

LA ARTICULACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL ESPAÑOL DE LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN ENTRE JUECES Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

Edorta ECHARANDIO HERRERA

Magistrado. Juzgado de lo Mercantil núm. 2
de Bilbao

1. PLANTEAMIENTO

El objeto de las siguientes líneas consiste en un ensayo sobre los expedientes que previene el art. 15 Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado —que llamaré abreviadamente Rgto.—, en vigor desde hace dos años y medio, en orden a integrarlos en el proceso civil español, cumpliendo con las indicaciones del Seminario a que fluyen.

Se trata de analizar cómo se pueden articular tales expedientes, que sirven a la cooperación entre la Comisión Europea y los tribunales, a fin de garantizar una aplicación judicial directa del Derecho europeo de la defensa de la competencia coherente y atendido a la práctica previa y la jurisprudencia del TJCE, en el proceso español. Ello teniendo en cuenta:

1.º) La ausencia de cualquier retoque legal precavido, por el momento, para propiciar tal articulación. El Cdo. 21 Reglamento prevé

una acomodación «...a las normas y prácticas procesales nacionales, incluidas las de salvaguardia de los derechos de las partes», que no se ha producido. Una orientación aplicativa procede de las instrucciones de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (2004/C 101/04) publicada en *DOUE* de 27 de abril de 2004 —en adelante Co.

2.º) El referente de la reforma en ciernes del Derecho español de defensa de la competencia, que principalmente prevé una aplicación judicial directa, con destino preciso a la ley española, pero que contiene previsiones respecto del Derecho comunitario —me referiré al Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, publicado por el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 102/0001-100, el 8 de setiembre de 2006 como PLDC.

3.º) El condicionante de los principios del proceso civil, puesto que nos colocamos en sede de defensa de intereses particulares, y no en la del interés público, propia de la intervención de los tribunales como revisores de la labor de las autoridades de la competencia en el proceso contencioso-administrativo.

Y se trata de hacerlo como propuesta para un debate en una mesa con participación de especialistas en el tema y de jueces llamados a la aplicación directa entre privados de los arts. 81 y 82 TCE, a la que seguirá otra sobre la tarea jurisdiccional revisora de la actividad administrativa, de modo que plantee las cuestiones y, del intercambio de ideas, produzca finalmente unas conclusiones.

Como resultado, el tenor esquemático y especulativo.

2. REGLAS COMUNITARIAS DE UNIFORMIDAD Y DE COOPERACIÓN

La pluralidad de órganos jurisdiccionales competentes en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, alejados en el espacio e integrados en culturas jurídicas distintas, respecto de un monopolio hasta 1 de mayo de 2004 desde Bruselas para decantar la excepción a la nulidad de conductas colusorias, con empleo de conceptos técnico-económicos a fin de calibrar mercados relevantes y objetivar conductas de cara a su legalización, surcos poco arados por los jueces, hace temer al legislador comunitario una dispersión lesiva de la seguridad jurídica —como al español en estos momentos de preparar una nueva norma de defensa de la competencia.

A fin de conjurarlo, el Reglamento previene dos líneas de reacción diferentes, ordenadas en un sentido instrumental la segunda de la primera:

A) Las medidas de uniformidad (art. 16 Rgto.)

A través de éstas se dispone, bien la vinculación del pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales a la Decisión firme de la Comisión que haya tenido por objeto el mismo acuerdo, decisión o práctica (1); bien la orientación de tal pronunciamiento por la Decisión que tenga por objeto alguno análogo al sometido a dichos órganos jurisdiccionales (Co 8) (2).

A su vez, esa vinculación —y a mi entender, también la sola función orientativa— se proyecta a dos supuestos:

a) Decisiones recurridas de nulidad ante el TPI, que todavía no vinculan (Co 13).

b) Pendencia del procedimiento sobre los acuerdos o prácticas estudiados por la Comisión, cuando debe evitar el órgano jurisdiccional entrar en conflicto con la decisión previsible (art. 16.1, inciso segundo).

En cualquiera de los dos supuestos, el órgano jurisdiccional puede suspender hasta que la Comisión o el TPI resuelvan su procedimiento, adoptando, en su caso, medidas cautelares para salvaguardar los intereses de las partes (Co 14, y Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2000, C-344/1998, Masterfoods).

En el segundo supuesto, si es capaz de prever la Decisión que recaerá, por cuanto con anterioridad se hayan resuelto casos similares, puede resolver conforme previsiblemente lo hará la Comisión, con los evidentes peligros que conlleva tal ejercicio de propección.

Es importante destacar que esta línea de uniformidad no parece trasladable a la aplicación judicial del Derecho español de defensa de la competencia, por razones sustanciales:

1.º) La futura Comisión Nacional de la Competencia, los actuales Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, así como las autoridades de competencia autonómica, no cabe dudar que, en nuestro ordenamiento, son administraciones públicas institucionales, mientras que no es sencillo calificar, en el ordenamiento comunitario, a la Comisión Europea.

2.º) Las resoluciones de las citadas autoridades nacionales sobre conductas anticompetitivas o abusos de posición dominante, no son

normas jurídicas, como lo son, aunque *uti singuli*, las Decisiones de la Comisión.

3.º) En las fuentes de nuestro ordenamiento, ni la jurisprudencia es vinculante, ni el órgano jurisdiccional cuenta con el mecanismo de la cuestión prejudicial, como puede —o debe, según su grado jurisdiccional en términos de art. 234, pfos. 2.º y 3.º TCE— presentarla al TJCE con relación a la Decisión de la Comisión, emitida o previsible, si aísla la duda técnica sobre Derecho europeo de aplicación.

Por ello, cuando la nueva Disposición adicional quinta LEC, según el texto que postula la Disposición adicional segunda.Tres PLDC, previene la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia, mediante resolución motivada y previa audiencia de las partes, por la necesidad de conocer el pronunciamiento de la Comisión Nacional de la Competencia, y hasta que éste se produzca, no pasa más allá de afirmar que el órgano jurisdiccional «valorará, a efectos de la decisión final, la resolución administrativa y las alegaciones que sobre ella hayan efectuado las partes».

Se trata de una previsión diferente a la cuestión prejudicial administrativa del art. 43.2 LEC, dado que ésta supone un objeto susceptible de enjuiciamiento apartado, pero que siendo competencia contencioso-administrativa, constituye antecedente lógico para decidir el objeto propio de competencia civil, el cual, en lugar de resolverse por el juez civil *incidenter tantum* sin cosa juzgada, por prevención legal o acuerdo de las partes, se espera a que resuelva el juez contencioso-administrativo en resolución vinculante para ese pie forzado de la sentencia civil. En el caso de la aplicación judicial de los arts. 81 y 82 TCE, la misma competencia del juez civil nacional se puede ver afectada, en términos de vinculación, por la competencia, que parte de otra perspectiva, para dictar Decisiones de la Comisión sobre el propio asunto, y en términos de orientación —deber de motivar el porqué de no secundar determinado criterio— para dictarlas sobre asuntos análogos. En supuesto de la futurible actuación de la Comisión Nacional de la Competencia resulta el simple efecto dilatorio a fin de tener en cuenta las resoluciones administrativas —deber de motivar por qué se secundan determinados criterios de la autoridad de competencia.

Atiéndase que esta proyectada posibilidad de iniciativa oficial judicial para simplemente conocer la opinión administrativa española se puede referir, no sólo a la aplicación de LDC, sino también a la de los arts. 81 y 82 TCE, por la competencia compartida subsidiaria de la Comisión Europea.

B) Las medidas de cooperación (art. 15 Rgto.)

Al servicio del cumplimiento de esas normas de uniformidad se disponen vehículos de cooperación.

Éstos resultan lógicamente imprescindibles cuando se ha de conocer por los tribunales si la Comisión se ha pronunciado con anterioridad sobre la conducta o «entente» en concreto que enjuician, si el pronunciamiento ha sido una Decisión en sentido propio o sencillamente se ha aprobado un compromiso, si está pendiente el pronunciarse, si existe Decisión acerca de objeto similar, etc. Todo quedaría, sin estos medios, a que se aportara la noticia como alegación probada por una de las partes. Igualmente, la Comisión no podría fiscalizar en desenvolvimiento de las reglas de uniformidad, sin alguna posibilidad de intervención, ni saber dónde intervenir, sin el conocimiento de los procesos civiles de competencia.

Claro que estas medidas tienen que encajarse en un determinado proceso, regulado por la ley española, y es el problema que aquí se analiza.

En el plano de cooperación, no hay dificultad en absoluto para parangonar el sistema del Derecho comunitario al interno, que se encuentra en fase de reforma.

3. EL SUBORDEN JURISDICCIONAL DE LO MERCANTIL

Un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, que no existe en nuestra legislación procesal, tiene existencia nominal en la única norma legal que ha tenido en cuenta la entrada en vigor del Reglamento de cara al proceso civil. Esta consideración exclusiva del fenómeno consiste en la asignación a los Juzgados de lo Mercantil del conocimiento de «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: ... De 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) LOPJ].

Ello se inscribe en la línea de una seguridad jurídica contraria a la dispersión en este campo, tanto porque reduce la cantidad de órganos de instancia destinados a la aplicación directa del Derecho europeo de la competencia (60), como se incrementa la calidad previsible de su tratamiento, en tanto que tales Juzgados de lo Mercantil son especializados en materias que tienen como hilo conductor una exigencia de conocimientos de índole económico-contable y jurisprudencia comunitaria (concurso, marcas, transporte internacional, etc.), y prácticamente todos los

que no comparten otras competencias civiles generalistas (32) están servidos por magistrados especialistas.

Por supuesto, este suborden de lo Mercantil —que así debe conceputarse, dentro del orden civil de la jurisdicción, con órganos especializados en la vía de apelación, bien que por una atribución mixtificada funcional-orgánica en el art. 82.4, pfs. 2.º y 3.º LOPJ—, tiene defectos congénitos, y no se encuentra prevenida su especialización más que en la primera instancia, pero lo absurdo es no haber reparado en dos inconsecuencias:

A) La derivada de que la competencia objetiva de los tribunales se fija por medio de la pretensión deducida en la demanda (art. 411 LEC), mientras que la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE puede introducirse por vía de excepción

Es así que cuando el demandado plantee la nulidad por la condición anticompetitiva del título por el que se formuló la demanda —de cumplimiento o resolutoria— por vía de excepción, al demandante se le ha de permitir contestar en términos del art. 408.2 LEC, y cualquier Juzgado de Primera Instancia tendría que resolver sobre esa nulidad con efecto de cosa juzgada (art. 408.3 LEC), entrando al campo especializado.

B) La derivada de que los Juzgados de lo Mercantil exclusivos se han creado en 17 provincias, mientras que en el resto comparten competencia objetiva civil genérica

De esta manera, en 17 provincias los Juzgados de Primera Instancia no pueden conocer una acumulación de acciones que incluya nulidad dimanante de los arts. 81 y 82 TCE, o la reconvencción que en estos preceptos se funde, mientras que las otras (32), Ceuta y Melilla, el Juzgado de Primera Instancia con competencias de lo Mercantil no podría abstenerse de conocer de estas acumulaciones o de la demanda reconvenccional de dicha índole.

Es menester una intervención legal de detalle para arreglar este asunto como es debido. Sin ella, propongo interpretar que la aplicación de Derecho comunitario de la competencia se concibe en la ideología legal como un «procedimiento», en el sentido de proceso especial, aunque a la espera de normas especiales (en el régimen de LEC se opta por «camuflar» los procesos especiales a través del método de colocar ciertas normas especiales en la regulación de los procesos comunes). Por tanto, su acceso

al proceso ya iniciado no cabe más que mediante reconvencción, ampliando de modo sobrevenido el objeto de enjuiciamiento con otra pretensión/proceso, para cuyo conocimiento, como especial, el Juzgado de Primera Instancia generalista carece de competencia objetiva (art. 406.2 LEC). El demandado necesariamente tendría que plantear su pretensión ante los Juzgados de lo Mercantil, exclusivos o no, con lo que produciría en ese juicio, donde puede solamente contestar la demanda sin introducir el ordenamiento europeo de la competencia, una cuestión prejudicial, homogénea civil, pero suspensiva (art. 43 LEC), ya que no sería posible proceder a la acumulación de autos por la prohibición del art. 76.2 LEC.

Un déficit procesal en que no se reflexionó al erigir el suborden de lo Mercantil, es la imprevisión de que se produzca la inhibición por falta de competencia objetiva entre Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera Instancia, como se contempla en el art. 46 LEC para los órganos especializados por conducto del art. 98 LOPJ (por ejemplo, los de Familia), y en el art. 49.bis para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados más tarde. Todo lo que contempla el art. 48 LEC es la abstención de oficio y la formulación de declinatoria —lo que sólo tenía sentido en un momento en que esta conflictividad, de tono menor, sólo podía proceder de un Juzgado de Paz—. También podría pensarse, en pro de la uniformidad que guía la especialización, en el empleo de la cuestión positiva de competencia, por analogía a los conflictos de los arts. 42 a 50 LOPJ.

La ausencia de sintonía en punto a la atribución competencial para la aplicación del Derecho español de defensa de la competencia —sintonía requerida, de suyo, desde la doctrina de la doble barrera— debe desaparecer con la reforma en ciernes, lo que implica lógicamente la desaparición del discutido requisito de procedibilidad del art. 13.2 LDC vigente. Así la Disposición adicional primera PLDC propone la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los «procedimientos» de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC. Lo curioso es que lo establece, no modificando el tenor del art. 86.ter.2.f) LOPJ, según parece debiera hacerlo, sino como si resultara implícito o consecuencia natural: «De acuerdo con lo dispuesto en...». Ello es obvio que proviene del deseo de escamotear una reforma puntual de materia orgánica en LOPJ, pero de todas formas representa un buen apoyo para reputar competentes en el *interim*, para los procedimientos hasta la entrada en vigor de tal reforma —prevista, en principio, para el 1 de enero de 2007— a tales órganos especializados cuando se discuta la afectación al mercado común del acuerdo o «entente» objeto de enjuiciamiento.

4. COOPERACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS TRIBUNALES Y DE ÉSTOS CON LA COMISIÓN

La cooperación entre Comisión y órganos jurisdiccionales se encaja en general (Co 17) dentro de la noción de *amicus curiae*, y tiene dos sentidos, de la Comisión hacia tales órganos, y de éstos hacia la Comisión.

Esta noción del *amicus curiae* procede del sistema procesal anglosajón, como persona que, sin ser parte en el proceso, interviene en él señalando al tribunal en qué medida la decisión puede afectar sus intereses, o los de otras personas o colectivos, y proporcionando una opinión, normalmente de Derecho.

La referencia del Derecho estadounidense, donde el desarrollo ha sido mayor, supone la intervención de quien no es parte en el proceso (1); su carácter voluntario (2); la función auxiliar del tribunal a la hora de decidir el asunto (3); la posibilidad de que se refiera a un punto de derecho o a otro aspecto relacionado (4); la discrecionalidad del tribunal para admitirlo (5); y lo más importante, que la resolución que de éste se razone pueda afectar el interés del amigo del tribunal (6).

Conocida, hoy día, es la función de organizaciones con importantes bufetes de juristas («American Civil Liberties Union» o «Electronic Frontier Foundation»), las cuales irrumpen en un proceso en que no son litigantes ante el tribunal de apelación, con la intención de que, cuando el caso tiene implicaciones colaterales —por ejemplo, la decisión podría afectar a toda una determinada industria, o se observan compromisos de constitucionalidad de una ley federal—, tales *amici curiae* las presentan como vía de introducir argumentaciones para que el tribunal no dependa sólo del enfoque de los abogados de las partes directamente involucradas, muy mediatizados por el resultado de la prueba y de las alegaciones jurídicas de la primera instancia.

El contenido, según Rule 37(1) RSCUS («Rules of the Supreme Court of the U.S.») o Rule 29 FRAP («Federal Rules of Appellate Procedure»), es el de una opinión legal (*brief*) sobre la materia del caso, aunque hay experiencia en otros ámbitos de dictamen académico, sobre historia, economía, estadística, sociología, etc.

En el caso de la Comisión, su función es la defensa del interés público, de manera que no tutela sus propios intereses, ni los de nadie en concreto, sino que auxilia al juez con neutralidad, en pro de la competencia como presupuesto y límite del mercado libre, y de los consumidores.

En coherencia con esta idea, el deber de cooperación tiene que fijarse más en el auxiliar —la Comisión— y no en el auxiliado —el tribunal—, aunque éste también debe cooperar con aquélla. Aquí sólo

me ocupo de la aplicación judicial del Derecho de la competencia, y no incido, por tanto, en la autorización judicial que puede ser precisa para que se produzca la aplicación de dicho Derecho de la competencia por la Comisión, esto es, en el marco de la potestad de investigación de ésta, de corte preventivo-sancionador y de Derecho público, para la entrada en locales de empresas, o en domicilio de su personal [en este punto, la Disposición final séptima.Dos PLDC, al atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, con la introducción del art. 8.6, pfo. 3.º LJCA, la competencia para las autorizaciones de los actos de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia, «siempre que impliquen restricción de derechos fundamentales y que la empresa u asociación de empresas se opusiera a su ejecución, o existiese riesgo de tal oposición», impulsará un paralelismo competencial *ex art. 91.2 LOPJ* para el supuesto de autorización de actos semejantes de la Comisión Europea, apoyando el argumento de que no se trata del procedimiento judicial de aplicación de los arts. 81 y 82 —como tampoco de los arts. 1 y 2 LDC—, que es cabalmente lo que atribuye a los Juzgados de lo Mercantil el art. 86.ter.2.f) LOPJ].

Y en este plano de colaboración en la aplicación judicial, los órganos jurisdiccionales tienen deber de transmitir a la Comisión copia de las sentencias en las que los tribunales se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (art. 15.2 Rgto.).

Como los dispositivos de iniciativa judicial en el fenómeno del *amicus curiae* sólo sirven para enterar a la Comisión cuándo se ejercitan, y puesto que la comunicación obligatoria no se restringe a las sentencias firmes, se trata expresamente de tener conocimiento de los litigios en orden a la cohesión aplicativa desde la posición de *amicus curiae*, si fuera preciso formular observaciones en segunda instancia (Co 37).

A efectos de cumplimiento del Reglamento, la Disposición adicional única LDC (añadida por el art. 95.5 LMFAOS 62/2003, de 30 de diciembre) impuso que los tribunales remitan al Servicio de Defensa de la Competencia, al mismo tiempo de su notificación a las partes, copia de las sentencias recaídas en estos procedimientos judiciales civiles de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, para que ese Servicio, al tiempo que recibe el conocimiento, sea quien cumpla el deber de remisión a la Comisión (art. 8.2 RD 2295/2004).

El constreñir la preceptiva toma de razón de estos pleitos a la segunda instancia reduce las garantías de la intervención de la Comisión, por las limitaciones de la apelación o la casación, y de hecho, lo más habitual es que se desconozcan en Bruselas los procesos de instancia, y cuando ganan relieve para la Comisión, el remedio resulta procesalmente muy

difícil en un segundo o ulterior grado jurisdiccional. Más precavida la norma legal española en ciernes, por Disposición adicional segunda. Uno PLDC, introduce un art. 15.bis.1 LEC, ordenando que los órganos jurisdiccionales informen a la Comisión Nacional de la Competencia de la admisión de demanda en los procesos en que sea de aplicación el Derecho de la competencia, comunitaria o estatal. ¿Debería informar la Comisión española a la europea de la pendencia de estos procesos? El art. 18 PLDC establece que, al objeto de aplicar los arts. 81 y 82 TCE, la Comisión Nacional de la Competencia podrá intercambiar con la Comisión Europea «...todo elemento de hecho o de derecho...». Pero la Disposición adicional segunda. Dos PLDC añade un nuevo art. 212.3 LEC, únicamente a fin de que las sentencias que se pronuncien, sobre aplicación tanto de los arts. 81 y 82 TCE, como de los arts. 1 y 2 LDC, se comuniquen por el secretario judicial a la Comisión Nacional de la Competencia. Tanto la disciplina de remisión de sentencias a la Comisión Europea, ya en vigor, como la programada con la reforma, se consagra en el art. 16.3 y 4 PLDC.

5. SOLICITUD DE INFORMACIÓN A LA COMISIÓN

El primero de los expedientes de cooperación en la aplicación judicial del Derecho de defensa de la competencia en controversia privada, y el de inferior «agresividad» procesal, desde el lado de la asistencia de la Comisión a los órganos jurisdiccionales en interpretación y aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, es el de la solicitud de éstos para que aquélla les remita información (art. 15.1 Rgto.).

Las características definitorias son cuatro, a mi juicio:

1.º) Poder oficial del juez.

Aunque no se pueda excluir que una de las partes pueda sugerir al juez que la ejercite, la potestad viene concedida *ex officio iudicis*.

2.º) Información no vinculante.

Cualquiera que sea la información remitida por la Comisión, no fuerza al tribunal a resolver cómo se informe, y otra cosa es que se indique existir Decisión firme acerca del asunto idéntico objetiva y subjetivamente, y entonces, sea ésta la que vincule.

3.º) Neutralidad.

La ayuda de la Comisión debe ser siempre neutral y objetiva, en defensa de interés público, y no del interés de ninguna de las partes (Co 19).

4.º) Doble función del contenido.

El objeto de estos informes son las «cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias», pero la función se bifurca en dos líneas:

4.º1) Información sobre procedimientos.

Aquí se encuentra ese mecanismo instrumental de las medidas de uniformidad aplicativa, ya en el plano de vinculación o en el orientativo, puesto que posibilita indagar a la Comisión: *a)* si ha iniciado un procedimiento respecto de un acuerdo o práctica; *b)* en qué estado se encuentra el procedimiento; *c)* y si es probable que se adopte una decisión en el asunto.

La Comisión tiene asumido el compromiso de proporcionar esta información en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la solicitud (Co 22).

4.º2) Información sobre documentos o datos para documentar.

Cuando se trata de datos documentales —porque estén en un documento o porque se proporciona la información documentada— no puede concebirse otra cosa en un proceso civil que un medio de prueba documental, por lo que hay parangón evidente con la prueba de requerimiento a tercero, que sea entidad de Derecho público, de la certificación o testimonio, o de la exhibición y entrega de documentos que obren en sus dependencias y archivos (art. 332 LEC), si bien se propone por el juez.

Los problemas de inserción en el proceso civil tocan fundamentalmente a dos aspectos:

1.º) El principio de aportación de parte de la prueba en el proceso civil.

En el caso de informes sobre procedimientos el asunto no trata de probar un hecho controvertido útil para resolver, sino indagar criterios técnicos que pueden vincular o, en su caso, orientar la resolución del juez. Es algo semejante a la prueba del derecho extranjero del art. 281.2 LEC. Por tanto, no sólo no introducirán ningún hecho nuevo en sentido propio, sino que esta información debiera servir al proceso civil, tan pronto como se entienda necesaria, ya sea por predeterminar la sentencia, ya por poder enderezarla en una línea de coherencia. Sin hallarse previsto en la LEC, no se enfrentaría a ningún principio procesal el que, directamente por lo establecido en el Reglamento, solicite al juez informe de procedimientos desde la misma admisión de la demanda. Cuando después de las conclusiones se dictara por la Comisión una Decisión sobre

el caso, u otro análogo, podría aportarse para ser tenida en cuenta por la sentencia conforme al art. 271.2 LEC.

Ahora bien, el informe sobre documentos o datos que se remitan por escrito llevará a introducir, sin duda, prueba documental sobre hechos susceptibles de ésta. Y en nuestro sistema, el juez no tiene permitido «adquirir» la prueba de los hechos del proceso civil. Mucho menos puede adquirir la prueba de hechos no alegados. A lo más que avanza la «publicitación» procesal en pleitos de objeto disponible es a esa arriesgada posibilidad de manifestar el juez a las partes la insuficiencia de prueba y aun de expresar la que debiera proponerse, como conducente en su opinión (art. 429.1 LEC). Cuando el art. 435.2 LEC regula las llamadas diligencias finales excepcionales, el poder de oficio del juez se refiere a la nueva práctica de una prueba «sobre hechos relevantes, oportunamente alegados», por haber resultado la previamente intentada inconducente «a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes».

Desde luego, lo más adecuado sería una mención legal a esta posibilidad de solicitud de informes que certifiquen documentos o datos probatorios, fundada en la matización del principio dispositivo por el objeto iuspúblico de la defensa del mercado y los consumidores, la cual, en todo caso, debiera estar ceñida a hechos expuestos por las partes, en razón de los límites objetivos de la cosa juzgada. Faltando tal mención, a mi entender lo más prudente es que el juez no acuda a este mecanismo hasta la audiencia previa, y en ésta, sugiera a las partes la proposición de este género de solicitud documental a la Comisión, lo que, a la vez, permitiría volver a insistir, como reproducción de prueba de parte, en estos informes, en el momento de las diligencias finales extraordinarias del art. 435.2 LEC.

2.º) Los principios de audiencia y contradicción de la prueba y el secreto profesional.

En el Derecho procesal español cualquier prueba ha de practicarse bajo principios de contradicción y audiencia de partes (art. 289.1 LEC). En la prueba de requerimiento documental a entidad de servicio público o actividad estatal del art. 332 LEC no se establece obligación de certificar o exhibir para cuándo existe «un especial deber legal de secreto o reserva». Si no existe este último, la obligación de documentar al proceso operará sin traba.

En cambio, la tesis de utilidad en Derecho comunitario parece ser inversa en cuanto a esta solicitud de informe a la Comisión, dado que a ésta, sometida por el art. 287 TCE, le pesa la obligación de guardar

secreto profesional, en su versión de información confidencial —que no puede divulgarse al público—, y en especial, en la versión de secreto comercial relativo a «los datos relativos a las empresas, y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes» —que no pueden divulgarse a sujetos distintos que los suministradores de la noticia—. Es por ello que la remisión por la Comisión de la información solicitada, amparada en el secreto profesional, tan ampliamente conceptualizado, está supeditada a que el tribunal se comprometa a mantener la confidencialidad de los datos que se le remitan, lo cual será inquirido a éste por la Comisión, y cuando esa garantía no pueda prestarse, la Comisión no remitirá la información (Co 25).

Este mecanismo se legaliza, sin esclarecer los indicados problemas, en la propuesta de Disposición adicional segunda. Uno PLDC, cuando al introducir un nuevo art. 15.bis.2 LEC, prevé que la Comisión Europea, la Comisión Nacional de Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias puedan intervenir a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información, en cuanto a la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, como los arts. 1 y 2 LDC. Claro que, sin reforma legal, como las autoridades nacionales comparten con la Comisión las competencias del Reglamento, a las españolas pueden dirigirse también los tribunales españoles conforme al art. 15.1 Rgto., y vendrán obligadas a compartir la información que posean sobre aplicación del Derecho europeo.

Un asunto interesante es el de la consideración de la carencia sobrevenida de objeto del proceso civil por acciones, pretendiendo inicialmente o reconviendo, condignas de los arts. 81 y 82 TCE, una vez que conste informe sobre la preexistencia de Decisión firme de la Comisión que resuelve no haber infracción de dichas normas europeas.

En puridad, conforme al art. 22.1 LEC, la información remitida sobre Decisión que contempla la licitud de acuerdo o praxis analizada en el proceso, no podría encuadrarse en esta figura procesal más que cuando se hubiera dictado o hubiera devenido firme después de la demanda o la reconvenición. Sólo en tal caso sería una circunstancia sobrevenida. Por otro lado, así aparecida esta circunstancia, que aparenta dejar sin «interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida», en la medida que hubiera un acuerdo entre las partes en este sentido, una vez manifestado al tribunal, conllevaría auto de sobreseimiento, con los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme y condena en costas. Sin embargo, si hubiera discrepancia entre partes, no cabe duda que puede perseverar un debate y subsistir el interés legítimo, por cuanto la identidad de supuestos puede discutirse, puede pedirse al tribunal el planteamiento de cues-

tión prejudicial, etc. (procedería la comparecencia y la resolución interlocutoria que prevé el art. 22.2 y 3 LEC).

6. DICTAMEN DE LA COMISIÓN

La otra medida del art. 15.1 Rgto., de colaboración instrumental para aplicar las normas comunitarias, enclavada en el fenómeno de *amicus curiae*, consiste en recabar judicialmente el dictamen de la Comisión sobre «cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias». La Comisión se compromete a emitir ese dictamen en el plazo de cuatro meses, a partir de la fecha de recepción de la solicitud completa (Co 28).

En principio, la cultura de nuestro proceso civil impondría que el juez consultara bajo principio *iura novit curia* las Decisiones que va emanando la Comisión, y en particular, el acervo de las excepciones del art. 81.3 TCE, donde se barajan conceptos técnicos de contenido económico, y en absoluto que consultara la opinión de sentido jurídico de nadie, y menos de un órgano no jurisdiccional. De suyo, la cuestión prejudicial del Derecho comunitario *ex art. 234 TCE*, es una consulta —vinculante pero no siempre preceptiva— al supremo órgano jurisdiccional en materia de un ordenamiento de aplicación prioritaria sobre ese *ius* español, el Derecho europeo de la competencia, el cual debe conocer todo tribunal nacional. Aparte de ello, la interpretación y aplicación del derecho objetivo es la tarea del órgano jurisdiccional, exclusiva y excluyente, a fin de decidir en cada proceso, y en la cual los jueces se presumen expertos. Por ello, los jueces no pueden argüir desconocimiento de norma para eludir la sentencia o *non licet* (art. 11.3 LOPJ).

Los rasgos de este dictamen son coincidentes con los del informe:

1.º) Oficialidad del juez.

Por otro lado, tampoco puede la Comisión enviar su dictamen sin que se lo pida el órgano jurisdiccional, y en el caso de que alguna de las partes se dirija a la Comisión, debe limitarse a ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional, sin adoptar la iniciativa de prestar su colaboración (Co 19).

2.º) Información no vinculante.

El dictamen expresamente pedido a la Comisión no vincula en sus conclusiones al tribunal, ni supone renuncia previa a la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial al TJCE. Otra cosa es el deber de especial motivación para desviarse en la sentencia respecto de lo dictami-

nado, y mucho más todavía, si las conclusiones que no se aceptaran tuvieran arraigo en doctrina jurisprudencial del TJCE.

3.º) Neutralidad y objetividad

La Comisión no dictamina en pro de ninguna parte, sino que, como institución pública, expone una opinión fundada para la defensa del interés público.

4.º) Doble función del contenido:

4.º1) Sobre puntos de hecho o de derecho del caso concreto que se halla bajo enjuiciamiento (STJCE de 28 de febrero de 1991, C-234/89, Dimitris, fundamento 56), aunque no debe de entrar en el fondo del asunto, sino limitarse a responder a las cuestiones económicas o jurídicas planteadas (Co 27). Lo más parecido a ello es el informe previsto en materia de patentes —facultativo en general, forzoso en el ejercicio de la acción de impugnación de la patente—, que el juez requiera al Registro de la Propiedad Industrial (art. 128.2 LPP).

4.º2) Sobre el estado de la definición de la política jurídico-económica de la competencia que en casos excepcionales, por requerirlo el interés público comunitario, incluso de oficio. En asunto similar al controvertido, no en el mismo exactamente, puede haber Decisión de declaración de inaplicación (art. 10 Rgto.), porque no reúne las condiciones de su apartado 1, o cumple las previstas en su apartado 3, o Decisión de retirada individualizada de exención (art. 29 Rgto.), esto es, declarado que el apartado 1 del repetido precepto no es de aplicación, en el supuesto concreto se considera que la exención produciría efectos incompatibles con el Tratado, por lo que se deja sin la cobertura del correspondiente Reglamento de exención, bien totalmente, o bien en lo relativo al territorio de un Estado miembro o a una parte del mismo.

El problema de adaptación a nuestro Derecho procesal de esta solicitud de dictamen proviene de su propia naturaleza. No puede ser un dictamen pericial ni, por tanto, un medio de prueba. Para ser ese dictamen jurídico que menudea ante los Juzgados de lo Mercantil en temas de enjundia y dificultad, debiera aportarse por la parte, calificándose de alegación por escrito o apoyo experto al escrito expositivo de la parte. Sin embargo, el dictamen de la Comisión no se trata de una opinión parcial.

Si se tiene en cuenta el referente norteamericano del *amicus curiae*, que en este caso resulta «provocado», y los principios generales procesales, parece que, por lo menos, el momento procesal para la petición de este género de dictámenes debiera esperar a que el tempestivo esfuerzo

alegatorio y probatorio de las partes haya concluido, y conceder, después de remitido el dictamen, una imprescindible contradicción.

7. INTERVENCIÓN PROCESAL DE LA COMISIÓN

El art. 15.3 Rgto. contempla, por último, la posibilidad de ejercer propiamente la labor de *amicus curiae* por la Comisión, en un sentido más próximo a la praxis de USA, de modo que tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia pueden intervenir en el proceso formulando alegaciones escritas o verbales.

Respecto de la solicitud de informe o de dictamen de la Comisión, hay dos rasgos coincidentes: la no vinculación del juez por lo que observe la Comisión interviniente (2.º); y la neutralidad y objetividad que han de adornar tales observaciones (3.º).

Por el contrario, hay divergencia en las otras dos características principales:

1.º) Es una prerrogativa de la Comisión, bien que se marca una diferencia entre alegaciones escritas y verbales, de manera que las primeras pueden ser formuladas por propia iniciativa, y el tribunal viene obligado a admitirlas, mientras que las segundas, igualmente de iniciativa de la Comisión, exigen el permiso del tribunal. A estos efectos, las autoridades nacionales o la Comisión pueden pedir que se les remitan todos los documentos necesarios para hacer una valoración sobre el asunto. Desde luego, la Comisión no actúa a requerimiento de parte, sino que, con el fin de garantizar la independencia del tribunal, si la parte se pusiera en contacto con la Comisión, simplemente se compromete a ponerlo en conocimiento de éste.

2.º) El contenido es unívoco, ceñido a lo que es objeto del proceso, sin que pueda abrazar el análisis de otros asuntos próximos o en la política de competencia de la Comisión. Conforme Co 32 estas alegaciones sólo pueden efectuarse cuando lo requiera la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 TCE, y ha de consistir en un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional.

En nuestro sistema procesal civil no está prevista más que la figura de parte, y de entre los que no lo son, terceros —un puro concepto traslativo, pues—, algunos que pueden tener una voluntaria intervención procesal, seleccionados por resultar litisconsortes no necesarios de una de las posiciones de parte (interviniente adhesivo litisconsorcial), o porque su relación jurídica está subordinada a la que se dilucida en el

proceso, y entonces, su nacimiento, extinción o circunstancias dependen de la suerte de una de esas posiciones de parte, como efecto reflejo de la cosa juzgada (interviniente adhesivo simple) (art. 13 LEC).

Este expediente de la intervención procesal voluntaria no conviene al *amicus curiae* del Reglamento, porque la Comisión no debe ser admitida por el tribunal en base a una valoración de su interés, sino que sus exposiciones son neutrales, defendiendo el interés público. La tesis es la de una exposición extraordinaria basada en la disimilitud entre el interés que se ventila en el objeto de un proceso civil y el interés del derecho objetivo que se emplea para ventilarlo, el orden público económico del mercado en la Unión Europea, trascendente a los particulares contendientes, por lo que se deposita la misión de tenerlo en cuenta en el juez nacional, como juez comunitario, a través de una concreta opinión legal, de admisión preceptiva por éste, si viene escrita.

También padece el paralelismo con el Ministerio Fiscal en esos pocos procesos civiles especiales de objeto disponible en que funciona como dictaminador en garantía de interés público (sobre derechos honoríficos del art. 249.1.1.º LEC o tutela de derechos fundamentales del art. 249.1.2.º LEC), puesto que sí promueve la acción de la justicia en interés público, pero debe ser llamado al proceso *iussu iudicis* (a), y cuando comparece, le corresponde la posición de parte, de aquella junto a la que se decida situar, y puede ejercitar los derechos de parte de forma independiente —proponer prueba, formular recursos, etc.— (b).

La Comisión como *amicus curiae* voluntariamente puede hacer alegaciones, pero no recibe los derechos ni las cargas de la parte. La citada praxis norteamericana es el modelo: conforme a la mencionada Rule 29 FRAP, la opinión legal del *amicus curiae*, que puede proceder del acuerdo de todas las partes, de un requerimiento de oficio del tribunal, o de una solicitud de venia (*motion for leave*), en cuyo caso precisaría razonamiento sobre el interés legítimo y sobre lo deseable de la intervención, se impone al tribunal cuando procede de la propia Unión, organismo o agencia de ésta, o de un Estado, Territorio o «Commonwealth».

Por tanto, es un producto original para nuestro Derecho procesal, que puede adaptarlo con libertad, sin más que respetar los tres principios básicos en el plano procesal, que recuerda el Co 35, a saber, el respeto a los principios generales del derecho comunitario, en especial los derechos fundamentales de las partes (1); el principio de eficacia (2); y el de equivalencia (3).

Puesto que el Reglamento lo ordena para la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de la Competencia, naturalmente el art. 16 PLDC

programa que la Comisión Nacional de la Competencia por propia iniciativa pueda «aportar información o presentar observaciones» a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, lo que amplía al derecho interno (arts. 1 y 2 LDC), y en este segundo ámbito, compartiendo la prerrogativa con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias.

Ahora bien, se delimita esta potestad a «los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», y por ello, según ya se ha avanzado, la Disposición adicional segunda.Uno PLDC diseña un nuevo art. 15.bis LEC, en que, junto a la «litisdenuciación» a la Comisión Nacional de la Competencia de que se ha hablado, contempla una potestad de intervención por propia iniciativa de la Comisión Europea, la Comisión Nacional de Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, mediante la «presentación de observaciones escritas» —requiriendo la venia del tribunal las verbales—. Y sin embargo, no despliega este proyecto ningún esfuerzo de delimitación, aparte de especificar adecuadamente que el ejercicio de esa potestad no conlleva la condición de parte.

Como no se fija ningún plazo para la intervención de este género —la Comisión Europea, ya se sabe, no tiene previsto directamente que se le comunique la pendencia de un proceso sobre aplicación de los arts. 81 y 82 TCE—, de todas formas, tampoco puede soslayar el principio de igualdad de armas, dentro del de audiencia —en puridad, no sería de contradicción, ya que la Comisión no es parte—. Y desde luego que no debiera admitirse una remesa de observaciones de la Comisión para cuando los litigantes carecen de trámite para refutar las que no les convengan, habría que pensar en un límite temporal en la audiencia previa del juicio ordinario, por lo menos si se asume que esta intervención es dable que introduzca hechos nuevos —desde la analogía del art. 286 LEC—. Algo tan poco sospechoso de «rigideces continentales» en el proceso, como la repetida Rule 29 FRAP, estipula que, salvo que todas las partes estén de acuerdo, la intervención del *amicus curiae* sólo procede dentro del plazo de las partes para alegar, a menos que el tribunal permita motivadamente un ulterior trámite de alegaciones, con fijación del período específico para que conteste la parte opuesta, autorizándose la intervención oral exclusivamente por razones extraordinarias.