

FIJACIÓN DE PRECIOS Y OTRAS CONDICIONES DE LAS TRANSACCIONES COMERCIALES¹

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ
Abogado - Magistrado excedente

1. MARCO NORMATIVO DE LOS ACUERDOS COLUSORIOS EN LA LDC

La prohibición de las conductas colusorias está en el núcleo mismo de cualquier ordenamiento que proyecte una política económica de libre competencia. Está presente en el art. 81 TCE, en el Reglamento 1/2003 CE, en la Ley española de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 y en su sucesora, la LDC de 1989.

También, como no podía ser de otra forma, en la vigente Ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia.

Con mejor técnica legislativa, la nueva Ley española, a diferencia de su antecesora, titula el capítulo I como «conductas prohibidas», incluyéndose dentro del mismo no sólo las conductas colusorias, sino también el abuso de posición dominante (art. 2) y el falseamiento de la competencia por actos desleales (art. 3).

¹ El autor intervino como ponente y como miembro del TDC en diversos asuntos sobre esta materia en la etapa en que fue Vocal y Vicepresidente del TDC.

La vigente LDC, como su antecesora, que a su vez se inspira en el art. 81 TCE, comienza en su art. 1 por establecer una cláusula general de las conductas colusorias para a continuación señalar un elenco de aquellas que resultan más comunes o principales, que expresamente tipifica. Contra todo pronóstico, se mantiene en el catálogo de conductas prohibidas en el art. 1.1 las «conductas conscientemente paralelas» y ello a pesar de las críticas que esta figura había despertado y la opinión mayoritaria de los expertos a favor de su supresión dada la inseguridad jurídica que produce un concepto de tan difícil concreción y, sobre todo, de la dificultad de su acreditación mediante las adecuadas pruebas.

De la propia dicción del art. 1.1 de la LDC se extrae la exigencia de que concurren dos requisitos para la existencia de la conducta colusoria que se prohíbe. De un lado, una «concertación» a través de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, aunque en esta última difícilmente se aprecie el elemento concertativo. De otro, que esa concertación, llevada a cabo por cualquiera de los anteriores medios, tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo el mercado nacional o parte de él.

Los acuerdos, decisiones o recomendaciones, prohibidos en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1 se continúan sancionando con nulidad en el art. 1.2, a no ser que gocen de alguna de las exenciones previstas en la propia Ley.

Surge la principal novedad en el apartado 3 del mismo artículo con respecto a la anterior LDC, por cuanto que la nueva Ley, siguiendo las pautas de modernización del Derecho comunitario de la Competencia que lleva a cabo principalmente el Reglamento 1/2003 CE, de 16 de diciembre de 2002, sustituye el anterior régimen de autorización administrativa singular por otro de exención legal de concurrir las condiciones y requisitos señalados en el propio apartado².

Completa las previsiones del art. 1 un nuevo apartado 4 en el que se establece la no aplicación de la prohibición del apartado 1 en aquellos acuerdos amparados por un Reglamento de Exención por Categorías.

Finalmente, el art. 1 LDC concluye con una nueva previsión legal en su apartado 5, que permite al Gobierno declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del mismo artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia. Si bien estos

² J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ (2001), «Algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento relativo a la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia y su repercusión en España», en *Comunicaciones IDEI*, núm. 23, junio, pp. 180 y ss.

informes no tienen carácter vinculante para el Gobierno sí en todo caso suponen un estrecho margen de actuación para el mismo. Piénsese además que la remisión que se hace a la aplicación del apartado 3 ha de suponer tanto para los organismos informantes como para el productor del Real Decreto el que se examine la concurrencia en las categorías de conductas a que se pretende aplicar la exención, de los requisitos y condiciones que establece aquel apartado 3. Pudiera ser que el Real Decreto se limitara a señalar la aplicación, a determinadas categorías de conductas que se concretan, del repetido apartado 3. En este supuesto no podría pensarse en que se trata de una autorización en blanco, pues debiera en tal caso procederse a la autoevaluación de la concurrencia de aquellos requisitos y condiciones en cada supuesto concreto de la variada casuística que en la práctica se presenta.

El marco normativo de las conductas colusorias se completa con las previsiones contenidas en los arts. 4, 5 y 6 LDC, aplicables también a otras prácticas prohibidas.

El art. 4 se ocupa de las que se denominan «conductas exentas por Ley» estableciendo que las prohibiciones del capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley, precisando en su apartado 2, que por el contrario se aplicarán a las restricciones de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas, o sean causadas por la actuación de los poderes públicos. Se deja a salvo de la exención legal la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, que, como es lógico, una Ley nacional no podrá contradecir y que en todo caso habrán de aplicarse cuando las conductas afecten al comercio entre Estados miembros de la UE.

Si bien la CNC está legitimada para impugnar en vía jurisdiccional aquellas disposiciones generales de rango inferior a la Ley de las que se deriven obstáculos a la competencia efectiva (art. 12.3 LDC), tal legitimación debió extenderse también a aquellos supuestos que pudiesen tener amparo legal, pues en un régimen económico de libre competencia incardinado además en la UE, no se entiende amparo legal alguno a obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva.

Por su parte, el art. 5 LDC establece la no aplicación de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC a aquellas conductas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar significativamente a la competencia, remitiendo a un posterior Reglamento en el que se determinarán los criterios para su delimitación³.

³ Lo que se ha llevado a cabo mediante el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, arts. 1, 2 y 3.

Finalmente, el art. 6 LDC faculta a la CNC para que de oficio, cuando lo requiera el interés público, pueda adoptar la decisión que declare que el art. 1 no es de aplicación a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no reúne las condiciones del apartado 1, bien porque concurren las condiciones y requisitos del apartado 3. Con ello, en determinadas situaciones, se facilitará seguridad jurídica a los operadores económicos en algunas circunstancias que pudieran resultar de dificultosa calificación.

Tal declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al art. 2 de la misma Ley.

2. FIJACIÓN DE PRECIOS

El primer tipo específico de práctica colusoria que expresamente señala el art. 1.1.a) LDC es la fijación de precios, sin duda la más grave de las infracciones contra la competencia en el ámbito de las conductas colusorias. Aunque siguen detectándose pactos sobre precios puros y duros, en los últimos tiempos prosperan métodos más sofisticados que teniendo el mismo objeto y consiguiendo la misma finalidad, son más difícilmente detectables. Englobados por la OCDE entre los denominados cárteles duros, estos acuerdos pueden adoptar múltiples formas, ya sea una coordinación sobre políticas de descuentos, incluso con su eliminación, la adopción de formas comunes de cálculo de precios o estructuras de precios mínimos comunes⁴.

La especial gravedad que reviste esta conducta colusoria ha sido puesta de relieve por el TDC en numerosas resoluciones. Así señala el TDC: «la doctrina tradicional considera que la fijación de precios constituye la modalidad más grave de infracción del art. 1 LDC al constituir el precio el elemento más visible en que se manifiesta la competencia e impedir que los consumidores se puedan beneficiar de precios menores»⁵.

Si bien esta conducta prohibida adquiere mayor dimensión en supuestos en que se lleve a cabo por competidores —sujetos que están en el ámbito de las relaciones horizontales— por cuanto que la incidencia negativa sobre la competencia es mayor, no queda fuera de la prohibición la fijación de precios en el plano de relaciones verticales. Mientras que los acuerdos verticales de precios máximos de reventa son hoy lícitos⁶, los mismos acuerdos sobre precios mínimos son cada vez más per-

⁴ I. GUTIÉRREZ y E. ZOILO (2003), «Cárteles: Análisis y valoración de sus efectos», en *Anuario de la Competencia*, ICO-Marcial Pons, p. 268.

⁵ Resolución de 10 de octubre de 1997. Este criterio reiterado constantemente, también puede verse en la reciente resolución «Perfumerías», *Procuradores Pontareas*, de 18 de octubre de 2006.

⁶ Art. 4.c). Reglamento 2790/1999.

seguidos. Así, en Resolución Aceites-2, el TDC recientemente ha extendido la sanción a los distribuidores participantes en el acuerdo de restricción vertical de fijación de precios mínimos de venta al público, cuando anteriormente limitaba la sanción a fabricantes o proveedores al considerar la desproporción de poder de las partes en el contrato⁷.

La amplia y eficaz labor de las autoridades españolas de defensa de la competencia desarrollada a pesar de las dificultades que suponen pasar en relativamente poco tiempo de un sistema de intervención estatal de la economía basada principalmente en grandes monopolios estatales (INI, Telefónica, Campsa, Renfe, etc.) a la liberalización del mismo y su sustitución por un sistema económico fundamentado en empresas privadas y regido por el principio de la libre competencia, ha de considerarse como muy positivo. Pese a que en muchas ocasiones nos hayamos quejado de lentitud en la liberalización de la economía y las reticencias de los operadores monopolistas a facilitarla y, a considerar a las autoridades de competencia como tímidas en sus planteamientos, la realidad que se constata es que, pese a que el sistema actual no sea perfecto, el sistema económico español puede considerarse en la actualidad como de los más liberalizados de la UE, donde la libre competencia se ha convertido en principio rector. Esperemos que la actual crisis económica no sirva de excusa para volver a un sistema intervencionista, que no la resolvería y acarrearía consecuencias negativas para nuestra economía y con ello para todos cuantos participan en el mercado, especialmente para los consumidores.

Todo ello ha precisado y continúa necesitando de una eficaz actuación de las autoridades protectoras de la libre competencia que entre otras misiones tienen encomendada la de perseguir las prácticas anti-competitivas. A título meramente ejemplificativo, como son el poner de relieve la variedad de los sectores y de los sujetos autores de la infracción, así como las diversas circunstancias concurrentes, nos referiremos a algunas de las resoluciones que consideramos como más singulares entre las dictadas por el TDC.

Así se ha hecho y sigue haciéndose con eficacia lo que ha determinado que, en la materia que nos ocupa, se hayan producido multitud de expedientes sancionadores que alcanzan a un amplio abanico y ámbito de sectores, en donde la concertación de precios se ha detectado en muy variadas modalidades.

En el expediente «Grúas País Vasco», se considera que la Agrupación Empresarial de Alquiler de Grúas de Servicio Público del País Vasco

⁷ Vid. Resolución TDC de 21 de junio de 2007, *Aceites-2* y compararla con la Resolución de 27 de julio de 2000, *Texaco 2*.

es responsable de una práctica prohibida, tipificada en el art. 1.1.a) LDC al realizar un acuerdo para la fijación de precios de usuarios de alquiler de grúas móviles en el País Vasco⁸.

En el expediente «cosméticos farmacias» se imputa y sanciona a diez compañías fabricantes de cosméticos por práctica también del art. 1.1.a) LDC al fijar precios recomendados que al comercializarse los productos por el canal farmacéutico se convierten en precios iguales⁹.

También el sector de la sidra ha sido objeto de sanción por el TDC por prácticas del art. 1.1.a) de la LDC. En el expediente «Cárteles de sidra»¹⁰ se detecta una práctica del art. 1.1.a) de la LDC por parte de la Asociación Asturiana de Cosecheros de Manzana Asturiana de Sidra y la Asociación de Lagareros de Asturias, al fijar el precio base y mínimo de la manzana de sidra; en igual práctica, que también se sanciona, incurrió la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón al fijar el precio de la venta de la botella de sidra.

Los empresarios del pan han sido objeto de expedientes diversos por concertación de precios en el ámbito de algunas ciudades. Así, en el expediente «Pan de Zaragoza»¹¹ se considera que la Asociación de Fabricantes de Pan de Zaragoza incurrió en una práctica prohibida por el art. 1.1.a) LDC al recomendar el precio del pan común, y ser esta recomendación seguida por la generalidad de las empresas del sector.

En el expediente en que probablemente se han visto afectadas hasta ahora mayor número de empresas, «Expediente Industrias Lácteas» se declara y sanciona a la Federación Nacional de Industrias Lácteas por elaborar una recomendación para que todos sus asociados aplicasen en una determinada fecha los mismos precios base por litro de leche de vaca en la compra a los ganaderos. También se considera acreditada que cuarenta y ocho empresas realizaron una práctica prohibida por el art. 1.1 LDC consistente en haberse concertado para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en la compra de leche de vaca a los ganaderos.

En definitiva, tal y como antes se señala, son múltiples y variados los sectores examinados por las autoridades de competencia en los que se han encontrado diversas modalidades de concertación en materia de precios pareciendo que sólo en muy pocos casos han podido eludir el ser sancionados. Así, cuatro fabricantes de lencería son sancionados por

⁸ Resolución de 29 de julio de 1996.

⁹ Resolución de 31 de julio de 1996.

¹⁰ Resolución de 12 de diciembre de 1996.

¹¹ Resolución de 25 de septiembre de 1996. *Vid.* también Resolución del 18 de julio de 1996 «Panaderos de Burgos» y de 4 de marzo de 2005 «Panaderías Aranda de Duero».

llevar a cabo una práctica del art. 1.1.a) LDC¹²; las autoescuelas por fijar las tarifas para la obtención del carné de conducir¹³; los arquitectos de Madrid y los aparejadores de Cádiz¹⁴; el hormigón de la Provincia de Gerona¹⁵; etcétera.

3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS CÁRTELES POR LA LEY 15/2007

Aunque otros capítulos y desde diversas perspectivas se ocupen de los cárteles, al tratar aquí de las conductas colusorias consistentes en la fijación de precios, resulta necesario el referirse a los cárteles, aunque la referencia era breve.

A diferencia de su antecesora, la nueva LDC contiene la definición de cártel¹⁶, aunque ello no fue óbice para su consideración como la más grave de las conductas colusorias por el TDC en anteriores resoluciones, como se destaca más adelante.

De dicha definición se extraen los elementos que a la conducta colusoria van a etiquetar como de cártel.

En primer lugar, ha de tratarse de un acuerdo entre dos o más competidores; además dicho acuerdo ha de ser secreto, y su objeto, se tasa en la propia definición: fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

Ante todo se observa que a diferencia de la cláusula general del art. 1.1 LDC, aquí la conducta colusoria que puede constituir un cártel ha de ser un acuerdo, con lo que quedarían fuera de esta consideración las decisiones y recomendaciones colectivas en cuya adopción no siempre intervienen todos aquellos a los que afectan. El elemento del «acuerdo» que fija la definición determina la participación en el mismo de los integrantes del cártel. También parece claro el que las llamadas conductas conscientemente paralelas no podrán integrar un cártel por requerirse un mayor grado de participación activa en el pacto que el que cabe atribuirle a esta práctica.

¹² Resolución del 12 de febrero de 1997, expediente «Fabricantes de lencería».

¹³ Resolución del 18 de diciembre de 1998, expediente «Autoescuelas Collado-Villalba».

¹⁴ Resoluciones de 5 de junio de 1997, «Arquitectos Madrid» y de 24 de julio de 1997, «Aparejadores de Cádiz» respectivamente.

¹⁵ Resolución de 4 de junio de 2001, «Hormigón Gerona».

¹⁶ Disposición adicional cuarta.2: «A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

Otro elemento integrante del cártel es que el acuerdo tenga lugar entre una pluralidad de competidores o, lo que es lo mismo, entre sujetos que al estar en el mismo nivel horizontal causen un perjuicio más grave con su conducta a la competencia.

Finalmente, elemento también necesario es que el acuerdo sea secreto o, lo que es igual, no conocido por otros competidores ni por las autoridades de competencia encargadas de perseguir estas prácticas. Este elemento ha de considerarse de suma importancia, toda vez que una de las principales finalidades de la reforma del Derecho de la Competencia llevada a cabo por el Reglamento 1/2003 CE era el poder descargar a la Comisión de cuestiones a las que dedicaban demasiados recursos, como el supuesto de las autorizaciones singulares, para dedicar aquéllos principalmente a la persecución de los cárteles. La dificultad de perseguir el acuerdo secreto determinó el que se estableciera una política de clemencias para aquellos miembros del cártel que posibilitaran inspección de la Comisión o aportasen pruebas eficientes para descubrir y sancionar a los integrantes del cártel¹⁷ que es adoptada por la LDC en nuestro Derecho interno.

Las prácticas objeto de cártel, también tasadas, vienen circunscritas a aquellas que más gravemente afectan a la competencia.

Nuestro legislador, en definitiva, ha seguido los criterios de la Comunicación de la Comisión de 2006 y las Recomendaciones de la OCDE en la persecución de los llamados cárteles de núcleo duro.

También debe resaltarse que en la definición del cártel no se requiere expresamente afectación efectiva o posible de la competencia como señala en cambio el art. 1.1 LDC. Ello se debe a que al tratarse de una forma agravada de concertación colusoria, va implícito el daño a la competencia, lo cual no es óbice para que de no producirse al menos tentativamente efectos en la libre competencia, no pueda calificarse el posible acuerdo como de cártel y ni siquiera como conducta colusoria.

Como no podía ser de otra forma, a la cabeza de esta lista de los acuerdos objeto de cártel, figuran los acuerdos sobre precios. Si ya decíamos antes que la conducta colusoria más grave era la que se refería a los precios, indudablemente se extrema la gravedad si éstos se pactan por competidores y en secreto de forma que se impida su conocimiento y persecución.

El ámbito geográfico de los cárteles es muy diverso, pudiendo apreciarse su carácter local, nacional, europeo e incluso mundial. Con el

¹⁷ Comunicación de la Comisión relativa a las dispensas del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel, DOUE, C 298 de 3 de diciembre de 2006.

alcance de este último es famoso el cártel de las vitaminas, sancionado a nivel de la UE, de los Estados Unidos y en diversos países. Entendemos que cada autoridad de defensa de la competencia estará habilitada para sancionar el cártel dentro de su territorio siempre y cuando no se produzca una doble sanción por los mismos hechos en un mismo espacio geográfico, lo que acontecería en el supuesto de sanción por la Comisión Europea por un cártel que afecte a todo el mercado único europeo.

Puede parecer, a primera vista, que de poco sirve el que nuestro legislador haya tratado de significar la conducta de cártel como especialmente grave por cuanto que si bien señala como infracción muy grave a los cárteles, igual calificación da a otras conductas colusorias entre competidores¹⁸. Pero debe tenerse en cuenta que a la hora de graduar la sanción económica se tendrán que valorar y tener en consideración los criterios que al respecto se señalan en el art. 64 LDC. Además, especial relevancia tiene a este respecto la novedad del establecimiento de exención del pago de multa y clemencia que se viene a establecer en la LDC siguiendo los criterios de la Comunicación de la Comisión de 2006¹⁹. En efecto, el art. 65 LDC por primera vez en nuestro Derecho interno consiente la exención en el pago de las multas correspondientes al primero en aportar elementos que permitan ordenar una inspección o elementos de prueba, o que permitan el descubrimiento de una infracción del art. 1 en relación con un cártel.

No obstante, la no consideración especial de las prácticas del art. 1 LDC llevadas a cabo por medio de un cártel en la anterior Ley, no por ello dejaron de considerarse especialmente graves por el TDC según se señala antes. Diversas son las resoluciones dictadas sobre cárteles, aunque merece especial consideración la Resolución de 10 de junio de 1997²⁰ por cuanto que es exponente de un cártel organizado hasta en el más mínimo detalle y hasta sus últimas consecuencias.

Mediante acuerdo escrito, veintiuna empresas desmotadoras de algodón, que representaban aproximadamente el 90 por 100 de todo el sector, acuerdan repartirse el mercado de aprovisionamiento del algodón producido en España, mediante la fijación de coeficientes fijos para cada empresa. También se acordó pagar al agricultor el algodón al precio mínimo oficial establecido en aquel entonces por la CEE obligándose a no pagar sobrepuestos, retornos u otro tipo de prestación. Se establece

¹⁸ Art. 62.4.a) LDC.

¹⁹ J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (2007), «Clemencia en el sistema español de la competencia: una novedad esperada e importante», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 48 Extraordinario oct-dic 2007, pp. 259 y ss.

²⁰ Expediente «Desmotadotes de Algodón». El autor fue el ponente de esta Resolución.

penalización para el supuesto de sobrepasarse los cupos de compra y compensaciones económicas para aquellos que no los alcancen. Se crea una mesa de seguimiento del cumplimiento del acuerdo y para asegurarlo se exige a cada empresa una garantía documentada en un pagaré avalado por un banco a favor de la Asociación de Desmotadores de Algodón de España. Terminada cada campaña, la Mesa de seguimiento determinaría las cantidades en que deban ser penalizadas las empresas que excedieron el cupo y en las que deban compensarse a las empresas que no lo alcanzaron, todo lo cual se llevaría a cabo a través de los antedichos pagarés. Las diferencias, de existir, se dirimirían mediante arbitraje privado. El acuerdo, seguido en principio por todas las empresas, fue denunciado ante el SDC por una de ellas y a los pocos días por otras dos.

El TDC en su citada resolución estimó la existencia de un acuerdo prohibido por el art. 1 LDC, consistente en repartirse el mercado de producción del algodón en bruto²¹ y fijar el precio de dicha fuente de aprovisionamiento²².

La cuantificación de la multa a imponer a cada empresa participante en el acuerdo se lleva a cabo por el TDC en base al volumen de ventas de cada cual. Se tiene en cuenta la actitud de aquellas empresas que denunciaron el acuerdo, lo que permitió su persecución, y su colaboración con el Tribunal en el esclarecimiento de los hechos, por lo que a éstas se les reduce la multa a una cuarta parte de la individualizada que les correspondería por su porcentaje²³, pese a no existir entonces en la LDC el actual régimen de clemencias.

4. FIJACIÓN DE OTRAS CONDICIONES

Si bien la concertación en los precios entre operadores que están en el mismo plano horizontal es una práctica colusoria muy grave por sus efectos negativos sobre la competencia que se traslada a los consumidores, el art. 1.1.a) LDC prohíbe también el que se lleven a cabo otras prácticas por las que se fijan otras condiciones comerciales.

Aunque en menor número que las que sancionan la concertación de precios, se encuentran diversas resoluciones del TDC que examinan y también sancionan las fijaciones de otras condiciones comerciales. Así:

- En el Expte. «FIAB/Grandes Superficies»²⁴ se considera la existencia de concertación de políticas comerciales de las empresas

²¹ Art. 1.1.c).

²² Art. 1.1.a).

²³ F.J. 9.

²⁴ Resolución de 22 de mayo de 2006.

implicadas al imponer a sus suministradores un sistema homogéneo de etiquetado antihurto en origen.

- En el Expte. «Cajas Vascas y Navarra»²⁵ se considera la existencia de un pacto de no competencia entre las implicadas y de coordinación de comportamientos competitivos frente a terceros.
- En el Expte. «Ganaderías de Lidia» la práctica colusoria se concreta en la elaboración de un contrato tipo para la venta de reses bravas para su lidia en festejos taurinos que establecía condiciones de admisión de las reses o la forma de distribuirse determinados gastos²⁶.
- En el Expte. «Alimentos infantiles» el acuerdo de distribuir determinados alimentos infantiles exclusivamente por el canal farmacéutico cuando al no ser medicamentos no hay obligación de ello²⁷.
- En el Expte. «Líneas Marítimas del Estrecho» la coordinación de horarios entre los implicados²⁸.
- En el Expte. «Bancos» se consideran prácticas prohibidas la celebración de acuerdos por entidades de crédito sobre condiciones de acceso a los medios de concesión necesarios para operar con las tarjetas de pago y de coordinación respecto de establecimientos en los que detectan prácticas irregulares²⁹.
- En el Expte. «Abogacía Española» también se considera práctica prohibida la limitación a la publicidad que puedan realizar los abogados³⁰.
- En el Expte. «Colegio Notarial de Bilbao» se considera infracción del art. 1 LDC el acuerdo adoptado por dicho Colegio que limitaba la acción de los notarios, al establecer la obligatoriedad de un sistema de compensación de los ingresos de los nuevos activos en el mercado de la intervención de las pólizas y escrituras financieras, lo que a juicio del TDC tenía por efecto potencial desincentivar la competencia por conseguir cuotas crecientes en dicho mercado³¹. No parece que, pese a lo extenso de esta resolución, se establezcan argumentos suficientemente sólidos para considerar que el sistema de compensación establecido desincentivara la competencia, estando más acordes con la realidad las argumentaciones del voto particular que formula un vocal.

²⁵ Resolución de 18 de octubre de 2007.

²⁶ Resolución de 22 de julio de 1999.

²⁷ Resolución de 11 de diciembre de 1998.

²⁸ Resolución de 21 de diciembre de 2002.

²⁹ Resolución de 1 de abril de 2002.

³⁰ Resolución de 18 de enero de 2000.

³¹ Resolución de 21 de julio de 2004.

5. SUJETOS AUTORES DE LA PRÁCTICA PROHIBIDA

La nueva LDC, de igual forma que ya lo hiciera la Ley de 1989, apartándose de lo que establece el art. 81 TCE y el Reglamento 1/2003 CE no refiere ni la cláusula general de las conductas colusorias, ni las expresamente tipificadas³², a las empresas, como en cambio hace con el abuso de posición de dominio³³ como también ya hiciera su antecesora.

Se ha pensado tal vez, que de esta forma se permite una mayor amplitud en la aplicación de la LDC a otros intervinientes en los mercados que pudieran ofrecer duda sobre su calificación como empresas. Sin embargo, si se encuentra referencia a la empresa en los apartados 3 y 4 del mismo art. 1 LDC e incluso en la Exposición de Motivos al señalar «En cuanto a los tipos de infracciones se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas y ...»³⁴. Además, la nueva Ley en su Disposición Adicional cuarta, párrafo 1, establece el concepto de empresa a efectos de la LDC: «a efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

Como se señala antes, el concepto de empresa a efectos de la LDC no se establecía en la Ley anterior, por lo que debió abrir brecha en este delicado asunto el TDC, quien desarrolló una amplia doctrina que engloba a cualquier entidad de naturaleza pública o privada que participa en una actividad económica. En multitud de resoluciones, entre las que destacan por su número las relativas a colegios profesionales, el TDC aplica la LDC cuando actúan defendiendo intereses económicos corporativos. De igual forma, en Resolución de 23 de diciembre de 1988 «First, S.A./Feria de Muestra de Barcelona», al aparecer esta última como operador económico, se le ha de aplicar el Derecho de la Competencia. También, y en base a la misma motivación, a la Cofradía de Pescadores de Santander, Santoña y Laredo³⁵. La LDC se aplica por tanto a cualquier entidad que ejerza una actividad económica en el mercado, cualquiera que sea su estatuto jurídico³⁶. Por otro lado, la consideración de las Administraciones Públicas como operadores económicos ha sido objeto de análisis por el TCD, en lo que se refiere al supuesto concreto de la ejecución de obras por la propia Administración Pública y a su compati-

³² Art. 1.1 LDC.

³³ Art. 2.

³⁴ Exp. Motivos II, párrafo núm. 4º.

³⁵ Resolución de 18 de diciembre de 1991.

³⁶ B. BARRANTES (2008), «Comentarios al art. 1», en *Derecho español de la competencia: Comentarios a la Ley 15/2007, R.D. 261/2008 y Ley 1/2002*, Coord. M. ODRIAZOLA y B. IRISARRY, Dialnet, p. 17.

lidad con el Derecho de la Competencia, manteniéndose al efecto un criterio restrictivo respecto de concretar el amparo directo de la Ley a la posibilidad de que no se apliquen las normas reguladoras de la libre competencia.

Elemento importante a efectos de aplicación del art. 1.1 LDC es la participación en la práctica de pluralidad de sujetos, al menos dos, toda vez que es consustancial a cualquier tipo de concertación la participación de varios sujetos para que pueda existir concordancia de voluntades.

En la UE el TPI se pronunció con claridad a este respecto, en el asunto Bayer³⁷. En la dura lucha llevada a cabo por las compañías farmacéuticas que se veían obligadas a soportar la injusta actuación de importaciones paralelas realizadas por especuladores que compraban productos farmacéuticos a bajo precio en aquellos países en que éstos están intervenidos, como es el caso de España, para revenderlos en otros de precio libre, lógicamente más alto, se han llevado a cabo diversos procedimientos, tanto ante las autoridades nacionales de competencia como a nivel comunitario europeo, pues ante las diversas medidas adoptadas por las compañías farmacéuticas para impedir estas prácticas que les producían graves quebrantos económicos, se han producido denuncias al amparo de las legislaciones protectoras de la competencia.

En el citado asunto Bayer, esta compañía que se veía afectada por la compra masiva de uno de sus productos en Francia y España para revenderlo en el Reino Unido, donde el precio era superior en un 40 por 100, decidió limitar la venta a los mayoristas españoles y franceses. Denunciada ante la Comisión, Bayer fue sancionada por ésta, quien consideró que las medidas adoptadas eran una prohibición a la exportación contraria al art. 81 TCE³⁸. La empresa Bayer recurrió argumentando el carácter unilateral de su conducta y el TPI anuló la citada decisión al estimar la falta de elemento clave para la existencia del acuerdo, aplicable bajo el art. 81 TCE, que exige una concordancia de voluntades entre al menos dos partes.

Lo que parece más claro en el ámbito de los acuerdos horizontales presenta más dificultad y discrepancias en las prácticas colusorias verticales.

En el asunto «Fujifilm» el TDC señaló que para que exista un acuerdo en el sentido del art. 1 LDC debe existir una concordancia, expresa o tácita, entre los operadores económicos. Así, dedujo que no existía

³⁷ STPI de 26 de diciembre de 2000.

³⁸ Decisión de 10 de enero de 1996.

acuerdo entre Fujifilm y uno de sus distribuidores no exclusivos al no poderse determinar la aceptación por éste de la política comercial de Fujifilm³⁹.

De la misma forma, con carácter general, puede decirse que las normas de competencia no se aplicarán a los acuerdos suscritos con agentes o comisionistas en cuanto que éstos no pueden considerarse operadores autónomos, sino dependientes de su principal. Habrá de estudiarse cada caso en concreto dada la variedad de estos pactos, ya que en una serie de ellos, el comisionista asume una serie de riesgos que determinarán el que se le asimile de hecho a un distribuidor y como tal empresario independiente.

6. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA PROHIBICIÓN

En los acuerdos sobre fijación de precios, como en el resto de los que se prohíbe por el art. 1.1 LDC, debe resultar acreditada la concurrencia de dos elementos en la práctica que la convierten en prohibida: concurrencia de voluntades materializada a través de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela; que su objeto sea el que produzca o pueda producir el impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Analizaremos a continuación brevemente estos elementos y, lo que parece más importante, su debida acreditación con los pertinentes medios de prueba.

A) Pactos colusorios

La fijación de precios ha revestido la mayoría de las veces la forma de acuerdo.

Según veíamos antes, en unos supuestos el acuerdo se ha llevado a cabo mediante forma contractual con derechos y obligaciones para los integrantes del mismo, como es el caso del expediente «Desmotadores de Algodón», mas no necesariamente tiene el acuerdo que revestir la formalidad de un contrato, estando englobadas en el concepto de acuerdo formas más amplias de llevar a cabo pactos comunes sobre precios u otras condiciones contractuales. Es evidente que los acuerdos sobre precios en los últimos tiempos en muchas ocasiones se llevan a cabo de forma verbal por evitar el que puedan aparecer, ante una investigación,

³⁹ Resolución de 17 de enero de 2002.

documentos que pudieran acreditarlo fácilmente, y de forma indirecta para dificultar el que pueda detectarse.

Los correos electrónicos van perdiendo el uso que tuvieron en tiempos pasados para llevar a cabo estos acuerdos prohibidos por los rastros y evidencias que pueden dejar, aunque cándidamente se han utilizado hasta fechas recientes.

Por todo ello, la necesidad de investigación previa, posibilitando el acceso al domicilio de las empresas investigadas y que el Reglamento 1/2003 CE extiende al domicilio de los directivos u otros espacios privados asimilables, es igual al que luego va a considerar la nueva Ley española.

Por otro lado, encontramos en las últimas resoluciones de nuestra autoridad de defensa de la competencia una tendencia expansiva en la interpretación de acuerdos sobre precios. Así, en el expediente «Ayuda a domicilio»⁴⁰ se considera infracción del art. 1 LDC el que en el Convenio Colectivo del sector se fije el coste del precio mínimo de referencia para la categoría de auxiliar.

Otra de las formas que adopta la práctica es la de decisión o recomendación colectiva, que suelen tener lugar en el seno de las organizaciones empresariales y de los colegios profesionales. Pueden ser éstas vinculantes o simplemente orientativas y resultan equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores siendo por ello considerados como manifestaciones muy graves de la prohibición según tiene manifestado el TDC⁴¹. Así, se considera infracción elaborar y difundir una recomendación de precios mediante una circular emitida por la Federación Nacional de Industrias Lácteas⁴², como el fijar por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid de forma directa el presupuesto de una obra proyectada por un colegiado, condicionando el visado del proyecto a la aceptación del criterio del Colegio⁴³.

Las normas sobre honorarios profesionales, especialmente cuando adoptan el carácter de mínimos, han sido consideradas por el TDC en varias resoluciones como prácticas prohibidas por el art. 1.1.a LDC.

Las prácticas concertadas, son acuerdos tácitos o formas de coordinación entre operadores económicos que no pueden ser expresamente probadas, pero la identidad de comportamientos no tiene explicación por las propias estructuras del mercado o las condiciones de competencia en

⁴⁰ Resolución de 29 de enero de 2007.

⁴¹ Resolución de 7 de abril de 2000, expediente «Colegio de Farmacéuticos de Valencia».

⁴² RTDC de 3 de junio de 1997, expediente «Industrias Lácteas».

⁴³ RTDC de 5 de junio de 1997, expediente «Arquitectos Madrid».

el mismo, por ello hay que acudir generalmente a la prueba de presunciones para su acreditación.

Cada vez son más sofisticados los métodos por los que se llevan a cabo conductas colusorias, no sólo no dejándose constancia escrita de las mismas, sino también recurriéndose a modos que dificultan el detectar la práctica. En muy diversas ocasiones el TDC ha declarado la existencia de prácticas concertadas acudiendo para su acreditación a la prueba de presunciones. Así, en el expte. «Industrias Lácteas»⁴⁴, el TDC, después de señalar que no tiene en cuenta la prueba documental aportada por los denunciantes, por dudar de su lícita obtención, después de procesar más de cuatrocientas mil facturas y llevar a cabo un análisis económico, llega a la conclusión de que las empresas implicadas pactaban los precios y descuentos por calidad en la leche comprada a los ganaderos. En el expte. «Vacunas antigripales»⁴⁵ se constata que los laboratorios farmacéuticos que acuden a los concursos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el suministro de vacunas antigripales lo hacen con el mismo precio, coincidente incluso en las cifras decimales, lo que no tiene otra explicación lógica que la concertación entre los mismos, no existiendo otra motivación que pueda justificar tales coincidencias, examinándose y rechazándose las alegadas por los implicados. También se analizan los graves perjuicios que se derivan para el mercado, y en definitiva para la competencia, de una práctica tan grave.

Las prácticas conscientemente paralelas, como antes se señalaba, es una creación genuina de nuestra legislación de defensa de la competencia. Acuñada por primera vez en la Ley de 1963 va pasando a las sucesivas de 1989 y 2007 y que debiera haber desaparecido del conjunto de conductas colusorias prohibidas por el ordenamiento antitrust español⁴⁶.

Ha sido el propio TDC el que ha tenido que establecer en qué consiste este tipo de conducta prohibida. No siempre bien diferenciada de la práctica concertada, el TDC ha definido la práctica conscientemente paralela como el comportamiento armonizado de varias empresas sin que exista acuerdo previo, consecuencia de ajustar deliberadamente su comportamiento al conocer previamente los medios y los fines de los demás, evitando así la competencia entre ellos⁴⁷.

La forma de adopción unilateral de la práctica no encaja con el resto de conductas colusorias que exigen la presencia de elemento consensual

⁴⁴ Resolución de 3 de junio de 1997.

⁴⁵ Resolución de 30 de septiembre de 1998.

⁴⁶ F. Díez ESTELLA (2008), «Comentarios al art. 1», en *Comentarios a la Ley de la Defensa de la Competencia*, obra conjunta, Thomson-Civitas, pp. 107-108.

⁴⁷ Resolución de 6 de marzo de 1992, expediente «Henkel Ibérica».

y tal interpretación llevaría a considerar, como prohibida, dependiendo de las matizaciones que quieran hacerse, el seguimiento del líder o el comportamiento de adecuación inteligente al previsible de los competidores. No parece razonable una interpretación según la cual la práctica conscientemente paralela estaría exenta de toda concertación, refiriéndose a conductas puramente unilaterales⁴⁸.

B) Aptitud para restringir la competencia

La conducta colusoria exige como segundo elemento integrante del tipo que aquélla «tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia».

Sólo estas prácticas son las que prohíbe el art. 1 LDC y no el resto de acuerdos que, pese a que pudieran resultar ilegales por otras razones, no producen efecto alguno ni siquiera potencial en la libertad de competir.

De la propia dicción del precepto se extrae el que nos encontramos ante lo que en Derecho penal se conoce por conducta de resultado. No sólo está prohibida la conducta colusoria que tiene por objeto el impedir, restringir o falsear la competencia, lo que requiere la intencionalidad del agente; sino que también lo estará cualquier otra que sin tener aquel propósito produzca o simplemente pueda producir aquel efecto.

El bien jurídico protegido es la libertad de competir; por ello, cualquier conducta que pueda contravenirla, aun potencialmente, resulta prohibida por el art. 1.

Si bien este tipo de infracciones se tipifican como muy graves en el art. 62.4 LDC junto con los cárteles cuando se llevan a cabo entre empresas competidoras entre sí, y como graves cuando se producen por empresas que no sean competidoras entre sí, según señala el art. 62.3 LDC la graduación de la multa en su caso podrá atemperarse según los criterios que se marcan en el art. 64 LDC. También debe señalarse que mientras los cárteles no podrán ser considerados conductas de menor importancia en los términos del art. 5 LDC, las restantes conductas del art. 1.1.a) de la propia Ley sí podrán alcanzar aquella consideración si del análisis que se establezca en el expediente resulta que no existe afectación significativa de la competencia.

Por otra parte, mientras que los integrantes de un cártel de precios podrán acogerse a las medidas de clemencia de exención del pago de la

⁴⁸ B. BARRANTES, ob. cit., *supra* nota 36, p. 23

multa o su reducción, en los términos de los arts. 65 y 66 LDC los que llevaron a cabo otras conductas del art. 1.2.a) LDC no les alcanzarán estas medidas.

C) Prueba de los anteriores elementos

El Derecho administrativo sancionador, entre el que se encuentra el de defensa de la competencia, deriva las garantías que exige el Derecho penal en donde rige el principio de presunción de inocencia. Sólo a través de los correspondientes medios de prueba que acrediten la práctica y sus efectos negativos, reales o potenciales, sobre la competencia, se puede establecer una conducta como colusoria y consecuentemente sancionarse. No se trata de una simple cuestión de olfato o impresión personal sobre la concurrencia de los dos elementos integradores de la conducta prohibida sino que han de ser debidamente acreditados.

Habrá que comenzar por detectar y luego probar la existencia de un acuerdo, o práctica concertada o conscientemente paralela, o una decisión o recomendación colectiva y quiénes han participado y en qué grado en la misma y que dicha conducta tiene por objeto, produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Ello exige una instrucción rigurosa y un análisis económico también riguroso del mercado concernido tanto en el examen de la conducta como de sus efectos reales o potenciales precisamente en el mercado relevante.

No nos ofrece ninguna duda el que en muchos supuestos habrá de recurrirse a la doctrina de la prueba de presunciones dada la cada vez mayor sofisticación de los agentes económicos para obtener beneficio con prácticas anticompetitivas. Pero al llevar a cabo la prueba por medio de presunciones se habrá de ser riguroso en el análisis y concurrencia de todos los requisitos que en Derecho sancionador exige la doctrina establecida por el TC⁴⁹:

- Que los hechos básicos o indicios, están suficientemente probados.
- Que exista una relación de causalidad o enlace lógico debidamente razonado, entre los indicios probados y la existencia de un acuerdo tácito.
- Que la presunción alcanzada no se vea desvirtuada por la concurrencia de razones alternativas para explicar los indicios, de

⁴⁹ SSTC 174/85 y 175/85 ambas de 17 de diciembre de 1985 y 150/1987 de 1 de octubre de 1987, entre otras.

manera que si existen otras razones para explicar éstos, debe analizarse y razonarse la causa por la que se rechazan.

La práctica no obstante nos demuestra que si bien el primer requisito suele ser acreditado, el segundo lo es muchas veces con argumentos muy débiles, y por lo que respecta al tercero, no se analizan debidamente todas y cada una de las razones que se esgrimen por los implicados, ni se explica de forma fundamentada la causa de su rechazo. Así se crea inseguridad jurídica, que tiene además su causa muchas veces en la falta de análisis económico del mercado concernido y de los efectos que en el mismo se producen respecto de la competencia.

7. ÓRGANOS ENCARGADOS DEL CONOCIMIENTO Y PERSECUCIÓN. ALCANCE DE SUS FUNCIONES

Como ya hiciera la anterior LDC de 1989, la actual sigue confiando la persecución y sanción de las conductas prohibidas a autoridades administrativas, aunque la nueva Ley trata de dotarlas de una mayor independencia por cuanto la encomienda a la Comisión Nacional de la Competencia, como entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, en donde se integran la Dirección General de Investigación que realizará las funciones que antes se encomendaban al SDC y al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que viene a ostentar las funciones que la anterior Ley encomendaba al TDC. La necesidad de preservar una competencia efectiva entre las empresas como un elemento definitorio de la economía de mercado que produce eficiencias y las traslada a todos los que participan en el mercado, especialmente a los consumidores, precisa de unas autoridades independientes que se ocupen de preservar el interés público en esta materia y el que puedan investigar, perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas. Al lado de éstas y con competencias en sus respectivos territorios continuarán ejerciendo sus funciones las autoridades de competencia de diversas Comunidades Autónomas en los términos que establece la Ley 1/2002, de Coordinación de la Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

A diferencia de su antecesora, la LDC de 2007, con motivo principalmente de prever la participación de los órganos nacionales y comunitarios de competencia como *amicus curiae* en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia por parte de la jurisdicción competente y otros mecanismos de información para permitir la cooperación de los órganos administrativos con los judiciales, por su Dispo-

sición Adicional segunda se modifica la LEC. También se prevé la posibilidad de suspender el procedimiento judicial cuando el juez considere necesario conocer un procedimiento administrativo sobre la materia antes de dictar sentencia. Una función importante que se otorga a la CNC, aunque no se destaque en la Exposición de Motivos, es la función consultiva que le otorga la Ley de señalar criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 LDC deban satisfacer a los perjudicados, cuando se les pida por los órganos jurisdiccionales⁵⁰.

No nos ocupamos aquí de analizar la reforma de la LEC que hace la Adicional Segunda, que, aunque deficiente, ha mejorado mucho los anteriores y sucesivos textos del Anteproyecto y Proyecto.

Sí en cambio haremos unas breves reflexiones sobre la atribución de competencia que se otorga para la aplicación de la LDC a los Juzgados de lo mercantil en litigios privados y las disfunciones que se detectan en la concreta materia de su aplicación a las conductas colusorias.

En la Disposición Adicional primera de la LDC se dice que conforme el art. 86 ter, letra *f*) de la LOPJ, los Juzgados de lo mercantil serán los competentes para cuantos litigios sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley.

Si se acudía al art. 86, ter *f*) LOPJ al que remite la LDC nos encontrábamos que en dicho precepto sólo se atribuye a los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de las acciones que exigían la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE y su derecho derivado sin que existiese ninguna atribución respecto del Derecho nacional de la competencia. Se precisaba, pues, una reforma de este artículo de la LOPJ que se olvida.

Va a ser mucho después cuando nos sorprende el legislador al modificar el art. 86. ter LOPJ por medio de la Ley Orgánica 13/2007, de 17 de noviembre, «para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas». Esta Ley orgánica, sin ninguna conexión con la LOPJ, salvo su carácter de orgánica, va a atribuir a los Juzgados de lo mercantil la aplicación también del Derecho interno de la competencia, mediante su Disposición Adicional primera, que modifica la letra *f*) del apartado 2 del art. 86 ter LOPJ, al que da la siguiente redacción: «*f*) De los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que

⁵⁰ Art. 25.c LDC.

determine la Ley de Defensa de la Competencia». La primera parte, relativa a la aplicación del Derecho comunitario de la Competencia, queda tal cual la refería el citado precepto antes de su reforma, a la que ahora se añaden los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la LDC. Como esta Ley, en su Disposición Adicional primera, señala que «... los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley», es evidente que la competencia atributiva de los citados órganos jurisdiccionales queda limitada a estos dos preceptos. Así las autoridades administrativas en aplicación del art. 5 LDC de considerar que una conducta es de escasa importancia, por no afectar de manera significativa a la competencia, deberán no aplicar las prohibiciones de los arts. 1, 2 y 3 LDC. Para los órganos jurisdiccionales no existirán en cambio conductas de escasa importancia ya que la aplicación de la legislación interna el legislador la ha contraído a los arts. 1 y 2 LDC. A pesar de la claridad meridiana que se deduce de la literalidad de ambas leyes, para otros autores, con el nuevo régimen, las conductas de escasa importancia no estarán prohibidas, no pudiendo dar lugar a procedimientos administrativos de infracción ni ser perseguidos por la vía civil⁵¹.

Creemos que de esta última reforma parece derivarse el que las conductas de menor importancia las considera el legislador antijurídicas aunque no perseguibles por las autoridades administrativas por su escasa incidencia en el interés público de la libre competencia, pero como conductas ilícitas que son, sí pueden perseguirse en el ámbito del procedimiento jurisdiccional privado con las mismas consecuencias pero sin sanción de multa administrativa. No se trataría entonces de conductas lícitas, como sostienen algunos tratadistas, sino ilícitos, exentos en vía administrativa⁵². En todo caso, el legislador debió explicarlo, siendo lugar idóneo para ello la parte expositiva, pero dada la Ley escogida para la modificación, cualquier explicación en la Exposición de Motivos resultaría aún más extravagante.

Cabe plantearse aún dos cuestiones más. Una es si tras la declaración de una conducta como colusoria, la nulidad debiera pedirse ante los Juzgados de lo mercantil o ante el civil. Parece que la competencia objetiva viene establecida a favor de los Juzgados mercantiles, toda vez que la sanción de nulidad se señala en el art. 1.2 LDC.

⁵¹ B. BARRANTES, ob. cit., *supra* nota 36, p. 26 y F. DÍEZ ESTELLA, ob. cit., *supra* nota 46, p. 107.

⁵² C. M. MONTERO ELENA (2008), «La regla de mínimes: significación jurídica», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 52, oct.-dic., p. 104.

La duda surge en el supuesto que, tras la declaración de práctica prohibida por las autoridades administrativas, la reclamación de daños y perjuicios también deba plantearse ante los Juzgados de lo mercantil. La conexión entre el nuevo art. 86 ter. 2 f) LOPJ y la Disposición Adicional primera LDC no parece que posibilite esta atribución, siendo entonces los Juzgados de lo civil con competencias ordinarias ante los que deberá ejercitarse esta acción. A pesar del tiempo que se ha tomado el legislador para completar la reforma, han quedado, como vemos, algunas disfunciones siempre indeseadas, que debieran corregirse.