación que eviten el pronunciamiento de resoluciones contradictorias.

El considerando 22 del Reglamento 1/2003 ya apunta esta necesidad cuando indica que «En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. Por tanto, es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los Tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos judiciales y las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado».

## 3. LOS CONCRETOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN

Bajo la rúbrica de la *Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia*, el art. 16 del Reglamento 1/2003, clara-

mente inspirado en la sentencia Masterfoods del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, establece una serie de mecanismos que tienden a garantizar dicha aplicación uniforme, sometiendo siempre a los órganos jurisdiccionales nacionales a las decisiones de la Comisión.

Esto es; como veremos, se pretende asegurar el respeto al principio de seguridad jurídica y la coherente y uniforme aplicación de las normas de competencia, imponiendo el criterio de la Comisión a los órganos jurisdiccionales que deben asumir en la resolución del conflicto privado sometido a su conocimiento las decisiones adoptadas o previstas de la Comisión.

Sin embargo, ni la seguridad jurídica ni la aplicación uniforme del Derecho de la competencia tienen importancia cuando primero se pronuncia el órgano judicial resolviendo un conflicto entre particulares y con posterioridad la Comisión tiene que pronunciarse sobre un acuerdo, práctica o decisión, respecto del que ha habido un previo pronunciamiento judicial, pues el precepto guarda silencio sobre este punto, debiendo recordarse la doctrina contenida en la sentencia Masterfoods (apartado 49), según la cual la Comisión no queda vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional en aplicación de los arts. 81, apartado 1, y 82 del Tratado, de modo que puede adoptar una decisión individual para la aplicación de los citados preceptos de sentido contrario a aquella resolución judicial.

En definitiva, teniendo en cuenta que el respeto a los principios de seguridad jurídica y aplicación coherente y uniforme de las normas de la competencia sólo se aplican en un sentido, el de la Comisión hacia los órganos jurisdiccionales, y no en el inverso, de los órganos jurisdiccionales a la Comisión, lo que late realmente es la defensa de la primacía de la Comisión en la interpretación y aplicación de las normas comunitarias de la competencia.

El art. 16 del Reglamento 1/2003 establece en su apartado primero que «Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado (que) ya haya(n) sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. 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 su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el art. 234 del Tratado».

Como se ha indicado, en esencia, el art. 16 del Reglamento recoge la doctrina de la sentencia *Masterfoods*, expuesta en sus apartados 51 a 57, que se puede sintetizar en los siguientes términos:

1) Para no vulnerar el principio general de seguridad jurídica, los órganos jurisdiccionales nacionales, al pronunciarse sobre acuerdos o prácticas que puedan ser todavía objeto de una Decisión de la Comisión, deben evitar adoptar decisiones que sean incompatibles con la Decisión que la Comisión se proponga tomar en cumplimiento de los arts. 85, apartado 1, y 86, así como del art. 85, apartado 3, del Tratado, actualmente arts. 81 y 82.

2) Con mayor motivo, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una Decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha Decisión, aun cuando ésta sea contraria a una resolución emanada de un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia.

3) Cuando un órgano jurisdiccional nacional albergue dudas en cuanto a la validez o a la interpretación de un acto de una Institución comunitaria, puede o está obligado, con arreglo al art. 177, párrafos segundo y tercero, del Tratado, a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

4) Si el destinatario de la Decisión de la Comisión ha interpuesto, en el plazo previsto en el art. 173, párrafo quinto, del Tratado, un recurso de anulación contra ésta conforme a dicho artículo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si procede suspender el procedimiento hasta que recaiga una resolución definitiva sobre el citado recurso de anulación o con objeto de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

5) A este respecto, debe recordarse que la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia se basa en una obligación de cooperación leal entre, por una parte, los órganos jurisdiccionales nacionales y, por otra, la Comisión y los órganos jurisdiccionales comunitarios, respectivamente, en el marco de la cual cada uno debe desempeñar la función que le atribuye el Tratado.

6) Cuando la solución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la Decisión de la Comisión, de la obligación de cooperación leal se desprende que, para evitar dictar una resolución contraria a dicha Decisión, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de

anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la Decisión de la Comisión.

7) Es preciso destacar que, cuando el órgano jurisdiccional nacional suspende el procedimiento, debe apreciar la necesidad de ordenar medidas cautelares a fin de salvaguardar los intereses de las partes hasta que recaiga una resolución definitiva.

Al margen de las específicas previsiones del art. 16 del Reglamento 1/2003, también deben insertarse entre los mecanismos de coordinación para asegurar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria de la competencia, los instrumentos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales y la facultad de la Comisión de dictar Reglamentos de exención a determinadas categorías de acuerdos.

Podemos sistematizar los mecanismos de coordinación en los siguientes términos:

#### **A) Instrumentos de cooperación**

Siendo objeto de otra ponencia la articulación en el proceso judicial español de los mecanismos de cooperación entre los jueces y las autoridades administrativas, me limitaré aquí a enunciar dichos mecanismos y a destacar que su función es la de garantizar la aplicación uniforme de normas comunitarias de la competencia, pues a esa finalidad responden.

Los mecanismos de cooperación son los siguientes:

a) Solicitud a la Comisión de remisión de información que obre en su poder.

A través de este medio los órganos judiciales pueden tener conocimiento de decisiones de la Comisión a los efectos del art. 16 del Reglamento 1/2003, o como señala el apartado 12 de la Comunicación de la Comisión 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 (2004/C 101/04, *DUOE* de 27 de abril de 2004), «Cuando el órgano jurisdiccional llegue a una decisión antes que la Comisión, debe evitar la adopción de una decisión contemplada por la Comisión. A este efecto, el órgano jurisdiccional nacional puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento relacionado con los mismos acuerdos, decisiones o prácticas y, de ser así, en qué estado se encuentra el procedimiento y si resulta probable que se adopte una decisión en dicho asunto».

*b)* Solicitud a la Comisión de un dictamen sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

Mediante estos dictámenes la Comisión se pronuncia sobre cuestiones económicas, jurídicas y de hecho y, en la medida que se traslada la opinión de la Comisión sobre tales cuestiones, aun cuando no se entre a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano judicial, sirve de instrumento de uniformidad en la aplicación de las normas de competencia.

*c)* La facultad de la Comisión de efectuar alegaciones escritas, por su propia iniciativa, e incluso orales, con la venia del Tribunal, cuando la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 así lo requiera. Como expresamente se indica en el precepto, la finalidad de la intervención de la Comisión es garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia.

*d)* La facultad de las Autoridades nacionales de competencia de efectuar alegaciones escritas, por su propia iniciativa, e incluso orales, con la venia del Tribunal, sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82.

*e)* La obligación de los Estados miembros de remitir a la Comisión, sin dilación tras la notificación a las partes, una copia del texto de las sentencias de los Tribunales nacionales en las que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. Para el cumplimiento de dicha obligación la Disposición adicional única de la Ley de Defensa de la Competencia, añadida por el art. 95.5 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, y el art. 8.2 del Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, imponen a los órganos jurisdiccionales la obligación de remitir al Servicio de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo que su notificación a las partes, una copia de las sentencias recaídas en los procedimientos judiciales civiles en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado.

En realidad, dicha obligación se establece para que la Comisión tenga conocimiento de los litigios en los cuales podría ser conveniente presentar observaciones si una de las partes recurriese la sentencia y así se reconoce expresamente en el apartado 37 de la Comunicación 101/04.

## **B) Reglamentos de exención para determinadas categorías de acuerdos**

Los Reglamentos núm. 19/65/CEE, del Consejo, de 2 de marzo de 1965; (CEE) núm. 2871/71, del Consejo, de 20 de diciembre de 1971; (CEE) núm. 3976/87, del Consejo, de 14 de diciembre de 1987; (CEE)

núm. 1543/91, del Consejo, de 31 de mayo de 1991; y (CEE) núm. 479/92, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, facultan a la Comisión para aplicar el apartado 3 del art. 81 del Tratado por medio de Reglamento a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas.

La Comisión mantiene la facultad de adoptar Reglamentos de exención por categorías mediante los cuales declara inaplicable el apartado 1 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, siendo un instrumento que facilita la aplicación uniforme de las normas de competencia, evitando que los órganos jurisdiccionales nacionales tengan que valorar la concurrencia de la excepción a la prohibición del art. 81.3, en la medida que por Reglamento, la Comisión ya ha declarado inaplicable la prohibición del art. 81.1 del Tratado.

### **C) Vinculación de los órganos jurisdiccionales a las decisiones adoptadas por la Comisión. Planteamiento de cuestión prejudicial en caso de discrepancia**

Como ya señaló la sentencia *Masterfoods*, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha decisión.

Dicho pronunciamiento ha tenido una concreción positiva en el art. 16 del Reglamento 1/2003.

Ahora bien, como señala el apartado 13 de la comunicación 101/04, el efecto obligatorio de la decisión de la Comisión no afecta a la interpretación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia.

De este modo, si el juez nacional considera que debe dictar una resolución que sea incompatible con una decisión de la Comisión, debe plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el art. 234 del Tratado, en cuyo caso se suspende el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional.

También cabe la posibilidad de que se haya impugnado la decisión de la Comisión ante los Tribunales Comunitarios de conformidad con el art. 230 del Tratado. En este supuesto lo que procede es la suspensión del procedimiento en tanto los Tribunales comunitarios no dicten resolución definitiva en el recurso de anulación, sin perjuicio de que el juez nacional pueda plantear cuestión prejudicial sobre la validez de la decisión de la Comisión.

Tanto en el supuesto de planteamiento de cuestión prejudicial como en el que se haya interpuesto un recurso de anulación contra la decisión de la Comisión recaída respecto de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, objeto del procedimiento que se sigue ante el órgano jurisdiccional, éste debe valorar la posibilidad de adoptar medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes.

#### **D) Respeto a las decisiones previstas por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado**

Cuando de forma paralela se tramita un procedimiento ante la Comisión y ante un órgano jurisdiccional nacional, éste debe evitar dictar resolución susceptible de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado.

No se trata de exigir dotes adivinatorias a los órganos jurisdiccionales sino que éstos pueden deducir el sentido de la futura decisión de la Comisión de decisiones anteriores adoptadas en asuntos similares.

En todo caso, si el órgano jurisdiccional tiene dudas razonables sobre la decisión que pueda adoptar la Comisión, aquél debe suspender su procedimiento hasta que ésta adopte su decisión, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas cautelares también en este supuesto.

#### **4. LA COORDINACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

De forma paralela a lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 respecto de la aplicación de las normas comunitarias de competencia, el art. 14 del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia atribuye a los Juzgados de lo Mercantil (debería decir órganos de lo mercantil) la competencia para conocer de cuantas cuestiones sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de dicha Ley.

El art. 18 del proyecto establece, en primer término, la obligación de los Juzgados de lo Mercantil de informar por escrito a la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2, y la facultad de solicitar la remisión de información que obre en su poder o que le transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las citadas normas de competencia.

En el apartado tercero recoge la obligación de los Juzgados de lo Mercantil (se entiende que todos los órganos jurisdiccionales con com-

petencias mercantiles) de remitir a la CNC, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia del texto íntegro de las sentencias en que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 1 y 2 de la Ley.

En definitiva, se trasladan al derecho interno las previsiones contenidas en el Reglamento 1/2003 sobre solicitud de información o la elaboración de dictámenes y la remisión de sentencias en que se haga aplicación de las normas de competencia, destacando que en el proyecto no se ubican en el ámbito de la cooperación (art. 17) sino de la coordinación (art. 18).

En todo caso, mayor trascendencia tiene el apartado 2.º, que literalmente señala que «En caso de concurrencia de procedimientos administrativos y jurisdiccionales en aplicación de la presente Ley, los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes deberán evitar la adopción de decisiones contradictorias. A tal fin, los órganos jurisdiccionales podrán acordar la suspensión del proceso hasta que recaiga decisión definitiva del órgano administrativo, de conformidad con el art. 42.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

En el ámbito del Derecho nacional de la competencia, no se consideran demasiado acertadas las previsiones del mencionado apartado importando las soluciones del Reglamento 1/2003.

Parece que se pretende la mecánica suspensión del procedimiento civil hasta que recaiga resolución definitiva (por lo que no necesariamente firme) del órgano administrativo y todo ello de conformidad con el art. 42.3 de la LEC y, en consecuencia, quedando vinculado el órgano jurisdiccional a la resolución administrativa.

El esquema planteado resulta tanto más absurdo si pensamos que el juez civil puede suspender el procedimiento hasta la resolución definitiva del órgano administrativo, dictar sentencia conforme al sentido de dicha resolución, la cual puede quedar sin efecto a través del oportuno recurso contencioso-administrativo.

Especialmente crítico se muestra con la redacción del citado precepto el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, al indicar que «El apartado 2 del art. 18 comienza recogiendo un principio general de congruencia entre las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que no resulta en sí mismo objetable: “En caso de concurrencia de procedimientos administrativos y jurisdiccionales, en aplicación de la presente Ley, los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes deberán evitar la adopción de decisiones contradictorias”. Pero a dicho principio general se anuda a continuación una consecuencia específica. “A

tal fin, los órganos jurisdiccionales podrán acordar la suspensión del proceso hasta que recaiga decisión definitiva del órgano administrativo, de conformidad con el art. 42.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Se atribuye al órgano jurisdiccional la facultad de decretar libremente la suspensión del procedimiento hasta que la vía administrativa haya sido agotada, sin aclarar si el órgano judicial queda vinculado a la decisión que se adopte en vía administrativa y con una indebida remisión a lo dispuesto en el art. 43.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que se refiere a las “cuestiones prejudiciales no penales” y en el que se establece para los tribunales civiles una obligación (no configurada pues como facultad dispositiva) de suspender el procedimiento, “cuando lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra”, en un momento procesal concreto, esto es, “antes de dictar sentencia”, y con una consecuencia específica, pues “el tribunal quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial”. El art. 42.3 contempla pues un supuesto distinto, previsto para las cuestiones prejudiciales no penales, en el que se establece una obligación de suspensión para el órgano judicial y una vinculación a la decisión administrativa que puede ser objeto de revisión jurisdiccional, por lo que no resulta posible la remisión genérica que el Anteproyecto establece a lo señalado en el mencionado precepto. Por tanto, la habilitación discrecional de la potestad de suspensión de oficio, sin indicación de los requisitos que la determinan y sin mención a la vinculación del juez a la decisión adoptada en vía administrativa, carece de encaje en nuestra normativa procesal».

Discrepo en parte de la argumentación del informe al Anteproyecto, en tanto que, a mi juicio, se pretende configurar a la Ley de Defensa de la Competencia como uno de los supuestos legales que habilitan al juez a suspender el procedimiento y, por tanto, queda vinculado a la decisión del órgano administrativo, sin perjuicio de la crítica antes efectuada a dicha vinculación.